



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA-UFSC
CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

SIMONE DE OLIVEIRA FRAGA

A TUTELA JURISDICIONAL NA GESTÃO DO RISCO:
UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL
A tutela inibitória e as urgências *jus ambientais*

Florianópolis, 2006.

SIMONE DE OLIVEIRA FRAGA

**A TUTELA JURISDICIONAL NA GESTÃO DO RISCO:
UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**
*A tutela inibitória e as urgências *jus ambientais**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Rogério Silva
Portanova

Florianópolis, 2006.

SIMONE DE OLIVEIRA FRAGA

**A TUTELA JURISDICIONAL NA GESTÃO DO RISCO:
UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL**

A tutela inibitória e as urgências *jus ambientais*

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Rogério Silva Portanova
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. José Rubens Morato Leite
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado

Florianópolis, ____ de _____ de
2006.

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos Nilo, Mariana e Luciano, e à minha mãe, parceiros de todas as lutas.

AGRADECIMENTOS

São tantos...

À minha família, meu porto seguro, pelo carinho e atenção, em especial aos meus filhos Nilo, Luciano e Mariana que foram meus parceiros e sustento emocional durante o tempo em que permanecemos distantes de nossa terra, à minha mãe Lourdes e a minha sobrinha Mônica com todo o meu amor;

Às amigas companheiras na magistratura e na vida Déa, amiga e irmã, Maria Angélica (Eieca), Elbe (Elbinha), Bethzamara que sempre estiveram comigo desde o tempo que este sonho não passava disso mesmo, um sonho;

Ao Poder Judiciário do Estado de Sergipe que me proporcionou a realização desse sonho, agradeço especialmente à Desembargadora Clara Leite de Resende e ao Desembargador Roberto Eugênio Porto pela força e pelo apoio;

Agradeço aos colegas e amigos que me ajudaram na coleta de textos especialmente a Paulo de Tarso Brandão de cuja biblioteca “seqüestrei” muitos livros;

Ao Professor Rogério Portanova que sempre disponibilizou seus livros, bem como sua sala no departamento para facilitar meus estudos. Ao Professor José Rubens Morato Leite por sempre ter estado disponível para uma conversa, um conselho ou uma indicação de texto. À Professora Cecília Caballero Lois por sempre estar disposta a ajudar e principalmente nos dar apoio, amizade e carinho; à Patrick de Araújo Ayala, pelas conversas tão esclarecedoras;

Aos queridos amigos Ana Maria Marchesan, Vanessa Lenhard, Edson Pires da Fonseca, Maira Luísa Milani de Lima, Paulo de Tarso Brandão pelo apoio, amizade, carinho e muitas das vezes paciência em ouvir minhas lamentações e “agüentar” minhas lágrimas e pela ajuda com a pesquisa bibliográfica;

Aos “companheiros e aos amigos” da turma de mestrado (Vanessa, Caroline Ferri, Ana Maria, Maira, Lise, Liz, Crishna, Edson, Rodrigo, Samuel, Mateus, Humberto, Lucas, Maia, Larissa, Maria Lúcia e Andréia, Paty Areas), por tudo de bom e de ruim que vivemos e aprendemos juntos durante estes dois anos;

Aos “companheiros” de convivência amigável e prazerosa (Vinicius, Ana Paula, Fabiana, Dulce, Fernando, Nina, Thais, Carolina Pecegueiro, Tiago, Clarissa Domingos, Helini, Roger que chegou por último mas é bem querido), que Deus me deu oportunidade de saber da existência e travar amizade.

À Valdete (Val) que desde à primeira hora se disponibilizou a nos acompanhar nessa aventura, deixando sua própria família para cuidar da minha;

Aos funcionários do CPGD que sempre me atenderam com atenção, cortesia e presteza, mais especialmente meus agradecimentos a Marcos, Telma e Douglas;

Meus agradecimentos a todos os professores do CPGD pela convivência e pela experiência de vida que certamente me acompanhará por toda a minha vida.

Aqui hoje terminam estas viagens nas
quais me acompanhastes através da
noite e do dia e do mar e do homem.

De tudo quanto vos disse
vale muito mais a vida.

Neruda – *De Fin del Mundo*

DOS MUNDOS

Deus criou este mundo. O homem, todavia,
Entrou a desconfiar, cogitabundo...
Decerto não gostou lá muito do
que via...
E foi logo inventando o outro
mundo.

Mário Quintana-*Espelho Mágico*

FRAGA, Simone de Oliveira. A TUTELA JURISDICIONAL NA GESTÃO DO RISCO: UMA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL. A tutela inibitória e as urgências *jus ambientais*.. Florianópolis: 2006.p. 196 . Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina.

RESUMO

A pesquisa verifica a ineficácia do Processo Civil clássico numa abordagem constitucional, para resolver conflitos cujo interesse tenha natureza difusa e mais especialmente em se tratando do direito ambiental, buscando apresentar dentro do contexto atual tutelas diferenciadas para serem utilizadas como instrumento para a gestão de riscos, tendo como referencial teórico o pensamento de Ulrich Beck sobre a “sociedade de risco”. Como objetivos específicos analisa os aspectos teóricos do Direito ambiental e o nascimento da sociedade do risco, aplicando os conceitos desenvolvidos por Leite para os conceitos referentes ao Direito ambiental, sua natureza jurídica, conceito de bem ambiental e de dano ambiental, utiliza as definições de sociedade de risco desenvolvidos por Beck para explicar a atuação do Poder Judiciário quando se trata da decisão no caso concreto dentro da perspectiva da Constituição Federal. Parte-se da hipótese de que, apesar do avanço no que diz respeito às normas que regulamentam o processo de tomada de decisão referente ao dano ambiental, especialmente no que concerne à prevenção da sua ocorrência, a aplicação de tais normas na prática não surte os efeitos desejados em razão das características dos riscos ambientais e do modo pelo qual eles são gerados e administrados na atualidade. Como técnicas de pesquisa, analisa-se os textos doutrinários e a legislação pertinente ao meio ambiente, mais especificamente a ação civil pública e a ação popular, bem como as tutelas diferenciadas passíveis de se tornarem mecanismos mais eficientes para prevenir o risco e para melhor aplicação do princípio da prevenção, que informa todas as ações que tenham como fundamento evitar o dano ao meio ambiente. Conclui-se que, no caso da decisão judicial as tutelas inibitórias são as mais eficientes para a correta gestão do risco, devendo desenvolver-se uma prática de decisão aliada à teoria que dissocie o dano do ilícito, tratando-as como categorias autônomas.

Palavras-chave: tutelas jurisdicionais diferenciadas, sociedade de risco, gestão de riscos, tutela inibitória, dano e ilícito como categorias autônomas.

FRAGA, Simone de Oliveira. **THE JURISDICTIONAL TUTELAGE IN RISK MANAGEMENT: A CONSTITUTIONAL APPROACH - the inhibitory tutelage and the environmental jus urgencies.** Florianópolis: 2006. p. Dissertation. Master in Law. Federal University of Santa Catarina.

ABSTRACT

The research verifies the inefficacy of the classic Civil Procedure on solving conflicts in a constitutional approach whose interest has the diffuse nature and more specifically in matter of environmental law, seeking to present inside the present context differentiated tutelage to be used as instrument for risk management, having as a theoretical referencial the thought of Ulrich Beck about the “risk society”. As specific aims, it analyses the theoretical aspects of environmental law and the birth of the “risk society”, applying the concepts developed by Leite to the concepts referring to environmental law, its juridical nature, concept of environmental interest and of environmental damage, uses the definitions of risk society developed by Beck to explain the Judiciary performance in matter of decision in recorded case. One starts from the hypothesis that, despite the advance concerning the rules that regulate the process of decision-making referring to environmental damage, especially concerning prevention of its occurrence, the application of such rules in practice does not produce the desired effects because of the characteristics of environmental risks and of the way through which they are generated and managed presently. As research techniques, one analyses the doctrinary texts and the legislation pertinent to environment, more specifically the class action and the popular action, as well as the differentiated tutelage subject to become more efficient mechanisms to prevent risk and for better application of the principle of prevention, which informs all the actions that have as basis avoid damage to the environment. One concludes that, in the case of judicial decision, the inhibitory tutelage is the most efficient to the correct risk management, needing to be developed a practice of decision allied with the theory which dissociates damage from illicit, treating them as autonomous categories.

Key-words: diferenciaded jurisdictional tutelage, risk society, management risks, inhibitory tutelage, damage and illicit as autonomous categories

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CETESB - Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental do Estado de São Paulo

CPC – Código de Processo Civil

CUT – Central Única dos Trabalhadores

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPAM – Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia

MST – Movimento Dos Sem Terra

ONG – Organização Não Governamental

PPA – Plano Pluri Anual

INTRODUÇÃO

Com a Constituição Federal de 1988 operou-se no Brasil uma mudança tanto social quanto política com o advento dos “novos direitos” que se materializou no surgimento de movimentos que conquistaram seu próprio espaço de luta, a exemplo dos movimentos ecológicos, o movimento dos trabalhadores sem terra, o movimento dos sem teto. Somado a esse contexto caracterizado por conflitos de massa temos, em nível global, uma sociedade moldada a partir dos aparatos tecnológicos que convive com as decisões tomadas em contexto dos riscos nascidos do desenvolvimento de forma a incorporá-lo na noção de normalidade.

Nosso estudo será realizado utilizando como método de abordagem o dedutivo, método de pesquisa a monográfica e técnica de pesquisa a bibliográfica. Tem como objetivo geral o estudo sobre a gestão do risco a partir da criação de tutelas eficientes para inibir o ilícito, considerando ilícito e dano como categorias autônomas, aponta-se a tutela inibitória como técnica eficiente de decisão capaz de tornar efetivo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado do artigo 225 da Constituição Federal.

O nascimento da questão ambiental no Brasil e o desenvolvimento dos movimentos que lhe deram suporte é o tema do primeiro capítulo desse trabalho e tem como teoria de base os estudos a respeito do Direito Ambiental desenvolvidos pelo Professor José Rubens Morato, e os estudos da teoria da sociedade do risco de Ulrich Beck conforme segue: no item 1.1 será tratado o surgimento da questão ambiental: A destruição ecológica e seu dimensionamento jurídico. O conceito de meio ambiente. Natureza jurídica. Bem ambiental. No item 1.2 será tratado o surgimento da sociedade de risco em uma análise histórica e sociológica. No item 1.3 estuda-se o direito ambiental e a justiça ambiental como direito socioambiental, apresentando a problemática socioambiental como um problema de justiça ambiental numa perspectiva que ultrapassa as questões das minorias raciais, numa perspectiva da sociedade de risco em contexto de países periféricos.

E nesse contexto de incertezas e imprevisibilidade o Direito lida com uma nova categoria de direitos nascidos da Constituição que devem ser regulados pelos seus instrumentos que, em muitos dos casos, não se apresentam adequados para situações em que a certeza científica e a segurança são palavras sem significado, como é o caso do risco ambiental e da crise ecológica.

O anonimato das vítimas, a invisibilidade do risco tornam-se problemas ainda mais graves quando se trata de proteção ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que se encontra na categoria de direito fundamental, garantido, inclusive, às futuras gerações, assim a solução do problema é a gestão do risco a partir de decisões moldadas para esse fim.

No segundo capítulo, o estudo se debruça sobre as questões relativas a sociedade de risco e a justiciabilidade dos seus problemas, tendo como ponto de partida a teoria de Alexy. No item 2.1, o estudo trata do meio ambiente como direito fundamental. No item 2.2, procura-se estudar os princípios como mandados de otimização e a sua aplicação na questão do risco, definindo os princípios estruturantes do direito ambiental-precaução e prevenção. No item 2.3, serão tratados os problemas da justiciabilidade dos princípios da prevenção e precaução.

Na esfera da tutela jurisdicional, esse estudo tem como tema a tutela inibitória como instrumento de gestão dos riscos e efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a partir da leitura do disposto no artigo 225 da Constituição Federal, encarando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como reflexo do direito à vida previsto no seu artigo 5º.

Pretende-se fazer um estudo crítico da forma como se operam as tutelas no Processo Civil brasileiro, demonstrando a ineficiência e insuficiência de seus institutos quando se trata da proteção dos direitos / interesses de natureza não patrimonial em juízo, evidenciando a necessidade de uma tutela verdadeiramente preventiva.

A constatação de que o processo deveria ser pensado a partir da produção de tutelas que efetivamente operassem a pacificação dos conflitos, aboliu a ilusão de sua autonomia em relação ao direito substancial, ou seja, as decisões devem ter a função de deferir o bem da vida que se encontra em questão, e não apenas deferir

formalmente uma tutela cujo procedimento não se encontra apto a tornar efetivo o direito material.

Ao examinarmos o processo civil existente constatamos que algumas parcelas de direitos deferidos pela Constituição Federal, mais especificamente os direitos de natureza não patrimonial, necessitam de tutelas processuais diferenciadas para que os mesmos sejam efetiva e eficientemente resguardados. Assim, o estudo da tutela inibitória é de fundamental importância por se tratar de tutela voltada para a prevenção do ilícito, portanto, adequada para as demandas que têm como fundamento o risco ao equilíbrio do meio ambiente .

No capítulo terceiro serão enfrentados os problemas inerentes ao modelo de Processo Civil clássico moldado para conflitos individuais, nascido sob a égide da ideologia do Estado Liberal, tendo como teoria de base os estudos desenvolvidos pelo professor Luiz Guilherme Marinoni, senão vejamos: no item 3.1 será estudado a Tutela do Meio Ambiente e os seus problemas instrumentais, a partir da perspectiva de que os sistemas codificados não respondem a natureza dos “novos direitos” caracterizados pela difusidade de seu objeto e de seus titulares. No item 3.2 serão estudados os instrumentos da Ação Civil Pública como mecanismo jurisdicional para a prevenção do dano Ambiental e os contornos da Ação Popular quando utilizada para a defesa do meio ambiente. No item 3.3 será estudada a questão relativa à gestão do risco ao meio ambiente a partir de uma tutela voltada para inibir a possibilidade do ilícito, buscando responder a questão da criação de uma tutela jurisdicional verdadeiramente preventiva para a gestão do risco.

Diante de uma gama de “novos direitos” previstos na Carta Magna, nos fixamos unicamente no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por se tratar de um bem cuja higidez é indispensável para a existência de todos os seres vivos e que a recuperação é praticamente impossível. Vivemos numa sociedade em que o desenvolvimento industrial não foi planejado de forma a conciliar o bônus com o ônus do modelo econômico adotado. A relevância do nosso estudo está baseada principalmente no fato de que as diversas esferas do Poder tomam suas decisões baseados em critérios políticos e econômicos, não levando em consideração os aspectos ambientais da decisão tomada.

Assim, quando se trata da possibilidade de ocorrência do dano ao meio ambiente não se pode trabalhar com a hipótese de que este efetivamente ocorra para que a tutela jurisdicional possa ser deferida, uma vez que, neste caso o retorno à situação anterior é totalmente impossível na maior parte dos casos ou, quando possível, não alcança a geração que efetivamente sofreu o prejuízo.

A efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quando na esfera de conflituosidade inerente a tutela jurisdicional, ou seja, dentro da ação, tem como ponto fulcral a correta aplicação dos instrumentos processuais postos a disposição do julgador e é desse tema que trataremos.

O desafio é demonstrar que a tutela inibitória, por ter natureza genuinamente preventiva, é instrumento processual eficiente para a prevenção dos riscos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois tem como função preservar a integralidade do direito previsto constitucionalmente.

CAPITULO 1

Meio Ambiente: O surgimento e a institucionalização da questão ambiental.

Apenas para que se localize o objeto do presente trabalho no interior do sistema político-jurídico, serão apresentadas breves considerações históricas a respeito do Estado e do Direito na sua concepção positivista.

Clève, fazendo numa retrospectiva histórica a respeito do conceito de direito e de lei, descreve o Estado absolutista onde o direito e a lei, na sua concepção clássica, tinham como gênese a autoridade do príncipe, legitimada pela vontade divina e fundamentado no direito natural e nas Leis Fundamentais do Reino, mas já se encontram, diz esse autor, as bases para o monopólio por parte do Estado da produção legislativa. O mesmo sentido se deu nas revoluções burguesas, principalmente a francesa, em que o poder absoluto do soberano é transferido para o povo, onde se dá o monopólio do Estado no que diz respeito a produção legislativa. O Legislativo passa a ser formado por representantes da nação e “expressará o direito novo (...) todo o direito passa a ser direito do Estado. (...) Após as revoluções, a lei constituiria ato votado pelo parlamento, expressando a vontade geral¹”.

Na concepção dos revolucionários, segundo Clève, a lei produzida pelo parlamento era ao mesmo tempo fruto da razão e criada por representantes da nação, portanto, não poderia atentar contra a justiça ou liberdade. Mas, esse mesmo autor, frisa que esse culto da lei, como forma e conteúdo, foi lentamente substituído pelo culto simplesmente da forma, e isso teve como consequência em primeiro lugar o estatismo, que ocasionou uma positivação do direito natural, e por fim a identificação do direito com a lei, e essa concepção formalista fez nascer o positivismo.

¹ Mas Clève chama a atenção para o fato de que não obstante a lei constituir-se em ato votado pelo parlamento, não significa dizer que os revolucionários não se preocupavam com o seu conteúdo. “Os revolucionários acreditavam na força da razão. Não passando a lei de norma descoberta pela atividade racional, não poderia atentar contra a justiça e a liberdade. E os revolucionários, neste caso, não faziam mais do que conciliar as lições pronunciadas pelos arautos do racionalismo iluminista”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 45-48.

Ocorre, porém, salienta Clève, que tanto o idealismo dos revolucionários do século XVIII quanto os juristas do século XIX não impediram que a liberdade e a igualdade preconizadas pela lei fossem espelho do pensamento de uma classe recém chegada ao poder - a burguesia - e maioria no parlamento. O sufrágio universal modificou o perfil da lei, uma vez que os novos eleitores fazem novos parlamentares com identidades ideológicas diferentes da burguesia, os partidos políticos tomam o lugar dos blocos parlamentares e a lei deixa de ser a expressão da vontade geral, passando a ser a vontade política do grupo majoritário no Parlamento. A lei passa a ser forma, não revela o seu conteúdo, e esse é o paradoxo apresentado pelo processo de democratização promovido pelo advento do sufrágio universal².

Com o Estado social, as funções deste são aumentadas, uma vez que se torna também um Estado administrativo³. Esta transformação do Estado e da própria sociedade fez emergir uma nova classe de problemas que exigem respostas céleres e exatas, emergindo desse processo uma sociedade técnica onde o tempo adquire velocidade. “A administração vê-se compelida a socorrer-se do auxílio de especialistas que, em nome da objetividade ou infalibilidade da ciência ou da técnica, nem sempre estão dispostos a dialogar com os integrantes do legislativo⁴”.

Essa emergência da sociedade técnica opera seus efeitos em todos os aspectos da realidade: social, política e jurídica. Tanto é assim que antes do início dos anos setenta, havia apenas esforços moderados no sentido de policiamento administrativo

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp.49-50.

³“O executivo maneja dinheiro, executa serviços, constrói obras públicas, controla o câmbio e a emissão da moeda, negocia títulos públicos para arrecadar fundos ou para controlar a economia, fiscaliza as instituições bancárias, financeiras, de seguro, os fundos de pensão, oferece créditos subsidiados a esta ou àquela atividade econômica, cria empresas estatais, nacionaliza empreendimentos ou privatiza atividades do Estado, vigia o mercado acionário, promove campanhas de vacinação compulsória ou de prevenção de doenças epidêmicas”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op.cit.p.51.

⁴ Afirma Clève “Afinal, há uma radical oposição entre o discurso do tecnocrata, auxiliar do governo, e o jurista ou o político. Enquanto aquele tem em mira o resultado, estes se preocupam com a legitimidade da decisão (o processo de tomada da decisão). O discurso do resultado ou dos fins do tecnocrata pouco se concilia com o discurso dos meios e da legitimidade da decisão professada pelo jurista ou pelo político, pelo menos pelo político, no melhor sentido da expressão”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Op.cit.p.52.

da utilização da propriedade, e esta posição imperou tanto no século XIX quanto na primeira metade do século XX⁵.

A partir da segunda metade do século passado, mais precisamente no início da década de setenta, os efeitos devastadores do desenvolvimento técnico e científico começaram a repercutir não só no campo das ciências sociais, humanas, e biológicas, como também chegaram ao tecido social⁶. Esta realidade fez com que o Estado entendesse urgente a criação de um direito do ambiente, capaz de gerar⁷ a natureza de forma a assegurar a sua proteção, sem, muito embora, abolir os fundamentos da economia liberal⁸, pois, alguma regulação se fez necessária, principalmente pela ocorrência de dois fatores apontados por Ost, a saber: “mutação nas atribuições do Estado, por um lado, a constituição da questão econômica como problema sóciopolítico, por outro⁹”.

1.1.O surgimento da questão ambiental: A destruição ecológica e seu dimensionamento jurídico.

No pós-guerra operou-se a mudança no perfil dos Estados ocidentais, que além da função clássica de Estado de direito¹⁰ se sobrepôs a função de Estado intervencionista que se qualificou como Estado – providência, que tinha como meta

⁵ OST, François. *A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p.119.

⁶ BOBBIO, Norberto. BOVERO, Michelangelo, (org.). Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p.502.

*O termo tecido social é aqui utilizado no sentido de abarcar os diversos círculos que compõem a vida em sociedade, a família, a nação, o mundo .

⁷ Ost utiliza o termo natureza gerada para definir o atual momento da ecologia, em que a natureza além de um problema da sociedade, se torna também uma jogada política, onde o Estado intervencionista não podendo mais ignorar os desequilíbrios ecológicos, cria administrações, edita textos, comina sanções. A natureza apesar de não deixar de ser apropriada, ela é também gerada, para isso é preciso também conhecer a natureza, devendo, portanto, o jurista ouvir o ecólogo, a questão a saber é se o jurista tem condições de entender esta mensagem.

⁸ OST, François. *A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p.119.

⁹ OST, François. *A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p.119.

¹⁰ Ost chama a atenção para o fato de, entre as funções do Estado de direito está também a função de Estado policiador. OST, François. op.cit. 119.

produzir compensações para diminuir as desigualdades sociais operadas pelo capitalismo, “a mão bem visível da burocracia sobrepõe-se, assim, à mão invisível do mercado, tão cara aos teóricos liberais¹¹”.

Se referindo a este período, Ost salienta o fato de que ele, o Estado, também se transforma em industrial, agricultor, comerciante e banqueiro, objetivando aquilo que se transformou, segundo ele, em um tabu – o crescimento – com os ganhos alcançados com esta atividade o Estado garantiu o pleno emprego, e aumentou o produto nacional bruto, o que contribuiu em grande medida com a alteração dos ecossistemas o que, paradoxalmente, é apontado como um dos fatores para a emergência do direito ambiental administrativo.¹²

O modo de vida atual, provocado pelo surto industrial vertiginoso e o desenvolvimento tecnológico sem precedentes, criou aparentemente um paradoxo: ao mesmo tempo em que a filosofia política liberal transformou-se num único e contraditório princípio o – *laissez - faire*¹³ – reduzindo, o que Boaventura denominou como princípio da comunidade¹⁴, a dois elementos, a sociedade civil e o indivíduo¹⁵. O conhecimento alcançado por esta mesma tecnologia, permitiu que fossem desnudadas as

¹¹OST, François. *A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget,1997.p.119.

¹²“Daí resulta que o Estado, nas antigas democracias populares da Europa de Leste, e a coalizão dos interesses públicos e privados nas democracias sociais do Ocidente, contribuem para agravar, em grande medida, a alteração dos ecossistemas. Se, por acaso, se fazem ouvir alguns protestos em nome de tal espaço ou de tal espécie ameaçados, estes serão depressa abafados em nome do espectro do desemprego, da concorrência estrangeira e recessão. Tudo parece dever ceder perante a lei impiedosa do ‘progresso’, que rima aqui com a lei do lucro”. OST, François. *A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget,1997.p.120.

¹³ O Aurélio define essa expressão como indicativa da prática ou doutrina da não intervenção do Estado no domínio individual e mais especialmente na esfera econômica. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro:Nova Fronteira,1999.

¹⁴ A este princípio se refere Boaventura quando afirma que o projeto cultural da modernidade se assenta em dois pilares: o pilar da regulação e o pilar da emancipação. Esses pilares são por sua vez constituídos de três princípios cada um, a saber: o pilar da regulação é constituído “pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve principalmente a Hobbes; pelo princípio do mercado, dominante sobretudo na obra de Locke; e pelo princípio da comunidade, cuja formulação domina toda a filosofia política de Rousseau. Por sua vez, o pilar da emancipação é constituído por três lógicas de racionalidade: a racionalidade estético-expressiva da arte e literatura; a racionalidade moral-prática da ética e do direito; e a racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice:O social e o político na pós-modernidade*.São Paulo:Cortez,2001,p. 77.

¹⁵ Sociedade civil aqui entendida conforme a definição de Boaventura, “como agregação competitiva de interesses particulares, suporte da esfera pública, e o indivíduo, formalmente livre e igual, suporte da esfera pública e elemento constitutivo básico da sociedade civil”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice:O social e o político na pós-modernidade*.São Paulo:Cortez,2001,p.82.

tragédias e as catástrofes ocasionadas pelos efeitos de todo este aparato tecnológico, engendrando, na sociedade civil, o sentimento de limites e de fragilidade que despertou a sensibilidade para as questões ecológicas numa abrangência global e transnacional.¹⁶

Mas até que fossem ultrapassadas as fronteiras dos Estados-Nação¹⁷, os movimentos sociais informados por uma consciência ecológica estavam desconectados, pois os problemas desta ordem somente eram enxergados, e o clamor da indignação ouvidos, nos locais da agressão. Deixando de evidenciar que os processos predatórios estavam protegidos pela forte conexão existente entre a esfera política e a esfera econômica.

Em realidade, a universalização da preocupação ecológica é tributária das jornadas pacifistas e antinucleares que ocorreram nos EUA e Europa, no final da década de 70 e início da década de 80, conectando os diversos componentes desta mobilização para o, posteriormente denominado, movimento ecológico¹⁸.

Por esta razão, Lorenzetti aponta a questão do meio ambiente como provocador de uma modificação epistemológica do Direito, dando ensejo a um redimensionamento que abrange o público, o privado, o penal e o civil, o administrativo e o processual, e por colidir com a ordem do Código Civil foi qualificada por esse autor como decodificante¹⁹.

¹⁶ Global no sentido de alcançar todo o globo terrestre e transnacional no sentido de ir além das fronteiras políticas do Estado-nação.

¹⁷ Na sua acepção moderna, como sendo uma comunidade humana, organizada em determinado território, que detém, de forma bem sucedida, o monopólio da violência legítima, na definição de Max Weber. “A história do surgimento do Estado moderno é a história desta tensão: do sistema policêntrico e complexo dos senhorios de origem feudal se chega ao Estado territorial concentrado e unitário através da chamada racionalização da gestão do poder e da própria organização política imposta pela evolução das condições históricas materiais” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: CACAIS, Luis Guerreiro Pinto; MÔNACO, Gaetano Lo; DINI, Renzo; VARRIALLE, Carmen C.. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p.426.

¹⁸ Tomando como exemplo a Alemanha, “em 22 de março de 1983, 27 pessoas marchavam pela capital da Alemanha ocidental, Bonn, com um globo de borracha e um galho de árvore da floresta Negra, com esse gesto protestavam contra a poluição que estava destruindo aquela floresta.(...) Eles se denominavam OS VERDES e se definiam como o Partido/ anti-partido ou um partido movimento.” CAPRA, Fritjof e SPRETNAK, Charlene. *Política Verde, a promessa global* (mimeo), p. 03.

¹⁹ “O Código constituiu-se em um reflexo da criação do Estado Nacional; sua pretensão era ordenar as condutas jurídico-privadas dos cidadãos de forma igualitária;(…) Finalmente, o Código é uma ordem racional que se propõe a regular todas as épocas e latitudes. O Direito Civil atual não se funda em uma só lei codificada; ao contrário, há muitas leis para distintos setores de atividade e de cidadãos. (...) Há problemas que têm uma força decodificadora própria. Um deles é relativo ao meio ambiente e sobretudo aos danos ressarcíveis.(...) Trata-se de problemas que demandam instituições e instrumental próprios. Neles coexistem o público e o privado, o penal e o civil, o administrativo e o processual, mesclando-se em um

Antes de adentrarmos nos aspectos jurídicos do meio ambiente, resgatemos a evolução da questão ambiental no Brasil, onde temos como marco histórico a ECO-92, não obstante a problemática sócio ambiental²⁰ já apresentar seus primeiros sinais na década de 70, tendo sido o primeiro país da América Latina onde os movimentos ecológicos apareceram.

Não obstante as últimas quatro décadas terem representado uma degradação ambiental profunda, cumpre ressaltar que desde o descobrimento do Brasil, a vocação para a exploração predatória e degradante das riquezas naturais do país é a tônica de todos os governos. Desde a exploração do pau-brasil, árvore que inspirou o nome do país, e os ciclos econômicos que se sucederam, bem como em tempos atuais, o desenvolvimento planejado, se revelaram ao longo dos cinco séculos verdadeiros desastres ecológicos²¹.

Em verdade, Viola²² divide o ambientalismo no Brasil em três fases distintas: a primeira, que ele define como ambientalista, tem início em 1974 e se encerra em 1981, época em que se deu a institucionalização da questão ambiental, com a lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. A segunda que ele delimita entre os anos de 1982 a 1985, é caracterizada pela confluência parcial e politização progressiva dos movimentos de denúncia da degradação ambiental nas cidades e nas comunidades alternativas rurais,

coquetel inovador e herético”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. pp.44-45-51.

²⁰ Por problemática socioambiental temos tudo o que se encontra na categoria de essencial para a manutenção da vida de todas as espécies (biodiversidade) e de todas as culturas (sociodiversidade).

²¹ “Em nenhuma circunstância, porém, o sentido dessa identificação entre natureza e imagem do Brasil adquiriu tanta força simbólica quanto na escolha do próprio nome da nova terra, no uso da árvore pau-brasil para inspirá-lo. Devemos lembrar que a vitória final do nome “Brasil” significou uma verdadeira façanha em termos simbólicos, pois logrou deslocar a designação original de Terra da Santa Cruz, passando por cima da ideologia religiosa que constituía um dos pilares do processo colonizador.(...) Pois o pau-brasil não era uma árvore qualquer, mas sim o primeiro elemento da natureza brasileira passível de ser explorado em larga escala para benefício do mercantilismo europeu. (...) É esse sentido que será ditado para o Brasil pelo olhar mercantilista vitorioso, descartando, e por vezes utilizando, os outros olhares possíveis – o da Igreja, o dos viajantes humanistas, o dos colonos interessados num real povoamento. O ato fundador do Brasil, portanto, foi um projeto de exploração predatória da natureza – e esse estigma está entranhado em seu próprio nome.” PÁDUA.José Augusto. *Natureza e Projeto Nacional: as origens da ecologia política no Brasil*. IN PÁDUA.José Augusto (org). VIOLA. Eduardo. MINC. Carlos. VIEIRA. Liszt. GABEIRA. Fernando. GONZAGA.Paulo. *Ecologia e Política no Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro. IUPERJ/Editora Espaço e Tempo p.18/19,

²² VIOLA. Eduardo. *O Movimento Ecológico no Brasil (1974-1986): Do ambientalismo à ecopolítica*. IN PÁDUA.José Augusto (org). VIOLA. Eduardo. MINC. Carlos. VIEIRA. Liszt. GABEIRA. Fernando. GONZAGA.Paulo. *Ecologia e Política no Brasil*. Rio de Janeiro. IUPERJ/Editora Espaço e Tempo. p.81, 2ª edição.

ambos nascidos ainda na primeira fase. E a terceira fase, que ele define como opção ecopolítica, iniciada em 1986, na qual a grande maioria do movimento ecológico decide participar da arena parlamentar.

Mas, para chegar ao, hoje denominado, antropocentrismo alargado²³, conceito que será tratado mais adiante, existe uma longa viagem iniciada na década de 70, pois até o final da década de 80, a preocupação com a natureza se circunscrevia ao esgotamento dos recursos naturais que possuíssem interesses econômicos envolvidos, bem como para os aspectos patrimoniais da propriedade²⁴.

Nos dias atuais, tal visão se encontra superada, não só porque os recursos naturais, à medida que vão sendo degradados, não são renováveis e os que possuem tal qualidade demoram gerações para serem recuperados, como também, em razão do modelo de desenvolvimento adotado, operou-se um desequilíbrio ambiental cuja uniformidade de seus efeitos fez surgir uma nova consciência global, que segundo Capra está traduzida em uma escola filosófica denominada 'ecologia profunda', fundada pelo filósofo norueguês Arne Naess, que tem como contraposição a escola filosófica denominada 'ecologia rasa', distinção proposta por este mesmo filósofo²⁵. Ainda neste

²³Morato define desta forma o antropocentrismo alargado, uma vez que, reconhece que o homem ainda permanece no centro das preocupações ambientais. "Não é possível conceituar o meio ambiente fora de uma visão de cunho antropocêntrico, pois sua proteção jurídica depende de uma ação humana. (...) Ressalte-se, no entanto, que esta visão antropocêntrica pode ser aliada a outros elementos e um pouco menos centrada no homem, admitindo-se uma reflexão de seus valores, tendo em vista a proteção ambiental globalizada." LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003. p. 71-72.

²⁴No século XVIII a reflexão a respeito da natureza tinha como ponto de partida a observação empírica e racional da natureza, sendo esta definida como um grande livro cujas páginas deveriam ser lidas e decifradas, após um longo estudo, na busca da inteligibilidade da natureza e assim, perceber suas leis fixas e imutáveis, utilizando a imagem de Newton a respeito do tema. Em realidade a conotação da natureza no seu sentido econômico ou funcional é tão forte neste período, que seu estudo era denominado 'economia da natureza', pois o termo 'ecologia' somente foi desenvolvido no século XIX. PÁDUA. José Augusto. *Natureza e Projeto Nacional: as origens da ecologia política no Brasil*. IN PÁDUA. José Augusto (org). VIOLA. Eduardo. MINC. Carlos. VIEIRA. Liszt. GABEIRA. Fernando. GONZAGA. Paulo. *Ecologia e Política no Brasil*. Rio de Janeiro. IUPERJ/Editora Espaço e Tempo. p.18/19, 2ª edição.

²⁵Esta distinção é aceita pelo pensamento ambientalista contemporâneo, e apresenta-se da seguinte forma: ecologia profunda separa o meio ambiente natural do ser humano, não vê o mundo como uma coleção de objetos estanques, mas como uma rede de fenômenos interconectados e interdependentes, e os seres humanos como mais um fio que forma a teia da vida. Ecologia rasa, tem como objeto o ser humano como centro das coisas e posicionados acima e fora da natureza, cujo valor seria basicamente instrumental ou utilitário. Conforme podemos perceber, ambos os pensamentos são corolários do pensamento das escolas da ciência arcadista e da ciência imperialista respectivamente. CAPRA. Fritjof. *A teia da vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução: EICHEMBERG. Newton Roberval. São Paulo. Editora Cultrix. 1996, p.25/26.

sentido, cumpre citar as duas grandes correntes de pensamento do século XVIII, ambas advindas dos ideais iluministas, denominadas por Worster²⁶ de ‘ciência arcadista’ e ‘ciência imperialista’²⁷.

Sob o ponto de vista político, atualmente duas correntes principais se apresentam em contraposição: a corrente da “modernização ecológica”²⁸ e a corrente do “ecologismo”²⁹. Esta última dividida em duas correntes: a do ecologismo romântico³⁰, e a do ecodesenvolvimento.

A modernização ecológica se caracteriza por ser um agir conforme a lógica do mercado, buscando promover ganhos de eficiência e ativar mercados, procurando essencialmente evitar, o que para estes atores é o núcleo da questão ambiental, o desperdício de matéria e energia. “A questão ambiental poderia ser apropriadamente internalizada pelas próprias instâncias do capital, de modo a absorver e neutralizar as virtualidades transformadoras do ecologismo”³¹

²⁶ Apud . PÁDUA.José Augusto. *Natureza e Projeto Nacional: as origens da ecologia política no Brasil*. IN PÁDUA.José Augusto (org). VIOLA. Eduardo. MINC. Carlos. VIEIRA. Liszt. GABEIRA. Fernando. GONZAGA.Paulo. *Ecologia e Política no Brasil*. Rio de Janeiro. IUPERJ/Editora Espaço e Tempo. p.29, 2ª edição.

²⁷ Ancestral direta das idéias românticas, organicistas e vitalistas, que se desenvolveram ao longo do século XIX, os adeptos da corrente de pensamento ciência arcadista, propunham um relacionamento harmônico e pacífico do homem com a natureza, tendo como base as comunidades campestres e pastoris. A corrente de pensamento denominada ciência imperialista, tinha como marco o pensamento de Francis Bacon, cujo ideal era ‘alargar o império humano a todas as coisas’. Este estudo serviria para o homem conhecer o funcionamento da natureza, e com este conhecimento utilizá-la ou modificá-la de acordo com as finalidades da sua indústria ou dos poderes da sua razão. PÁDUA.José Augusto. *Natureza e Projeto Nacional: as origens da ecologia política no Brasil*. IN PÁDUA.José Augusto (org). VIOLA. Eduardo. MINC. Carlos. VIEIRA. Liszt. GABEIRA. Fernando. GONZAGA.Paulo. *Ecologia e Política no Brasil*. Rio de Janeiro. IUPERJ/Editora Espaço e Tempo. p.29, 2ª edição.

²⁸ A noção de ‘modernização ecológica’, (...), designa o processo pelo qual as instituições políticas internalizam preocupações ecológicas no propósito de conciliar o crescimento econômico com a resolução dos problemas ambientais, dando-se ênfase à adaptação tecnológica, à celebração da economia de mercado BLOWERS.A. citado por ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.23. (aspas nossas)

²⁹ ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.23.

³⁰ O termo é utilizado para definir aqueles que defendem o retorno à natureza pura, desconsiderando os aspectos positivos do desenvolvimento científico e a possibilidade de conciliação da natureza com o desenvolvimento.

³¹ ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.23.

Em sentido oposto, temos o ecologismo que denuncia e combate as falhas da “modernização ecológica”, mormente porque esta ignora a relação entre a degradação ambiental e o modelo de desenvolvimento liberal, “assente em dois pressupostos fundamentais: primeiro, o individualismo metodológico e dogmático, traduzido na adoção do *homo economicus* e na maximização da satisfação individual como padrão de racionalidade social e econômica; depois, a crença no sistema de auto regulação como mecanismo preservador da “ordem natural” invisivelmente resultante da articulação entre propriedade privada, iniciativa econômica privada e mercado”³². Ao mesmo tempo, esta corrente, busca se afastar da corrente da ecologia profunda ou de um ecologismo romântico, propondo o meio ambiente como uma “dimensão fundamental do desenvolvimento, através da idéia – força de ecodesenvolvimento.”³³

As Nações Unidas³⁴, com a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, em 1972 e posteriormente, o Nosso Futuro Comum em 1988³⁵, e a Convenção das Nações Unidas de 1992 e a ECO-92, inauguraram um novo paradigma e passou-se a encarar o meio ambiente como bem autônomo, imaterial e interdependente. Essa mudança paradigmática trouxe a novidade de retirar o homem do centro da discussão e o incluiu no conceito de meio ambiente como os demais seres vivos, de forma integrada e interativa.

³² PUREZA, José Manuel; FRADE, Catarina. *Direito do Ambiente. I Parte: A Ordem Ambiental Portuguesa*. Universidade de Coimbra, 2001.

³³ Aqui a palavra ecodesenvolvimento é adotada no sentido dado por Viola e que é sinônimo de desenvolvimento sustentável que por sua vez não se confunde com o conceito de modernização ecológica constante na nota 28. Para Viola “A grande maioria dos ecologistas (exceto uma minoria romântica) são favoráveis a um desenvolvimento ecologicamente equilibrado que inclui a utilização prudente da maioria das tecnologias contemporâneas, rejeitando somente aquelas intrinsecamente predatórias.(...) Neste sentido, as propostas mais difundidas entre os ecologistas – (...) são, entre outras as seguintes: produção de energia flexível que trabalha com os ciclos do sol, da água, e do vento; agricultura de regeneração que reabastece o solo e incorpora meios naturais de controle de pragas;(…) VIOLA. Eduardo. *O Movimento Ecológico no Brasil (1974-1986): Do ambientalismo à ecopolítica*. IN PÁDUA. José Augusto (org). VIOLA. Eduardo. MINC. Carlos. VIEIRA. Liszt. GABEIRA. Fernando. GONZAGA. Paulo. *Ecologia e Política no Brasil*. Rio de Janeiro. IUPERJ/Editora Espaço e Tempo. p.69, 2ª edição.

³⁴ Estas são na realidade declarações e não propriamente cartas de direitos e se localizam no âmbito do Direito Internacional, conforme BOBBIO enquanto não ratificadas não passam de diretivas gerais pautadas pela crença nas boas intenções ou boa vontade dos Estados membros. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Campus. Rio de Janeiro. 1992.

³⁵ O *Nosso Futuro Comum*, além de outras, traz a importante contribuição de definir desenvolvimento sustentável como sendo a capacidade de satisfazer as necessidades da atual geração sem comprometer, nesse processo, a possibilidade de atender as gerações futuras. COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1988.p.34.

Quando a sociedade passou a constatar que a boa qualidade de vida era diretamente proporcional ao equilíbrio do meio ambiente, e principalmente, que o homem fazia parte de todo este sistema de forma integrativa e interdependente, criou-se uma consciência ética preservacionista, bem como, na esfera do Estado, constatou-se que a devastação e o desequilíbrio ecológico geraram uma área de conflituosidade à qual não poderia o ordenamento jurídico ficar indiferente, cuidou-se de dar ao meio ambiente sua dimensão jurídica, ou seja, institucionalizou-se a questão ambiental, juridicidade inaugurada pela lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981.

A este respeito Milaré, se referindo à Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981, acima mencionada e ao artigo 225 da Constituição Federal, afirma que muito embora as formulações jurídicas sejam diferentes entre si, o substrato ético é semelhante, e assim continuará sendo enquanto não ficar absolutamente consolidada a idéia de que o meio ambiente não pertence à coletividade nem se encontra à disposição para prover os recursos para promover o desenvolvimento da humanidade. Continuando ele ressalta que o empreendedor, o consumidor, assim como o ambientalista são movidos, cada um, por sua própria lógica. Problematizando pergunta, qual a lógica estará mais correta? Responde ele mesmo que na maior parte dos casos o Direito dará a palavra, sem, no entanto, deixar de ouvir em cada um dos casos a voz da Ética e da moral, onde o respeito ao “ecossistema planetário”³⁶ será o “parâmetro regulador e indiscutível”³⁷, no balanço positivo do empreendimento³⁸.

Morin-Kern se refere a esta nova etapa da civilização planetária como sendo a concepção da “consciência terrestre”³⁹. E ele define este sistema integrado e interdependente que é o planeta terra como “uma totalidade complexa física/biológica/antropológica, em que a vida é uma emergência da historia da terra, e o homem uma emergência da história da vida terrestre”. Ele descreve a humanidade como sendo “uma entidade planetária e biosférica”⁴⁰.

³⁶MILARÉ, Edis. *Responsabilidade Ética em face do Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental, n.2. Ano 1. Abril e Junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.43.

³⁷ MILARÉ, Edis. *Responsabilidade Ética em face do Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental, n.2. Ano 1. Abril e Junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.43.

³⁸ MILARÉ, Edis. op.cit. p.43.

³⁹ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra Pátria*. Porto Alegre: Ed. Sulina. 2003. p.p.62,63.

⁴⁰ “Tivemos que abandonar um universo ordenado, perfeito, eterno por um universo em devir dispersivo, nascido na irradiação, no qual atuam dialogicamente, isto é, de maneira ao mesmo tempo complementar,

No Aurélio, a palavra meio ambiente é definida como “o conjunto de condições naturais e de influências que atuam sobre os organismos vivos e os seres humanos”.⁴¹

Conforme se pode observar, o conceito gramatical de meio ambiente não se aparta do conceito apresentado no artigo 3º, inciso I da Lei 6.938 de 31 de Agosto de 1981, que trata da política nacional de meio ambiente, 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”⁴².

Do conceito legal de meio ambiente, retira-se a conclusão de que se encontra superada a idéia do homem dissociado da natureza, passando para a visão integrativa e interativa de que sem a natureza o homem não sobrevive.

Conforme a lição de Leite, em realidade a visão antropocêntrica clássica⁴³ não foi abandonada, mas ao se constatar que a intervenção humana destrói os recursos naturais não renováveis, e que seu comportamento deletério traz ameaça a sua própria existência na terra, procurou-se somar a esta visão antropocêntrica, valores que têm em vista a proteção do meio ambiente e esse novo paradigma foi denominado de antropocentrismo alargado⁴⁴.

concorrente e antagonica, ordem, desordem e organização. Tivemos que abandonar a idéia de uma substancia viva especifica, animada de um sopro próprio, para descobrir a complexidade de uma organização viva emergindo de processos físico-químicos terrestres. Tivemos que abandonar a idéia de um homem sobrenatural procedente de uma criação separada, para faze-lo emergir de um processo no qual ele se separa da natureza sem no entanto dissociar-se dela.(...) A terra não é a adição de um planeta físico, mais a biosfera, mais a humanidade.(...) Estamos a milhões de anos-luz de uma centralidade humana no cosmos e, ao mesmo tempo, não podemos mais considerar como entidades claramente separadas, impermeáveis umas às outras, homem, natureza, vida, cosmos.” MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra Pátria*. Porto Alegre: Ed. Sulina. 2003.p.p.62,63.

Chama-se biosfera a película de terra firme, ar e água que envolve o globo terrestre, o termo foi criado por Teilhard de Chardin. In TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe – Terra. Uma História Narrativa do Mundo*. Rio de Janeiro: Zahar. 1982.p.22.

⁴¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

⁴² CAPPELLI, Silvia. Ministério Público do Rio Grande do Sul. *Coletânea de Legislação Ambiental*. Rio Grande do Sul: CORAG, 2003.

⁴³ No antropocentrismo clássico o homem está no centro de todas as questões e, se encontra dissociado da noção de natureza ou meio ambiente.

⁴⁴ Conforme já dito na nota 23, adota-se no presente trabalho a noção de antropocentrismo alargado de Leite, In LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: Do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.71-72. ver também LEITE, José Rubens Morato. e AYALA, Patryck de Araújo. *Novas Tendências e Possibilidades do Direito Ambiental no Brasil*. IN *Os “Novos” Direitos no Brasil*. WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (orgs). Saraiva. São Paulo. 2003. p. 208.

Assinalando que o paradigma ambiental pode ser observado por diversos enfoques classificados por Lorenzetti⁴⁵ em três campos distintos: O enfoque retórico, o enfoque analítico e o enfoque protetor.

Na sua concepção, a partir do enfoque retórico varias conquistas no tema degradação ambiental foram alcançadas, pois, o trabalho de conscientização e de “enumeração dos valores em jogo: desenvolvimento, ou a preservação do meio ambiente”, influenciaram a legislação em vigor, mas ao mesmo tempo cria o problema da possível ineficácia, ante o fato de o Direito dos tratados ambientais terem sido taxados de um “Direito brando” onde os países os subscrevem por não se sentirem obrigados a cumpri-lo⁴⁶. O grande número de leis a respeito do tema, onde o autor calcula a existência de trinta mil em média sem que isso se traduza em efetividade, e quanto aos valores a divisão entre bons e ruins ou mesmo como solução para todos os problemas jurídicos os desqualifica nesta busca por soluções concretas⁴⁷.

O enfoque analítico, para Lorenzetti, é destituído de suficiente clareza, haja vista o jurista carece de algumas noções ante os múltiplos aspectos que são apresentados neste enfoque e os problemas co-relacionados. Dando como exemplo o fato de que aponta-se como solução para a degradação ambiental a imputação de efeitos negativos para a empresa ou país que provoca a degradação, para ele tal solução carece de possibilidades técnicas para ser implementada, pois é difícil estabelecer um índice de consumo, para cada empresa ou país, de recursos naturais⁴⁸.

O enfoque protetor, ainda para Lorenzetti citando Benjamin seria a busca de ferramentas eficientes para evitar a degradação e melhorar a qualidade do meio ambiente⁴⁹.

Quando examinamos a dimensão jurídica do meio ambiente percebe-se a opção do legislador por uma definição ampla de meio ambiente, abarcando na dimensão

⁴⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.558.

⁴⁶ “No plano legislativo, têm-se começado a denunciar a enorme proliferação de leis existentes na maioria dos países, calculando-se uma média de trinta mil, sem que semelhante atividade legisladora se traduza em ações efetivas.(...) Quanto aos valores, têm-se desenvolvido uma versão messiânica e maniqueísta que divide entre bons e ruins, e que não é adequada para a busca das soluções.”LORENZETTI, Ricardo Luis.op.cit.p.558-559.

⁴⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis.p. 558.

⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis.p.560.

⁴⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis.p.561.

jurídica vários aspectos da problemática ambiental, chegando a incluir aspectos sociais neste conceito, tais como os valores relacionados à bioética, onde o saber científico na área da biologia e da medicina, necessitam ter suas condutas éticas reguladas pelas normas jurídicas, uma vez que, se trata de um ramo do “saber ético que se ocupa da discussão e conservação dos valores morais de respeito à pessoa humana no campo da ciência da vida”.⁵⁰

Numa interpretação sistemática da Lei 6.938 de 31 de Agosto de 1981, temos no seu artigo 2º, “caput”, que os objetivos da política nacional do meio ambiente são a preservação e a recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando proteger a dignidade da vida humana. Mais uma vez, não se pode afastar do paradigma do antropocentrismo, mas é visível a opção do legislador por um alargamento dessa concepção.

Buscando localizar juridicamente o meio ambiente, carece preliminarmente lembrar, que a mudança paradigmática do antropocentrismo puro para o antropocentrismo alargado foi materializado no Princípio I da ECO – 92⁵¹. Motivado por valores que guiam as suas condutas em relação ao meio ambiente, o homem passou a ter uma compreensão ética dos efeitos de sua intervenção nos ecossistemas, constatando a vulnerabilidade desses em face do modelo de desenvolvimento adotado⁵².

A esse respeito Boaventura se refere como um projeto da modernidade cujas promessas não foram cumpridas, que seria dividido em três períodos, o último é esse em que nos encontramos e no qual a humanidade tomou consciência do déficit no cumprimento dessas promessas e que esse é irreparável⁵³.

⁵⁰ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003.p.73.

⁵¹ LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003. p. 72.

⁵² (...)”alguns valores que devem guiar a conduta antropocêntrica em relação ao meio ambiente:

1. o ser humano pertence a um todo maior, que é complexo, articulado e interdependente;
2. a natureza é finita e pode ser degradada pela utilização perdulária de seus recursos naturais;
3. o ser humano não domina a natureza, mas tem de buscar caminhos para uma convivência pacífica, entre ela e sua produção, sob pena de extermínio da espécie humana;
4. a luta pela convivência harmônica com o meio ambiente não é somente responsabilidade de alguns grupos “preservacionistas”, mas missão política, ética e jurídica de todos os cidadãos que tenham consciência da destruição que o ser humano está realizando, em nome da produtividade e do progresso.” Op.cit.17,p.72.

⁵³ “O meu argumento é que o primeiro período tornou claro no plano social e político que o projeto da modernidade era demasiado ambicioso e internamente contraditório e que, por isso, o excesso das

Nas últimas décadas do século XX, segundo Bonavides, o mundo passou por duas revoluções que ao seu modo de ver são tributárias daquelas – da liberdade e igualdade – desencadeadas no século XVIII . “Uma a revolução da fraternidade, tendo por objeto o Homem concreto, a ambiência planetária, o sistema ecológico, a pátria – universo. A outra é a revolução do Estado social em sua fase mais recente de concretização constitucional, tanto da liberdade como da igualdade.”⁵⁴

É neste sentido que Lorenzetti diz que o Direito tem como função recepcionar as leis fundamentais da natureza, ou seja, aquelas sem as quais a natureza não funciona, dando-lhes conteúdo jusfundamental, compatibilizando-as, por esta razão ele diz que no campo das regras institucionais é que se encontra o aspecto mais relevante, uma vez que, “são aquelas que definem o território do proibido e o permitido no jogo social e aquelas que especificam a forma de ser dos princípios gerais.(...) As regras institucionais formam um entorno limitativo dentro do qual funciona a liberdade”.⁵⁵

O Direito ⁵⁶é uma construção social que só se tornará efetiva se o operador do direito for sensível na sua interpretação às exigências do bem comum, que no caso presente é um sujeito de direito difuso, consubstanciado na presente e na futura geração. Para que se entenda o sentido dessa afirmação vale citar a definição de Derani, muito embora não tenha este trabalho a pretensão de utilizar os mesmos marcos teóricos:

promessas se saldaria historicamente num défice talvez irreparável. O segundo período, tentou que fossem cumpridas, e até cumpridas em excesso, algumas das promessas, ao mesmo tempo que procurou compatibilizar com elas outras promessas contraditórias na expectativa de que o défice no cumprimento destas, mesmo se irreparável, fosse o menor possível. O terceiro período, que estamos a viver, representa a consciência de que esse défice, que é de facto irreparável, é maior do que se julgou anteriormente, e de tal modo que não faz sentido continuar à espera que o projecto da modernidade se cumpra no que até agora não se cumpriu.” SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 80.

⁵⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal, Ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores. 7ª edição. 2001, p. 29.

⁵⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, p. 563.

⁵⁶ “Quando o positivista fala em Direito, refere-se a este último – e único – sistema de normas, para ele, válidas, como se ao pensamento e prática jurídicas interessasse apenas o que certos órgãos do poder social (a classe e grupos dominantes ou, por elas, o Estado) impõem e rotulam com Direito. É claro que vai nisto uma confusão, pois tal posicionamento equivale a deduzir todo Direito de certas normas, que supostamente o exprimem, como quem dissesse que açúcar ‘é’ aquilo que achamos numa lata com a etiqueta açúcar, ainda que um gaiato lê tenha colocado pó-de-arroz ou um perverso tenha enchido o recipiente com arsênico” (LYRA Filho, Roberto. *O que é o Direito*. São Paulo: editora brasiliense s.a., 2004, p. 8.

o Direito não se constitui apenas num conjunto de normas⁵⁷. “Estas são uma manifestação do direito, posituação de normas de conduta, que, porém não o exaurem. O direito não é uma parte, um estamento da sociedade, é uma **prática social**⁵⁸”.

Para a dogmática jus positivista, as normas jurídicas descrevem fatos e consagram valores, portanto, elaboram o Direito. Para a mesma doutrina, instituto jurídico por sua vez “é a reunião de normas jurídicas afins, que rege um tipo de relação social ou interesse e que se identifica pelo fim que se procura realizar”⁵⁹. Ainda para a dogmática, norma representa a vontade geral, abstrata e hipotética da lei. Quando se verifica a hipótese prevista na lei, temos a particularização que forma a vontade concreta dessa mesma lei originando o direito subjetivo.

Derani apresenta o Direito como uma expressão social, como elemento da organização social, portanto, não é algo estático, encerrado em si, “todas as manifestações da vida devem ser compreendidas como reciprocamente causadas, nada podendo ser analisado senão dentro de uma visão holística deste modo complexo e múltiplo que é a realidade⁶⁰”. Para que o Direito não seja tomado como literatura, afirma essa mesma autora, para que não se torne um não – direito, deve ser visto como “ação e reação da sociedade, sendo composto pelo texto normativo, contudo não se encerrado nele⁶¹”.

Cumprindo ressaltar que além de possuir a qualidade de alcançar, através da racionalidade técnica, a sua finalidade, aqui utilizada como sinônimo de eficiência, o Direito é informado por valores que têm como função definir esta finalidade, dando-lhe fundamentação. Como normas fundamentais, eles estão dentro do ordenamento jurídico e ocupam o lugar da norma delimitadora material, querendo dizer que operam com “finalidade crítica e orientadora da produção jurídica, indicando seus

⁵⁷ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad. p.24. Ver também GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2 edição.p. 20.

⁵⁸ DERANI, Cristiane.op.cit.p. 24.negrito no original.

⁵⁹ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.p.93.

⁶⁰ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad. p.24.

⁶¹ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad. p.25.

fins fundamentais”⁶². As fontes pelos quais eles entram no ordenamento jurídico são as Constituições, os tratados e, ainda, as leis e os costumes ou a jurisprudência.⁶³

Ocorre que a evolução da sociedade, devido ao crescimento econômico contínuo, não significou uma adequação dos mecanismos jurídicos para esta nova realidade, não obstante a grande produção legislativa no que diz respeito ao meio ambiente, conforme já salientado no enfoque retórico. Os mecanismos jurídicos não se apresentam suficientemente eficientes para prevenir o dano ambiental, ou mesmo, combater os riscos provenientes do desenvolvimento industrial acelerado, principalmente, nas últimas quatro décadas do século passado, crise agravada em consequência da completa ausência de políticas públicas voltadas para a gestão dos riscos, criando a denominada irresponsabilidade organizada.⁶⁴

Derani fazendo uma retrospectiva a respeito da civilização moderna, afirma que esta nasceu tendo como fundamento a busca da ordem, baseada na organização, normalização e obediência a instituições. Esta manutenção da estabilidade, desse *status quo*, motiva os meios, e é alcançado a partir da limitação previsível dos comportamentos, “e é a razão de todo o direito”. O que essa autora quer dizer é que o Direito moderno não é “a simples tradução da justiça”, mas que em determinada medida é necessário ser para que seja mantida a ordem social⁶⁵.

Derani afirma ainda que “o alvo do sistema jurídico é a ordem social, independente do seu teor de justiça⁶⁶”, para tanto se faz necessário que se garanta a justiça do quinhão de cada indivíduo na sua vida em sociedade, para tanto existem os direitos fundamentais e coletivos, o problema é que não é claro o caminho para o qual esses instrumentos conduzem, e isso só é possível, segundo a mesma autora, através da *práxis*, ou seja, com a demanda por parte dos cidadãos, em qualquer instância estatal

⁶² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, pp.322-323.

⁶³ LORENZETTI, op cit. 322-323.

⁶⁴ LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003. p. 69.

⁶⁵ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad. p.27. (aspas nossas)

⁶⁶ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad. p.27.

administrativa ou jurisdicional, para que seja declarado o conteúdo destas normas e concretizados os princípios⁶⁷.

Lorenzetti, ao tratar dos valores, evidencia que o Direito, o Estado e o mercado estão na base do conflito desses valores. No Direito Ambiental este conflito se torna mais evidente, antes as limitações que são impostas pela legislação em todas as esferas de relação dentro da Sociedade Civil⁶⁸, ou seja, à propriedade, ao trabalho, ao contrato. Considerando que são sujeitos da sociedade civil classes sociais, os grupos, os movimentos, as associações, as organizações de classe, os grupos de interesse, as associações de vários gêneros com fins sociais, e também indiretamente políticos, os movimentos de emancipação da mulher, de grupos étnicos, movimentos ecológicos, movimentos de jovens⁶⁹, assim, também o mercado se encontram entre estes sujeitos. Uma vez reconhecido o caráter “intranormativo” da sociedade civil, no sentido de que “a defesa do indivíduo passa pela limitação jurídica, pela institucionalização da vida social.”⁷⁰ O Direito, deverá cumprir a missão de fixar limites à atuação do Estado e do mercado, onde os valores jurisdicizados cumprem a função de delimitar os limites da *civitas*, servir de ponto de intercessão entre o público e o privado, “estabelecendo pontes mínimas”⁷¹, “mediante a identificação de valores coletivos”⁷².

Portanto, é de fundamental importância salientar qual a natureza jurídica do bem ambiental, como sendo de Direito Público, não obstante esta tipologia não seja suficiente para o caso do meio ambiente. Conforme se constata, a opção do legislador infraconstitucional, ao conceituar o que se entende por meio ambiente no artigo 3º, inciso I da lei 6.938 de 31 de Agosto de 1981, delimitou o campo de

⁶⁷ DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad. p.27. ver também DWORNIK, Ronald. *O Império Do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp.20-25.

⁶⁸ Sociedade civil aqui entendida conforme a definição de Bobbio, “tem-se por sociedade civil as esferas das relações sociais não reguladas pelo Estado, entendendo este como sendo o conjunto dos aparatos que num sistema social organizado exercem o poder coativo”. BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra; 1987. p.35.

⁶⁹ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra; 1987. p.36.

⁷⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. pp.335.

⁷¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. pp.335.

⁷² LORENZETTI, op.cit. Lp.335.

juridicidade do bem a que se busca tutelar. Milaré, ao se referir ao texto dessa lei, frisa que o caráter de bem público de uso coletivo dado ao meio ambiente não significa o mesmo que dizer que tudo é de ninguém, ou melhor, o bem é de ninguém até que alguém o ocupe, o ponto de partida para a exata compreensão do texto legal seria lembrar que a própria sociedade, através da participação, “é a gestora primária e original de seus interesses e do seu patrimônio⁷³”. E o faz através de grupos formados para alcançar determinados fins previamente pactuados⁷⁴.

Nessa conceituação, o legislador deixa evidente a sua opção ao definir o bem ambiental como ente unitário e autônomo, inclusive, não priorizando nenhuma forma de vida, uma vez que, o meio ambiente não é apenas um acúmulo de elementos, mas elementos que se equilibram e se inter-relacionam⁷⁵. Ocorre, porém que esta simples afirmação não é suficiente, uma vez que, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição Federal, não se circunscreve a esfera de interesses público somente, pois o dano ao meio ambiente penetra na esfera de individualidade da pessoa quando esta é diretamente alcançada pelos efeitos de uma ação poluidora, bem como não se adequa a noção clássica de interesse privado, e a explicação poderia advir do simples fato de que o meio ambiente se tornou um bem escasso, e esta noção leva a uma reformulação do conceito de “coisa comum⁷⁶”. E, neste caso, os conceitos de ‘esfera de individualidade pessoal e de ‘direitos de atuação sobre bens públicos escassos’ reformulam e subjetivam a temática ambiental⁷⁷.

Se o meio ambiente sadio não interessa somente a um indivíduo, mas a uma coletividade presente e futura, as noções clássicas de interesse público e interesse privado não são suficientes para a compreensão dos interesses coletivos que se caracterizam por envolverem um grupo de indivíduos, cuja a concessão de ação tem como finalidade proteger interesse intergeracional. São difusos no sentido de

⁷³ MILARÉ, Edis. *Responsabilidade Ética em face do Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental, n.2. Ano 1. Abril e Junho. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.44.

⁷⁴ MILARÉ, Edis. *Responsabilidade Ética em face do Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental, n.2. Ano 1. Abril e Junho. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.44.

⁷⁵ LORENZETTI, op.cit. Lp.564.

⁷⁶ Aspas nossas.

⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p 565.

pertencerem a um grupo de pessoas e a ninguém em especial, mas cada um é titular do interesse podendo promover a sua defesa sem que isso beneficie a alguém em particular, eles, os direitos coletivos, se realizam a partir do comando abstrato da lei, independente da vontade do titular⁷⁸.

Outra característica que demonstra a complexidade do bem ambiental quando considerado como bem coletivo, refere-se ao fato dele ser considerado como “macrobem⁷⁹” quando nos referimos como ente autônomo e unitário, e a “microbem⁸⁰” quando tratamos de suas partes que podem ser objeto de apropriação privada, ou seja, as águas, fauna, flora e que demandam ações individuais quando objeto de degradação ambiental.

Essa categoria intermediária de interesses jurídicos não se esgota com esse enunciado, assim quando forem citados os interesses metaindividuais, estará sendo referido o gênero no qual estão compreendidos os interesses difusos, os interesses coletivos, e os interesses individuais homogêneos⁸¹.

Fazendo a distinção de cada uma dessas categorias, podem-se definir os interesses difusos como “interesses indivisíveis, de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso”⁸². Mas, que na leitura do artigo 81 do código de defesa do consumidor, estão interligadas juridicamente por estas circunstâncias de fato.

Os direitos coletivos, como sendo os de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Para definirmos uma relação jurídica base, temos como exemplo a relação que determinado grupo de pessoas têm entre si quando se incorporam ao mesmo grupo em um consórcio para a aquisição de um automóvel.

⁷⁸ MARÉS, Carlos Frederico. *Introdução ao Direito Socioambiental*. In LIMA, André(Org). *O Direito para o Brasil SocioAmbiental*. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p.37.

⁷⁹ LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003.

⁸⁰ LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003.

⁸¹ Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor.Art. 81, parágrafo único e incisos. Disponível na Internet ><http://www.senado.br>< acesso em 24 de março de 2005.

⁸² MAZZILLI. Hugo de Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*.São Paulo: Saraiva. 1995. p. 03.

Quanto aos interesses individuais homogêneos, são estes divisíveis, fundados numa mesma origem de fato comum, nesse caso abre-se um parêntese para observar que esses têm natureza individualista, e nasceram da necessidade de diminuir o número de demandas que abarrotam o judiciário, sua criação foi artificial, e com objetivos bem pragmáticos, ou instrumentais, principalmente, permitir maior efetividade no acesso à justiça.

Por tudo o que já foi demonstrado anteriormente, e sendo o meio ambiente um bem em si mesmo, autônomo e indivisível, constata-se que o interesse juridicamente protegido é de natureza difusa, pois não se encontram distinguidos os titulares deste direito, podendo ser, tanto o poder público quanto toda a coletividade. E assim, não poderia deixar de ser, pois existem direitos que são nascidos das necessidades da contemporaneidade e que necessitam ser devidamente tutelados pelo Estado através de instrumentos compatíveis com estas necessidades.

Como bem jurídico, poderíamos indagar como está composto o meio ambiente, quais os elementos formadores deste bem, que tem no artigo 3º da Lei 6.938 a sua descrição, como sendo: o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica. Conforme se pode constatar, não temos na descrição do meio ambiente, qualquer elemento de natureza corpórea que possa defini-lo como bem passível de ter suas partes apropriadas ou corporificadas isoladamente⁸³, por esta razão, diz-se que é o meio ambiente uma *universitas corporalis*, imaterial e incorpóreo e, portanto, um macrobem, com título jurídico autônomo e disciplina autônoma⁸⁴.

Destarte, não se pode confundir o meio ambiente como sendo um patrimônio público no sentido dado pelo código civil de 1916⁸⁵, copiado pelo legislador do novo código civil⁸⁶, que dividia os bens em duas categorias: bens públicos, que

⁸³ Não obstante a fauna, a flora, a água, fazerem parte integrante do meio ambiente, estes elementos têm regime própria e legislação específica, quando se fala em sua proteção, busca-se a proteção destes elementos como parte da *universitas corporalis*, que é o meio ambiente, e é neste sentido que o meio ambiente é considerado um macrobem.

⁸⁴ LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003. p. 82/83.

⁸⁵ Disponível na Internet ><http://www.senado.br>< acesso em 24 de março de 2005.

⁸⁶ Disponível na Internet ><http://www.senado.br>< acesso em 24 de março de 2005.

poderiam ser: de uso comum do povo, os de uso especial e os dominiais, e todos os demais seriam privados. Milaré, a este respeito, leciona no sentido de que em se tratando de meio ambiente “o Poder Público assume as funções de gestor qualificado: legisla, executa, julga, vigia, defende, impõe sanções, enfim, pratica todos os atos que são necessários para atingir os objetivos sociais, no escopo e nos limites de um Estado de Direito”⁸⁷.

Para melhor enquadrar em que categoria jurídica se encontra o bem ambiental, José Afonso da Silva, aponta três aspectos ao meio ambiente, que são: O meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente natural.⁸⁸ Com isso, quer demonstrar que por serem três os aspectos do meio ambiente, regidos por regime jurídico diferenciado, demonstra a dificuldade de definir os bens ambientais ante sua heterogeneidade, não querendo dizer, o professor paulista, que discorda daqueles que entendem o meio ambiente como unitário, para tanto, propõe uma categoria nova para os bens ambientais, que não se confundiria com a descrição do código civil de 1916 e o novo código civil, para ele o bem ambiental seriam “bens de fruição humana coletiva”⁸⁹.

A Constituição Federal de 1988 inaugura, no nosso país, um novo patamar de direitos na ordem jurídica do nosso país, uma vez que, reconhece a existência de direitos fundamentais. Definidos como “novos” direitos, considerados “como afirmação de necessidades históricas na relatividade e na pluralidade dos agentes sociais que hegemonomizam uma dada formação societária.(...) Por serem inesgotáveis e ilimitadas no tempo e no espaço, as necessidades humanas estão em permanente redefinição e criação. Por conseqüência, as situações de necessidade e carência constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de “novos” direitos.”⁹⁰

O estudo a respeito dos direitos fundamentais, tema que será abordado com maior profundidade no item 2.1, levou os doutrinadores a tentar sistematizar qual a

⁸⁷ MILARÉ, Edis. *Responsabilidade Ética em face do Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental, n.2. Ano 1. Abril e Junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.44.

⁸⁸ SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.3.

⁸⁹ SILVA, José Afonso. *op.cit.* p.42.

⁹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral do “Novos” Direitos*. In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens. (org). *Os “Novos” Direitos no Brasil. Natureza e Perspectivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.19.

função dos direitos fundamentais, entre as teorias existentes a mais utilizada é a de Jellinek, que na tentativa de situar em que posição se encontra o homem frente ao Estado, criou a doutrina dos quatro *status*⁹¹.

Para Jellinek, citado por Branco, o indivíduo se posiciona frente ao estado de quatro formas: na primeira posição, ele se encontra subordinado aos poderes públicos, possuindo deveres em relação a estes, então a primeira posição é o que ele definiu como *status passivo*⁹².

Na segunda posição, ao indivíduo é permitido, ante sua condição de homem livre, que goze de um certo espaço de liberdade frente ao Estado, cogitasse do *status negativo*. Na terceira posição reconhece-se ao indivíduo o direito de exigir ao Estado que atue de forma a realizar ações em seu favor, ou seja, atue positivamente, *status civitatis*. Por fim, na quarta posição, ao indivíduo é dada a capacidade de influir sobre a formação da vontade do Estado, como, por exemplo, quando exerce seus direitos políticos⁹³.

Como conclusão desta teoria, foram decalcadas as espécies de direitos fundamentais: direitos de defesa, a prestação e de participação, aos quais retornaremos no item seguinte⁹⁴.

Quando se pensa em meio ambiente surgem duas realidades distintas: uma anterior à Constituição Federal de 1988 e outra posterior. Essa primeira realidade ainda comporta duas circunstâncias, uma não distingue o meio ambiente do instituto da propriedade, que ainda possuía caráter absoluto. Portanto, o proprietário poderia dispor

⁹¹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002, 1ª edição, 2ª tiragem, p.139.

⁹²BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002, 1ª edição, 2ª tiragem, p.139

⁹³Apud BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002, 1ª edição, 2ª tiragem, p.139.

livre e ilimitadamente de tudo o que estivesse sob o seu domínio⁹⁵. E a segunda, quando o meio ambiente não se encontrava incorporado à propriedade, neste caso, era tratado como coisa de ninguém, e como tal, não necessitava de proteção.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual adotou em seu artigo 225 o antropocentrismo alargado, cumprindo frisar que essa é a posição adotada nesse estudo, surge uma modificação daquela realidade, uma vez que, o meio ambiente não mais é visto a partir da utilidade econômica do mesmo e busca-se, agora, a preservação do meio ambiente por si mesmo.

Assim, o que temos com a disposição do artigo 225 da Constituição Federal quando determina que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é uma dimensão jurídica ao meio ambiente, que repercute na própria noção de direito subjetivo, de bem e de relação jurídica.

Tal opção foi confirmada pelo constituinte de 1988, no artigo 225 da Constituição Federal, o qual eleva o meio ambiente ecologicamente equilibrado a um direito essencial e, portanto, fundamental de todos, cuja natureza jurídica é de uso comum do povo, assegurado às presentes e futuras gerações, impondo tanto ao Poder Público quanto à coletividade o dever de sua preservação.

Existem, nesse enunciado, efeitos jurídicos a serem considerados para o objeto específico desse trabalho:

O primeiro diz respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, pois, não somente aqueles direitos previstos no artigo 5º podem ser definidos como fundamentais, todos os direitos que são imprescindíveis para a dignidade da vida da pessoa humana também o são, eleva-se, portanto, por via de consequência, o meio ambiente ecologicamente equilibrado a esse patamar.

O segundo efeito é o tratamento dado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como uma unidade juridicamente autônoma, e conforme Leite⁹⁶, um

⁹⁵ As constituições atuais ao mesmo tempo que contemplam proteção à propriedade privada, determina que ela cumpra sua função social. No artigo 5º incisos XXII e XIII da Constituição brasileira, assegura diretamente que a propriedade cumpra sua função social, ao mesmo tempo que no artigo 5ºXII a propriedade é garantida como direito individual, no artigo 170,II e III, elege como princípio da ordem econômica a sua função social, relativizando assim o significado da propriedade como direito individual. SILVA, José Afonso. *Bens de Interesse Público e Meio Ambiente*. Crítica Jurídica :revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho-Nº 19,Julho-Dezembro/2001.

macrobem, independente das unidades corpóreas que o compõem, conforme já dito anteriormente, apenas chamando a atenção para a relativização do direito de propriedade.

O terceiro efeito diz respeito à natureza jurídica do bem ambiental como bem de uso comum do povo, não no mesmo sentido que o Direito Administrativo dá aos bens públicos, numa outra perspectiva que tem como parâmetro o interesse e o bem comum, que por seu caráter difuso não é de fácil catalogação, uma vez que, “seu desfrute é necessariamente comunitário e reverte-se ao bem-estar individual”, independente do regime de sua propriedade ser pública ou privada e, principalmente, não mais como *res nullius* e sim como *res communis omnium*.⁹⁷

O quarto efeito, que se entende de fundamental importância não só pelo seu conteúdo em si como também seu caráter absolutamente inovador, é o de que se impõe ao Poder Público e à coletividade a preservação do meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Entender que tal disposição muda a noção de relação jurídica, que anteriormente era de vínculo gerador de direitos e obrigações entre sujeitos juridicamente identificáveis, e a partir desta nova realidade, a relação jurídica pode ocorrer também entre sujeitos difusos⁹⁸, como uma coletividade, como também amplia esta noção, uma vez que cria um vínculo jurídico baseado na responsabilidade intergeracional.

Ao Estado cabem determinadas prestações para a proteção e prevenção do bem ambiental. E, à coletividade, cabe controlar as medidas tomadas pelo poder público relativas ao meio ambiente, colocando em prática o direito à participação, devendo este último criar condutas neste sentido. Tem ainda caráter inovador, o dever que se impõe ao poder público e à coletividade que solidariamente preservem hoje o direito das gerações de amanhã, ou seja, promova o desenvolvimento de modo sustentável resguardando os recursos para o futuro.

⁹⁶ LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003. p. 70.

⁹⁷LEITE, José Rubens. *O Novo em Direito Ambiental – Introdução ao conceito de Meio Ambiente*.In VARELLA, Marcel. BORGES, Marcelo Dias. CARDOSO, Roxana B. Del Rey. BH. 1998. p.51.

⁹⁸ expressão utilizada no seu sentido gramatical para significar não circunscrito. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro:Nova Fronteira,1999.

O atual estágio de desenvolvimento industrial e tecnológico tornou a sociedade mais complexa e fez nascer uma gama de interesses que se distanciam dos esquemas previstos no nosso ordenamento jurídico, onde as relações se restringiam aos sujeitos detentores do interesse individual. Na esteira dessa nova modernidade, os interesses se modificam de acordo com as necessidades, indo além da tradicional dicotomia interesse público e interesse privado⁹⁹, conforme já dito anteriormente. O que interessa para o presente estudo é saber que uma categoria de interesse público se estende para além dos interesses do Estado, alcançando os interesses que se identificam com o bem geral ou da coletividade como um todo.¹⁰⁰

Na sociedade industrial do século XIX, havia a limitação do risco do industrial¹⁰¹, baseado no princípio da culpa, que foi importante para subsidiar as empresas naquele determinado período histórico, hoje, em relação ao risco causado pela ação de indústria ao meio ambiente, busca-se, a partir dos princípios da prevenção e da precaução, a jurisdicização de condutas que antes eram relegadas ao campo do indiferente jurídico, ou, conforme o exemplo acima, eram utilizadas para justificar ocorrências, que eram imputados a outros setores da sociedade¹⁰². O problema referente ao surgimento da sociedade do risco e sua jurisdicização será abordado mais adiante.

⁹⁹Para demonstrar-mos a modificação ocorrida nestes duas categorias de interesses, e o quanto esta transformação modificou as categorias de bens públicos e privados, criando uma nova categoria dos bens de interesse público, tomemos como exemplo o direito de propriedade privada cuja garantia se encontra constitucionalizada, mas que “o principio da função social transforma a propriedade capitalista, sem socializá-la; condiciona-a como um todo, não apenas seu exercício, possibilitando ao legislador entender com os modos de aquisição em geral ou com certos tipos de propriedade, com seu uso, gozo e disposição; A Constituição, como já disse, dá o fundamento do regime jurídico da propriedade, não apenas de limitações, obrigações e ônus que podem apoiar-se em outros títulos de intervenção, como a ordem pública ou a atividade de polícia. Pedro Escribano assinala que a função social ‘introduziu, na esfera interna do direito de propriedade, um *interesse* que pode não coincidir com o do proprietário e que, em todo caso, é estranho ao mesmo’. Pugliatti também preleciona em sentido semelhante, ao dizer que a ‘propriedade hoje não é propriedade (exclusivamente) *individual*, mas é antes propriedade do *indivíduo*; é, sob qualquer aspecto, propriedade privada, mas preordenada e orientada de modo a permitir a mais idônea tutela do interesse público’. SILVA, José Afonso. *Bens de Interesse Público e Meio Ambiente*. Crítica Jurídica :revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho-Nº 19, Julho-Dezembro/2001.

¹⁰⁰ MAZZILLI, Hugo de Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 03.

¹⁰¹ Ver também DWORKIN, Ronald. *O Império Do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 20-25.

¹⁰² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p 321.

1.2.O surgimento da sociedade de risco.

A grande idéia que estava inserida na sociedade industrial, e digamos, foi o motor de todo desenvolvimento tecnológico alcançado até os dias de hoje, foi a idéia de que o progresso seria o instrumento que viabilizaria tanto o desenvolvimento econômico quanto concretizaria o ideal iluminista de bem-estar de toda a civilização. Segundo Lorenzetti¹⁰³, este ideal foi traído pela própria noção de desenvolvimento, como algo autônomo, unilateral e não relacional, querendo dizer com isso que a setorização do conhecimento prejudica a capacidade de perceber que alguns fenômenos não pertencem a esferas distintas da realidade, que eles têm características que os interrelacionam e os condicionam, “o que se outorga a um setor é retirado do outro, que o perde, em virtude do princípio de escassez”¹⁰⁴, por sua vez a deterioração do meio ambiente provocada por esta noção fragmentada da natureza provoca um freio no próprio desenvolvimento.

Françoise Ost¹⁰⁵ retrata com fatos verídicos o que poderia ser a tradução da sociedade de risco, quando narra que em janeiro de 1972 o conselho municipal da cidade de Los Angeles, Estados Unidos, decidiu “plantar¹⁰⁶” árvores de plástico nas principais avenidas da cidade, fundamentando a decisão em dois argumentos: que as árvores de plástico resistem melhor a poluição e que as mesmas não ficam desfolhadas no inverno. A tese central de Ost¹⁰⁷ é que “a nossa época perdeu, pelo menos depois da modernidade, o sentido do vínculo e do limite das suas relações com a natureza”. E são duas as grandes representações observáveis: a que faz da natureza objeto e a que faz da natureza um sujeito¹⁰⁸.

¹⁰³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.243.

¹⁰⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.243.

¹⁰⁵ OST, Françoise. *A Natureza à Margem da Lei: A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.1.

¹⁰⁶ Aspas do autor.

¹⁰⁷ OST, Françoise. *A Natureza à Margem da Lei: A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p.10.

¹⁰⁸ Neste caso, ou a natureza é enxergada como coisa de ninguém passível de ser apropriada e utilizada da forma que economicamente for mais vantajosa, ou, é encarada como sujeito de direito e, portanto, capaz de ser sujeito numa relação jurídica. Segundo Ost, isso é o que ele denomina de crise de representação da natureza, crise da nossa relação com a natureza.

Esta idéia começa a entrar em crise com a ascensão das ideologias sociais democratas e socialistas, ou seja, o declínio da ideologia liberal capitalista e, principalmente, com as crises provocadas pelas duas grandes guerras. Mas, ela se torna aguda especificamente na década de 70, quando a ciência apresentou seus paradoxos e sua ambivalência, pois ao mesmo tempo em que fez a humanidade atingir níveis nunca antes imaginados de desenvolvimento, apresentou um nível de degradação ambiental que compromete o futuro de todos os seres vivos na terra.

Fazendo um breve resgate histórico a respeito do surgimento da sociedade de risco, tomando como ponto de partida a revolução industrial, na sua primeira fase, mais especificamente o século compreendido entre os anos 1763 – 1871¹⁰⁹.

Toynbee aponta este período como sendo aquele em que o poder humano alcançou um enorme crescimento, tanto tecnológico, quanto militar, onde a disciplina dos soldados foi implantada nas fábricas civis, transformando a agricultura, a pecuária e a indústria. Nascida na Inglaterra, um século depois, por volta de 1871, o que foi denominada Revolução Industrial já havia se expandido para a América do Norte e Japão, modificando a relação entre o Homem e a biosfera, cumprindo esclarecer que a biosfera é a película de terra firme, ar e água que envolve o globo terrestre, onde todos os seres vivos encontram todos os meios para garantir a sua sobrevivência¹¹⁰.

Ao descrever a Revolução Industrial como um acontecimento de repercussão biosférica, Toynbee frisa que o aumento da produção de riqueza material, tanto na indústria quanto na agricultura, não objetivou atender uma necessidade da população que, segundo ele, aumentou a partir do século XVII, mas tinha como objetivo unicamente o benefício individual. Assim, foi criado um paradoxo, ao mesmo tempo que a produção da riqueza aumentou o produto nacional bruto houve um aumento também das desigualdades na distribuição de renda, uma vez que, tanto a agricultura de subsistência e a pequena indústria artesanal foi absorvida pela nova forma de produção

¹⁰⁹ TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe – Terra. Uma História Narrativa do Mundo*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1982. p.684.

¹¹⁰ TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe – Terra. Uma História Narrativa do Mundo*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1982. p.685-698.

em grande escala, bem como modificaram as relações entre patrões e empregados, gerando, o que este autor denominou, de um fracasso social.¹¹¹

Duas classes sociais emergiram dos conflitos nascidos da revolução industrial: a classe dos empregadores e dos operários. Os primeiros passaram a investir e patentear invenções que foram utilizadas para fins comerciais e que foram fundamentais para o desenvolvimento no período. Os operários, por sua vez, saídos da agricultura provocaram um afluxo de pessoas do campo para as grandes cidades industriais, onde se aglomerava esta população empobrecida que só possuía para sua sobrevivência a força de trabalho¹¹², tal fenômeno ocorreu mais especificamente na Inglaterra.

Richard Arkwright e James Watt são citados por Toynbee como empresários cuja mente empreendedora obteve sucesso financeiro a partir do patenteamento de invenções. Watt beneficiou-se especialmente de sua amizade com um professor de química, Joseph Black, e ajudou a melhorar o funcionamento da máquina a vapor que foi utilizada na indústria, com o objetivo apenas de ilustrar o presente trabalho, cumpre informar que o primeiro barco a vapor navegou em 1807 e a primeira locomotiva em 1829. Os químicos acadêmicos alemães, no final do século XIX, começaram a aplicar sua ciência diretamente na indústria, todo este processo mudou toda a compreensão de limites que o homem possuía, uma vez que, agora sua força física se potencializava com a utilização de engenhos sem retirar o ser humano do processo¹¹³.

Em 1844, a eletricidade foi utilizada pela primeira vez com sucesso no telegrafo, o uso das ferramentas metálicas fizeram surgir a profissão de ferreiro, a de engenheiro surgiu com a utilização da máquina a vapor. Mas a força do vapor, para ser produzida, necessita da queima de um combustível, que tem como subproduto a fumaça que foi inicialmente encarada como um problema local e, portanto, tolerável. Dois séculos mais tarde ficou evidente que a poluição não era um problema apenas local, mas global e que ameaçava tornar inabitável toda a biosfera.

Muito embora a Revolução Industrial se revele o acontecimento de maior repercussão biosférica, e em princípio tenha natureza não política, ela iniciou a

¹¹¹ TOYNBEE, op.cit. p.686.

¹¹² TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe – Terra. Uma História Narrativa do Mundo*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1982. p.686.

¹¹³ TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe – Terra. Uma História Narrativa do Mundo*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1982. p.688.

mudança do poder político na Inglaterra que saiu dos proprietários rurais para a classe média urbana, mas suas conseqüências aparentemente se deram em maior escala na esfera tecnológica, econômica e social. No mesmo período, outras revoluções ocorreram, a independência dos Estados Unidos da América, de natureza política, mas com grande repercussão econômica e social para os países envolvidos, e a Revolução Francesa, de grande repercussão na esfera política, econômica e social, onde a classe média urbana ascendeu ao poder, e a propriedade das terras rurais passou da aristocracia para os camponeses¹¹⁴.

Estes três acontecimentos de grande influência para a história contemporânea tiveram desdobramentos diferentes: Na Inglaterra, à medida que a pequena propriedade rural se tornou economicamente inviável, os proprietários se tornaram camponeses assalariados ou operários urbanos assalariados, criando núcleos populacionais nas cidades industriais que cresceram de forma desordenada, fazendo surgir o proletariado urbano. Nos Estados Unidos e na França, até 1871, os empregados assalariados correspondiam a um pequeno percentual da população, e isto se deu porque no primeiro ocorreu a abertura de áreas não desbravadas do oeste e incentivo para a sua ocupação pelo Estado, e na França a aquisição de terras pelos camponeses evitaram a invasão das cidades pela população rural¹¹⁵.

Mas, nos três países a classe operária não obteve grandes vitórias, pois os trabalhadores das indústrias permaneceram excluídos da classe média. Muito embora a Revolução Francesa utilizasse o descontentamento da classe proletária urbana - a burguesia - com a ajuda dos camponeses, ao chegar ao poder extinguiu todas as leis restritivas à livre iniciativa econômica o que retirou o mínimo de proteção aos menos favorecidos da sociedade. Na Inglaterra, a criação de sindicatos não significou uma melhoria das condições dos trabalhadores, exceto por resultados pontuais como o movimento chartista em 1837-1848, situação que fez surgir uma nova doutrina criada por Karl Marx que pugnava pela criação de uma sociedade sem classes obtida através de uma

¹¹⁴ TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe – Terra. Uma História Narrativa do Mundo*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1982,p.696.

¹¹⁵ TOYNBEE, Arnold.op.cit.p.696.

revolução¹¹⁶, fato que se tornou realidade com a Revolução Russa de 1917 e que não cabe a este estudo aprofundar.

No seu segundo momento, 1871-1973, a Revolução Industrial revelou todo o seu potencial destrutivo por obra do ser humano, que muito embora tenha tornado eficientes os instrumentos de trabalho e defesa presumidamente na Idade Paleolítica Superior, ou seja, aproximadamente a 70.000/40.000 anos atrás, conseguiu em apenas 200 anos confirmar todo o seu poder destrutivo sobre a natureza¹¹⁷.

Até o final da década de 70, a maior preocupação com a natureza se dava em relação ao receio com o esgotamento dos recursos naturais que possuíssem interesses econômicos envolvidos. Assim, a preocupação estava circunscrita quase que exclusivamente no petróleo. Até este momento, no centro da questão de meio ambiente se encontrava a preocupação com a sobrevivência da espécie humana numa visão de viés puramente econômico. Nesta época surgiu uma nova consciência global de que os recursos naturais, à medida que vão sendo degradados, não são renováveis e os que possuem tal qualidade demoram gerações para serem recuperados, bem como a consciência de que a biosfera, em razão do modelo de desenvolvimento adotado, apresentou um desequilíbrio ambiental cuja uniformidade de seus efeitos apresentava sintomas de se tornar inabitável para todas as espécies e fez surgir o que hoje é denominada sociedade de risco.

É a dinâmica da sociedade industrial que modifica seus próprios contornos, na definição de Beck¹¹⁸, as transformações sofridas pela sociedade contemporânea são fruto, não da luta de classes, como em épocas anteriores, mas da modernização, e ocorrem silenciosamente, este é o grande problema para se entender a sociedade atual, uma vez que, os sociólogos continuam a estudá-la e entendê-la a partir de categorias já ultrapassadas.

¹¹⁶ TOYNBEE, Arnold.op.cit.p.697.

¹¹⁷TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe – Terra. Uma História Narrativa do Mundo*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1982. p.698.

¹¹⁸ “A idéia de que a transição de uma época social para outra poderia ocorrer não intencionalmente e sem influência política, extrapolando todos os fóruns das decisões políticas, as linhas de conflito e controvérsias partidárias, contradiz o auto-entendimento democrático desta sociedade, da mesma forma que contradiz as convicções fundamentais de sua sociologia” BECK, Ulrich et al. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997,p.13.

Vários fatores podem ser apontados para o surgimento da sociedade de risco tomando como marco histórico a Revolução Industrial, outros fatores vieram a se somar a este, por exemplo, o crescimento da população, principalmente nos grandes centros urbanos que se expandiram de forma desordenada fazendo surgir grandes megalópoles onde as pessoas, mesmo em atividades do dia a dia, poluem o meio ambiente, sem falarmos nos aspectos relacionados às condições de habitação da população economicamente menos favorecida que convivia e convive diariamente com o risco tecnológico e social¹¹⁹.

O aumento da população foi causado pela baixa nos índices de mortalidade, obtido pelo avanço da ciência no campo da medicina. Em 1798, Edward Jenner demonstrou a eficiência da vacina contra a varíola, e neste mesmo ano T.R. Malthus publicou *Ensaio sobre a População*, que inspirou Darwin no seu *A Origem das Espécies* de 1859, Louis Pasteur provou a existência das bactérias em 1857¹²⁰.

O aumento do poderio do homem, com a aplicação da ciência na tecnologia e na medicina preventiva, causou o aumento da população e da produtividade agrícola e industrial que não foi seguido por um enriquecimento de todas as pessoas que compunham a sociedade, uma abordagem “ética”¹²¹ da economia foi suprimida pela

¹¹⁹ De uma maneira similar ao século XIX a modernização dissolveu a sociedade agrária paralisada no estamento e elaborou a imagem da sociedade industrial, a modernização dissolve hoje os contornos da sociedade industrial, e na continuidade da modernidade surge outra figura social. – **a sociedade do risco**. BECK. Ulrich. *La sociedad Del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Piados, 1998.

¹²⁰ TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe – Terra. Uma História Narrativa do Mundo*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1982. p.698.

¹²¹ “De fato, pode-se dizer que a economia teve duas origens muito diferentes, ambas relacionadas à política, porém relacionadas de modos diversos, respectivamente concernentes à ‘ética’, de um lado, e ao que poderíamos denominar ‘engenharia’, de outro. A tradição ligada à ética remonta no mínimo a Aristóteles. Logo no início de *Ética de Nicômaco*, Aristóteles associa o tema da economia aos fins humanos, referindo-se à sua preocupação com a riqueza. (...) O estudo da economia, embora relacionado imediatamente à busca da riqueza, em um nível mais profundo está ligado a outros estudos, abrangendo a avaliação e intensificação de objetivos mais básicos. (...)Primeiro, temos o problema da motivação humana ligado à questão amplamente ética ‘Como devemos viver?’ Ressaltar essa ligação não equivale a afirmar que as pessoas sempre agirão de maneiras que elas próprias defendem moralmente, mas apenas a reconhecer que as deliberações éticas não podem ser totalmente irrelevantes para o comportamento humano real. (...) a segunda questão refere-se à avaliação da realização social. Aristóteles relacionou-a à finalidade de alcançar o ‘bem para o homem’, mas apontou algumas características especialmente agregativas no exercício: ‘Ainda que valha a pena atingir esse fim para um homem apenas, é mais admirável e mais divino atingi-lo para uma nação ou para cidades-Estados’ (Ética a Nicômaco, I.2; ROSS, 1980, p.2). Essa ‘concepção da realização social relacionada à ética’ não pode deter a avaliação em algum ponto arbitrário como ‘satisfazer a eficiência’. A avaliação tem de ser mais inteiramente ética e adotar uma visão mais abrangente do ‘bem’. Esse é um aspecto de certa importância novamente no contexto da economia moderna,

abordagem de “engenharia”¹²² da economia, Amartya Sen frisa que ambas as origens da economia têm o seu poder de persuasão, mesmo porque nenhum dos gêneros é puro, ocorre porém que a abordagem ética, com a evolução da economia moderna para a chamada metodologia da chamada “economia positiva”¹²³, fez diminuir de forma substancial as considerações éticas da economia¹²⁴. Não querendo com isso desconsiderar as contribuições da abordagem “engenharia” da economia, principalmente no que diz respeito à logística.

Beck¹²⁵ aborda o problema apresentando dois enfoques: o da racionalidade científica e o da racionalidade social. No entender desse autor, ao se ocupar dos problemas relacionados aos riscos civilizatórios, a ciência já abandonou o campo da lógica experimental para adentrar no campo da economia, política e a ética, portanto, voltamos às origens da economia apresentadas por Sen, a partir do pensamento de Aristóteles.

Sen aponta como exemplo, o desenvolvimento da “teoria do equilíbrio geral”¹²⁶, frisando ainda que, apesar de redutoras, no que diz respeito ao comportamento

especialmente a moderna economia do bem – estar.SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*.São Paulo: Companhia da Letras,2004.p.21.

¹²² Abordagem ‘engenharia’da economia, “caracteriza-se por ocupar-se de questões primordialmente logísticas em vez de fins supremos e de questões como o que pode promover o ‘bem para o homem’ou o ‘como devemos viver’. Considera que os fins são dados muito diretamente, e o objetivo do exercício é encontrar os meios apropriados de atingi-los. (...) Essa abordagem ‘engenharia’da economia proveio de várias direções e inclusive – a propósito – foi desenvolvida por alguns engenheiros de fato, como Leon Walras, economista francês do século XIX que muito contribuiu para resolver numerosos problemas técnicos nas relações econômicas, especialmente aqueles ligados ao funcionamento dos mercados. Muitos foram os pioneiros a contribuir para essa tradição da economia. Até mesmo as contribuições seiscentistas de Sir William Petty, justamente considerado o pioneiro da economia numérica, tiveram claramente um enfoque logístico, não desvinculado de seu interesse pessoal pelas ciências naturais e mecânicas. A abordagem ‘engenharia’ também se relaciona a estudos econômicos que se desenvolveram a partir de análises técnicas de estatística.” Segundo o autor,o primeiro livro a este respeito foi escrito por Kautilya, no século IV a.C., ministro do imperador indiano Chandragupta, fundador da dinastia mauryana,o título em tradução livre do sânscrito poderia ser: ‘instruções para a prosperidade material’. SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*.São Paulo: Companhia da Letras,2004.p.21.

¹²³ O termo “economia positiva”é utilizado no sentido de eficiência, onde os fatos apenas são analisados, e ignorados as análises normativas e considerações éticas que afetam o comportamento humano real.

¹²⁴SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*.São Paulo: Companhia da Letras,2004.p.22.

¹²⁵ BECK. Ulrich. *La sociedad Del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Piados, 1998.p.35.

¹²⁶“ O desenvolvimento da formal “teoria do equilíbrio geral”, que trata da produção e troca nas relações de mercado, trouxe à luz, nitidamente, inter-relações importantes que demandam análise altamente técnica. Embora essas teorias frequentemente sejam abstratas, não só no sentido de caracterizarem as instituições sociais de maneira bastante simples mas também de conceber os seres humanos em termos muito restritos,

humano e análise das instituições sociais, estas teorias trazem à luz as interdependências sociais que constitui um dos aspectos mais complexos da economia.

Exemplificando, este autor aponta a análise dos reais problemas causadores da fome individual e coletiva no mundo moderno, o que serve perfeitamente para o nosso estudo. Para ele “o fato de a fome coletiva ser causada mesmo em situação de grande e crescente disponibilidade de alimentos pode ser mais compreendido trazendo-se para a análise os padrões de interdependência que a teoria do equilíbrio geral ressaltou e enfocou.” Querendo, com isso, dizer que muitas vezes situações de fome coletiva têm pouca relação com a oferta de alimentos, pois esta situação de necessidade tem, algumas vezes, relações com outros setores da economia que estão “relacionados por meio da interdependência econômica geral”¹²⁷.

Sen¹²⁸, fazendo uma análise dos textos de Adam Smith, aponta como equivocada a leitura que fizeram a respeito da abordagem do problema da fome feita por este autor. No seu entender, muito embora Smith tenha afirmado que os causadores da fome não são os comerciantes, como frequentemente eram acusados este segmento da sociedade, as causas da fome epidêmica seria uma ‘real escassez’. Em *A riqueza das nações*, Smith reconhece a possibilidade de um “processo econômico, envolvendo o mecanismo de mercado, gerar surtos de fome coletiva” sem que isto estivesse diretamente relacionada a um surto de escassez provocada pela quebra da produção de alimentos.

Retornando às causas do surgimento da sociedade de risco, segundo Morin-Kern foi causado pelo desenvolvimento acelerado da tecno-ciência a qual eles definem como sendo um movimento da “dupla dinâmica do desenvolvimento das ciências e do desenvolvimento das técnicas, que se alimentam um ao outro”. O desenvolvimento da ciência alimenta o desenvolvimento tecnológico, que por sua vez alimenta o desenvolvimento da ciência. Este movimento de desenvolvimento e expansão alimenta o desenvolvimento e expansão das várias redes interdependentes, comunicações, solidariedades, organizações e homogeneizações, e este mesmo movimento é o que

elas indubitavelmente facilitariam o entendimento da natureza da interdependência social.” SEN, Amartya. Op.cit.p.24.

¹²⁷ SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia da Letras, 2004. p.24.

¹²⁸ SEN, Amartya, op.cit.p.42.

provoca retroativamente as crises de hoje, a qual ele denomina como uma policrise, por comportar em seu interior, além do problema do desenvolvimento, o problema da própria civilização¹²⁹.

Segundo Beck, ocorre no atual estágio da sociedade uma modernização da modernização, que no seu entender nasce não da crise, mas das vitórias do capitalismo. O dinamismo industrial está dando origem a uma nova sociedade, sem que para isso haja uma revolução, esta emergência se faz “sobrepondo-se a discussões e decisões políticas de parlamentos e governos”¹³⁰. Este momento, da emergência da sociedade de risco, para o autor, tem como característica o fato de que os riscos sociais políticos, econômicos e individuais tendem a saírem do controle das instituições, conforme ocorreu no modelo de Estado Social¹³¹, para se concentrarem na esfera de proteção da sociedade industrial¹³².

Este estágio, descrito por Beck¹³³, tem semelhança com o movimento de inter-retro-ações descrita como causadora da policrise mencionada por Morin¹³⁴, portanto, a sociedade de risco antes referida, muito embora não nasça de um período especificamente identificado por uma crise como é um período revolucionário ou uma guerra, nasce de um período crítico em que todos os paradigmas que alicerçavam a atual

¹²⁹ “Na verdade, há inter-retro-ações entre os diferentes problemas, as diferentes crises, as diferentes ameaças. É o que acontece com os problemas de saúde, de demografia, de meio-ambiente, de modo de vida, de civilização, de desenvolvimento.” MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra Pátria*. Porto Alegre: Ed. Sulina. 2003.pp.88/94.

¹³⁰ BECK, Ulrich et al. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997,p.13.

¹³¹ Estado social aqui é o Estado intervencionista que surgiu no final do século XIX e início do século XX, o qual segundo Bobbio teve como ponto de partida a “questão social”, resultante da Revolução Industrial, e que significou o fim de uma concepção orgânica de sociedade e de Estado, segundo a filosofia hegeliana. “Impôs-se, em vez disso, a necessidade de uma tecnologia social que determinasse as causas das divisões sociais e tratasse de lhes remediar, mediante adequadas intervenções de reforma social. (...) Foi certamente por este caminho que se começou a abrir, dificilmente, uma alternativa ao liberalismo: nasceu, de fato, em fins do século XIX, o Estado interventivo, cada vez mais envolvido no financiamento e administração de programas de seguro social.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: CACAIS, Luis Guerreiro Pinto; MÓNACO, Gaetano Lo; DINI, Renzo; VARRIALLE, Carmen C.. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.p.403.

¹³² Aqui o termo, sociedade industrial, tem como significado a sociedade burguesa, ou seja, a que tem na classe burguesa o controle dos meios de produção.

¹³³ TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe – Terra. Uma História Narrativa do Mundo*. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1982. p.698.

¹³⁴ MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra Pátria*. Porto Alegre: Ed. Sulina. 2003.pp.88/94.

civilização estão sendo questionados e colocados em cheque, a este fenômeno se refere Lorenzetti¹³⁵ como um dos defeitos do nosso modelo de desenvolvimento que não leva em consideração aspectos que se interrelacionam e se condicionam dentro de uma mesma realidade, conforme já dito na primeira parte deste item.

Para ilustrar tal afirmação, Beck¹³⁶ cita os problemas relacionados à segurança dos reatores nucleares, os estudos são reduzidos a valoração quantitativa dos riscos prováveis em caso de acidente, ou seja, a manejabilidade técnica dos riscos, e não o potencial catastrófico da própria energia nuclear, demonstrando a clara ruptura entre a racionalidade científica e a racionalidade social. “Sem racionalidade social, a racionalidade científica está vazia; sem a científica, a social é cega.”¹³⁷

Beck¹³⁸ divide o surgimento da sociedade de risco em dois momentos: Num primeiro momento, os riscos da sociedade industrial são apenas residuais, ou seja, são produtos indesejáveis compensados, no entanto, com o ganho de bem-estar social, os riscos não se tornam questões públicas. A princípio, isso acontece provavelmente de forma não intencionada, prolongando aquilo que é comumente aceitado. Mas, mais adiante, se converte em algo estratégico porque a confusão dos séculos parece reforçar a estabilidade do velho diante do ataque do novo¹³⁹.

Já num segundo momento, eles passam a dominar o centro dos debates políticos. “Nesse caso, as instituições da sociedade industrial tornam-se os produtores e legitimadores das ameaças que não conseguem controlar”. Os riscos da sociedade contemporânea são produzidos porque as certezas da sociedade industrial “o consenso para o progresso e a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos” dominam o

¹³⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.243.

¹³⁶ BECK, Ulrich. *La sociedad Del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Piados, 1998, p.36-42.

¹³⁷ BECK, Ulrich. *Políticas Ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure Editorial, 1998. p. 36-42.

¹³⁸ BECK, Ulrich et al. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997, p.15,16.

¹³⁹ BECK, Ulrich. *Políticas Ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure Editorial, 1998, p.120.

pensamento e a ação das pessoas e das instituições¹⁴⁰. A segunda fase vai tomando forma na medida em que se impõe e reconhece a mecânica da sociedade de risco, que graças a própria representação se faz real.

O principal problema da evolução política está na concretização de imputações e de responsabilidades. As ameaças para as plantas, animais, água e ar se convertem em ameaças para a propriedade e para o mercado, de maneira que a industrialização põe em dúvida seu próprio progresso. “La modernización arruina a la modernización”¹⁴¹.

Tomando como exemplo o Brasil, na década de 80 o declínio do prestígio deste em relação aos investimentos internacionais, fez com que se acelerasse na opinião pública nacional e internacional a consciência da devastação ambiental no Brasil, principalmente após a divulgação da extensão das queimadas em 1987, alvo preferencial como causador da mudança climática, principalmente após o verão de 1988, nos Estados Unidos.¹⁴²

Então para definirmos o que é a sociedade de risco, a partir da obra de Beck¹⁴³, temos como sendo o período da modernidade em que as ameaças produzidas ao longo da sociedade industrial começam a tomar forma. Tais ameaças levantam a questão da autolimitação do modelo de desenvolvimento adotado até então, bem como dos padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição de suas conseqüências, na realidade, todos esses padrões passam a ser revistos.

No entanto, novos padrões muitas vezes não podem ser determinados pela ciência, haja vista que os riscos são construídos socialmente. São reais, existem independentemente da percepção humana, mas quando conhecidos, passam a ser construções sociais. Em outras palavras, uma sociedade, ao determinar padrões limites de

¹⁴⁰ BECK, Ulrich et al. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997,p.17.

¹⁴¹ BECK, Ulrich .Op.cit. p.120.

¹⁴² FERREIRA, Leila da Costa. *A Questão ambiental: Sustentabilidade e políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Boitempo,1998.p.14.

¹⁴³ BECK, Ulrich et al. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997,p.17.

poluição do ar, por exemplo, diz os riscos que está disposta a correr. Nesse sentido, os perigos que ameaçam a sociedade atual são frutos de escolhas dessa mesma sociedade e em razão dos riscos, a sociedade se confronta com seu próprio modelo, no entanto, não rompe com ele¹⁴⁴.

É precisamente neste ponto que se apresenta a questão de qual a natureza se quer preservar, pois, à medida que a sociedade no processo de modernização consumiu a natureza, transformou-a numa realidade impossível de ser distinguida da criação humana. A natureza “natural”, aqui significando intocada, restringe-se aos parques, ou a espaços delimitados, desta forma ela não passa de conceitos, ou de normas, e isto é o que Beck¹⁴⁵ denominou, natureza desvirtuada.

A impossibilidade de compreensão do estado de fusão entre a natureza e a sociedade contribui para que o nível de degradação não se reduza, tendo em vista que os espaços de discussão existentes no seio da sociedade não levam em consideração o fato de que as ameaças ecológicas são sempre ameaças do sistema. Beck¹⁴⁶, ao criticar esta postura, afirma ainda que a ecologia erra ao desconsiderar a sociedade, uma vez que, é por definição uma das formas humanas de entender a natureza, capaz de sensibilizar as pessoas frente à degradação causada pelo desenvolvimento tecnológico. Por outro lado, nem a ciência ou a teoria social levam em consideração a ecologia, criando espaços separados que contribuem para que a destruição continue a ocorrer, pois segundo ele existe uma espécie de consenso determinado pelas normas sociais em que se escolhe qual a destruição que acarretará protestos e qual será tolerada.¹⁴⁷

¹⁴⁴ BECK, Ulrich et al. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. *In: Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997, p.17.

¹⁴⁵“Por lo tanto: precisamente la naturaleza no es naturaleza, sino un concepto, una norma, un recuerdo, una utopía, una contrapropuesta. Hoy más que nunca. Se descubre de nuevo y se idealiza y mima la naturaleza en un momento en que ya ha dejado de existir. El movimiento ecológico está enredado en un automalentendido naturalista. Reacciona ante un estado global de fusión contradictoria entre naturaleza y sociedad que ha negado y transformado ambos conceptos en estados de mutuas interdependencia, dependencia y vulneración de los que todavía no hemos llegado a formarnos una idea ni un concepto claros” BECK, Ulrich. *Políticas Ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure Editorial, 1998. pp.67/68.

¹⁴⁶ BECK, Ulrich. *Políticas Ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure Editorial, 1998. pp.81/82.

¹⁴⁷ A análise de Beck é pontual, está restrita à Alemanha, onde no seu entender existe uma política de preservação ambiental.

Conforme já dito, a sociedade é quem dita os padrões limites de perigos que está disposta a correr, e é neste sentido que ela é duplamente uma sociedade de risco: primeiro porque não só está à mercê da gestão destes riscos pela autoridade estatal, que os trata de acordo com receitas e conceitos do final do século XIX, início do século XX. Como também está a mercê dela própria, pois, para que haja uma sensibilização da sociedade capaz de provocar uma reação social, a degradação precisa ser sentida, ocorre porém que uma das características das ameaças que rondam esta nova modernização, nascida da intervenção tecnológica na natureza, é a invisibilidade.

As características dos riscos pelos quais passam a civilização tecnológica contemporânea se distanciam dos riscos da sociedade industrial primária, uma vez que não podem ser limitados nem espacial, nem social, nem temporalmente, se sobrepõem à autoridade estatal, aos Estados nacionais, classes sociais e alianças militares, são totalmente novos em suas características, portanto, oferecem desafios diferentes para as instituições encarregadas de controlá-los.

Em face desta múltipla complexidade dos riscos e perigos a que estão sujeitos a sociedade atual, torna-se difícil para o ordenamento jurídico apresentar instrumentos hábeis para a responsabilização dos mesmos, seja na esfera interna de cada Estado, seja na esfera do direito internacional, pois, as regras tradicionais estabelecidas para esta responsabilidade, tais como nexos causal e culpa, não são eficientes para esta nova realidade, e assim os riscos aumentam e se legitimam. “Os acidentes já não são meros acidentes, senão costumeiramente danos e destruições irreversíveis que tem um determinado ponto de início, mas não um final previsível”.¹⁴⁸

Esse modelo de crescimento orientado para objetivos materiais e econômicos, puramente individualista, regido por regras jurídicas de natureza privada, dissociou a natureza da economia, alheando desta, os efeitos devastadores dos princípios econômicos na natureza, “os serviços ambientais, (...) não mais são, (...) do que bens livres, exteriores por definição aos mecanismos de condução da atividade econômica”.¹⁴⁹

¹⁴⁸“Los accidentes ya no son meros accidentes, sino a menudo daños y destrucciones irreversibles que tienen un determinado punto de inicio pero no un final previsible”. BECK, Ulrich. *Políticas Ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure Editorial, 1998.p.8.(tradução livre nossa).

¹⁴⁹ PUREZA, José Manuel; FRADE, Catarina. *Direito do Ambiente. I Parte: A Ordem Ambiental Portuguesa*. Universidade de Coimbra, 2001

Segundo Lester R. Brown¹⁵⁰, as ameaças à civilização são causadas pela erosão do solo, a deterioração dos sistemas biológicos e o esgotamento das reservas petrolíferas. Tais ameaças geram tensões ambientais que se materializam em crise econômica causada pela dependência de alguns países dos produtos alimentícios vindos de outros países, bem como das fontes de energia produzidas pelos combustíveis fósseis.

Num mesmo momento histórico, duas lógicas se digladiam: a lógica da produção de riqueza e a lógica da repartição dos riscos. Enquanto para as sociedades ricas economicamente, os problemas da justiça ambiental se restringem à preocupação com a repartição desproporcional dos riscos trazidos pelo desenvolvimento entre todos os que convivem naquela sociedade.

Temos, ainda, a considerar que muitas realidades devem ser distinguidas porque estão umbilicalmente interligadas, a realidade interna dos países ricos, onde os efeitos do desenvolvimento produzem insegurança e risco ambiental no seio daquela sociedade. E a realidade externa, ou seja, a realidade internacional, em que o desenvolvimento produz riscos tanto para os países ricos quanto para os países pobres, em face da sua natureza transfronteiriça.

Ao contrário dos séculos anteriores em que os riscos se circunscreviam à pessoa ou ao grupo que se dispunha a sofrê-los, os riscos atuais não se limitam a pessoas ou grupos, abarca a produção e a reprodução, ultrapassam fronteiras, com o qual surgem ameaças globais, que neste sentido são supra-nacionais, que possuem uma dinâmica social e política nova¹⁵¹.

Mas a equação da sociedade de risco não funciona da mesma maneira para os países ricos e para os países pobres, a troca de categorias da sociedade de

¹⁵⁰ BROWN, Lester R..*Por uma Sociedade Viável*. Rio de Janeiro: editora da fundação Getulio Vargas.1983,p.5.

¹⁵¹ Ao mesmo tempo, os riscos produzem *novas desigualdades internacionais*, por uma parte entre os países pobres e os Estados industrializados, por outra parte entre os mesmos Estados industrializados. Essas desigualdades não respeitam o tecido de competência do Estado nacional. A vista da universalidade e supranacionalidade do tráfico de substancias nocivas, a sobrevivência dos bosques da Baviera depende em última instancia que sejam firmados e cumpridos os tratados internacionais.[tradução livre nossa] BECK, Ulrick. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica,1998,p.29. Al mismo tiempo, los riesgos producen *nuevas desigualdades internacionales*, por una parte entre el Tercer Mundo y los Estados industrializados, por otra parte entre los mismos Estados industrializados. Esas desigualdades no respetan el tejido de competencias del Estado nacional. A la vista de la universalidad u supranacionalidad del tráfico de sustancias nocivas, la supervivencia de los bosques de Baviera depende en última instancia de la firma y cumplimiento de tratados internacionales.

carência para sociedade de risco vai depender, segundo Beck, do nível de desenvolvimento alcançado pelas forças produtivas e pela seguridade e regulação do Estado social. Nos países ricos a luta pelo pão de cada dia perde o significado, até porque a obesidade nestes países é um problema de saúde pública, enquanto que nos países pobres a questão da fome ainda está no topo da pauta das reivindicações e dos problemas a serem resolvidas pelo poder público.

Não bastando as agressões ao meio ambiente, resultante da produção industrial dos países ricos e suportada pelos países pobres, temos, também, a degradação ambiental provocada pela especulação do capital, onde é gerada uma “espécie de divisão social do ambiente”¹⁵². A população é desconsiderada pela política econômica baseada na atração do capital internacional que utilizando sua capacidade de escolher os locais preferenciais para seus investimentos, força as populações a se conformarem com os riscos produzidos pela indústria instalada na proximidade de suas residências, uma vez que, não possuem condições de se retirarem do local, ou são levadas a um deslocamento forçado, quando se encontram instaladas em ambientes favoráveis aos investimentos.

O comportamento das empresas é respaldado pela ação do governo no sentido de apresentar ações para uma denominada “modernização ecológica”¹⁵³, agindo sob a lógica do mercado, buscando promover ganhos de eficiência e ativar mercados, procurando essencialmente evitar, o que para estes atores é o núcleo da questão ambiental, o desperdício de matéria e energia¹⁵⁴.

Portanto, existem duas sociedades de risco a serem consideradas, aquela que afeta indistintamente todo o planeta nas suas múltiplas faces: aquecimento global, poluição da água dos rios e do oceano, poluição do ar. E a sociedade de risco dos países pobres que convivem com todas as ameaças globais relativas à degradação provocada

¹⁵² ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.32.

¹⁵³ A noção de ‘modernização ecológica’, (...), designa o processo pelo qual as instituições políticas internalizam preocupações ecológicas no propósito de conciliar o crescimento econômico com a resolução dos problemas ambientais, dando-se ênfase à adaptação tecnológica, à celebração da economia de mercado BLOWERS,A. citado por ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.23.

¹⁵⁴ ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.23.

pelo desenvolvimento técnico - científico e ainda pela convivência diária com problemas afetos à sociedade de carência, tais como: a fome, a falta de saneamento básico, saúde, habitação, emprego. Para ilustramos tal afirmação pegamos como referencia o Brasil, que na década de 70 foi um dos países que mais recebeu indústrias poluentes transferidas dos países do Norte, devido à conscientização ambiental operada nestes.¹⁵⁵

Desde a Conferência de Estocolmo em 1972, onde o Brasil liderou o movimento para a não adesão dos países periféricos contrários a reconhecerem os problemas ambientais, o perfil do país, em relação a política ambiental, vem mudando, muito mais por imposição da comunidade internacional do que sensibilidade do poder público e do poder econômico. Na Eco -92, o Brasil foi um dos países que elaboraram a convenção da biodiversidade, mas o caminho que levou à posição tão díspares no curto espaço de 20 anos- 1972 a 1992 - foi pavimentado por uma séria crise econômica iniciada nos anos 80¹⁵⁶.

O modelo de desenvolvimento adotado na década de 70, que considerava os recursos naturais infinitos, e se caracterizava por pólos industriais muito poluentes e ávidos por mão de obra desqualificada e barata provocaram o declínio do prestígio do Brasil em relação aos investimentos internacionais, pois fez com que se acelerasse na opinião pública nacional e internacional a consciência da devastação ambiental no país, principalmente após a divulgação da extensão das queimadas em 1987¹⁵⁷.

Em *Nosso Futuro Comum*¹⁵⁸, a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, demonstra em *Um Futuro Ameaçado*, que o grande problema relacionado ao meio ambiente se encontra no fato de que todos os países, muito embora compartilhem do mesmo planeta, em suas preocupações pela sobrevivência e prosperidade se esquecem que qualquer prática que coloca em risco o equilíbrio ecológico está colocando em risco todos os demais países. Os países desenvolvidos,

¹⁵⁵ FERREIRA, Leila da Costa. *A Questão ambiental: Sustentabilidade e políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 1998.p.13.

¹⁵⁶ FERREIRA, Leila da Costa. *A Questão ambiental: Sustentabilidade e políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 1998.p.13.

¹⁵⁷ FERREIRA, Leila da Costa. *Op.cit.*p.14.

¹⁵⁸ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1988.p.34.

devido as suas práticas agrícolas, florestais e industriais já consumiram quase a totalidade de seus recursos naturais, restando muito pouco para as futuras gerações, enquanto que os mais pobres devido ao estado de fome, miséria e doenças, consomem de forma excessiva o meio ambiente empobrecendo-o, ambos os modelos estão fadados à incerteza e a um futuro ameaçado, os ricos por adquirirem uma prosperidade de curto prazo em face das degradações, e os pobres por escassez de recursos para explorar a terra sem causar o seu empobrecimento.

Não obstante os aspectos sociais e políticos, o surgimento da sociedade de risco colocou em evidência a fragilidade dos ordenamentos jurídicos em relação aos avanços da tecnologia que ao especializar cada vez mais o conhecimento fez surgir uma zona de conflituosidade que ultrapassa, inclusive, a esfera material dos interesses em questão, uma vez que, avançam para o caminho da ética e da responsabilidade moral, a exemplo das questões relacionadas ao biodireito e a responsabilidade transgeracional.

Os riscos se distinguem em riscos naturais, sociais e tecnológicos, mas esta separação em realidade não é estanque. Considerando que na realidade contemporânea os riscos são de natureza política, assim, simples prevenção ou mesmo indenização de suas conseqüências não é suficiente, é necessário também distribuí-los de forma justa e democrática, aspecto que iremos analisar no próximo item, quando trataremos da questão da justiça ambiental.¹⁵⁹

1.3. O direito ambiental e a justiça ambiental como direito socioambiental.

A inclusão da Justiça Ambiental, neste trabalho, tem como fundamento o fato de que em contextos marcados pela desigualdade social como o brasileiro, a sua problemática abrange aspectos que vão muito além daqueles que lhe deram origem nos

¹⁵⁹ HERMITTE, M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – uma análise de U.Beck*. In VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino –Americana – Européia sobre Governo dos Riscos. 2005. p.14-15.

Estados Unidos, ou seja, as organizações de lutas pelos direitos civis dos afrodescendentes.¹⁶⁰

Nesta temática que envolve Direitos Humanos, o aspecto ambiental está incluído, pois cumpre frisar que o conceito de socioambiental¹⁶¹ ainda se encontra em formação, tanto na doutrina e nos princípios do Direito, como também no que diz respeito a formulação e implantação das políticas públicas, uma vez que é o somatório de diversos direitos previstos na Constituição de 1988, ou seja, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a supremacia dos direitos humanos, o combate a todas as formas de racismo, a proteção dos bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, os espaços protegidos como a Mata atlântica, a Floresta Amazônica, entre outros direitos fazem parte do complexo panorama da problemática socioambiental no nosso país¹⁶².

No Brasil, não obstante a existência de ações promovidas por movimentos sociais com este conteúdo, como é o caso dos atingidos por barragens, os seringueiros do Acre, e quebradeiras de babaçu do Maranhão¹⁶³, com o advento da Constituição Federal de 1988, esta problemática se tornou um direito social, e sua busca

¹⁶⁰O conceito de justiça ambiental nasceu nos Estados Unidos na década de 60, e segundo Robert Bullard, citado por Acserad, Herculano e Pádua, é a ‘busca do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor, origem ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e reforço de políticas, leis e regulações ambientais. Por tratamento justo entenda-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das conseqüências ambientais negativas resultantes de operações industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais, estaduais, locais ou tribais, bem como das conseqüências resultantes da ausência ou omissão dessas políticas’. ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto. *A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil – uma introdução*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.9.

¹⁶¹ “o conceito socioambiental adotado é resultante, em sua essência, de uma equação composta e multifacetária ainda a ser decifrada, tanto no plano da doutrina e da principiologia do Direito, quanto no plano de formulação e da implementação de políticas públicas. A essência da perspectiva socioambiental, portanto, não se resume, como poderia parecer, à soma linear e aritmética entre o ‘social’ mais o ‘ambiental’. Os direitos socioambientais, por sua vez, resultam de uma leitura socioambiental sobre os diversos direitos já consagrados na Constituição Brasileira de 1988 tais como os direitos indígenas, direitos ambientais, direitos agrários, culturais dentre tantos outros. (...) o Direito tem contribuições precisas a dar, seja no aprimoramento dos instrumentos para a persecução dos direitos que integram a equação socioambiental, seja na concepção e na legitimação de instâncias permanentes para o exercício cotidiano de resistência ativa e emancipatória pelas populações culturalmente diferenciadas em oposição ao rol-compressor cultural e ambientalmente pasteurizante, qua a todos (seres vivos, pensantes ou não) atropela nessa entrada de novo milênio”. LIMA, André. *O Direito para o Brasil Socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.2002. pp.12-13.

¹⁶² LIMA, André. *O Direito para o Brasil Socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.2002. p.11.

¹⁶³ ACSELRAD e outros, op cit.p.10.

um exercício de cidadania que “encontra um espaço relativamente pequeno na nossa sociedade, apesar da luta de tantos movimentos e pessoas em favor de um país mais justo e decente. Tudo isso se reflete no campo ambiental¹⁶⁴”.

Num breve resgate histórico, a partir da década de 60 do século passado, os efeitos devastadores do desenvolvimento técnico e científico começaram a repercutir, não só no campo das ciências sociais, humanas, e biológicas, como também chegaram ao tecido social. Como corolário da crise socioambiental surgiu, nos Estados Unidos, a noção de justiça ambiental¹⁶⁵, nascida da criatividade, principalmente, dos movimentos sociais forjados pela luta dos afrodescendentes que protestavam pela discriminação causada pela maior exposição desta população aos lixos químicos, radioativos, e indústrias com efluentes poluentes.

Em contextos em que as desigualdades são ainda maiores, como é o caso do Brasil, a universalização da temática do movimento¹⁶⁶ da justiça ambiental alcança outras finalidades além das relacionadas ao meio ambiente, pois denuncia o violento quadro de injustiça social causado pela desigual distribuição do poder e da riqueza e pela “apropriação elitista do território e dos recursos naturais”.¹⁶⁷

¹⁶⁴ ACSELRAD e outros, op cit.p.11.

¹⁶⁵ “Por justiça ambiental, portanto passou-se a entender, desde as primeiras lutas que evocaram tal noção no início dos anos 80, o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo. Complementarmente, entende-se por injustiça ambiental a condição de existência coletiva própria a sociedades desiguais onde operam mecanismos sóciopolíticos que destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, população de baixa renda, segmentos raciais discriminados, parcelas marginalizadas e mais vulneráveis da cidadania”. ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto. *A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil – uma introdução*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.9.

¹⁶⁶ “Consideramos que o termo justiça ambiental é um conceito aglutinador e mobilizador, por integrar as dimensões ambiental, social e ética da sustentabilidade e do desenvolvimento, freqüentemente dissociados nos discursos e nas práticas. Tal conceito contribui para reverter a fragmentação e o isolamento de vários movimentos sociais frente ao processo de globalização e reestruturação produtiva que provoca perda de soberania, desemprego, precarização do trabalho e fragilização do movimento sindical e social como todo. Justiça ambiental, mais que uma expressão do campo do direito, assume-se como campo de reflexão, mobilização e bandeira de luta de diversos sujeitos e entidades, como sindicatos, associações de moradores, grupos de afetados por diversos riscos (como as barragens e várias substâncias químicas), ambientalistas e cientistas.” ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.18.

¹⁶⁷ ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.10.

No nosso país duas lógicas se digladiam, a primeira caracterizada pelo agir conforme a lógica do mercado na modernização ecológica, cuja preocupação central é o melhor aproveitamento dos recursos naturais com a menor perda de energia, o que nem sempre corresponde a uma distribuição justa dos prejuízos causados ao meio ambiente. Aqui, a lógica do mercado tem imprimido aos seus atos uma capacidade de resolver seus problemas institucionais sem romper com o padrão de modernização exigida pelo capital, alcançando o consenso político eles tornam o Poder Público seu parceiro, ou cúmplice¹⁶⁸.

E a segunda, a lógica dos atores sociais, no âmbito da justiça ambiental, que procura denunciar a visão da crise ecológica, promovida tanto por ambientalistas conservadores quanto empresários partidários da modernização ecológica que não consideram a existência de uma política voltada a orientar uma distribuição desigual dos danos ambientais e, por conseqüência, desconsideram a relação existente entre a desigualdade social e a exposição aos riscos ambientais decorrentes do progresso tecnológico.

O compromisso do Direito é criar ou aprimorar os instrumentos para a efetivação dos direitos que integram a cartilha dos direitos socioambientais, que tem como seus principais pilares, os direitos indígenas, os direitos ambientais, os direitos culturais e a função social da propriedade.¹⁶⁹ Marés descreve que por ocasião do processo constituinte, esses pilares foram trabalhados isoladamente, mas “têm entre si uma estreita ligação que torna coerente o texto constitucional e conforma a proteção dos direitos sociais e da cidadania não só como direitos individuais, mas como direitos coletivos.”¹⁷⁰

Ao reconhecer os direitos coletivos como ao meio ambiente equilibrado, ao patrimônio cultural, aos próprios valores étnicos, a Constituição de 1988 rompe com o paradigma do Direito único do Estado Constitucional e inaugura um direito

¹⁶⁸“ Empresas de serviço de limpeza industrial, com autorização estatal, procedem à eliminação de dejetos tóxicos no mar, com plena consciência das conseqüências ecológicas:da degradação dos mares(...); extinção de espécies marinhas eaté mudanças climatológicas.” WOLF, Paul. *A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do direito Ambiental*. In OLIVEIRA Jr. José Alcebiades. O Novo em Direito e Política. Porto Alegre: Livraria do Advogado,1997.p.182.

¹⁶⁹LIMA, André(Org). *O Direito para o Brasil SocioAmbiental*. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p.17.

¹⁷⁰MARÉS, Carlos Frederico. *Introdução ao Direito Socioambiental*. In LIMA, André(Org). *O Direito para o Brasil SocioAmbiental*. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p.

pluralista e multiétnico que necessita ser mais bem trabalhado pelos operadores do Direito. Existem inúmeras leis infraconstitucionais que regulamentam estes direitos, mas não obstante isso, a realidade da vida demonstra que a realização destes direitos se encontra, ainda, muito distante de serem concretizados, uma vez que precisam de demandas públicas e participação direta da população.

A justiça ambiental tem como principal ferramenta a participação da sociedade civil¹⁷¹, promovendo ações para prática da cidadania¹⁷², numa articulação discursiva diferente do debate pelo meio ambiente equilibrado, pois remete à idéia de distribuição igual e diferenciação qualitativa do meio ambiente, contrapondo-se a prática da “distribuição desigual das partes de um meio ambiente de diferentes qualidades e injustamente dividido”¹⁷³.

Não podemos falar em crise civilizatória¹⁷⁴ e justiça ambiental sem pensarmos que os conflitos nascidos do desenvolvimento iniciado no século XIX, que deram origem à sociedade pós –industrial, nasceram da modernização que dissolveu a sociedade agrária paralisada no estamento e elaborou a imagem da sociedade industrial.

¹⁷¹ Sociedade civil representa uma esfera de discurso público dinâmico e participativo entre o Estado, a esfera pública composta de organizações voluntárias, e a esfera do mercado referente a empresas privadas e sindicatos. JANOSKI, citado por VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Record, 2001, p.36.

¹⁷² Constata-se que cidadania e sociedade civil são noções diferentes: ao passo que a primeira é reforçada pelo Estado, a última abrange os grupos em harmonia ou conflito, mas ambas são empiricamente contingentes.(...) Além disso, a sociedade civil consiste primordialmente na esfera pública, onde associações organizações se engajam em debates, de forma que a maior parte das lutas pela cidadania são realizadas em seu âmbito por meio dos interesses dos grupos sociais, embora – cabe a ressalva – a sociedade civil não possa constituir *locus* dos direitos de cidadania, por não se tratar da esfera estatal, que assegura proteção oficial mediante sanções legais. VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Record, 2001, p.36.

¹⁷³ ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004, p.28.

¹⁷⁴ Aqui a crise civilizatória tem o sentido da descrição de Beck quando trata da perda dos referenciais da modernidade, onde o projeto da sociedade industrial entra contradição com o seu próprio modelo, esquema de trabalho e vida, setores produtivos, sua compreensão de ciência e tecnologia. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998, p.19.

A sociedade pós-industrial, por sua vez dissolve os contornos da sociedade industrial, e na continuidade da modernidade surge outra figura social, a sociedade do risco¹⁷⁵.

Esta problemática tem como gênese o nascimento da sociedade moderna que, moldada nos ideais das revoluções burguesas, trouxe no seu bojo a idéia de liberdade na constituição das relações sociais a partir da vontade de cada indivíduo, destarte, há uma modificação da realidade a partir da era moderna, antes paralisada nos estamentos, a qual terá no Direito os trilhos por onde o indivíduo deverá caminhar a fim de garantir que sua vontade livre atinja os objetivos necessários para sua sobrevivência.¹⁷⁶

A codificação do Direito é um dos signos desta mudança de paradigma. Antes do seu advento, a sociedade era regida por meio de consolidações que tinham como função a reprodução do Direito sem modificá-lo, visava apenas continuá-lo, os Códigos representam a ruptura, representam a segurança traduzida numa seqüência ordenada de artigos. Finalmente, o código representou a garantia da separação entre Estado e sociedade civil, antes o que não podia ser resolvido pelas leis civis eram remetidas ao soberano, agora, as leis e os princípios gerais do Direito resolvem o conflito.¹⁷⁷

Os direitos socioambientais inseridos na Constituição de 1988, por sua vez, fundados no “pluralismo, na tolerância, nos valores culturais locais, na multiétnicidade que rompe com a lógica excludente do Estado Constitucional e seu Direito único”¹⁷⁸, criam um novo direito desvinculado do dogma do direito individual, cuja esfera de interesse se restringe à proteção patrimonial e tem no código civil a figura central.

¹⁷⁵Para Beck, estamos vivendo uma troca das bases de vida. Para compreender este fenômeno, é mister revisar a imagem da sociedade industrial. Essa é, de acordo com seu projeto, uma sociedade semimoderna cuja contramodernidade agregada não é algo velho, herdado, senão uma construção e produto da sociedade industrial. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998, p.16.

¹⁷⁶ VIEIRA, Luiz Vicente. *Os Movimentos Sociais e o Espaço Autônomo do “Político”*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p.308.

¹⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, p.45.

¹⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, p.45.

As ações patrocinadas, principalmente, pelos movimentos sociais foram os fatores decisivos para mudar a realidade acima descrita, muito embora, no Brasil, a idéia de cidadania muitas vezes se confunda apenas com o exercício do voto, e onde a maior parte da população não tem sequer consciência dos seus direitos, a temática da justiça ambiental vai mais além da contaminação provocada pela poluição nas comunidades mais carentes, abrange, entre outras lutas, a expulsão das comunidades tradicionais dos locais onde vivem e trabalham para a construção de barragens, exploração do potencial hidrelétrico, exploração mineral, exploração madeireira e, atualmente, a transposição do rio São Francisco.¹⁷⁹

Enquanto para as sociedades ricas economicamente, os problemas da justiça ambiental se restringem à preocupação com a repartição desproporcional dos riscos trazidos pelo desenvolvimento entre todos os que convivem naquela sociedade. Nos países pobres, como o Brasil¹⁸⁰, onde existe uma enorme injustiça no que diz respeito à distribuição de renda, o escopo do movimento da justiça ambiental ultrapassa as fronteiras da problemática relacionada à localização dos depósitos de dejetos poluentes ou fontes de contaminação, “é preciso considerar, por exemplo, tanto as carências de saneamento ambiental no meio urbano quanto, no meio rural, a degradação das terras usadas para acolher os assentamentos de reforma agrária. Não são apenas os trabalhadores industriais e os moradores no entorno das fábricas aqueles que pagam, com sua saúde e suas vidas, os custos das chamadas ‘externalidades’ da produção de riquezas, mas também os moradores dos subúrbios e periferias urbanas”¹⁸¹. Num mesmo momento

¹⁷⁹ ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.10.

¹⁸⁰ As gigantescas injustiças sociais brasileiras encobrem e naturalizam um conjunto de situações caracterizadas pela desigual distribuição de poder sobre a base material da vida social e do desenvolvimento. A injustiça e a discriminação, portanto, aparecem na apropriação elitista do território e dos recursos naturais, na concentração dos benefícios usufruídos do meio ambiente e na exposição desigual da população à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento. ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.10.

¹⁸¹ A expansão do modelo de desenvolvimento dominante na agroindústria brasileira, por exemplo, tem-se associado à inviabilização da pequena agricultura familiar, da reprodução dos grupos indígenas, da pesca artesanal e do abastecimento de água para as comunidades. ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.12.

histórico, dois problemas se interpenetram e se relacionam: a lógica da produção de riqueza e a lógica da repartição dos riscos.

A realidade da natureza entra em conflito com o mundo regido pelas relações jurídicas e com o mundo regido pelas relações econômicas, onde, na maior parte das vezes, a realidade econômica sai vitoriosa no embate de forças. Enquanto os tribunais – mediante seus raciocínios formais – dão expressão à ‘fictiva’ verdade jurídica, em relação à realidade ecológica, a natureza revela, por sua maneira física e inequívoca, a verdade ecológica¹⁸².

Cumprindo mais uma vez frisar que duas realidades devem ser distinguidas. A realidade interna dos países ricos, onde conforme já dito os efeitos do desenvolvimento produzem insegurança e risco ambiental no seio daquela sociedade. E a realidade externa, ou seja, a realidade internacional, em que o desenvolvimento produz riscos para os demais países, em face da sua natureza transfronteiriça¹⁸³.

O primeiro aspecto, relativo ao risco produzido internamente nos países ricos, e onde as lutas dos movimentos pela justiça ambiental se encontram consolidados, não é objeto do nosso estudo, bem como, no âmbito internacional, os riscos sofridos pelos próprios países ricos, em face dos problemas relativos a degradação ambiental que não respeitam fronteiras.

¹⁸²“O interesse ecológico é protegido apenas de maneira simbólica, consoante o Direito Ecológico estatal coloca em cena uma pseudo-realidade. Sua manifestação simbólica (na forma de obras legislativas, declarações de direitos ecológicos constitucionais, instituições, atos administrativos e decisões judiciais) cria a falsa impressão de que existe ativa e completa assistência, bem como prevenção ecológica, por parte do Estado” WOLF, Paul. *A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do direito Ambiental*. In OLIVEIRA Jr. José Alcebiades. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 183, 188.

¹⁸³ Ao mesmo tempo, os riscos produzem *novas desigualdades internacionais*, por uma parte entre os países pobres e os Estados industrializados, por outra parte entre os mesmos Estados industrializados. Essas desigualdades não respeitam o tecido de competência do Estado nacional. A vista da universalidade e supranacionalidade do tráfico de substâncias nocivas, a sobrevivência dos bosques da Baviera depende em última instância que sejam firmados e cumpridos os tratados internacionais. [tradução livre da autora] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1998. p. 29. Al mismo tiempo, los riesgos producen *nuevas desigualdades internacionales*, por una parte entre el Tercer Mundo y los Estados industrializados, por otra parte entre los mismos Estados industrializados. Esas desigualdades no respetan el tejido de competencias del Estado nacional. A la vista de la universalidad u supranacionalidad del tráfico de sustancias nocivas, la supervivencia de los bosques de Baviera depende en última instancia de la firma y cumplimiento de tratados internacionales.

Cumpra analisar os riscos importados pelos países pobres, que muitas vezes são obrigados a suportarem o lixo resultante da prosperidade dos países ricos.

Não bastando as agressões ao meio ambiente resultante da produção industrial dos países ricos suportada pelos países pobres, existe, também, a degradação ambiental provocada pela especulação do capital, onde é gerada uma “espécie de divisão social do ambiente”¹⁸⁴. A população é desconsiderada pela política econômica, baseada na atração do capital internacional que utilizando sua capacidade de escolher os locais preferenciais para seus investimentos, força as populações a se conformarem com os riscos produzidos pela indústria instalada na proximidade de suas residências, uma vez que, não possuem condições de se retirarem do local, ou são levadas a um deslocamento forçado, quando se encontram instaladas em ambientes favoráveis aos investimentos.

O governo respalda o comportamento das empresas no sentido de apresentar ações para uma denominada “modernização ecológica”¹⁸⁵, essas por sua vez, agindo sob a lógica do mercado se apropria do discurso socioambiental, buscando assim promover ganhos de eficiência e ativar mercados, procurando essencialmente evitar, o que para estes atores é o núcleo da questão ambiental, o desperdício de matéria e energia.

Desta forma, fazendo remissão ao enfoque analítico da questão ambiental apresentado por Lorenzetti¹⁸⁶, a sua insuficiência se dá por não levar em consideração outros aspectos nestas análises, como a instalação de indústrias poluentes transferidas dos países centrais para os periféricos atraídos pelos baixos salários e por uma legislação ambiental ainda não desenvolvida ou inexistente, ou mesmo, como no caso do Brasil, não respeitada.

¹⁸⁴ ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.32.

¹⁸⁵ A noção de ‘modernização ecológica’, (...), designa o processo pelo qual as instituições políticas internalizam preocupações ecológicas no propósito de conciliar o crescimento econômico com a resolução dos problemas ambientais, dando-se ênfase à adaptação tecnológica, à celebração da economia de mercado BLOWERS,A. citado por ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.23.

¹⁸⁶ Onde os analistas informam que nas sociedades mais desenvolvidas têm diminuído o crescimento da população e melhorado o meio ambiente, analisam ainda que não há relação direta entre o desequilíbrio ambiental e a degradação ao meio ambiente, haja visto que os países subdesenvolvidos deterioram mais o meio ambiente que os subdesenvolvidos,LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p 561.

Beck aponta esta realidade como sendo a de surgimento de novas desigualdades internacionais, que ocorrem em especial onde situações de classe e de risco se misturam, ou seja, a classe operária dos países da periferia do mundo vive sob as chaminés das fábricas e refinarias - para esse autor há uma força que atrai situação de pobreza extrema e riscos extremos, pois nestes locais a equação é simples, é preferível morrer de uma causa invisível a morrer de fome¹⁸⁷.

Na esfera pública, os governos apresentam planos para a modernização ecológica. Atualmente, temos o PPA - Plano Plurianual – 2004-2007, denominado “Plano Brasil de Todos – Participação e Inclusão”¹⁸⁸, em substituição ao PPA- 2000-2003 denominado “Avança Brasil”, que por sua vez substituiu o Programa “Brasil em Ação” – 1994/1998 – do governo anterior.

O “Plano Brasil de Todos – Participação e Inclusão”, tem como finalidade promover profundas transformações na estrutura da sociedade, com a execução de programas prioritários para conjugar investimentos na infra estrutura, com o objetivo de captar divisas e crescimento macroeconômico estável.

O “Avança Brasil” teve como finalidade integrar e desenvolver o país e pretende investir R\$ 24,1 bilhões, dos setores públicos e privados, na construção de rodovias, hidrovias, ferrovias, portos e geração de energia.

O que se pode observar é que os Planos apenas mudam a sua denominação, pois nada se modifica em algumas áreas que estão mais sujeitas ao risco do desenvolvimento ante a inexistência de regulação a respeito do parcelamento do solo, e a realização de um zoneamento excludente, de forma a promover práticas discriminatórias que beneficiam uma elite poderosa política e economicamente.

Tomando como exemplo a Amazônia, que está contemplada no PPA, segundo o IPAM – Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia, após a abertura das rodovias na região, nos últimos 30 anos foram desmatados 50 Km de floresta em cada margem, e que são estimados o desmatamento, nos próximos 25 a 35 anos, do

¹⁸⁷ BECK. Ulrich. *La sociedade Del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Piados, 1998.p.47.

¹⁸⁸ Ver in ><http://www.planalto.gov.br>< acesso em 25 de julho de 2006.

equivalente a 80.000 e 180.000 Km² de floresta. Cumprindo frisar que se trata da região que possui cerca de 50% da biodiversidade global.¹⁸⁹

Neste contexto, a população, que em 1996 era de 18,1 milhões de habitantes, segundo o IBGE, que aponta, conforme dados mais atualizados para uma população de 25 milhões de habitantes, sendo que destes, 20 milhões vivem em centros urbanos. População composta de um conjunto significativo de comunidades sócio-culturalmente diferenciadas, boa parte historicamente vinculada à Amazônia, não é objeto de consulta ou de preocupação. Não obstante se encontrarem protegidos pela Constituição Federal, nos artigos 231, 215 e 216, e reconhecidas nacionalmente e internacionalmente como importantes para a conservação, principalmente, da diversidade biológica, não existem estudos suficientes a respeito destas populações¹⁹⁰.

No trabalho que caminha em sentido oposto, temos os aspectos apresentados por aqueles que desenvolvem um modelo de justiça ambiental, que denuncia as falhas da “modernização ecológica”, mormente porque esta ignora a relação entre a degradação ambiental e o modelo de desenvolvimento liberal, “assente em dois pressupostos fundamentais: primeiro, o individualismo metodológico e dogmático, traduzido na adoção do *homo economicus* e na maximização da satisfação individual como padrão de racionalidade social e econômica; depois, a crença no sistema de auto regulação como mecanismo preservador da ‘ordem natural’ invisivelmente resultante da articulação entre propriedade privada, iniciativa econômica privada e mercado”¹⁹¹.

Este trabalho de oposição à chamada modernização ecológica, levada a cabo pelo movimento de justiça ambiental, decorreu principalmente da sua capacidade de estender os direitos civis ao campo do meio ambiente, politizar, nacionalizar e unificar uma multiplicidade de embates, elaborar uma classificação apropriada dos grupos sociais compatível com sua posição no espaço social, organizar informações e vigiar os riscos ambientais, preenchendo o espaço vazio deixado pelos partidos políticos e resultando na

¹⁸⁹ LIMA, André. *Direitos Socioambientais, Políticas Públicas e Desenvolvimento Territorial*, In LIMA, André (org). O Direito para o Brasil SocioAmbiental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002, pp. 324/329.

¹⁹⁰ LIMA, André. *Direitos Socioambientais, Políticas Públicas e Desenvolvimento Territorial*, In LIMA, André (org). O Direito para o Brasil SocioAmbiental. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002, pp. 324/329.

¹⁹¹ PUREZA, José Manuel; FRADE, Catarina. *Direito do Ambiente. I Parte: A Ordem Ambiental Portuguesa*. Universidade de Coimbra, 2001.

redução da capacidade de escolha locacional do capital, para com isso mostrar sua força ao dificultar a rentabilidade esperada do capital, e principalmente, barrando uma poderosa arma utilizada como chantagem por este mesmo capital, a sua capacidade de mobilidade espacial.¹⁹²

Certas pré – condições se estabelecem para que as práticas coletivas dos movimentos sociais ocorram, tais como: a perda de legitimidade de alguns aspectos do sistema de poder; grupos sociais, antes conformados, passam a afirmar princípios de justiça que impõem demandas; individualmente, as pessoas passam a acreditar que podem mudar alguma coisa. Por fim, os movimentos sociais passam a intervir nos dois níveis do espaço social – no espaço da distribuição do poder e no espaço da luta discursiva, neste caso, o MST é um exemplo de movimento que atua nos dois espaços¹⁹³.

As comunidades que mais expostas se encontram dos riscos da contaminação são as que, no espaço da distribuição do poder na sociedade capitalista, menos poder político detém, tal realidade somente seria invertida com a intervenção política para estabelecer parâmetros razoáveis de justiça ambiental, mas a busca pela equidade ambiental não encontra respaldo na lógica do capitalismo, que é quem mais se beneficia com a desigual divisão do risco, por sua vez, a esfera econômica influencia a esfera estatal, que sem a mobilização da sociedade civil permanece omissa e inoperante.

A maior força do capital se encontra no seu grande poder de se deslocar¹⁹⁴, e tal característica enfraquece aqueles fatores sociais que não tem esta mesma mobilidade, como o Estado, os sindicatos e as populações mais carentes. Este poder é utilizado como moeda no jogo do mercado, subordinando os poderes públicos que desfazem normas de proteção ambiental e urbana para conter a fuga de investimentos.

As práticas coletivas na sociedade civil necessitam, antes de mais nada, da prática permanente da cidadania, entendida esta como a “relação entre Estado e

¹⁹² BULARD, Robert. *Enfrentando o racismo ambiental no século XXI*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.34. ver também SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice.O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001, p.289.

¹⁹³ ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.28.

¹⁹⁴ No sentido de mobilidade do capital que não respeita fronteiras nem nacionalidades.

cidadão, especialmente no tocante a direitos e obrigações”¹⁹⁵. Somente através da atuação dos cidadãos, o Estado será compelido a reverter a lógica capitalista de forma que este sistema promova a realização de uma economia voltada não para o crescimento, mas para a sustentabilidade¹⁹⁶ e, desta forma, produza resultados positivos no âmbito da justiça ambiental. Isso traduzido na instituição de conselhos de meio ambiente, nos Estados e municípios, e da comissão de defesa do consumidor e meio ambiente na Câmara Federal¹⁹⁷.

Teixeira afirma que esse processo está se ampliando e se intensificando em setores da sociedade como a saúde, meio ambiente, e assistência social, esse último mais recentemente, e pode ser definido como uma nova institucionalidade criadora de espaços de interlocução e de decisão entre a sociedade e o Estado¹⁹⁸.

Continua o mesmo autor chamando à atenção para o fato de neste espaço convivem várias tendências tanto políticas quanto ideológicas que por falta de articulação e em razão de particularismos, deixam que as elites do poder se apropriem do discurso para que possam utilizá-lo de acordo com seus interesses e estratégia¹⁹⁹, a exemplo do que vê no marketing promovido por algumas empresas e instituições bancárias no que diz respeito aos seus programas socioambientais.

Um outro aspecto a ser abordado é que muito embora alguns atores sociais venham travando uma luta contra o capital que encontram barreiras em todos os Poderes constituídos da República, entre eles está o movimento dos atingidos por barragens no Brasil, os estudos de impacto ambiental das grandes barragens, não levam em consideração as diferenças regionais, as realidades políticas, econômicas, culturais e

¹⁹⁵ VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Record, 2001, p.33. ver tb

¹⁹⁶ Termo utilizado no sentido da sustentabilidade social, no sentido dado por Sachs, citado por Van Bellen, que seria “o processo de desenvolvimento que leve a um crescimento estável com distribuição equitativa de renda, gerando, com isso, a diminuição das atuais diferenças entre os diversos níveis na sociedade e a melhoria das condições de vida das populações.” BELLEN, Hans Michael van. *Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p.37.

¹⁹⁷ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001, pp.137-138.

¹⁹⁸ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001, p.138.

¹⁹⁹ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001, p.138.

sociais de cada região, contentando-se em sugerir ações para diminuir ou reparar os impactos, com o fundamento de diminuir os riscos²⁰⁰.

Vainer chama a atenção para o fato de que nestes estudos a população envolvida é apresentada como uma questão ambiental e assimilada a natureza, ou seja, quem é o sujeito é a obra e não o ambiente e, o reservatório e a barragem é o ambientado, no seu entender, isso ocorre porque tanto a antropologia quanto a sociologia prática se reduzem a qualidade de ciência aplicada à consultoria ambiental, denunciando uma cegueira técnica, pois foram incapazes de perceber o surgimento de um movimento de resistência, onde tantos os relatórios da década de 80 e 90, quanto o atual modelo denominado 'modelo de riscos e reconstrução' omitem a existência destes movimentos.²⁰¹

Também da década de 80, a incorporação por parte das entidades sindicais da dimensão ambiental na Eco/92, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) teve importante atuação, não obstante por ocasião do Rio + 5, esta mesma ao fazer um retrospecto de sua atuação durante o período entre 1992 e 1997, contatou a perda de espaço dentro do próprio movimento sindical para as questões ambientais, ante a dificuldade de alguns dirigentes compreenderem a importância da relação homem / natureza e a importância dos trabalhadores nesta equação.²⁰²

Por ocasião da 9ª Plenária Nacional da Central única dos Trabalhadores, ocorrida na década de 90, foi aprovada emenda em que declara o compromisso da entidade com o desenvolvimento sustentável, devendo a atividade econômica se adequar às exigências ecológicas, e que a apropriação da natureza se dê de

²⁰⁰ VAINER, Carlos B. *Águas para a vida, não para a morte. Notas para uma história do movimento de atingidos por barragens no Brasil*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.186.

²⁰¹ VAINER, Carlos B. *Águas para a vida, não para a morte. Notas para uma história do movimento de atingidos por barragens no Brasil*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p.186.

²⁰² MARTINS, Paulo Roberto. *Justiça Ambiental e projeto político: o caso da Central única dos Trabalhadores*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p. 218.

forma que não ocorra o esgotamento dos recursos naturais, pois isso levaria à extinção de postos de trabalho e ao caos social.²⁰³

Ainda o potencial da ação sindical no aspecto ambiental ficou evidente na luta contra a contaminação de mercúrio, fato conhecido como o “caso solvay²⁰⁴”, ocorrido em 1987, que trouxe inúmeros desdobramentos no campo da saúde, com a rede pública criando um Centro de Referência em Saúde do Trabalhador, consolidou-se o conceito de vigilância da saúde no ambiente do trabalho, e por fim, o Poder Público através da Secretaria de Estado da Saúde determinou rotinas de exames para diagnóstico da exposição ao mercúrio, outras contribuições também ocorreram na área ocupacional, a criação da Norma de Avaliação Ambiental da Exposição Ocupacional ao Mercúrio, de 1988, em vigor até hoje, no mesmo ano foi introduzida a obrigação de o empregador informar aos trabalhadores sobre os resultados dos exames médicos, com a alteração da Norma Regulamentadora n. 1 da Portaria 3214/78, instituindo “o direito de saber²⁰⁵” elevado a princípio fundamental na Constituição de 1988.²⁰⁶

No campo do meio ambiente houve uma aproximação do sindicato com as entidades ambientalistas e associação dos moradores das localidades, onde a indústria poluente exercia sua influência, Rio Grande da Serra e Ribeirão Pires, que denunciavam a existência de aterros clandestinos próximos a locais habitados, estes foram interditados e são objeto de monitoramento pela CETESB até os dias de hoje. Pesquisadores da Universidade de São Paulo e várias ONGs, entre elas o Greenpeace e o Movimento de Defesa da Vida constataram o alto grau de contaminação da água do rio onde a empresa despeja os dejetos poluentes, bem como iniciou uma pesquisa com os moradores da região, esta última não pôde ser levada a frente por problemas na execução da pesquisa, o

²⁰³ MARTINS, Paulo Roberto. *Justiça Ambiental e projeto político: o caso da Central única dos Trabalhadores*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p. 219.

²⁰⁴ Aspas nossas.

²⁰⁵ Aspas nossas.

²⁰⁶ COSTA, Juvenil Nunes da. FREITAS, Nilton. *Uma ação interinstitucional nacional a partir da ação sindical no local de trabalho: o caso Solvay*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p. 229.

resultado foi a construção de sistema de contenção de vazamentos e de tratamento de efluentes para que cessasse a contaminação do rio Elclor e da represa Billings²⁰⁷.

Todo este trabalho, iniciado no final da década de 70, desencadeou um processo legislativo que chegou ao ápice com a Constituição de 1988²⁰⁸, e consolidou a defesa dos direitos meta-individuais tanto pela via judicial, quanto pela via da participação popular nos espaços não-estatais, como os conselhos de meio ambiente, criança e adolescente, saúde e educação, ou seja, tenta tornar efetivo os chamados direitos socioambientais consagrados constitucionalmente e compostos pelos direitos sociais, culturais e ambientais.

A Constituição brasileira é democrática, cumprindo seu papel transformador da realidade social tem em seu conteúdo o compromisso de resgatar as promessas da modernidade, igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, e principalmente a efetividade dos direitos compatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, como é o caso dos direitos socioambientais²⁰⁹.

Hermite²¹⁰ afirma que sendo a natureza um produto histórico, é impossível apreendê-la dissociada da sociedade. Numa sociedade fundada no Estado de Direito²¹¹, articulado com a Constituição e os direitos fundamentais, e sendo este

²⁰⁷ COSTA, Juvenil Nunes da. FREITAS, Nilton. *Uma ação interinstitucional nacional a partir da ação sindical no local de trabalho: o caso Solvay*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.p. 235.

²⁰⁸ Antes da Constituição Federal de 1988 algumas leis infraconstitucionais já tratavam da questão socioambiental e que foram recepcionadas, entre elas: Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio) , Decreto-lei 1.413 de 14 de agosto de 1975, tratava da obrigatoriedade das empresas instaladas ou a se instalarem no território nacional, tomarem medidas no sentido de prevenir ou corrigir os inconvenientes decorrentes da poluição ao meio ambiente.

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2002. 2 edição revista e ampliada.p.p.32.

²¹⁰ HERMITE, M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U.Beck*. In HERMITE, M-A; VARELLA, Marcelo Dias(org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino Americana-Européia sobre o Governo dos Riscos. 2005. p.16-17.

²¹¹ O Estado de Direito, entendido como forma de organização política em que as decisões que impliquem em influenciar a coletividade devem ser tomadas por instituições claramente identificadas, “dotadas de competências e procedimentos de decisão precisos que permitam a expressão de todos os pontos de vista, uma deliberação livre, assim como o recurso a um juiz imparcial. Originalmente concebido para o único poder político, hoje esse modelo estende-se ao poder científico e técnico, o que requer uma adaptação das definições próprias do estado de Direito, no que se refere à questão das ciências e técnicas”. HERMITE, M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U.Beck*. In HERMITE, M-A; VARELLA, Marcelo Dias(org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino Americana-Européia sobre o Governo dos Riscos. 2005.p.21.

condição de legitimidade política, a ciência é elemento importante da vida pública, portanto, todas as escolhas científicas devem necessariamente se ater as suas regras. Citando Beck²¹², esta autora problematiza a questão da participação da sociedade nas decisões que envolvem risco, uma vez que é impossível escapar dos efeitos de uma nuvem tóxica radioativa, além de outros perigos.

Não obstante, como princípio geral do direito ambiental, o princípio da decisão ser carente de positividade, Hermite²¹³ aponta sua implementação como uma das formas de diminuir a sensação de perda de soberania do indivíduo frente à emergência da sociedade dos riscos, o que, no seu entender, justifica a evolução do pacto republicano. Tal aspecto é reforçado pela mudança operada nas Constituições recentes que, apesar de permanecerem como as Constituições do século XVIII²¹⁴ e não ignorando a ciência e as tecnologias “reconhecendo a liberdade de expressão e pensamento das idéias”²¹⁵, limitaram a liberdade de pesquisa ao princípio da dignidade humana²¹⁶, bem como incluíram o “reconhecimento dos direitos do homem à saúde e ao meio ambiente”²¹⁷ ecologicamente equilibrado²¹⁸, como direito fundamental.

²¹² HERMITE,M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U.Beck*. In HERMITE,M-A; VARELLA,Marcelo Dias(org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino Americana-Européia sobre o Governo dos Riscos. 2005.p.16.

²¹³ HERMITE,M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U.Beck*. In HERMITE,M-A; VARELLA,Marcelo Dias(org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino Americana-Européia sobre o Governo dos Riscos. 2005.p.16.

²¹⁴ Constituições informadas pelo pensamento filosófico iluminista que tem como característica libertar a ciência da religião e difundir o ideal do uso da razão em direção ao progresso em todos os aspectos da vida.

²¹⁵ HERMITE,M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U.Beck*. op.cit.p. 22.

²¹⁶ Art. 1. da Constituição da República Federativa do Brasil.

²¹⁷HERMITE,M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U.Beck*. op.cit.p. 22.

²¹⁸ Art. 225. da Constituição da República Federativa do Brasil.

CAPITULO 2

A SOCIEDADE DE RISCO E A JUSTICIABILIDADE DOS SEUS PROBLEMAS

O desenvolvimento da teoria e da prática a respeito dos direitos do homem surgiu a partir do final da guerra, segundo Bobbio este desenvolvimento ocorreu em duas direções: no da universalização e na da multiplicação²¹⁹. O citado filósofo faz a distinção entre a teoria e a prática dos direitos do homem e trata especificamente do processo de multiplicação ou proliferação de direitos (multiplicação por especificação), que no seu entender ocorreu de três modos: a) aumento de quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o homem é considerado na sua especificidade ou na concretude de suas diversas maneiras de ser em sociedade, e não como homem genérico, ou homem em abstrato. O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado se encontra na esteira daqueles direitos que surgiram do processo histórico do pós - segunda guerra.

Alexy aponta, num estudo a respeito dos direitos fundamentais, três ordens de problemas: os problemas epistemológicos, os problemas substanciais e os problemas institucionais²²⁰.

Como problema epistemológico, ele aponta a questão relativa à fundamentação dos direitos dos homens e como podem ser conhecidos, também propõe uma questão, seria a declaração de 10 de novembro de 1948 fruto de um reconhecimento racional da existência destes direitos dos homens, ou fruto de um consenso nascido dos horrores das duas guerras mundiais ocorridas no século 20, portanto, contingente e passível de perder seu significado, justifica ainda que, muito embora aponte este problema como de natureza filosófica e teórica, o autor aponta seu significado na prática,

²¹⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p.67.

²²⁰ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p.56.

à medida em que se busca fundamentos racionais para estes direitos, principalmente, quando se estuda a evolução destes direitos a partir de suas várias dimensões²²¹.

Como problemas substanciais, ele aponta os relativos ao próprio conteúdo dos direitos dos homens, pois, se nos artigos 1 a 20 da Declaração estão apresentados os direitos clássicos, liberdade e igualdade, nos artigos 22 a 26 temos os direitos sociais, ou seja, o direito à segurança social, os direitos econômicos, sociais e culturais. Os direitos do trabalho, também chamados direitos de segunda dimensão, apesar de encontrarem aceitação plena na Declaração Universal, podem ser fundamentados da mesma forma que os de primeira dimensão? A estes se somam, ainda, os direitos de terceira e quarta dimensão, Alexy propõe como questão, não o que deve ser colocado na lista de direitos do homem, mas como devem ser ponderados os diferentes direitos do homem, tendo como ponto de partida o conteúdo substancial dos mesmos e suas dimensões.²²²

Os problemas institucionais dos direitos dos homens são visualizados a partir da perspectiva do direito interno e do direito internacional, pois, a Declaração Universal no seu artigo 28 diz que todo homem tem direito a uma ordem social, tanto na esfera interna quanto internacional, o que pode ser compreendido como institucionalização deste direito, mas na prática, esta prescrição permanece sem efeito se não for transformado em direito positivado, assim, a questão da implementação destes direitos universais está diretamente relacionado à questão substancial, tanto na esfera interna quanto na internacional, ou seja, na esfera interna pela constitucionalização destes direitos, e na esfera internacional pela subscrição de tratados internacionais e conseqüente transformação destes em leis pelos Estados que convencionaram.²²³ Ou seja, mesmo em

²²¹ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p.56.

²²² ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p.57.

²²³ “Como mera declaração, um catálogo de direitos do homem permanece sem efeito. Os direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento esteja garantido.” ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p.57.

se falando da Declaração Universal como a fase última de um processo histórico que descambou numa positivação destes direitos universais, a dificuldade de institucionalizá-los na comunidade internacional deve-se ao fato de que nesta esfera não se deu o estabelecimento do Estado pelo monopólio da força, na esfera interna de cada Estado a institucionalização se deu a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições²²⁴, portanto, sempre a partir da sua positivação.

2.1.O meio ambiente como direito fundamental.

Antes de nos aprofundarmos na questão proposta, ou seja, o direito ao meio ambiente sadio como direito fundamental, vale a pena fazermos um breve resgate histórico a respeito dos direitos do homem. Não obstante ter tido seu apogeu na segunda metade do século XX, a teoria dos direitos do homem tiveram sua pré – história nos períodos que antecederam as revoluções do século XVIII, tendo como ponto de partida a filosofia clássica de origem greco- romana e a religião cristã, ambos influenciaram o pensamento jusnaturalista com os postulados da dignidade, da liberdade e da igualdade da pessoa humana, esta que só por existir já se constituía titular de direitos naturais e inalienáveis.²²⁵

²²⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p.32

²²⁵ De grande influência para os processos revolucionários do século XVIII, foi a doutrina dos filósofos jusnaturalistas, principalmente a partir do século XVI. E tal se dá porque a partir do século XVI, e mais principalmente nos séculos XVII e XVIII, o jusnaturalismo, a partir das teorias contratualistas, chega a seu ponto culminante.(...)No pensamento de Santo Tomás de Aquino, que professava a igualdade dos homens perante Deus, e a existência de duas ordens distintas, compostas, respectivamente, pelo direito natural, como expressão da racionalidade natural do homem, e pelo positivo, sustentando que se os governantes desobedecessem ao direito natural, justificava o exercício do direito de resistência por parte da população.(...) Tendo sido incorporado ao jusnaturalismo no renascimento, o Tomismo, com seu valor fundamental da dignidade da pessoa humana, teve em Pico della Mirandola, seu defensor, advogando o pensamento de que “a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na idéia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem.” (...)Mas no nominalismo de Guilherme de Occam temos a origem do individualismo, que por Hugo Grócio, no limiar da Idade Moderna, levou ao desenvolvimento da idéia de direito subjetivo.(...)Paralamente com o apogeu do jusnaturalismo, ocorre a

Conforme Perez Luño, citado por Sarlet “o processo de elaboração doutrinária dos direitos humanos, no século XVIII, foi acompanhada, na esfera do direito positivo, de uma progressiva recepção de direitos, liberdades e deveres individuais que podem ser considerados os antecedentes dos direitos fundamentais”. Na Inglaterra do século XIII, foi elaborado o principal documento a quem se referem todos quando tratam do tema dos direitos humanos, a *Magna Carta Libertarum*, pacto firmado pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses, em 1215. Não obstante ser apontado como o mais importante, este pacto em realidade apenas garante aos nobres a manutenção dos privilégios feudais, sua importância se deve ao fato de que esta carta serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicas, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia de propriedade, cumprindo frisar que em Portugal e Espanha, nos séculos XII e XIII, temos as cartas de franquia e os forais, outorgados pelos reis portugueses e espanhóis. Muito embora não possamos deixar de reconhecer que estes são os marcos históricos dos direitos fundamentais, principalmente, no que diz respeito ao reconhecimento constitucional destes, não podemos também perder de vista o fato de

laicização do direito natural, que atinge seu ápice no iluminismo, de inspiração jusnaturalista. Merecem citação no século XVI os teólogos espanhóis Vitoria Y Iñás Casas, Vasquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez, pensadores que pugnaram pelo reconhecimento de direitos naturais aos homens e influenciaram o humanismo racionalismo de H. Grócio no século XVII. Os jusfilósofos alemães Hugo Donellus, professor em Nuremberg, que em 1589 ensinava aos seus alunos que o direito à personalidade compreendia também os direitos à vida, à integridade corporal e à imagem. No século XVII, Johannes Althusius, que defendia a idéia da igualdade e da soberania popular, Samuel Pufendorf e os ingleses John Milton, que pugnava pelos direitos de autodeterminação do homem, liberdade religiosa, de pensamento e de opinião, bem como supressão da censura, e Thomas Hobbes, que reconhecia ao homem a titularidade de determinados direitos naturais que apenas adquiriam validade no Estado de natureza. Cumprindo frisar que foi neste período, foi na Inglaterra que o pensamento contratualista e a idéia dos direitos naturais do homem adquiriram particular relevância. Ainda no século XVII temos Lord Edward Coke que com sua atuação como juiz e parlamentar teve grande importância na elaboração da *Petition of Rights* inglesa, sustentando a existência de direitos fundamentais dos cidadãos ingleses, especialmente no que diz respeito proteção contra à prisão arbitrária, sendo conhecido como inspirador da célebre tríade vida, liberdade e propriedade, incorporada pelo pensamento individualista burguês. Importante citar a obra de John Locke, que primeiro reconheceu a possibilidade de o homem, na defesa dos direitos naturais e inalienáveis, apresentarem oposição, inclusive, contra os detentores do poder. Sendo que para Locke apenas os cidadãos, portanto, apenas os proprietários eram verdadeiros sujeitos, e não meros objetos de direito, com ele, foram lançadas as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que deu surgimento ao constitucionalismo e o reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limitadores do poder estatal. No século XVIII com Rousseau, na França, Thomas Paine, na América, e Kant, na Alemanha, que a corrente do contratualismo de inspiração jusnaturalista chegou ao processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, sendo o pensamento Kantiano, segundo Norberto Bobbio, o marco decisivo desta fase dos direitos humanos. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 4ª edição, atualizada e ampliada, p.44,45,46,47.

que não se tratavam de verdadeiros direitos fundamentais, pois eram, em realidade, privilégios outorgados pelo monarca a determinadas castas e corporações, bem como prerrogativas dadas à igreja²²⁶.

Outros marcos históricos podem ser apontados como de grande importância para o nascimento dos direitos fundamentais, tais como a Reforma Protestante, com o reconhecimento da liberdade religiosa, através de documentos como o Édito de Nantes, na França, outorgado por Henrique IV, em 1598. Assim como os documentos firmados por ocasião da Paz de Augsburgo (1555), e a Paz de Westfália (1648) para marcar o fim da Guerra dos Trinta Anos, o *Toleration Act* da colônia de Maryland (1649) dando-se o mesmo na colônia de Rhode Island (1663)²²⁷. De igual importância a contribuição da Reforma para a consolidação do Estado Nação, do absolutismo monárquico e da burguesia vitoriosa insurgente, que no seu primeiro momento se alia a uma instância de poder hegemônica materializada na pessoa do príncipe, que articula com as diversas camadas sociais através de conselhos, reunidos em assembleia. O príncipe, por sua vez, se apóia numa máquina administrativa eficiente para garantir ao estrato social da burguesia o desenvolvimento pleno de suas relações sociais e econômicas, anteriormente impedidas pelo policêntrismo do poder das antigas estruturas organizacionais.

As lutas religiosas do século XVI e XVII são consideradas a matriz da passagem para a forma de poder expressamente político²²⁸. O final das guerras teve como

²²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 4ª edição, atualizada e ampliada. p.48. Bonavides no mesmo sentido: “Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 7 edição, revista, atualizada e ampliada. 1998.

²²⁷ “Como próxima etapa, impende citar as declarações de direitos inglesas do século XVII, nomeadamente a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o Habeas Corpus Act, de 1679, subscrito por Carlos II, e o Bill of Rights, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor no reinado de Guilherme d’Orange, como resultado da assim denominada “Revolução Gloriosa”, de 1688, havendo ainda, quem faça menção ao Establishment Act, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo.” SARLET, op.cit.p.49.

²²⁸ “A doutrina dos *politiques*, expressão própria do primeiro funcionalismo da monarquia francesa e, através dele, das forças mais vivas do “Terceiro Estado”, se resume na necessidade da unidade do país, na observância das ordens do soberano e da sua soberania como instância neutral, colocada acima dos partidos

solução, não o triunfo de uma fé sobre outra, mas a busca de uma ordem externa necessária para garantir a segurança e a tranquilidade dos súditos, que se concentrava expressamente no processo de integração e reunificação do poder na pessoa do príncipe, amparado por uma organização dos serviços eficiente e funcional aos interesses dos estratos sociais, que não conseguiam desenvolver suas relações sociais e econômicas dentro da ordem que garantia as liberdades feudais, agora em vias de se transformar nos modernos direitos inatos.

Assim, teoria dos direitos naturais do homem, nascem com o início da era moderna e tornam-se um dos indicadores do progresso histórico da humanidade²²⁹, se desenvolvem ao longo dos séculos XVII e XIX juntamente com o processo de formação da cultura jurídica ocidental, caracterizada pela interação dos seguintes fatores: o modo de produção capitalista, a organização social burguesa, a projeção doutrinária liberal – individualista²³⁰ e a consolidação política da centralização estatal²³¹.

Por esta razão, Lorenzetti²³² aponta os direitos fundamentais como “antidemocráticos”, e um dos paradoxos da democracia, pois, tanto a teoria política quanto a teoria jurídica, quando trata do tema se baseia no individualismo, havendo por esta razão uma retração do Direito Público, e conseqüente expansão e redimensionamento do papel do Direito Privado na sociedade democrática. Este autor toma como exemplo o

e dos súditos: a única em grau de conservar a paz. A religião cessa de ser parte integrante da política. Esta última se justifica, agora a partir de dentro, para os fins a que é chamada a realizar, que são os fins terrenos, materiais e existenciais, do homem: em primeiro lugar a ordem e o bem-estar.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: CACAIS, Luis Guerreiro Pinto; MÔNACO, Gaetano Lo; DINI, Renzo; VARRIALLE, Carmen C.. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p.427.

²²⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p.2.

²³⁰ No sentido dado por Bobbio de que “são os valores do indivíduo os que completam agora a ordem estatal: esta última se apresenta precisamente através da mediação jusnaturalística, como a soma e a codificação racionalizada dos valores individuais.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: CACAIS, Luis Guerreiro Pinto; MÔNACO, Gaetano Lo; DINI, Renzo; VARRIALLE, Carmen C.. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p.430.

²³¹ “Assim, em face de crescentes modificações, a sociedade moderna européia não só favorece a emergência de uma estrutura centralizada de poder (Estado-Nação Soberano), como edifica uma concepção monista de regulação social e uma racionalização normativa técnico-formalista (ciência jurídica), que tem no Estado a fonte legitimadora por excelência. Constrói-se, neste sentido, a teoria e a prática jurídicas assentadas sobre uma concepção individualista, patrimonial e científica, em que o Direito expressa o que está na lei escrita e o Estado, a fonte direta e exclusiva de todas as normas sociais válidas.” WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral do “Novos” Direitos*. In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens. (org). *Os “Novos” Direitos no Brasil. Natureza e Perspectivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p.1.

²³² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. pp.123/126.

desenvolvimento de alguns institutos como o da responsabilidade civil, bem como as teorias da horizontalização dos direitos fundamentais. “Os direitos fundamentais do indivíduo nasceram na tensão entre este e o Estado. As origens históricas são claras neste sentido. O próprio direito civil se instalou na dissecção produzida entre o indivíduo e o Estado.”²³³

Lorenzetti ao se referir aos direitos fundamentais como “antidemocraticos” faz referência ao fato de que as seqüelas acarretadas ao mundo pelas concepções metafísicas fizeram surgir a necessidade de se delinear uma série de direitos fundamentais do indivíduo, daí surgindo uma corrente de pensamento que os fundamentava, exclusivamente, na própria existência do indivíduo, ignorando toda idéia metafísica. Com conteúdo mínimo de direito natural, os direitos fundamentais, citando Dworkin, têm embasamento na ‘vaga, porém poderosa, idéia da dignidade humana’. Ocorre, porém, que tendo a democracia como objetivo atingir o “governo do povo”, termina por isolar ou anular o indivíduo, pois, como o sistema se baseia no controle, e não bastando para isso a divisão de poderes, faz-se necessário a criação de uma burocracia que termina por tornar impossível a possibilidade de fiscalização, restando ao indivíduo encarar a sua própria incompetência em face da exigência cada dia maior de soluções técnicas somente possíveis aos especialistas, disto resulta a expansão do Direito Privado, e o prestígio das teorias jurprivativistas que vêm neste a sede principal da efetividade dos direitos fundamentais²³⁴.

²³³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.125.

²³⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.124.(aspas do autor)

Bobbio²³⁵ aponta três fases na história da formação das declarações de direitos: na primeira fase, os direitos nascem como teoria filosófica, pelos jusnaturalistas modernos que tem como premissa, o fato de que o homem, enquanto tal, tem direitos, apontando como o pai de tal tese, John Locke. Na sua segunda fase “a Declaração dos Direitos do Homem, consiste, na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado”²³⁶. Apesar de ganhar em concretude, perde em universalidade, uma vez que só são válidos nos Estados que os reconhece, e neste caso, deixam de ser direitos do homem, para serem direitos do cidadão.

E, na sua terceira fase com a Declaração de 1948, inaugura-se uma nova fase em que a declaração de direitos é, não só positiva, como também universal: “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais.”²³⁷ Universalidade no sentido de neutralidade, uma vez que, não se vinculam a ideologias, crenças, religiões ou nacionalidades, bastando para sua incidência ser sujeito de Direito. Universais também por serem anteriores ao Estado, não podendo ser derogado por uma assembléia legislativa, mesmo que ela represente uma maioria, uma vez que esta não representa a minoria, e também por serem reconhecidos na esfera internacional através de tratados internacionais, estabelecendo uma nova ordem que supera a ordem interna do Estado Nacional.²³⁸

²³⁵ Bobbio afirma que nesta primeira fase os direitos do homem “São universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.(...) No momento em que estas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção do Estado – que não é mais absoluto e sim limitado,(...) a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivados. (...) Com a Declaração de 1948, tem início a terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens(...) contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais”. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.p. 29,30.

²³⁶ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.p. 29,30.

²³⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.p.29,30.

²³⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.151.

Aqui, então, se faz necessário estabelecermos diretrizes importantes para chegarmos às respostas propostas no enunciado do presente tópico. Temos como ponto de partida os direitos fundamentais, mas uma questão que deve ser respondida é, se os termos direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais podem ser utilizados indistintamente conforme se apresentam usualmente. Esta não é uma questão original, vários juristas já apresentaram este problema, entre eles, Sarlet e Bonavides, utilizando esse último, mesmo porque a explicação de ambos se assemelha. Cumprindo frisar, mais uma vez, que não se trata de uma novidade no estudo dos direitos fundamentais, mas que se faz necessário referir-se no presente estudo.

Conforme dito, Bonavides, em primeiro lugar, observa que por questões históricas, entre os anglo-americanos e latinos, são utilizados os termos direitos humanos e direitos do homem indistintamente. Enquanto que o termo direitos fundamentais está circunscrito aos publicistas alemães.²³⁹

Juridicamente, a questão da terminologia é de suma importância para estabelecermos em que etapa se encontram os direitos fundamentais e, principalmente para que seja constatada a eficácia destes direitos. Bonavides, utilizando os critérios de Carl Schmitt, apresenta o problema da seguinte forma: pelos critérios unicamente formais, os direitos fundamentais são aqueles que a Constituição assim os designa; o segundo critério também formal, seriam direitos fundamentais aqueles que receberam da Constituição um maior grau de segurança e garantia. Materialmente, seriam direitos fundamentais aqueles dependentes da modalidade de Estado, ideologia, e espécies de valores e princípios que a Constituição consagra.

Schmitt²⁴⁰, citado por Bonavides, tomando como exemplo o Estado de Direito liberal, diz que numa acepção *lata* os direitos fundamentais são, “os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. (...) Numa acepção estrita

²³⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 7 edição, revista, atualizada e ampliada. 1998. p. 514.

²⁴⁰ Andreas J. Krell aponta como ultrapassada a distinção feita por Carl Schmitt, que negava aos direitos sociais a qualidade de Direito Fundamental, por estarem, segundo Schmitt, sujeitos à vontade do legislador ordinário. Salienta ainda que o texto da Constituição Brasileira de 1988 não permite tal interpretação uma vez que inseriu um grande número destes direitos no Capítulo que trata dos Direitos Fundamentais. KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Social no Brasil e na Alemanha. Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002. p. 49.

são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito”²⁴¹, ou seja, de um lado o princípio da liberdade ilimitada do particular em face do poder de intervenção estatal limitado e controlado segundo o critério da lei.

Alexy, tendo como ponto de partida o próprio conceito de homem, os apresenta a partir de cinco marcas: direitos universais, direitos morais, direitos fundamentais, direitos preferenciais e direitos abstratos.²⁴²

Tal discussão é importante para estabelecermos qual a força que os direitos do homem, tornados fundamentais, são realmente passíveis de serem reconhecidos por toda comunidade universal.

Bobbio²⁴³, advoga a tese de que os direitos do homem são conquistas históricas que nascem em razão de determinadas circunstâncias, em que o aumento do poder do homem sobre o homem produzem demandas no sentido de que este poder seja limitado pela mesma instância de poder, agora agindo de forma protetora, mas, no seu entender, estes direitos somente nascem quando devem ou podem nascer, nascem de forma gradual, e não todos de uma vez. O problema que aqui se apresenta é que esta afirmação não ajuda a compreender as mudanças sofridas por estes direitos, que por muitas vezes não possuem as mesmas características da sua gênese, mas nem por isso perderam sua vigência, e não obstante, permanecem convivendo com os “novos” direitos surgidos também das atuais circunstâncias históricas²⁴⁴.

²⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 7 edição, revista, atualizada e ampliada. 1998. p.515.

²⁴² ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p. 58.

²⁴³ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992. p.6.

²⁴⁴ “É importante essa evolução histórica apresentada por Norberto Bobbio para demonstrar as etapas de rompimentos de conceitos sociais, políticos e jurídicos, pois representam uma síntese daquela demonstração nos itens anteriores neste capítulo, mas ela não ajuda a compreender efetivamente o que sejam os “novos” direitos vigentes na atualidade e nem mesmo de que a partir de determinado momento eles já não mais podem ser vistos na forma de gerações, pois o nascimento de direitos novos ocorre com velocidade e intensidade tal que já não é possível compartimentalizá-los em momentos estanques.(...) Não se pode perder de vista que os direitos individuais, assegurados na primeira geração de direitos, no momento em que a realidade política convivia com o Estado Moderno, já não mais correspondem aos direitos individuais que tem vigência nos dias atuais.” BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. Revista e ampliada. p.153.

Tomando como exemplo o direito de propriedade que muito embora nos dias atuais se encontra constitucionalmente protegido, não possui a qualidade de direito absoluto que possuía na Idade Média, quando se estendia, inclusive, à pessoa dos servos, e que sofre modificação no Estado Moderno onde a propriedade tinha natureza eminentemente individualista mas ainda absoluta e ilimitada, evoluindo para o Estado Contemporâneo onde as circunstâncias atuais exigem que a mesma cumpra sua função social, o que inclui os aspectos ambientais da sua utilização, sendo esta, não uma limitação, mas uma característica mesma do direito de propriedade.

Tomando por base o estabelecimento do Estado Liberal, constatamos que nele o direito se estabelece como garantia da realização do egoísmo individual, e três figuras jurídicas se destacam: a posse, a propriedade e o contrato. Combinado com a liberdade de trabalho, o papel do Estado será o de garantir a liberdade, reduzindo o seu espectro político a mero Estado de Direito.

Estado de Direito, aqui, tem o significado de como definido originariamente, como sendo o ente idealizado para concretizar a autonomia da pessoa humana, que tem na lei o seu mais poderoso esteio²⁴⁵. Tal se dá em razão de que na ideologia do liberalismo o Estado se apresenta como o mal que precisa ser controlado, não podendo a sociedade prescindir dele, toma-se o Estado como servo do indivíduo, construindo-se assim o Estado jurídico, que se manifesta como criação da vontade dos indivíduos que o compõem, servindo como meio pelo qual o homem realiza seus fins dentro da sociedade. Este é o momento posterior da forma de organização do poder da idade moderna que tinha, em seu primeiro momento, no príncipe a titularidade exclusiva.

Com a crise de legitimidade desta forma centralizada de poder, os valores individuais, plenamente enraizados na sociedade civil, agora organizada, fazem com que a ordem se finja pessoa e assuma os elementos da legitimação do poder que anteriormente pertencia ao príncipe. Os indivíduos detêm os instrumentos diretos de

²⁴⁵PRADO, Geraldo. *PROCESSO PENAL E ESTADO DE DIREITO NO BRASIL: considerações sobre a fidelidade do juiz à lei penal*. in Revista de Estudos Criminais, ano IV, n. 14, 2004, pp. 95-112.

determinação da ordem, através da conquista fatigante do poder de decisão por parte da força hegemônica da sociedade organizada: a burguesia.²⁴⁶

Neste momento, o ordenamento jurídico é de ordem negativa – ordem jurídica liberal clássica – garantidora dos direitos de primeira geração ou primeira dimensão, dependendo do termo que se queira adotar. Sem nos aprofundarmos muito, neste trabalho adotaremos o termo dimensões dos Direitos Fundamentais, por entendermos mais adequada a idéia de evolução progressiva e gradativa destes direitos, pois dá idéia de complementaridade e não alternância que o termo geração inspira²⁴⁷.

²⁴⁶Ordem que embora continuasse a se apresentar como mundana, racional e técnica, iria ganhar lentamente conotações positivas, perdendo o caráter neutral, de defesa do conflito social e de garantia da liberdade subjetiva. São os valores individuais que completam agora a ordem estatal, apresentada através da “mediação jusnaturalística, como a soma e a codificação racionalizada dos valores individuais.” (...) A burguesia, “em virtude da estrutura não mais vertical mas horizontal de nova ordem social, pode exercer, em primeira pessoa, embora em nome de todos, o poder do Estado, o qual achou, por sua vez, a própria encarnação no ordenamento jurídico e a própria justificação material na ordem natural da economia.” (...) A passagem da esfera da legitimidade para esfera da legalidade assinalou, dessa forma, uma fase ulterior do Estado moderno, a do Estado de direito, fundado sobre a liberdade política (não apenas privada) e sobre a igualdade de participação (e não apenas pré-estatal) dos cidadãos (não mais súditos) frente ao poder, mas gerenciado pela burguesia como classes dominantes, com os instrumentos científicos fornecidos pelo direito e pela economia na idade triunfal da Revolução Industrial. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: CACAIS, Luis Guerreiro Pinto; MÓNACO, Gaetano Lo; DINI, Renzo; VARRIALLE, Carmen C.. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p.430.

²⁴⁷ “ A partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que o problema das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais, assumem relevância. Problema umbilicalmente ligado às transformações sofridas pelo Estado liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), “bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direita ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados. Assim, fica desde já subentendida a idéia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 4ª edição, atualizada e ampliada. p.43,53. O termo geração é objeto de discordância terminológica, tendo em vista que dá uma idéia de substituição gradativa, quando em realidade o progressivo reconhecimento dos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância que o termo geração inspira, por esta razão é mais adequado o termo dimensões de direitos fundamentais.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 4ª edição, atualizada e ampliada. p.43,53. Ver também: BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais : Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Habitus. Florianópolis. 2001. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros. 7 edição, revista, atualizada e ampliada. 1998. Branco, Mendes e Coelho. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002, 1ª edição, 2ª tiragem.

Estes são os direitos de liberdade e igualdade clássicos, já previstos desde 1776 pela Declaração da Virgínia, e previstos nos artigos 1 a 20 da Declaração Universal de 1948. Uma segunda dimensão de direitos ocorre a partir das transformações sofridas pelo próprio Estado liberal, e de direito de índole eminentemente individualista cuja ordem jurídica passa a ser questionada pelos os segmentos sociais advindos da classe trabalhadora, e o resultado destes embates dão origem ao Estado social de perfil intervencionista.

Assim, como os direitos de primeira dimensão foram a tônica dos debates filosóficos e políticos no século XIX e resguardam os valores da liberdade, no século XX os direitos da segunda dimensão dominaram a cena, são os direitos que segundo Bonavides nasceram abraçados com o princípio da igualdade, de acentuado cunho ideológico, e têm como marco as Constituições Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, e são aqueles direitos sociais, culturais, e econômicos, que apesar de terem a natureza de direito individual, quando encarados na perspectiva do indivíduo concretamente considerado, são coletivos por pertencerem a uma coletividade, tal como a de empregados, colocando como exemplo o direito do trabalho²⁴⁸. Aqui, o Estado funciona como mediador para a concretização dos direitos coletivos e sociais estabelecidos.

Com o reconhecimento dos direitos fundamentais de terceira dimensão, “um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade”²⁴⁹, são os direitos informados pelo valor fraternidade, e onde está inserido o direito ambiental. Estes consagram direitos que vão além da esfera de titularidade dos indivíduos humanos, isoladamente considerado, tanto no que se refere ao gozo quanto às conseqüências de sua lesão dão idéia de transindividualidade, e com base nesta, é possível determinar duas espécies de direitos fundamentais de terceira dimensão:

²⁴⁸ “Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito rica e aberta à participação criativa e à valorização da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.” BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 7 edição, revista, atualizada e ampliada. 1998.

²⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 7 edição, revista, atualizada e ampliada. 1998. p.523.

“direitos de solidariedade coletiva, se determináveis (por exemplo, o direito à história de uma dada comunidade); e 2. direitos de solidariedade difusa, se indetermináveis (por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).”²⁵⁰

Em resumo, não há divergência doutrinária a respeito da existência dos direitos de primeira, segunda e terceira dimensão. Alguns autores já admitem a existência dos direitos de quarta dimensão e há quem fale em direitos de quinta dimensão, adotaremos de forma sucinta a proposição de Oliveira Jr ²⁵¹.

Direitos de primeira dimensão são os direitos individuais, o homem é encarado abstratamente na sua relação com o Estado, pressupondo-se que todos são iguais perante a lei (igualdade formal).

Direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, o indivíduo é encarado dentro de um contexto social, torna-se um sujeito concreto, o indivíduo é credor de direitos no qual o devedor é toda a sociedade e o Estado atua como mediador, intervindo para a efetivação destes direitos (igualdade material).

Direitos de terceira dimensão são os transindividuais ou metaindividuais, de natureza coletiva, que abrangem os interesses difusos, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos.

Direitos de quarta dimensão são aqueles que exigem uma profunda discussão ética, uma vez que, envolvem manipulações genéticas e questões de vida e de morte, ligados à biotecnologia e à bioengenharia. E os direitos de quinta dimensão que envolvem a realidade virtual, envolvem uma tecnologia de ciberespaço e internet, apresentando dois aspectos, o primeiro da regulamentação do uso da ciência da informática, inclusive, os aspectos civis, uso da imagem, direito a intimidade e a privacidade. Mas, também, apresenta aspectos que envolvem o Direito Internacional que

²⁵⁰“Regra geral, os direitos de terceira dimensão não estão, direta ou indiretamente, relacionados ao exercício da liberdade humana. São direitos que se relacionam, por exemplo, a idéias como a de ambiente natural e de ambiente cultural, incorporando, em sua expressão mais avançada, inclusive, direitos manifestamente não antropocêntricos, como os direitos dos animais não-humanos.” SILVA, Reinaldo Pereira e. *Reflexões sobre a pré-compreensão Constitucional: a dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido.* (ainda não publicado)

²⁵¹ OLIVEIRA Jr. José Alcebíades. *Cidadania e novos direitos*. IN OLIVEIRA Jr. José Alcebíades(org). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997. p.194.

apresentam maior complexidade, uma vez que, se tratam de Estados com realidades distintas.

Quando falamos em direitos de terceira dimensão, objeto específico do presente estudo, cumpre ressaltar que estes representam uma nova dimensão no tema dos direitos fundamentais, uma vez que, assentados sobre a fraternidade, ultrapassam a compreensão da proteção específica dos direitos consagrados anteriormente, ou seja, “têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”²⁵². São frutos de reflexão, e da concretização da evolução de trezentos anos de direitos fundamentais, e estão consubstanciados no direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Conforme já dito, os direitos de quarta dimensão e os já recentemente admitidos direitos de quinta dimensão não são objeto desse estudo, assim, não adentraremos na discussão referente à sua natureza, não obstante já estejam mencionados anteriormente, mas é conveniente fazermos apenas uma observação ao que diz respeito a estes direitos apontados, por alguns, como “novos”²⁵³ direitos, expressão mais genérica que abrange, também, direitos ainda não inseridos no ordenamento jurídico, ou ainda não totalmente compreendidos, como os são, alguns de terceira dimensão, mas

²⁵² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 7 edição, revista, atualizada e ampliada. 1998. p. 523. Alexy assim se refere a esta dimensão de direitos: “São considerados como tais, sobretudo, direitos de Estados, povos ou grupos ao fomento do desenvolvimento.” ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p.59.

²⁵³ A expressão “novos” direitos aqui está sendo utilizada no sentido de serem novos por se tratarem de necessidades decorrentes das transformações sofridas pelo Estado, bem como do aumento da complexidade social, no entanto, alguns possuem sua gênese no direito tradicional mas já não guardam as mesmas características com a sua origem, pois, sofreram transformações de conteúdo, titularidade e eficácia, outros, porém, por terem sido enunciados muito recentemente não se encontram compreendidos em toda a sua extensão, estes últimos, Bobbio no seu livro *Era dos Direitos*, localiza-os no período do pós segunda grande guerra mundial. José Alcebíades Oliveira Junior assim os explica: “Isto significou que dos direitos individuais passou-se a considerar também os direitos sociais, isto é, do indivíduo enquanto membro de um grupo (direitos do trabalhador, etc.). Por outro lado, a titularidade de alguns direitos foi estendida dos sujeitos individuais aos grupos, como minorias étnicas, religiosas, a humanidade (no caso do meio ambiente), além de ter sido atribuída a sujeitos diferentes do homem, como os animais, a natureza, etc.” OLIVEIRA Jr. José Alcebíades. *Cidadania e novos direitos*. IN OLIVEIRA Jr. José Alcebíades (org). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997. p.194.

principalmente, os da quarta e quinta dimensão, observa-se que estes direitos envolvem aspectos que ultrapassam a fronteira do jurídico.

Abrindo apenas um parênteses para tratarmos, mesmo que rapidamente, da questão do surgimento e fundamentação dos “novos” direitos, não obstante concorde com a tese de Bobbio, Wolkmer apresenta outros aspectos para a questão do desenvolvimento dos direitos e aparecimento dos “novos” direitos. Em sua proposição ele aponta tanto os aspectos históricos como os aspectos sociais do nascimento dos direitos fundamentais. Muito embora ele concorde que os “novos” direitos nascem do processo histórico, ele vai mais além, uma vez que, propõe que os mesmos são decorrentes da evolução da própria sociedade, ou seja, considerando-os como “afirmação de necessidades históricas na relatividade e na pluralidade dos agentes sociais que hegemonizam uma dada formação societária.(...)Por consequência, as situações de necessidade e carência constituem a razão motivadora e a condição de possibilidade do aparecimento de ‘novos’ direitos.”²⁵⁴ Nesta noção está compreendida a idéia de que os “novos” direitos englobam “tanto aqueles que nasceram e nascem constantemente dos conflitos típicos da Sociedade Contemporânea, como a gama de direitos que são efetivamente novos na sua configuração e não no momento de seu enunciado, quando já não mais guardam qualquer correspondência com sua origem.”²⁵⁵

Mas o problema que se afigura, no que diz respeito aos direitos fundamentais que têm a característica de serem rotulados de “novos” direitos, é que a sua compreensão, ou melhor, a falta de compreensão destes direitos, leva a uma menor efetivação dos mesmos, principalmente porque os instrumentos jurídicos existentes ou não evoluíram para englobar a complexidade de alguns direitos, tomando como exemplo o processo civil. Ou, por outro lado, não são utilizados de forma eficiente por toda ordem de operadores do direito, magistrados, promotores e advogados, o que vem a apontar para a questão do próprio acesso à justiça, problema já enfrentado por Mauro Cappelletti e

²⁵⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral do “Novos” Direitos. In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens.(org). Os “Novos” Direitos no Brasil. Natureza e Perspectivas. São Paulo: Editora Saraiva, 2003p.19.

²⁵⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001. p.129.

Bryant Garth²⁵⁶, na década de 70, Wanderlei Rodrigues²⁵⁷ na década de 90, e por Paulo Brandão²⁵⁸. Cumprindo frisar que o espaço de décadas entre os citados juristas implicou, também, numa evolução do conceito de acesso à justiça, mormente no que diz respeito aos interesses difusos.

Quando se trata do acesso à justiça, nas questões relacionadas ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e adequado à sadia qualidade de vida, alguns aspectos devem ser considerados, tanto materiais quanto instrumentais: nos aspectos materiais temos que ter noção que vivemos numa sociedade onde o crescimento econômico contínuo não significou uma adequação tanto dos aspectos sociais quanto dos mecanismos jurídicos para esta nova realidade, o que agrava as conseqüências da completa ausência de políticas de gestão dos riscos, e gera o que Leite e Ayala²⁵⁹ denominaram uma irresponsabilidade organizada, não obstante a nossa legislação apresente importantes avanços nas questões relativas às ações coletivas. Ao Estado cabe determinadas prestações para a proteção e prevenção do bem ambiental. E, à coletividade, cabe controlar as medidas tomadas pelo poder público relativo ao meio ambiente, colocando em prática o direito à participação, devendo este último criar condutas neste sentido²⁶⁰.

²⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

²⁵⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

²⁵⁸ Op.cit. nota. 28.

²⁵⁹ “A organização do sistema brasileiro de acesso coletivo à justiça demonstra acurada sensibilidade no tratamento dos *estados difusos de conflituosidade*, superando o simples paradigma de proteção do *acesso objetivo* – que compreende o acesso direto aos órgãos de decisão – para aproxima-lo de um modelo integral de acesso coletivo à justiça, em que fosse privilegiada, também, sua *dimensão subjetiva*, autorizando acesso direto de um complexo plural de sujeitos e atores sociais aos órgãos de decisão e aos processos de decisão.(...) Uma proposta de extensão do conteúdo do acesso coletivo, nos contornos em que está definido na Lei n. 7.347/85, é imediatamente dirigida no sentido de uma necessária atualização constitucional do dispositivo referenciado, submetendo-o à leitura constitucional da qualidade difusa do bem ambiental e da indissociabilidade do dever comunitário de sua proteção, que *impõe a proteção constitucional da garantia de que, a todos o titulares dos interesses de espécie difusa, deve ser oferecida a oportunidade de acesso aos meios adequados à sua proteção*. A *difusidade* do bem ambiental atinge diretamente os problemas da titularidade da pretensão e da legitimação *ad agendum*, impedindo a restrição constitucionalmente desproporcional e não razoável do conteúdo republicano da cidadania ambiental, na atividade de conformação legislativa das condições de acesso à justiça em matéria de ambiente.” LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. 2 edição revista, atualizada e ampliada.

²⁶⁰ “De fato, uma aceitação de um antropocentrismo alargado, que se encontra amparada legalmente no direito brasileiro (art.225, *caput*, Constituição Federal, 1988, Lei 6.938). Nesta acepção constata-se uma responsabilidade social perante o meio ambiente, que deve ser executada não só pelo Estado, mas também

Tem ainda caráter inovador, o dever que se impõe ao poder público e à coletividade que, solidariamente, preservem hoje o direito das gerações de amanhã, ou seja, promova o desenvolvimento de modo sustentável resguardando os recursos para o futuro. O Direito é uma construção social que só se tornará efetiva se o operador do direito for sensível na sua interpretação às exigências do bem comum, que no caso presente é um sujeito de direito difuso, consubstanciado na presente e na futura geração, o que muda, inclusive, a noção de relação jurídica, um dos dogmas das teorias jurídicas clássicas.

Entender que tal disposição muda a noção de relação jurídica como vínculo gerador de direitos e obrigações entre sujeitos juridicamente identificáveis, objeto de interesses delimitado e passível de ser valorado economicamente, ampliando esta noção, uma vez que, cria um vínculo jurídico baseado na responsabilidade intergeracional²⁶¹ para uma melhor adequação ao conteúdo do artigo 225 da Constituição Federal vale lembrar a lição de Lenio Streck quando diz que: “o problema eficaz do texto constitucional passa, fundamentalmente, pelo tipo de justiça constitucional praticada em cada país e pelo redimensionamento do papel dos operadores do Direito”. Para ele, a Constituição somente cumprirá seu papel de lei suprema no ordenamento jurídico brasileiro, quando seu conteúdo for desvendado pelo processo hermenêutico, “a partir de novos paradigmas exsurgentes da prática dos tribunais encarregados da justiça constitucional”.²⁶²

Salienta ainda que, mesmo em se tratando de uma Constituição social, dirigente e compromissária, como é a brasileira de 1988, não basta que o ideário que a inspirou torne seu conteúdo efetivo nas estruturas sociais, uma vez que, a prática jurídico

pela coletividade como um todo. Esta perspectiva antropocêntrica alargada coloca o homem como integrante (art. 3, inciso I, Lei 6.938, 1981) da comunidade biota.” LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003. p.75.

²⁶¹“(…) a defesa do meio ambiente está relacionada a um interesse intergeracional e com necessidade de um desenvolvimento sustentável, destinado a preservar os recursos naturais para gerações futuras, fazendo com que a proteção antropocêntrica do passado perca fôlego, pois está em jogo não apenas o interesse da geração atual. Assim sendo, este novo paradigma de proteção ambiental com vistas às gerações futuras, pressiona um condicionamento humano, político e coletivo mais consciencioso com relação às necessidades ambientais.” LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003. p.74.

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2002. 2 edição revista e ampliada. p.17.

– judiciária nega sistematicamente a aplicação dos direitos individuais, coletivos e sociais dos quais o texto é tão rico.²⁶³

Em estudo sobre o Poder Judiciário, José Eduardo Faria afirma que este Poder, em razão e em nome da segurança jurídica, e com base em uma teoria defasada sobre a separação de poderes, tem se negado a assumir seu papel de agente da mudança social, o que vem impedindo que sejam diminuídas as diferenças entre os direitos consagrados na Constituição e a realidade vigente, esta cultura formalista torna os seus membros incapazes de entender os “novos” direitos e, portanto, incapazes também de aplicá-los.²⁶⁴

Porque o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser considerado como um Direito Fundamental, eis a questão que se pretende responder. É considerado Direito Fundamental porque é corolário do direito à vida do artigo 5º, da Constituição Federal, uma vez que, no Brasil, os direitos do homem se encontram positivados e, principalmente, institucionalizados²⁶⁵, portanto, garantida está a sua aplicação e justicialização ante a força vinculativa destes direitos²⁶⁶. E, no parágrafo segundo deste mesmo artigo, o constituinte optou pelo modelo constitucional aberto à fundamentalidade material. “Portanto, se a Constituição enumera direitos fundamentais no seu Título II, isso não impede que direitos fundamentais – como o direito ao meio ambiente – estejam inseridos em outros dos seus Títulos, ou mesmo fora dela.”²⁶⁷

O problema relativo à vinculação dos direitos fundamentais para a sua justiciabilidade se resolve pela sua positivação, não obstante a discussão a respeito da auto aplicação dos direitos fundamentais sociais, no caso do direito ao meio ambiente equilibrado, a questão é resolvida pelo seu conteúdo, uma vez que a norma constitucional

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2002. 2 edição revista e ampliada. p.18.

²⁶⁴ FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo. Ed. Malheiros, 1998.

²⁶⁵ Cumprindo frisar que os direitos fundamentais rompem substancialmente o quadro nacional tendo em vista que por incluírem os direitos do homem têm validade universal, mas sua força vinculativa decorre da positivação destes em um ordenamento jurídico de cada Estado. ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p. 78.

²⁶⁶ ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p.78.

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08/03/2005.

trata como essencial à sadia qualidade de vida. Este valor revelado objetivamente se irradia por todo o ordenamento jurídico, “dando-lhe eficácia irradiante²⁶⁸”. Marinoni enfrentou o problema da fundamentabilidade do Direito Ambiental, afirmando ser este materialmente fundamental, mas os problemas referentes ao meio ambiente não estão relacionados à necessidade de prestações fáticas por parte do Estado, mas sim de medidas para a sua conservação e, principalmente de medidas normativas para a sua proteção, tendentes a participação na organização através de “procedimentos adequados²⁶⁹”.

A tutela mais adequada e os problemas da justiciabilidade do direito ambiental serão enfrentados mais adiante, uma vez que estamos tratando do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado num contexto de sociedade de risco.

2.2. O risco e a definição dos princípios estruturantes do direito ambiental- precaução e prevenção.

No prefácio do documento denominado ‘O Nosso Futuro Comum’, da Comissão Mundial Sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, na década de 80, fica evidente a preocupação da Assembléia Geral das Nações Unidas para que uma agenda global para a mudança fosse preparada, composta de estratégias ambientais de longo prazo, que comportasse as diferenças econômicas e sociais entre os países, e que buscasse alternativas para que a comunidade internacional encontre soluções comuns para proteção e melhoria do meio ambiente²⁷⁰.

Mas a preocupação com o desenvolvimento sustentável através de uma ordenação racional e gestão tendente a utilização dos recursos da natureza de forma não predatória é fundamento para toda intervenção, por parte dos Estados, no domínio

²⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang . *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 81.

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08/03/2005.

²⁷⁰ Nosso Futuro Comum/ Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1991.

econômico, desde a Declaração de Estocolmo em 1972, que no seu artigo 13²⁷¹ apresenta as linhas gerais que serviriam como paradigma para, em 1992, na Declaração do Rio de Janeiro, ser adotado o princípio da precaução, na esfera dos compromissos internacionais²⁷².

Adoção do princípio da precaução²⁷³ no artigo 15 da Declaração das Nações Unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento – Declaração do Rio-92, deveu-se à constatação de que as agressões ao meio ambiente são de difícil ou quase impossível reparação²⁷⁴. Conforme o texto explicita e Ayala chama a atenção para alguns aspectos desta disposição, tendo em vista que a mesma condiciona a aplicação do princípio da precaução à capacidade dos Estados nacionais, ao mesmo tempo em que determina que a ausência da certeza científica não pode ser desculpa para a não aplicação do princípio da precaução quando houver séria ameaça de degradação ambiental irreversível. Assim, evidencia-se a clara opção para que sejam adotadas todas as medidas para a preservação ambiental, inclusive nos casos de lesão potencial ao meio ambiente, flexibilizada pela capacidade de implementação de cada Estado nacional.

²⁷¹ Declaração de Estocolmo, princípio 13: “A fim de lograr um ordenamento mais racional dos recursos e, assim melhorar as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado da planificação de seu desenvolvimento, com a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano, em benefício de sua população.”

²⁷² AYALA, Patrick de Araújo. *O Princípio da Precaução com Impedimento Constitucional à Produção de Impactos Ambientais*. In LEITE, José Rubens Morato. *Inovações em Direito Ambiental*. Florianópolis:Fundação Boiteux. 2000.p.71.

²⁷³ Cumpre frisar que o princípio da precaução tem sido adotado em tratados internacionais desde 1984, com maior ou menor conteúdo antecipatório. WOLFRUM, Rüdiger. *O Princípio da Precaução*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.p.19. No enfoque tradicional é solicitado que o princípio seja adotado quando houver pesquisas científicas ou à luz do conhecimento disponível, ou seja, desde que a parte que deseje adotar medidas de precaução prove a possibilidade do dano. Atualmente este princípio está definido no princípio 15 da Declaração do Rio/92, e em outros tratados internacionais em diferentes graus, conforme descrevemos no texto.

²⁷⁴ Princípio 15 da Declaração do Rio /92: “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.”

Princípio 17: “A avaliação de impacto ambiental, como instrumento internacional deve ser empreendido para as atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente.”

Buscando definir os contornos da precaução, na ordem interna brasileira, Silva²⁷⁵ apresenta uma distinção entre abordagem filosófica da precaução, do próprio princípio da precaução. A filosofia da precaução tem como fundamento a consciência do quanto é ambíguo o desenvolvimento tecnológico e qual o limite do saber científico, uma vez que ao mesmo tempo em que cumpre as promessas da modernidade, apresenta ameaças ou um perigo potencial, é nesta ambigüidade que se apresenta o princípio da precaução para direcionar as decisões no sentido de possibilitar a proteção e a preservação ambiental²⁷⁶.

Wolfrum afirma que alguns críticos da aplicação do princípio o apontam como possível causador de prejuízos para o desenvolvimento tecnológico futuro e, conseqüentemente, para a economia, mas a própria redação do princípio deixa claro que apenas diante da incerteza científica o princípio da precaução deve ser aplicado e, neste caso, foram suscitadas duas questões: “qual a situação ou conjunto de fatos desencadeia o uso do princípio da precaução, e se a restrição de uma atividade, com base no princípio da precaução, garante que haverá posterior revisão de tal decisão²⁷⁷”.

Portanto, a concretização do princípio da precaução é, fundamentalmente, um problema de decisão que, segundo Kiss, desloca o local da decisão que passa dos cientistas para os governantes²⁷⁸. Na ordem interna, a sua implementação depende da Administração e do judiciário²⁷⁹.

O princípio da precaução²⁸⁰ se encontra implicitamente consagrado no artigo 225 da Constituição Federal, e se distingue da filosofia da precaução, que é a

²⁷⁵ SILVA, Solange Teles da. *Princípio da Precaução: Uma Nova Postura Em Face Dos Riscos E Incertezas Científicas*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004,p.75.

²⁷⁶ “A ética da precaução pode ser definida como uma moral universal que objetiva realizar um novo equilíbrio entre o homem e a terra: *desenvolvimento sustentável*”. SILVA, Solange Teles da. *Princípio da Precaução: Uma Nova Postura Em Face Dos Riscos E Incertezas Científicas*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004,p. 79.

²⁷⁷ WOLFRUM, Rüdiger. *O Princípio da Precaução*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004,p.15.

²⁷⁸ KISS, Alexandre. *Os Direitos e Interesses da Gerações Futuras e o Princípio da Precaução*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004,p. 11.

²⁷⁹ SILVA, Solange Teles da. *Princípio da Precaução: Uma Nova Postura Em Face Dos Riscos E Incertezas Científicas*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004,p.77.

²⁸⁰ É recente a inclusão do princípio da precaução em instrumentos legais, podendo localizá-lo no tempo a partir de meados da década de 80, enquanto o princípio da prevenção já se encontra em instrumentos legais

conduta que não tende a ser um obstáculo ao desenvolvimento, mas se fundamenta no reconhecimento de que o saber científico é relativo, constituindo-se numa forma de objetivar o conhecimento de maneira que seja implementado com o profundo conhecimento do que já se sabe e desvendando o que não se sabe.

É uma conduta dirigida àqueles que têm poder sobre o risco, Poder Público, empreendedores e pesquisadores, que devem integrar nas suas práticas a abordagem da precaução. O princípio da precaução é, portanto, a vontade estatal²⁸¹ que se materializa na adoção de determinadas políticas de gestão de recursos ambientais e contenção dos riscos. Este modelo denominado de antecipação não exige a certeza da ocorrência do resultado danoso, mas a pressuposição, a possibilidade de sua ocorrência, o que implica num modelo de gestão dos riscos que supere a noção de espaço e tempo, uma vez que o dever de manutenção do meio ambiente equilibrado é o compromisso da geração atual com as futuras gerações.

Antes de serem estabelecidos os contornos que caracterizam os princípios estruturantes do Direito do Ambiente - prevenção e precaução - é preciso distinguir o risco e o perigo, levando-se em consideração o critério sociedade pré-industrial e sociedade pós - industrial.

O perigo está diretamente relacionado aos fenômenos da natureza, ou acontecimentos voluntários, portanto, previsíveis e controláveis, caracterizado pela possibilidade de terem seus efeitos monitorados pelo homem.

O risco está relacionado aos efeitos da atividade humana decorrente da evolução tecnológica, que provoca com os resíduos decorrentes da utilização dos recursos naturais nos meios de produção e a própria utilização indiscriminada desses mesmos recursos, renováveis e não renováveis, a degradação do meio ambiente e do seu entorno com a destruição dos ecossistemas, gerando desequilíbrio tanto nas ocorrências naturais, como furacões e ciclones fora de época, o efeito estufa, como também as chuvas ácidas, e

desde a década de 30. O princípio da precaução pode ser encontrado inserido como princípio no ordenamento jurídico Alemão, e objetiva “orientar o desenvolvimento e a aplicação do direito internacional ambiental, quando existe incerteza científica”. SANDS, Philippe. *O Princípio da Precaução*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004,p.31.

²⁸¹SILVA, Solange Teles da. *Princípio da Precaução: Uma Nova Postura Em Face Dos Riscos E Incertezas Científicas*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004,p.80

as contaminações de vastas extensões de terra pelo contato com substâncias tóxicas levadas pelo vento²⁸².

O que antes era perigo, pois, relacionado aos fenômenos naturais ou involuntários, portanto, fatos comuns nas vidas de todas as sociedades, hoje são fenômenos da natureza que, somados aos efeitos nocivos das atividades de risco acima descritas, passam a representar também um risco ante a modificação de suas formas de ocorrência e a incerteza de seu controle.

O risco²⁸³ se encontra presente tanto no princípio da prevenção quanto no princípio da precaução com conformação diferenciada, e esta diferença se encontra fundamentalmente na “avaliação do risco que ameaça o meio ambiente”²⁸⁴:

O primeiro é o risco produzido pela atividade perigosa. Nesse caso, já se tem consciência de que determinada atividade produz, efetivamente, danos ao meio ambiente caso seja repetida, portanto, a decisão tem como fundamento o princípio da prevenção para a não ocorrência do dano.

Na segunda configuração, o risco pretensamente existe, e o perigo é abstrato, os resultados da atividade não são totalmente conhecidos, mas estão entre aquelas que têm um grande potencial de provocar danos ao meio ambiente. Nesse caso, a necessidade da tutela jurisdicional é de constatação menos evidente, mas certamente é de utilidade mais efetiva, pois, o Estado é acionado para que obste a atividade potencialmente danosa enquanto não houver a absoluta certeza de que seus efeitos não implicarão em desequilíbrio ao meio ambiente, essa tutela se fundamenta no princípio da precaução.

No caso da decisão que tem como orientação a antecipação, o fundamento o princípio da precaução, onde a certeza científica não deve ser exigida para sua aplicação, devendo ser levado em consideração dois aspectos apontados no artigo 15 da Declaração do Rio, quando houver apenas ameaça de danos graves e irreversíveis, e

²⁸² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

²⁸³ LEITE, José Rubens e AYALA, Patryck de Araújo. *Novas Tendências e Possibilidades do Direito Ambiental no Brasil*. In WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE; José Rubens Morato (orgs). *Os “Novos” Direitos no Brasil*. Saraiva. São Paulo. 2003. p. 226.

²⁸⁴ KISS, Alexandre. *Os Direitos e Interesses da Gerações Futuras e o Princípio da Precaução*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 11.

quando os efeitos degradantes trazidos pela atividade forem desproporcionais aos benefícios alcançados, cumprindo frisar que e a decisão poderá ser revisada a qualquer momento, o que ao contrário do que dizem os críticos deste princípio implica em mais pesquisas para o desenvolvimento e maior aprofundamento do conhecimento tecnológico.

A partir da distinção entre risco e perigo é que podemos delimitar os contornos dos princípios norteadores do Direito do Ambiente - o princípio da prevenção e o princípio da precaução, objeto do nosso estudo, não obstante a existência de outros princípios também estruturantes os quais descreveremos mais adiante.

Utilizando como ponto de partida a definição de Leite e Ayala²⁸⁵, que busca a unificação semântica das categorias de risco e perigo, temos o perigo concreto que se relaciona com a aplicação do princípio da prevenção e o perigo em abstrato que se relaciona com a aplicação do princípio da precaução.

Quanto a decisão, o princípio da prevenção (perigo concreto) se caracteriza pela existência de conhecimento científico e informações certas a respeito da atividade perigosa ou de risco, conseqüentemente o objetivo da aplicação do princípio da precaução é que seja proibida a atividade que já se sabe danosa ao meio ambiente. Nesse caso, o objetivo da decisão não é dirigido a inibir o perigo abstratamente imputado à conduta, o que se pretende é proibir a própria ocorrência do dano, uma vez que os efeitos da atividade já são conhecidos²⁸⁶. “A prevenção se justifica pelo *perigo potencial* de que a atividade sabidamente perigosa possa produzir efetivamente os efeitos indesejados(...). É possível (juízo de verossimilhança) que a atividade perigosa polua ou degrade. Logo, medidas preventivas são necessárias (já que a origem do risco é conhecida).”²⁸⁷

Na precaução objetiva-se inibir o risco de perigo que a atividade perigosa pretensamente causa, o perigo é em abstrato, a atividade pode eventualmente causar prejuízos ao meio ambiente, a falta de certeza científica a respeito dos resultados da atividade, determina a produção de medidas que antecipam os possíveis efeitos

²⁸⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo..*Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p.71.

²⁸⁶ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo..*Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p.71.

²⁸⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo.op.cit.p.72.

negativos da conduta que apresenta sério risco de causar danos irreversíveis ao meio ambiente²⁸⁸. Cumprindo frisar que apesar das diferenças substanciais entre os princípios da prevenção e da precaução, ambos estão informados pelo objetivo comum de atuarem preventivamente ou antecipadamente contra a degradação ambiental.

Ocorre, porém, que como a formulação do princípio da precaução nos diversos documentos internacionais demonstra que este conceito não é unívoco, implica em maiores dificuldades no que diz respeito à adoção do princípio da precaução em maior ou menor grau, assim temos: O princípio 15 da Declaração do Rio, o qual determina que o princípio da precaução somente deva ser aplicado quando houver sérios indícios que a atividade constitui ameaça ao meio ambiente e que este dano será irreversível. A Declaração do Mar do Norte que diz quanto mais sério for o dano, mais cedo o princípio deve ser invocado, e, por fim o artigo dois da Convenção do Nordeste Atlântico implica em dar mais amplitude ao princípio da precaução. Não obstante os diferentes graus de aplicação deste princípio, eles têm em comum a determinação que deve haver *prima facie* a possibilidade de que determinada atividade pode causar danos ao meio ambiente²⁸⁹.

No entanto, Ferreira, citando estudos realizados pela ‘National Association for Crop Production and Animal Health, afirma que os elementos fundamentais da definição do princípio da precaução não encontram adequada precisão para os fins de sua identificação, problematizando as seguintes questões: qual o nível de tolerabilidade do risco, e qual o limite da incerteza.

Podendo tais questões causar um enfraquecimento das medidas antecipatórias a serem tomadas, uma vez que, as opiniões se dividem em dois pólos, os que defendem a não aplicação do princípio por entenderem um esforço injustificado para paralisar as pesquisas científicas. E o outro que entende como uma medida há muito esperada para proteger o direito das futuras gerações²⁹⁰. Ferreira observa que o conteúdo

²⁸⁸ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo.op.cit.p.71.

²⁸⁹ WOLFRUM, Rüdiger. *O Princípio da Precaução*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004,p.19.

²⁹⁰ Afirma, FERREIRA, Heline Sivini. *A Sociedade de Risco e o Princípio da Precaução no Direito Ambiental Brasileiro*. Florianópolis,2003.Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina.p.79.

do princípio da precaução não deve ser associado a condições quantitativas, mas qualitativas, portanto, baseado em níveis de risco tolerável ou, nível de contaminação suportável. O que não impede que mesmo assim o princípio da precaução seja adotado a partir de conteúdos diferentes como é o caso dos ftalatos citados na sua descrição²⁹¹.

As diferentes formas de abordagem do conteúdo do princípio da precaução importam em diferentes posturas procedimentais e, conseqüentemente, a própria decisão que aplica este princípio poderá, em maior ou menor grau, configurar um risco. Se utilizado, o conteúdo qualitativo, muito embora a decisão decorra de escolhas adequadas do ponto de vista técnico, econômico, político e ambiental, a prova de que a atividade não trará risco ao meio ambiente é de quem pretende produzir a atividade, a decisão é informada pelo *in dúbio pro ambiente*. Na hipótese em que o conteúdo que informa o princípio da precaução é o quantitativo, a prova dos efeitos da atividade abstratamente considerada perigosa deve ser produzida por quem se sente ameaçado pela atividade, neste caso, esvazia-se o conteúdo antecipatório desse princípio, haja vista que a certeza científica a respeito dos efeitos negativos de uma atividade sobre o meio ambiente nem sempre acompanha os fatos negativos ocasionados pela atividade.

O que teoricamente é injustificado, pois a decisão que proíbe a conduta eventualmente ou abstratamente perigosa sempre poderá ser revertida à medida que os resultados alcançados apresentarem um grau seguro de certeza científica, o que pressupõe que o princípio da precaução indica uma gestão saudável do risco.

O princípio da precaução inaugura um novo paradigma para o direito, pois tem como ponto de partida a decisão cujo padrão cognitivo é a incerteza, uma vez que o risco faz parte do processo decisório em que está envolvido o conhecimento tecnológico e científico, novos modelos de regulação jurídica devem ser observados, segundo Ayala. Completando ainda que esta realidade dos novos direitos, por ser mais

²⁹¹ A Dinamarca com base em conteúdo qualitativo baniu o uso de ftalatos nos brinquedos infantis, baseado em quatro considerações: 1. que havia exposição 2. que a substância provocava intoxicação nos animais de laboratório, 3) que por esta razão poderia provocar intoxicação nas crianças, 4) que havia outras substâncias disponíveis como alternativa. Os Estados Unidos em decisão a respeito da mesma substância decidiu baseado em conteúdo quantitativo que não havia necessidade de proibir a utilização dos ftalatos porque o nível do risco de intoxicação era muito baixo, sugerindo apenas que diante das incertezas residuais fosse substituída a substância. FERREIRA, Heline Sivini. *A Sociedade de Risco e o Princípio da Precaução no Direito Ambiental Brasileiro*. Florianópolis, 2003. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. pp.79-80.

complexa, exige mais do que a aplicação das regras por subsunção, implicando considerar relações e interações de processos a partir de princípios, que não podem ser aplicados diretamente como a regra jurídica, pois são critérios de valoração que tem como característica um excessivo conteúdo deontológico, por isso deve ser medido estabelecendo, mediante um juízo de ponderação, uma relação com outros princípios.

Lorenzetti descreve esse novo paradigma como sendo decorrente do próprio crescimento e diversificação da sociedade, que, por esta razão, cria subsistemas que funcionam segundo uma temática, esta especialização dos subsistemas cria problemas dos inter-relacionamentos entre eles, os quais o Direito Privado estatal pretende resolver. Assim, a complexidade nascida com este processo de diversificação é incompreensível para o Direito, o que implica numa maior desregulamentação da vida social, permitindo que sejam alcançados avanços, ao mesmo tempo em que são assinalados alguns limites que “atuam como um modo de pôr em câmara lenta o progresso, em áreas onde as inseguranças são muitas e os riscos, grandes”²⁹².

Esse autor ainda assinala que uma ausência de limites implica no aviltamento dos mais fracos, pois a não delimitação de fronteiras para a desregulamentação permite a concentração de forças nos grandes grupos econômicos que, por serem mais fortes, instituem as regras do jogo, e segundo ele, de fato acontece, pois o poder privado é maior que o Estado. Como o Direito Privado nasceu para limitar o poder, há atualmente uma necessidade de juridicidade de fenômenos com esta mesma finalidade, e um sintoma disso, segundo o autor, é “o auge da consideração moral do Direito, que postula a identificação de uma série de princípios que o legislador deve aceitar como fundamento último do Direito e que possibilitam a sua existência”²⁹³.

Ante as características dos princípios como mandamentos de otimização, seu elevado grau de abstração e textura aberta devem ser considerados não como mandamentos absolutos de verdade e justiça a definir materialmente o conteúdo a que vai se adequar, mas como regras de realização reflexiva em cuja aplicação se requer

²⁹² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.118.

²⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.119. ver também LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003.p.73.

sejam consideradas as respostas mais aptas a lidar com o risco, o que se busca através do mandado de proporcionalidade, considerando tanto a possibilidade da ocorrência de danos de resultados catastróficos, bem como, a possibilidade de a má avaliação dos danos resultar em despesas desnecessárias para a sua prevenção, assim problematiza-se a questão da aplicação dos princípios estruturantes do Direito Ambiental²⁹⁴, cumprindo frisar que muito embora o objeto do presente estudo sejam os princípios da prevenção e precaução, são reputados como de fundamental importância para as questões relativas à

²⁹⁴ AYALA, Patrick de Araújo. *Direito e Incerteza: a Proteção Jurídica das Futuras Gerações no Estado de Direito Ambiental*. Florianópolis, 2002. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. p.157. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. pp.66 e segs. Outros autores elencam um maior número de princípios estruturantes para o Direito do Meio Ambiente a saber: Milaré, além dos citados princípios elenca ainda – princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, princípio da natureza pública da proteção ambiental, princípio do controle do poluidor pelo Poder Público, princípio da consideração da variável ambiental no processo decisório de políticas de desenvolvimento, princípio da participação comunitária, princípio do poluidor pagador, princípio da função socioambiental da propriedade, princípio do usuário-pagador, princípio da cooperação entre os povos. MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.157^a 171. Em sua tese de doutoramento, Birnfeld elencou ainda o princípio da essencialidade do meio ambiente, o princípio da incolumidade do bem ambiental, princípio do estudo prévio de impacto ambiental, princípios ambientais em interação com a ordem econômica, princípio da internalização do custo ambiental, princípio do desenvolvimento sustentável, princípio da reparação. BIRNFELD, Carlos André Sousa. *O Princípio Poluidor – Pagador e suas Potencialidades para Imputação Efetiva de todos os encargos Decorrentes da Poluição ao Poluidor – Uma Leitura Não Economicista da Ordem Constitucional Brasileira*. Florianópolis, 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. pp.

gestão dos recursos do meio ambiente: os princípios do poluidor pagador²⁹⁵ e da responsabilização²⁹⁶ e, o princípio da equidade intergeracional²⁹⁷.

Neste sentido, Leite e Ayala propõem um estudo a respeito da justiciabilidade dos princípios fundamentais do Direito do Ambiente atendendo-se a dois objetivos: a fixação de uma função objetiva para os princípios fundamentais do Direito Ambiental tendente a sua atuação concreta, a partir de suas possibilidades e condições,

²⁹⁵ O Princípio do Poluidor-Pagador ou PPP é “Oriundo das instruções da OECD, em 1972, que o apresentam como princípio econômico, e recepcionado em seguida pelo Ato Único Europeu, (...) terminando por encontrar previsão expressa na forma do art. 16 da Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, aprovada por ocasião da Cimeira no Rio de Janeiro em 1992. Conquanto encerre um conteúdo econômico ínsito em sua natureza, deve ser afastada a defeituosa tendência que tende a considerar o princípio do poluidor – pagador em relação de identidade com o princípio da responsabilização – e, assim, enfatizando sua dimensão repressiva e de índole reparatória e ressarcitória -, (...) A sigla inglesa bem ilustra o equívoco ou certas imprecisões e dificuldades observadas ao se pretender conceituar o princípio na doutrina, indicando que seu conteúdo é essencialmente *cautelar e preventivo*, importando necessariamente na transferência dos custos e ônus geralmente suportados pela sociedade na forma de emissões de poluentes ou resíduos sólidos, para que seja suportado *primeiro* pelo poluidor. E os custos de que tratamos *não objetivam originariamente* a reparação e o ressarcimento monetário, mediante a fórmula indenizatória e compensatória reproduzida pela legislação civilista, mas envolvem todos os custos relativos, principalmente, à implementação de medidas que objetivam evitar o dano, medidas de prevenção ou mitigação da possibilidade de danos, que devem ser suportadas primeiro pelo poluidor, em momento antecipado, prévio à possibilidade da ocorrência de qualquer dano ao ambiente, mediante procedimento econômico de largo uso na economia do ambiente, que consiste na internalização de todas as externalidades nos custos de produção da atividade pretensamente poluidora”. LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p.97.

²⁹⁶“Inicialmente, como observa Leite, deve ser levado em consideração que a responsabilização deve significar que quem polui, paga e repara, exortando a fórmula de reparação integral vigente no direito brasileiro. (...) Mirra, ao analisar o princípio da responsabilidade, acentua a subsidiariedade do sistema de imputação da responsabilidade tríplice ao poluidor (civil, administrativa e penal).” LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p.101.

²⁹⁷ “Trata-se da emergência da necessidade de se atribuir *juridicidade* ao valor ético da *alteridade*, objetivando a proteção de uma *pretensão universal de solidariedade social*, e que poderia convergir no sentido de se reconhecer um *princípio de solidariedade*, que rompe com o paradigma de individuação da atuação dos atores sociais e proporciona o estabelecimento de vínculos de coletivização das relações em torno de bens jurídicos e novos direitos substancialmente distintos daqueles tutelados pelos sistemas privados ou mesmo pelos sistemas públicos clássicos.” LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p.103.

Para BIRNFELD, o princípio da equidade intergeracional é um valor que acompanha a cidadania ecológica, “trata-se de uma opção axiológica que complementa, em grau superlativo, a consideração ao meio ambiente como um bem *essencial*: a idéia que este bem é tão essencial para a humanidade como um todo que precisa *ser preservado não só levando em conta o interesse das gerações presentes*, mas também das *futuras*. BIRNFELD, Carlos André Sousa. *O Princípio Poluidor –Pagador e suas Potencialidades para Imputação Efetiva de todos os encargos Decorrentes da Poluição ao Poluidor – Uma Leitura Não Economicista da Ordem Constitucional Brasileira*. Florianópolis, 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. p.226.

não mais pela precedência deste direito fundamental sobre outro direito na hipótese de colisão²⁹⁸.

E, como segundo objetivo, uma proposta de trabalho destituída de conteúdo autoritário, social ou ideológico, ou ainda de leituras ecocêntricas extremadas. É a partir dessa proposta de trabalho que se busca problematizar o conteúdo e aplicação dos princípios estruturantes do Direito Ambiental, “que definem, em essência, um Direito do Ambiente de conteúdo precaucional e de antecipação”²⁹⁹, este é o ponto de partida do desenvolvimento do estudo no próximo item.

2.3 - Os problemas da justiciabilidade dos princípios da prevenção e precaução.

Hermite³⁰⁰, fazendo uma breve retrospectiva do nascimento da sociedade de risco, afirma que, atualmente, a luta contra os riscos tem como um dos escopos o reforço da democracia e a inclusão desta num programa político, fenômeno recente e de apenas algumas sociedades. Os programas políticos têm como característica colocar em primeiro lugar a prevenção e a indenização, a busca pela participação política dos cidadãos em relação aos riscos, que querem ou não correr, é muito recente.

Num primeiro momento, para ilustrar o desenrolar desta nova realidade, Hermite traz como exemplo as cidades do século XVIII, e a evolução destas na contenção de incêndios, haja vista o inexistente planejamento urbano. Inicialmente, as cidades com o desenho ainda da idade média com ruas apertadas, telhados contíguos, e com fatores favoráveis ao alastramento do fogo, construídas, quase em sua totalidade, de madeira,

²⁹⁸ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p.71.

²⁹⁹ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo.op.cit.p.71.

³⁰⁰ HERMITE,M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U.Beck*. In HERMITE,M-A; VARELLA,Marcelo Dias(org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino Americana-Européia sobre o Governo dos Riscos. 2005. p.11.

com a água difícil por ser escassa ou não haver pressão suficiente, eram esporadicamente destruídas pelo fogo, conforme aconteceu com Lisboa³⁰¹ em 1755 e 1756.

Em face da mentalidade da época, os incêndios eram vistos como castigo divino, razão pela qual não faziam relação de causalidade entre a sua ocorrência e a forma como viviam, portanto, não havia motivação para mudança nas construções, nem no desenho das cidades. Apenas no século XVII, com o desenvolvimento do pensamento científico ou da causalidade racional, descobriram as causas dos incêndios, o que permitiu impor normas de construção e urbanismo, o que levou a sociedade industrial a entrar na era da prevenção e da responsabilidade³⁰².

O surgimento do Capitalismo, “como novo modelo de desenvolvimento econômico e social em que o capital é o instrumento fundamental da produção material”³⁰³, é um dos referenciais para o aparecimento da sociedade de risco, uma vez que a medida que se esgota o feudalismo como forma de organização de poder, se apresenta este novo sistema que modifica a forma de relação de trabalho, pois os servos deixam de pertencer ao senhor para passarem a assalariados, modificando o perfil das cidades em face do afluxo do pessoal que deixavam os campos, a transformação das oficinas em manufaturas, e principalmente, a sistemática modificação das práticas comerciais que deixaram de ocorrer através de troca de mercadorias para as trocas monetárias³⁰⁴.

Marcadamente, o traço que mais aproxima a o Capitalismo da sociedade de risco é apresentado por Weber, em seu conceito de capitalismo citado por Wolkmer³⁰⁵, como sendo o produto histórico do racionalismo utilizado para pensar as relações sociais no moderno mundo ocidental. Para Weber, o Capitalismo é entendido como ponto alto de um processo de racionalidade da vida organizada, como também como *ethos* civilizatório da moderna sociedade ocidental européia, sob o ponto de vista

³⁰¹ <http://www.lisboa.kpnqwest.pt/p/cidade/cronos/cronos>.

³⁰² HERMITE, M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U.Beck*. In HERMITE, M-A; VARELLA, Marcelo Dias(org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino Americana-Européia sobre o Governo dos Riscos. 2005. pp.12-13.

³⁰³ WOLKMER, Antônio Carlos – *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001, p.29.

³⁰⁴ WOLKMER, Antônio Carlos – *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001, p.32-33.

³⁰⁵ WOLKMER, Antônio Carlos – *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001, p.32-33.

econômico, mas seria parte de um processo que tem como “fio condutor de um nexo interativo entre a crença religiosa (salvação pela criação da riqueza), a coerência ética da existência (valorização individual do trabalho) e atividade econômica disciplinada.”³⁰⁶

No contexto de emergência do capitalismo, os ganhos tecnológicos conquistados pela sociedade, ao mesmo tempo em que proporcionavam a livre apropriação de bens e acumulação econômica também significaram a exposição crescente a ameaças originadas de fontes diversas que dificultava tanto o conhecimento a respeito da relação de causalidade quanto até mesmo à identificação destas, esta realidade toma aspectos mais negativos no momento do radicalismo do capitalismo não permitir uma ação das instituições para o controle, cálculo e previdência das ameaças, pois estes eram visíveis apenas quando operados os seus efeitos³⁰⁷. Com o advento da indústria e seus desdobramentos tecnológicos e biotecnológicos, um elemento veio a se somar à complexidade da sociedade nascida da modernidade - o risco.

Outros aspectos se somam a esta descrição, a modificação do perfil do capitalismo no século XX tem como característica a difusão dos novos processos e técnicas de produção, e conseqüente modificação das relações de apropriação econômica dos bens de produção, o que acarretou uma profunda transformação na forma de organização econômica, social e, principalmente, nas relações de poder ante as novas situações de conflito que exigem formas diferentes de atuação das instituições e novas políticas por parte do Estado³⁰⁸.

O risco seria a resultante dos arranjos ou decisões tomadas em ações, programas e políticas institucionais, com objetivo de conter ou controlar as ameaças imprevisíveis e incontroláveis, e assim criar uma falsa sensação de segurança em um

³⁰⁶ “para Weber, os fundamentos deste tipo racional de ‘mentalidade’, ou seja, desse *ethos* do Capitalismo moderno, provinham de certas convicções, crenças e valores, propiciados pela Reforma Protestante (século XVI), mais especificamente das condições histórico-culturais advindas da ética calvinista. Ao contrário da concepção católica medieval, que condenava toda espécie de lucro e apelava para o despreendimento dos bens materiais mundanos”(...)WOLKMER, Antônio Carlos – *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001.p.32.

³⁰⁷ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária,2004.p.11.

³⁰⁸ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária,2004.p.11.

contexto de imprevisibilidade³⁰⁹, ou seja, nas palavras de Leite e Ayala, “é a pretensão moderna de tornar previsíveis e controláveis, as conseqüências imprevisíveis das decisões, tentando submeter ao controle o que é incontrolável³¹⁰”.

E esta é a grande distinção entre a sociedade anterior à Revolução Industrial e a atual, pois, muito embora as ameaças sempre tenham existido em todos os modelos de sociedade, o conceito de risco tem origem na modernidade, e é caracterizado, segundo Beck, como sendo a incapacidade das instituições de prever ou controlar a proliferação de ameaças geradas pela inovação tecnológica³¹¹. A situação atual se baseia no sistema da explicação racional dos riscos, por esta razão pode-se chegar a duas percepções: que o progresso técnico não é isento de efeitos negativos que só aparecem em médio ou longo prazo, o que leva a quase ineficácia da prevenção, uma vez que esta só é pensada depois que os danos aparecem. Isso acarreta uma crise do modelo inicial³¹², levando à busca de soluções que antecipem os danos que ainda não aconteceram, ou que ainda não são passíveis de serem observados, ou até mesmo que nunca acontecerão – acrescentando ao objetivo da prevenção, o da precaução³¹³.

Antes de serem estabelecidos os contornos que caracterizam o papel da prevenção e da precaução juspositivados como critérios para tomada de decisão, é preciso distinguir o perigo e o risco, levando-se em consideração o fator temporal, ou seja, sociedade pré-industrial e sociedade pós - industrial. Cumprindo indagar, nessa distinção, se a modificação do perfil do Estado e das suas funções contribuíram, de alguma forma, no surgimento da sociedade de risco e, portanto, contribuiu para esse estágio de incerteza e insegurança na tomada de decisões ou, se essa mudança foi efeito do surgimento dessa sociedade.

Conforme já dito, ameaças sempre existiram, mas podemos dizer que o perigo está relacionado aos fenômenos da natureza ou a eventos involuntários, são contingentes, portanto, imprevisíveis quanto à ocorrência e quanto aos efeitos, mas,

³⁰⁹ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo.op.cit.p.14.

³¹⁰ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo.op.cit.p.14.

³¹¹ BECK. Ulrich. La sociedad Del riesgo: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Piados, 1998.p.26-29.

³¹² Modelo da prevenção e responsabilidade.

³¹³ HERMITE,M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U.Beck*. In HERMITE,M-A; VARELLA,Marcelo Dias(org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino Americana-Européia sobre o Governo dos Riscos. 2005. p.14.

muito embora o homem não os possa controlar, poderia, ante a possibilidade de sua ocorrência, enquanto fenômenos naturais ou de fácil previsão, minorar os seus efeitos.

O risco está relacionado à atividade humana que provoca, com seus resultados, a degradação do meio ambiente e do seu entorno com a destruição dos ecossistemas, gerando desequilíbrio tanto nas ocorrências naturais, como furacões e ciclones fora de época, o efeito estufa, como, também, as chuvas ácidas e as contaminações de vastas extensões de terra pelo contato com substâncias tóxicas levadas pelo vento.

Na distinção de Leite e Ayala³¹⁴, o risco se distingue do perigo porque o primeiro está associado ao atual período da evolução civilizacional, onde a interpretação destas ameaças não está mais relacionada à vontade divina, estando, isto sim, relacionada com a atividade humana, ou seja, são resultantes da inovação tecnológica e do desenvolvimento econômico decorrente da industrialização.

Ainda, esses autores chamam atenção para o aspecto de que o risco ao escapar dos sentidos humanos, por serem em grande parte invisíveis ou imperceptíveis, dependem, para se transformarem em perigo, da decodificação por parte dos cientistas a quem é atribuído o poder tanto de dizer o que é risco e quais os parâmetros de segurança, “tal como aprendizes de feiticeiro, com tripla participação, no papel de produtores, analistas e beneficiários das definições desses riscos.”³¹⁵

Beck³¹⁶, descrevendo esta relação, a define como sendo a passagem da primeira modernidade para a idade do risco. Destarte é o período em que a modernização dissolveu os contornos da sociedade industrial e, em continuidade da modernidade, surge outra figura social –o risco – que transforma a segurança apenas num dado a ser aferido, inverte a lógica da justificação das ciências naturais, uma vez que os efeitos das hipóteses

³¹⁴ LEITE, José Rubens Morato AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p.13.

³¹⁵ BECK. Ulrich. *La sociedad Del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Piados, 1998.pp.13-19.

³¹⁶ BECK. Ulrich. *La sociedad Del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Piados, 1998.pp.13-19.

teóricas somente podem ser conhecidos com a demonstração, e o papel dos especialistas nas questões de risco é produzir a aceitação cultural³¹⁷.

No séc. XIX, a modernização teve lugar no cenário oposto: um mundo tradicional, uma natureza que se tinha de conhecer e dominar. Hoje, no início do séc. XXI, a modernização consumiu a natureza e se perdeu em suas premissas fundamentais. A modernidade perdeu sua auto-referência. A ciência e a técnica próprias da sociedade industrial clássica, as formas de vida e de trabalho na família pequena e na profissão, as imagens reitoras dos papéis masculinos e femininos, tudo isto se perdeu. É esse novo contraste entre modernidade e sociedade industrial (em todas as variantes), o que faz para nós, que estamos acostumados a pensar a modernidade com as categorias da sociedade industrial, que se dilua hoje o sistema de coordenadas. Somos testemunhas (sujeito e objeto) de uma fratura dentro da modernidade, que se desprende dos contornos da sociedade industrial clássica e dá origem a uma nova figura - da sociedade industrial de risco³¹⁸.

Como os acidentes passaram a ter proporções tanto quantitativas, quanto qualitativas de macroperegrigos ou megaperegrigos³¹⁹, o que antes era perigo, pois relacionado aos fenômenos naturais, portanto fatos comuns nas vidas de todas as sociedades, hoje são fenômenos da natureza que, somados aos efeitos nocivos das atividades de risco, acima descritas, passam a representar, também, um risco ante a modificação de suas formas de ocorrência e a incerteza de seu controle. Os referenciais de segurança, que antes legitimavam publicamente as decisões quanto ao grau de exposição a riscos tolerados pelo homem, ruíram ante a invisibilidade dos novos riscos, “é o momento em que as instituições não apenas produzem, como também legitimam os perigos que não podem controlar”³²⁰.

³¹⁷ BECK, Ulrich . *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: BECK, Ulrich et al. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.p.20.

³¹⁸ BECK. Ulrich. Op.cit.pp.13-19.

³¹⁹ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p.16.

³²⁰ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo; *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p.17.

Os raciocínios científicos que sustentavam a modernidade se ruem, e os sistemas jurídicos não captam o Direito³²¹. Sistema jurídico aqui entendido no sentido do positivismo legalista, ou seja, sistema de normas que definem os padrões de conduta e de procedimento³²², estas não cumprem funcionalmente o seu papel em face desta nova realidade de incertezas científicas. O paradigma jurídico que emergiu da sociedade moderna é marcado pelos princípios do monismo, da estatalidade, da racionalidade formal, da certeza e da segurança jurídica que entra em crise com a realidade da sociedade de risco³²³.

Segundo Wolkmer³²⁴, o padrão de juridicidade que se tornará hegemônico nesse cenário (capitalismo, sociedade burguesa, ideologia liberal-individualista e moderno Estado Soberano) é o da racionalidade lógico-formal centralizadora do Direito produzido unicamente pelo Estado (monismo). E isso aconteceu porque devido às características do capitalismo, propriedade privada dos meios de produção, ativada pelo trabalho formalmente livre e assalariado, sistema de mercado baseado na iniciativa privada, processos de racionalização dos meios e métodos para a valorização do capital e exploração das oportunidades de mercado para efeito de lucro; assim o exigiu para sua consolidação.

É neste cenário que nascem os Códigos. Mais especificamente o Código Civil, que nasceu com a criação do Estado Nacional, pretendendo ordenar as condutas jurídicas de todos os cidadãos, e representou a separação entre o Estado e a sociedade civil. Mas, à medida que o Código Civil perdeu sua centralidade, passando a ter caráter subsidiário, em face da evolução das relações sociais e seus reflexos jurídicos, operou-se o que foi denominado de constitucionalização do Direito Civil e o ordenamento codificado foi substituído pelo sistema de normas fundamentais³²⁵ que se encontram na: Constituição, tratados, princípios e valores.³²⁶

³²¹ BECK, Ulrico. *La sociedad Del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Piados, 1998.p..13.

³²² LYRA Filho, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense. 2004,p.31.

³²³ WOLKMER, Antônio Carlos – *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*.3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001,p.26.

³²⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. *Op.cit.p.29-30-31*.

³²⁵ Vê-se segundo o autor, “a inversão da lei de Maine, que chamava a atenção para a tendência da civilização, de evoluir do *status* ao contrato, agora, a evolução dá-se do contrato ao Direito estatutário.” Tomando como exemplo o microsistema do Direito do Consumidor nós observamos a ruptura que ocorre no princípio do efeito relativo do contrato do Direito Civil. Pois o Direito do Consumidor determina uma

Ocorre, porém, citando Hesse, que a norma constitucional só tem existência quando concretizada, a vigência é sua essência, mas a pretensão de eficácia de sua realização é um elemento autônomo que deve estar associado às condições de sua realização. Condições naturais, técnicas, econômicas e sociais que devem ser levadas em consideração, mas que não são únicas, uma vez que devem ser considerados também “o substrato espiritual que consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas”³²⁷.

A Coordenação entre estas forças, ou seja, a coordenação da força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição é quem vai dar a compreensão das possibilidades e os limites da sua eficácia, e constituem sua força vital. Hesse completa que a força normativa da Constituição não reside tão somente na sua capacidade de se adaptar a uma dada realidade, ela é, em si mesma, uma força ativa à medida que pode impor tarefas. E estas tarefas, por sua vez, só poderão ser realizadas se estiverem presentes na consciência daqueles que são responsáveis pela ordem constitucional, sendo isto, o que esse constitucionalista chamou de – “vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)”³²⁸.

Ainda Hesse, esta força ativa da Constituição reside na natureza das coisas e desta retira os seus limites, mas daí também decorre os pressupostos, tanto de conteúdo quanto de práxis, que permitem o desenvolver de, forma ótima, sua força normativa, para tanto, ele apresenta alguns requisitos: o conteúdo da Constituição deve guardar relação com a natureza singular do presente, ou seja, ela deve levar em consideração os fatores sociais, políticos, econômicos dominantes e incorporar o espírito da época, mas deve também possuir mecanismos que permitam uma adaptação a eventual

responsabilidade por danos de quem não contratou com o consumidor final, ou seja, o fabricante, o distribuidor, o atacadista, o titular da marca, ao mesmo tempo que concede ações ao consumidor com quem não contratou previamente com o estes entes, o usuário, membros da família, associação de consumidores. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.76.

³²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.44-48.

³²⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1991.p.p.13-14.

³²⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1991.p.p.18-19.

mudança na realidade sócio-política, os quais estariam consubstanciados nos princípios fundamentais.³²⁹

Como segundo requisito, Hesse aponta a necessidade de a Constituição não dever assentar-se numa estrutura unilateral, se quer manter sua força normativa e principalmente a normatividade dos princípios fundamentais, deve incorporar a força contrária, numa realidade em permanente processo de mudança social e política, deve, portanto, incorporar à estrutura dos direitos fundamentais os deveres, e a divisão de poderes há de se pressupor a uma certa concentração de poder³³⁰.

Por fim, como último requisito para a manutenção da força normativa da Constituição deve-se cuidar para a sua estabilidade, chamando a atenção para as constantes reformas que enfraquecem a sua força normativa, bem como o significado da interpretação constitucional que está submetida ao princípio da ótima concretização da norma. Como este princípio não deve ser aplicado com a simples “subsunção lógica e pela construção conceitual³³¹”, deve-se concretizar de forma ótima a norma com a interpretação que consiga adequar o sentido da norma “dentro das condições reais dominantes numa determinada situação³³²”.

Esta incerteza, nas situações do risco, se reflete nas questões jurisdicionais do direito ambiental ante a necessidade de decisões de natureza preventiva, as quais estão umbilicalmente ligadas aos princípios - prevenção e precaução - e, a correta compreensão desses princípios é fundamental para a implantação das políticas de gerenciamento do risco na sociedade contemporânea, seja através da ação da sociedade civil, ou através das tutelas jurisdicionais adequadas a essas necessidades. Marinoni³³³, debruçado sobre esse problema, afirma que não há no direito brasileiro doutrina preocupada em estabelecer uma tutela preventiva atípica para a prevenção do ilícito, considerando que no caso do meio ambiente, a verdadeira tutela preventiva seria aquela

³²⁹ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1991. p.p.20-21.

³³⁰ HESSE, Konrad. op.cit. p.p.20-21.

³³¹ HESSE, Konrad. op.cit. p.p.22-23.

³³² HESSE, Konrad. op.cit. p.p.22-23.

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória (Individual e Coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.p.35-37.

que adequadamente inibisse o dano antes de sua ocorrência, tendo como fundamento o princípio da precaução.

Marinoni propõe a elaboração de uma tutela adequada à inibição do ilícito que poderia ser chamada de inibitória, frisa ainda que tanto no direito brasileiro quanto no direito italiano já existem hipóteses de tutelas inibitórias típicas, mas os estudos a respeito de uma modalidade atípica ainda são incipientes tanto na Itália quanto no Brasil³³⁴.

Na Argentina, Lorenzetti descreve a tutela inibitória em matéria ambiental descrita no artigo 2.499 e 2.500 do Código Civil argentino, chamada ‘ação de dano temido’, regulamentada no artigo 623 bis do Código Processual argentino, o que é chamado ‘denúncia de dano temido’. Afirma, esse autor, que tal tema foi objeto de recomendação no “XI Congresso Nacional de Derecho Procesal”, ocorrido em La Plata em 1981, de onde se derivou a seguinte recomendação: ‘Deve-se reconhecer-se a procedência de uma ação preventiva de toda manifestação que ao produzir danos, por exemplo, ao meio ambiente ou à ecologia precise a neutralização, enérgica e peremptória, de seus efeitos negativos’³³⁵. Ambos são unânimes em afirmar que deve-se buscar instrumentos mais adequados para que os cidadãos possam garantir seus direitos, mais adiante esse tema será tratado com mais profundidade.

Assim, como nos demais ramos da ciência não existe respostas exatas quanto ao risco, na esfera jurisdicional o dogma da segurança e da certeza jurídica perde significado quando os operadores jurídicos não estão preparados para lidar com o inédito ou com o novo, como é o caso do risco na esfera do Direito Ambiental, esse tema necessita de um novo paradigma para as normas jurídicas, uma vez que o esquema realizado pela ordem codificada estatal se torna ineficaz quando a sua aplicação não dá ênfase ao conteúdo material da norma, quando informado por valores³³⁶.

³³⁴MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória (Individual e Coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.p.35-37.

³³⁵ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.pp.343-344.

³³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2002. 2 edição revista e ampliada.p.38.

Esta mudança de paradigma tem como um dos requisitos, o que diz Streck “a correta observação de Muller, no sentido de que a concretização normativa da Constituição apenas se dá pela via de uma interpretação que ultrapassa o texto da norma jurídica e atinge uma parte da realidade social enquanto práxis, que inclui o processo legislativo, atuação dos órgãos de governo, a administração da justiça, etc.”³³⁷. Em não havendo esta ruptura hermenêutica, ou seja, um agir constitucionalizante, por parte da doutrina constitucional, vai ocorrer o que Muller denominou falta de ‘domínio normativo’, que é o resultado da adequação do texto com a realidade presente³³⁸.

Ayala chama a atenção para o fato de que os novos direitos, mais especificamente aqueles relacionados ao Direito Ambiental e, principalmente o direito fundamental, previsto no artigo 225 da Constituição Federal, apresenta, dado a sua natureza complexa, maiores exigências da dogmática para a sua concretização, pois estão relacionados a noção de ambiente ecologicamente equilibrado, interesses intergeracionais, conflitos transnacionais e submetidos a contextos de riscos, que pressupõe incertezas e imprevisibilidade. Tal situação provoca, segundo este mesmo autor, défices de decisão revelados pelo descompasso entre o Direito e a realidade social, e isto é causado pelo fato de estes novos direitos necessitarem de um maior grau de informações e dados, uma vez que estes, quando existentes, não são suficientemente seguros e precisos, ou são inexistentes³³⁹.

Desta forma, o risco se apresenta na esfera jurídica, conforme já dito, a esse respeito, afirma Ayala, é necessário que sejam cumpridas três exigências essenciais para que sejam superados, ou ao menos diminuídos, o grau de incerteza a respeito dos problemas de concretização destes novos direitos, que sejam desenvolvidas a noção de processualização do direito, utilizado o modelo de racionalidade jurídica baseado em

³³⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2002. 2 edição revista e ampliada. p.38.

³³⁸ STRECK, Lenio Luiz..op.cit.p.38.

³³⁹ AYALA. Patrick de Araújo. *Direito e Incerteza: A Proteção Jurídica das Futuras Gerações no Estado de Direito Ambiental*. Florianópolis, 2002.(Dissertação) Mestrado em Direito - Faculdade de Direito.Universidade Federal de Santa Catarina. P.135.

princípios e, por fim a implementação do critério da ponderação em situações em que há uma pluralidade de interferências de outros sistemas.³⁴⁰

O primeiro dos requisitos relacionado à processualização do direito encontra suas limitações na própria essência do processo, que está voltado para os conflitos de natureza individual, uma vez que este nasce para proporcionar a certeza e a segurança das relações jurídicas, restando à atividade jurisdicional apenas a função de declarar a vontade da lei e a autoridade do Estado, aspecto reforçado pelo dogma da separação dos poderes.

Ocorre, porém, que nesse novo modelo social, o paradigma do Direito baseado na dogmática jurídica que tem na lei sua moldura, apresenta suas falhas ante as características complexas dos conflitos nascidos destes novos megaperigos que se caracterizam por não possuírem limitações espaciais ou temporais. Num sistema criado para garantir a liberdade do cidadão perante o Estado, de índole liberal, e para tanto restringe os poderes do órgão jurisdicional devendo seu julgamento proclamar a vontade da lei e, para não gerar insegurança ao cidadão, o julgamento somente poderia ocorrer após a elucidação dos fatos³⁴¹.

Não é adequado para lidar com o grau de incerteza e imprevisibilidade, que é a realidade do risco, onde a melhor representação é o princípio da precaução, o modelo de silogismo em que os fatos necessariamente se amoldam ao enunciado da lei. E, isso somente é possível modificando-se o padrão de referência da natureza, que deixa de ser aquele ente intocado e em permanente equilíbrio, para incluir nesta compreensão o padrão da incerteza, instabilidade, que caracterizam o risco. Através de processos em que devem ser levados em consideração os dados pertinentes ao caso concreto, através da técnica de ponderação, para se chegar a um padrão ótimo da decisão, não pode ser apurado somente através dos dados científicos, esta decisão exige que sejam levados em

³⁴⁰ AYALA, Patrick de Araújo. *Direito e Incerteza: A Proteção Jurídica das Futuras Gerações no Estado de Direito Ambiental*. Florianópolis, 2002.(Dissertação) Mestrado em Direito - Faculdade de Direito.Universidade Federal de Santa Catarina. P.136-137.

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08/03/2005.

consideração também os aspectos econômicos, culturais, políticos, sociais e ecológicos³⁴².

Wolf Paul, em comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental, afirma que, no seu entender, “as exigências do pensamento ecológico e os imperativos de uma ética de responsabilidade para proteção e conservação da natureza eram tão prementes e tão convincentes, tão gerais e aptos para criar o consenso geral de que produziriam uma mudança no paradigma filosófico, no sentido de uma transformação do pensamento jurídico antropocêntrico em pensamento jurídico ecocêntrico”³⁴³. Este autor defende a tese de que o Direito Ecológico Positivo, por meio de seu instrumental seria uma importante ajuda para salvar o meio ambiente. Mas este Direito Ecológico ou Ambiental, demonstrou, segundo ele, não possuir força suficiente para solucionar os problemas da ‘Era Atomoquímica Genética’³⁴⁴, uma vez que criado pelo Estado Industrial e Tecnológico, que se encontra diante de obrigações contraditórias: o dever de garantir as condições para a manutenção da produção industrial e a responsabilidade pela conservação ambiental³⁴⁵.

³⁴²“Dizer o ótimo ecológico, como se demonstrará adiante, não é problema exclusivamente técnico, mas fundamentalmente social, muitas vezes, de políticas públicas, que reúnem múltiplos atores e agentes que têm condições de informar da melhor forma possível a decisão, permitindo que esta possa contemplar a integralidade exigida da valiação dos problemas, o que seria improvável a partir da opção por modelos científicos puros.(...) O direito perde a posição de centralidade como princípio de legitimação do poder e de legitimação do Estado, e cede espaço a uma nova forma de Direito, que se torna mais complexo, diferenciado e sistêmico, assumindo as feições de um direito contextualizado, particularista e circunstancial, que se ocupa menos da regulação abstrata e formal, do que regras de competência técnica ou, mais precisamente, com o problema de como avaliar normas e fatos”AYALA. Patrick de Araújo. *Direito e Incerteza: A Proteção Jurídica das Futuras Gerações no Estado de Direito Ambiental*. Florianópolis, 2002.(Dissertação) Mestrado em Direito - Faculdade de Direito.Universidade Federal de Santa Catarina. P.138.

³⁴³PAUL,Wolf. *A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental*. In OLIVEIRA jr.José Alcebíades (org). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.1997. pp.177/178.

³⁴⁴ PAUL,Wolf. *A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do Direito Ambiental*. In OLIVEIRA jr.José Alcebíades (org). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.1997. pp.178.

³⁴⁵A este respeito o autor cita um caso jurídico ocorrido na Alemanha em que os lobos-marinhos, leões-marinhos e as focas, entraram no Tribunal de Hamburgo com um processo contra a República Federal da Alemanha. A ação pretendia que o Estado proibisse o transporte de detritos para alto-mar, com isso cessaria a contaminação e a poluição do mar do Norte. Os fundamentos seria a diminuição desta fauna no Mar do Norte, que morriam prematuramente, acometidos de viroses ou envenenamento decorrente da contaminação pelos detritos. Na ação, os animais representados por diversas associações ambientais, inclusive o Greenpeace, responsabilizavam o Estado Alemão por permitir, através de autorização administrativa, o expurgo do material tóxico em alto-mar. O Tribunal, coerente com a jurisprudência Alemã, negou seguimento ao processo, sob o fundamento de que auto-mar é fora do território alemão,

Enfrentando o problema, Ayala afirma que a realização dos novos direitos, ou a regulação jurídica destes na sociedades de risco, exige um maior grau de processualização do direito, mas este não se resume a um problema de justiça, no sentido de resultado e objetivos do procedimento, mas também na busca de novos caminhos que passa pela qualidade do procedimento, onde a justiça deixe de ser abstratamente considerada e busque, isto sim, o resultado concreto. Este novo referencial de justiça se caracteriza por que trabalha com diferentes graus de concretização de justiça que não podem ser identificadas a partir de modelos clássicos de regulação, baseados em regras, ante a incerteza e a imprevisibilidade do risco, devendo, a partir de um modelo flexível de normas de regulação, oferecer condições jurídicas para as soluções concretamente dirigidas para dirimir os problemas decorrentes desta nova realidade da sociedade do risco.

Como sugestão, Ayala aponta que a busca de uma única solução correta, como ocorre no processo liberal clássico, não é mais possível, devendo a decisão se apresentar como “o melhor ponto de concretização de necessidades fáticas oriundas das novas relações sociais de elevada complexidade, condição típica de um modelo de regulação baseado no desenvolvimento jurídico dos princípios.”³⁴⁶

Os princípios são, na lição de Canotilho³⁴⁷, espécie do gênero norma, e que esses possuem um grau elevado de abstração, carecem de concretude por serem vagos e indeterminados, têm caráter fundante ou estruturante do ordenamento jurídico, “constituem a *ratio* de regras jurídicas”. Superada a distinção entre norma e princípios, temos que esses funcionam como valores que indicam o caminho a ser percorrido pelo

portanto, lá o tribunal não tem jurisdição, como animais os lobos-marinhos não possuem capacidade jurídica para ser parte em um processo, bem como não possuem capacidade para constituir procurador, por sua vez as associações não tinham legitimidade para postular em nome de terceiros (os lobos-marinhos) nem interesse jurídico próprio, uma vez que não estavam sendo diretamente prejudicadas. Por fim, o direito alemão não possui nenhuma ação popular para proteção do meio ambiente. Contraditoriamente, os demandantes, lobos marinhos, leões marinhos e focas, foram condenados nas custas processuais. PAUL, Wolf.op.cit.,pp.178-181.

³⁴⁶ AYALA. Patrick de Araújo. *Direito e Incerteza: A Proteção Jurídica das Futuras Gerações no Estado de Direito Ambiental*. Florianópolis, 2002.(Dissertação) Mestrado em Direito - Faculdade de Direito.Universidade Federal de Santa Catarina.pp.140-141.

³⁴⁷ CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. Coimbra. 2000.

interprete na busca da exata compreensão da norma contida no artigo 225 da Constituição Federal³⁴⁸.

Na definição de Alexy³⁴⁹, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas.” Como mandamentos de otimização, podem ser cumpridos em graus distintos dependendo, para o seu cumprimento, das possibilidades fáticas e das possibilidades jurídicas³⁵⁰.

Alexy³⁵¹ distingue regras de princípios, utilizando um critério estrutural, não os distinguindo em razão de sua importância, sua especialidade ou em razão da sua matéria. Assim, eles os define como mandamentos de otimização que permitem que algo seja realizado na maior medida do possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas, diferentemente das regras que, se válidas, devem ser realizadas por completo. Por esta razão, o desenvolvimento jurídico dos princípios é importante para realização dos novos direitos, por serem estas normas mais adequadas para tratar das situações de incerteza e imprevisibilidade que permeiam a decisão, mais especificamente, quando se trata de risco em direito ambiental onde, não poucas vezes, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado colide com o direito fundamental da propriedade, apenas para citar um exemplo.

³⁴⁸ “Esta perspectiva teórica-jurídica do “sistema constitucional”, tendencialmente “princípioalista”, é de particular importância, não só porque fornece suportes rigorosos para solucionar certos problemas metódicos (cfr. *Infra*, colisão de direitos fundamentais), mas também porque permite *respirar, legitimar, enraizar e caminhar* o próprio sistema. A respiração obtém-se através da “textura aberta” dos princípios; a legitimidade entrevê-se na idéia de os princípios consagrarem; *valores* (liberdade, democracia, dignidade) fundadores da ordem jurídica e dispõem de capacidade deontológica de justificação; o enraizamento prescreta-se na *referência sociológica* dos princípios a valores, programas, funções e pessoas; a capacidade de caminhar obtém-se através de instrumentos *processuais e procedimentais adequados*, possibilitadores da concretização, densificação e realização prática (política, administrativa, judicial) das mensagens normativas da constituição. Por último, pode dizer-se que a individualização de princípios-norma permite que a constituição possa ser realizada de forma gradativa, segundo circunstâncias factuais e legais (Bin). A compreensão principal da Constituição serve de arrimo à concretização metódica quer se trate de um texto constitucional garantístico (ex: a leitura de R. Dworkin em face da Constituição americana) quer se trate de um texto constitucional programático (ex: Constituição Portuguesa de 1976, Constituição Brasileira de 1988). CANOTILHO. J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. Coimbra. 2000.

³⁴⁹ ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p.78.

³⁵⁰ ALEXY, Robert. *Op.cit.*p.78-79.

³⁵¹ SILVA. Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.30.

Alexy, ainda abordando o tema da colisão de direitos fundamentais, aponta duas compreensões para o conceito uma estrita outra ampla. Na sua forma estrita, a colisão de direitos fundamentais ocorre entre direitos fundamentais e, na sua forma ampla entre direitos fundamentais e quaisquer normas e princípios que tenham como objeto bens coletivos³⁵².

Para o nosso estudo, é importante descrever as questões relativas a colisão de direitos fundamentais, no sentido amplo, no qual estão em questão bens coletivos. Dando como exemplo uma resolução do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde se tratou da questão de em que proporção e como deve ser proibido, pela lei, a utilização, pelo proprietário, de seu terreno sem que isto prejudique o lençol de água subterrâneo, sendo a água um bem coletivo, esta decisão trouxe à luz o quanto os problemas ecológicos demandam situações de conflitos entre os direitos coletivos e o direito fundamental à propriedade³⁵³.

Uma das soluções desse problema apontada por Alexy é a vinculação destas normas fundamentais, no sentido de serem justiciáveis, ou seja, normas que quando violadas, em qualquer procedimento, podem ser verificadas por um tribunal. Segundo ele, o ideal é que, em última instância, esta justiciabilidade ocorra perante um tribunal constitucional. Se consideradas, as normas de direitos fundamentais como não vinculativas, estas não passariam de meras normas programáticas onde as colisões seriam meros problemas políticos ou morais, o que para esse autor seria impossível no caso do Brasil, ante a disposição do artigo 5, alínea I da Constituição Federal brasileira³⁵⁴.

³⁵² Alexy ainda distingue dentro da colisão de direitos fundamentais no seu sentido estrito, a colisão de direitos fundamentais idênticos e a colisão de direitos fundamentais diferentes. ALEXY, Robert. Op.cit.p.p.68-69.

³⁵³ ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p.71.

³⁵⁴ “A todas as tentativas de desagrar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade deve opor-se com energia. Elas não são outra coisa senão a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério é difícil fundamentar por que outras normas também devem ser levadas a se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da constituição. A primeira decisão fundamental para os direitos fundamentais é, por conseguinte, aquela para a sua força vinculativa jurídica ampla em forma de justiciabilidade.” ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, p.77.

A segunda solução estaria na própria natureza dos princípios, pois sendo mandamentos de otimização, podem ser cumpridos em graus distintos, diferente das regras que podem ser cumpridas ou não podem ser cumpridas, na hipótese de colisões de direitos fundamentais. Na opinião de Alexy, devem ser qualificadas de colisões de princípios, cujo critério para a solução do problema é a colisão, que seriam os dois lados do mesmo objeto³⁵⁵. Resumindo, sendo as regras mandamentos definitivos em que, sendo esta válida, é ordenado fazer exatamente o que ela determina, o critério para aplicação é o da subsunção do fato ao direito, portanto, o raio de ação desta em situações cujo grau de incerteza e imprevisibilidade são marcados, torna ineficaz ou impossível qualquer decisão.

Segundo Guerra Filho, a proporcionalidade seria um princípio dos princípios, onde haveria uma ‘solução de compromisso’, isto significando que em determinada situação de conflito entre princípios aplica-se aquele que melhor se adequa ao fim almejado, sem que com isso reste ferido o outro princípio. Completa ainda que, muito embora este princípio não esteja explicitado no nosso ordenamento, se constitui em fórmula inafastável da definição de Estado Democrático de Direito, adotado pelo nosso Constituinte.³⁵⁶

Citando Beck, Hermite lembra que os ‘riscos’ já não podem ser divididos em tecnológicos e sociais, uma vez que se tornaram desafios políticos no sentido aristotélico do termo, não é possível mais preveni-los e indenizá-los, é preciso, de forma democrática, assegurar uma distribuição justa. Quando se trata de decidir onde vai ser instalado um incinerador nuclear, sabe-se que isso acarretará conseqüências em relação aos empregos, esperança de vida, paisagem, levando-se em consideração que o pensamento norteador da distribuição dos riscos é a diminuição das desigualdades, deixando o risco de ser objeto técnico para ser objeto político, portanto, jurídico.

Esta evolução do risco de objeto técnico para o objeto político, apontado por Hermite, é, no entender desta autora, resultado de uma mudança cultural, a qual é observada a partir da mudança do momento de sua percepção e controle, trazendo como resultante a não aceitação do risco como algo inevitável, renovando a relação entre

³⁵⁵ ALEXY, Robert.op.cit.p.78.

³⁵⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. São Paulo:Celso Bastos. 1999.p.59.

ciência e política, e amplia o contexto dos governados para campos antes reservados somente aos governantes³⁵⁷.

Conforme já dito anteriormente, o legislador optou por definir, no texto da lei 6.938/1981, o que é meio ambiente, incluindo nesta definição somente os recursos naturais, o que nos levaria a pensar que apenas os aspectos físicos deste estariam abrangidos por esta definição. A doutrina tem se esforçado em demonstrar que esta concepção restritiva se explica pela época em que a lei foi editada, uma vez que, no artigo 225, adiciona ao termo meio ambiente o termo “ecologicamente equilibrado” como essencial à sadia qualidade de vida, ou seja, conectando interesses passíveis de serem auferidos economicamente com conceitos axiológicos, significando que não contém um comando positivo ou negativo, mas sim um valor, que inspiram conscientização social e compromissos éticos³⁵⁸, mas passíveis de ser justicializado, uma vez que os princípios, na Constituição brasileira, se encontram positivados.

A definição de meio ambiente compreende aspectos históricos, patrimônio cultural, paisagístico e urbanístico, ocorre, porém, que pela natureza coletiva deste direito as noções, institutos e técnicas do Direito Civil que sempre subsidiaram os demais ramos do Direito, não se adequam à problemática do Direito Ambiental.

Tomando como exemplo a noção de relação jurídica e de personalidade que sofrem o impacto da responsabilidade intergeracional, a partir do dever da presente geração manter o ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações. Um dos dogmas das teorias jurídicas clássicas que necessita de um novo modelo é o que trata da necessidade da existência de uma relação jurídica para sustentar o discurso dos direitos, quando se trata da proteção jurídica das futuras gerações.³⁵⁹

³⁵⁷ HERMITE, M-A. op.cit. p.15.

³⁵⁸ Ver PASSOS, Lúcia Helena Ferreira da Costa. *Discrecionalidade Administrativa e Justiça Ambiental: Novos Desafios do Poder Judiciário nas Ações Cíveis Públicas*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública – Lei 7347/1985 – 15 anos depois*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001. p. 469. FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. pp.15-16.

³⁵⁹ No modelo atual se faz necessário identificar: Sujeitos, objeto a que se atribui a proteção jurídica, interesses que se dirigem sobre o objeto, considerando que os fundamentos de justificação de sua proteção residem na pertinência direta estabelecida entre este e os sujeitos da relação (individualizados e determinados), e na possibilidade de sua avaliação e valoração econômica, o espaço jurídico onde se desenvolve essa relação. AYALA, Patrick de Araújo. *Direito e Incerteza: a Proteção Jurídica das Futuras*

Um outro aspecto que deve ser considerado diz respeito ao sistema da responsabilidade por danos que, no sistema atual do Código Civil³⁶⁰, estava circunscrito ao âmbito contratual, ou ilícito, onde o direito ambiental apresenta dificuldade em incorporar as noções de culpa,nexo causal, antijuridicidade e imputabilidade. Em artigo publicado em revista da Rede Latino – Americana – Européia sobre Governo dos Riscos, Caubet problematiza com a seguinte questão: “Era uma vez uma sociedade sem risco?”³⁶¹. Preliminarmente, o citado autor responde a questão afirmando que sim, havia uma sociedade sem risco e com responsabilidade, esta última, no sentido civilístico da reparação, indenização por danos causados a outrem, substituição, compensação ou restabelecimento ao estado anterior ao dano, desde que provada a culpa ou dolo do agente causador, ou, em razão da pessoa, admite-se a responsabilidade objetiva ou sem culpa.

No caso do meio ambiente, Caubet cita o artigo 14 da Lei 6.938/81, que admite a responsabilização objetiva do agente causador do dano, chamando a atenção para alguns aspectos importantes: garantir a indenização não é suficiente para evitar que os danos ocorram, ao mesmo tempo em que nada impede que o direito comum de reparação do dano ao meio ambiente, previsto tanto na lei supra referida quanto no Código Civil, não seja derogado por decisões políticas tais como as da Medida Provisória 131 que estabeleceu normas para o plantio e a comercialização da soja transgênica. No texto sancionado e publicado no Diário Oficial da União, de 16/12/2003, o Presidente da República vetou o artigo que responsabilizava as companhias detentoras da tecnologia da soja transgênica³⁶². O que confirma a afirmação de Hermite, citada

Gerações no Estado de Direito Ambiental. Florianópolis,2002.Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. p.114.

³⁶⁰ Cumpre salientar que o Direito Ambiental não é o único ramo do Direito que rompe com a teoria do Código Civil a respeito da responsabilidade por danos, onde temos as normas referentes aos acidentes de trabalho, o Código do Consumidor, entre outros.

³⁶¹ CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In HERMITE,M-A; VARELLA,Marcelo Dias(org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino Americana-Européia sobre o Governo dos Riscos. 2005. p.41.

³⁶²CAUBET, Christian Guy. O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico. In HERMITE,M-A; VARELLA,Marcelo Dias(org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino Americana-Européia sobre o Governo dos Riscos. 2005. p.43.

acima, que já não se pode dividir os riscos em tecnológicos e sociais, uma vez que, em última instância, eles são desafios políticos e, portanto, jurídicos³⁶³.

Os problemas ambientais acarretam um redimensionamento do Direito que deve ser analisado a partir do paradigma ambiental, cumprindo frisar que o meio ambiente é um somatório de elementos equilibradamente relacionados, ou seja, os problemas relacionados ao meio ambiente e ao risco ambiental levam o Direito a dialogar com outras disciplinas tais como a bioética, a economia e a ecologia, bem como, no plano institucional, a recepção por parte deste, das leis fundamentais da natureza, dando-lhe conteúdo jusfundamental, delimitando o que é permitido e o que é proibido e, principalmente, definindo os seus princípios gerais³⁶⁴.

Para o enfrentamento da questão da justiciabilidade dos princípios fundamentais do Direito do Ambiente, é necessário definir o conteúdo destes princípios que, diferente das regras, não vinculam a partir de sua vigência, mas a partir de sua validade. Este conteúdo normativo diferenciado não condiciona a sua eficácia, mas condiciona as possibilidades de atuação concreta dos princípios³⁶⁵.

Os princípios são critérios de valoração que têm como característica um excessivo conteúdo deontológico, por isso deve ser medido, estabelecendo uma relação com outro princípio, mediante um juízo de ponderação com outros princípios. “Ponderar é estabelecer comparações, estabelecer o peso de cada um e aplicar o maior no caso concreto”³⁶⁶.

Por esta razão, o modelo teórico desenvolvido por Alexy, conjugando regras e princípios, e estes últimos como mandamentos de otimização é o mais adequado para a melhor realização da perspectiva da proteção ambiental, uma vez que possuem vários graus de concretização pois se baseiam num critério qualitativo, e não num critério

³⁶³ HERMITE, M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – Uma análise de U.Beck*. In HERMITE, M-A; VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino Americana-Européia sobre o Governo dos Riscos. 2005. p15.

³⁶⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. pp. 555-564.

³⁶⁵ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p.71.

³⁶⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p. 317.

objetivo de valores³⁶⁷. Como mandamentos dirigidos à realização da determinação da melhor forma possível, submetidos a juízos de possibilidade que podem ocorrer de fato ou juridicamente, o importante é que a aplicação dos princípios servem em determinados graus para a solução de situações concretas e, para tanto, se faz necessário uma processualização destas soluções num universo em que a segurança e a certeza não são referenciais eficazes, exigindo técnicas de avaliação e julgamento que podem ser alcançados pelo critério da ponderação³⁶⁸.

Ost se refere a este quadro de incertezas como um desafio para o Direito do Ambiente, pois “o paradigma ecológico caracteriza-se, dizia-mos, pela processualidade complexa, que engendra inevitavelmente a incerteza”³⁶⁹. E, segundo esse mesmo autor, o papel do direito é transformar esta incerteza em certeza, de que forma, eis a questão³⁷⁰.

Flexibilizando-se, é a resposta de Ost, querendo dizer que no paradigma ecológico, o modelo das normas jurídicas clássicas não se mostram eficientes ante se apresentarem como mandamentos ou institutos que encerram procedimentos, um modelo adequado seria uma reelaboração constante do atos jurídicos, onde a “processualidade do objeto atingisse igualmente a regra que o compreende³⁷¹”.

³⁶⁷ Virgílio Afonso da Silva afirma que “Fundamentar os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares com base na idéia de otimização e não na idéia de uma ordem objetiva de valores tem pelo menos duas vantagens”(1) exime o modelo das principais críticas feitas a essa ordem de valores; (2) não implica um dominação do direito infraconstitucional por parte dos valores constitucionais, pois o próprio conceito de otimização já enuncia que a produção de efeitos é condicionada às condições fáticas e jurídicas existentes.” SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.146.

³⁶⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p. 317.

³⁶⁹ OST, François. *A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p.114.

³⁷⁰ OST, François. *A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p.115.

³⁷¹ OST, François. *A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p.115.

CAPITULO 3

O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E AS QUESTÕES RELATIVAS AO RISCO.

Antes de serem enfrentados os problemas instrumentais da tutela do meio ambiente, objeto do presente item, será realizada uma breve retrospectiva no direito material e os problemas inerentes a sua codificação, uma vez que, hoje, percebe-se que todos os problemas relativos aos interesses em conflito, principalmente quando se trata de “novos” direitos, entram em crise quando se deparam com os limites impostos pelo próprio Estado de Direito e a previsibilidade humana³⁷².

Lorenzetti³⁷³ descreve tal fenômeno a partir da evolução das consolidações para codificação e problematiza com a seguinte questão: qual a situação atual? Segundo este mesmo autor, antes dos códigos, a sociedade era regida pelas consolidações, que pretendiam reproduzir o direito sem modificá-lo, o que gerava a crise de não saber o que estava em vigor. O código trouxe ao sistema segurança, uma vez que não tem a tarefa de dar continuidade ao direito anterior, mas de promover uma ruptura. Temos o código civil, porém uma infinidade de leis especiais que derogam estas leis gerais, deixando para o interprete uma missão decisiva, uma vez que a linguagem jurídica importou inúmeros conceitos de outras disciplinas, a qual é dada à doutrina e a jurisprudência um papel criador. Para esse mesmo autor, tentando definir a situação atual, estamos assistindo não só uma decodificação, como também uma explosão legislativa a qual ele denomina de big bang legislativo³⁷⁴.

³⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol.6.* São Paulo: 2003, p.21.

³⁷³ Ver nota 12, da dissertação. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.42-43.

³⁷⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.42-43. Ver também CLÈVE, que analisando esse fenômeno afirma: “Da chamada crise do parlamento deriva um fenômeno comum a todo o ocidente: a descentralização da função legiferante.(...) **Ainda sobre a crise da lei e a inflação legislativa.** (grifo nosso) (...)A multiplicação da atividade legislativa do Estado foi severamente criticada. Primeiro, porque o processo de interpenetração entre o direito e a economia, o jurídico e o social, conduziu à jurisdicização de tudo, com os mais graves inconvenientes. Em segundo lugar, porque tal processo banalizou o direito, retirando dele o seu caráter sagrado. Depois, porque a *inflação legislativa* corrompeu um principio caro ao universo jurídico: a presunção de que todos conhecem a lei. Afinal o sistema jurídico sustenta a sua funcionalidade na suposição de que a norma jurídica é conhecida. O direito não consegue afastar-se do preceito segundo o qual *ignorantia legis neminem excusat*. O próprio principio da segurança jurídica, e cumpre lembrar que a

Afirma, ainda, Lorenzetti que esta explosão legislativa se caracteriza pela perda de centralidade do código civil, pois o direito civil, hoje, possui uma infinidade de leis que atuam em setores diferentes da realidade, perdendo a idéia que o informou na sua criação, ou seja, ordenar (de forma igualitária) as condutas jurídicas de todos os cidadãos, para passar a ser uma “estrutura defensiva do cidadão e da coletividade”³⁷⁵, dividindo seu espaço com outros códigos e subsistemas, com autonomia própria e independentemente, passando a ser substituído pela Constituição e pelos sistemas de normas fundamentais³⁷⁶. Um dos efeitos do que Lorenzetti chama superprodução legislativa é o enfraquecimento do sistema e insegurança, se referindo ao fato de que a criação legislativa para solucionar problemas específicos ou necessidade de um grupo não significa em melhorar sua eficiência, pois no seu entender pode acarretar interpretação ‘frouxa’³⁷⁷.

No direito processual não é diferente, conforme frisa ainda Lorenzetti, as normas processuais por sua vez se particularizam e se especializam, como no caso dos

segurança foi uma das bandeiras justificadoras da Revolução Francesa, esboroa-se.(...) Tudo se passa como se os novos governos devessem apenas se preocupar com a realização de um programa ou de um plano, pouco importando se ‘cette realisation doit se fair dans la relativité et línsecurité’. Finalmente, esse processo conduz à insegurança jurídica. O período da codificação acabou. A dificuldade em conhecer a lei aplicável é uma nova causa de insegurança”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp.49-54.

³⁷⁵LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p.45.

³⁷⁶“O Código divide sua vida com outros Códigos, com microssistemas jurídicos e com subsistemas. O Código perdeu a centralidade, porquanto ela se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais.(...) Há problemas que têm uma força decodificadora própria. Um deles é relativo ao meio ambiente e sobretudo aos danos ressarcíveis.(...) Trata-se de problemas que demandam instituições e instrumental próprios. Neles coexistem o público e o privado, o penal e o civil, o administrativo e o processual, mesclando-se em um coquetel inovador e herético.”LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. pp.44-45.

³⁷⁷Para Lorenzetti uma interpretação “frouxa” significa aproximar institutos jurídicos que não possuem relação entre si por analogia, por relação de continuidade ou por semelhança. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p.69. Para Clève “O jurista não deve ficar indignado com a contemporânea sobrecarga do Legislativo. A sobrecarga será solucionada, seja pela simplificação do processo legislativo, seja pela entrega de parte da função normativa a outros órgãos ou instâncias estatais, em particular para o Executivo legitimado pelo voto popular. A sacralização da lei, ocorrida no século XIX, decorreu do fato de apenas o Legislativo representar a vontade da nação. Embora não se possa mensurar até que ponto o executivo deixa de representar a nação como o Legislativo, o certo é que o conceito de lei, como o comando normativo estatal proveniente do Legislativo e dotado de características de generalidade (abstração e impessoalidade) e permanência, não se compatibiliza com a sociedade técnica”.

juizados especiais, e outras normas que protegem direitos individuais homogêneos ou difusos³⁷⁸.

3.1 - A tutela do meio ambiente e os seus problemas instrumentais.

O surgimento desses microsistemas produziu um movimento no sentido do direito privado para o direito estatutário, o que Lorenzetti enuncia exemplificativamente: código comercial se subdivide em lei de falência, sociedade anônima, patentes, contrato de seguro e etc. O código do consumidor, ao qual o código civil adere para regular os contratos apenas subsidiariamente, abole, em princípio, com a igualdade dos cidadãos, já que sugere responsabilidade por danos ao fabricante, ao distribuidor, ao atacadista, ao titular da marca, terceiros que não celebraram nenhum contrato com o comprador. Cumprindo salientar da mesma forma, que o direito do consumidor concede direito de ação ao consumidor, às associações de consumidores, ao grupo familiar, pessoas que não tiveram vínculos contratuais com aquelas pessoas citadas acima³⁷⁹.

No sistema da responsabilidade civil observa-se que a chamada crise, para alguns juristas³⁸⁰, ocorre nos princípios que a fundamentam, muito embora a ilicitude corresponda a uma unidade sistemática, os pressupostos da antijuridicidade, culpa, nexa causal e dano são aplicáveis para todos os contratos, seja público ou privado, mas não se pode pensar nos mesmo valores para situações diferentes, como as compensações por responsabilidade por quebra de contrato e danos ecológicos, assim,

³⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis.op.cit.p. 49.

³⁷⁹ Vê-se segundo o autor, “a inversão da lei de Maine, que chamava a atenção para a tendência da civilização, de evoluir do *status* ao contrato, agora, a evolução dá-se do contrato ao Direito estatutário. LORENZETTI, Ricardo Luis.op.cit.pp.46-49.

³⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis.op.cit.p. 51. Para alguns a crise do Direito Não existe, o que existe é a crise do Direito burguês. ver CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. GRAU,Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

propõe-se a construção de um sistema novo de princípios para abranger os mais diversos sistemas³⁸¹.

No caso do meio ambiente, a dificuldade inerente à identificação do culpado pela contaminação prejudica a demanda ante a quase impossibilidade de individualizar a conduta danosa e, portanto, identificar a parte passiva da demanda, mesmo os prejudicados, não muitas vezes, impossíveis de serem identificados ante o fato de nem sempre o dano se apresentar dentro do espaço de tempo compatível com os prazos da lei para a prescrição de determinados direitos.

Lorenzetti define esse fenômeno como causalidades complexas, que, no seu entender, passam despercebidas tanto para o legislador quanto para o juiz, significando que numa perspectiva macrosocial a conclusão é que as causas múltiplas interagem, “conformando um sistema de relações, modificável apenas mediante um planejamento sistemático. O juiz de maneira distinta avalia apenas a causalidade simples, próxima, bilateral. A solução pode ser adversa, apresentando um caso de distorção de finalidade, ou ineficaz, ficando aquém do desejado³⁸²”.

Marinoni aponta ainda uma outra falha no que diz respeito ao sistema da responsabilidade civil nos moldes em que foi elaborado, fruto da adoção do dogma de origem romana “de que a única e verdadeira tutela contra o ilícito é a reparação do dano, ou a tutela ressarcitória, ainda que na forma específica”³⁸³. Isso, causado pela visão de que o bem juridicamente protegido é aquele que está dentro do mercado, ou seja, aquele dotado de valor de troca, o que gera a confusão entre ilícito e dano³⁸⁴.

³⁸¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.51.

³⁸² Lorenzetti, na perspectiva do direito privado toma como exemplo uma ação de ressarcimento por acidente de trânsito, mas corriqueiramente os motoristas trafegam em velocidade maior que a permitida nas estradas, seja porque precisam percorrer longas distâncias ou por mera conveniência. (...) quando se resolve judicialmente um caso de acidente, cuja causa primeira é o excesso de velocidade, tem aí o juiz um fundamento para imputar a culpa, realizando um recorte de todo o horizonte causal antes referido. Para o estudioso, contudo, não pode ser indiferente o dado de que as condutas contradizem maciçamente, as determinações da sentença e da lei, no que tange os limites de velocidade, as regras da moral no concernente à preservação da vida humana sem transações. (...) As soluções mais justas, em nosso país, são sugeridas pela doutrina. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.75.

³⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória (Individual e Coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.36.

³⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória (Individual e Coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.38-39. Ver também ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. *Responsabilidade Ambiental*

Com a preocupação de delimitar os contornos do dano ambiental e em que moldes se dão à reparação, Leite afirma que o dano é elemento da reparação, sem o dano não há como se falar em reparação. Mas, esse mesmo autor, afirma que mesmo a ocorrência do dano apresenta aspectos variados, assim, vejamos como ele faz a distinção: para Leite, o dano tanto se apresenta como sendo “uma alteração indesejável ao conjunto de elementos chamados meio ambiente”³⁸⁵, ou num segundo conceito “o dano ambiental engloba os efeitos que esta modificação gera na saúde das pessoas e em seus interesses”³⁸⁶.

Steigleder, no entanto, chama a atenção para o fato de que em face da interdependência de todos os elementos da natureza, numa noção de globalidade e de processualidade, onde se ensina que tudo se constitui um sistema na natureza e que em vistas a integralidade dos seus ciclos tudo se baseia em um equilíbrio complexo e dinâmico, não somente a “conservação estática dos espaços, dos recursos e das espécies”, a perda de qualquer das características do meio ambiente, seja na perspectiva da biologia ou da ecologia, deverá ser considerado lesão ao meio ambiente reconhecendo-se a importância de valorizar os seus componentes em si mesmo, pois não se pode pensar que a qualidade ambiental deve ser avaliada a partir das necessidades humanas, ou seja, “a moldura jurídica do que será reparado é informada por esse diálogo entre Ecologia e Direito”³⁸⁷.

Ainda, Steigleder salienta que esse diálogo entre a Ecologia e o Direito apresenta pontos de conflito, porque, esse último, procurando enquadrar todos os dados da vida em conceitos lógico-normativos, impregnados da ideologia que os informa, se distancia e não traduz a realidade ecológica. Os impactos ambientais que ultrapassam as

No Direito Brasileiro Categorias – Reparatória e Acautelatória. Florianópolis, 2005. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, pp.130-137.

³⁸⁵ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.94.

³⁸⁶ Cumpre salientar que Leite faz uma classificação do dano ambiental a partir de três critérios: amplitude do bem protegido, quanto à reparabilidade e aos interesses jurídicos envolvidos e quanto à extensão e ao interesse objetivado. Quanto à amplitude do bem protegido o dano ambiental pode ser: dano ecológico puro, dano ecológico amplo que abrangia, inclusive, o patrimônio cultural e, dano ambiental individual ou reflexo. Quanto à reparabilidade ao interesse envolvido, seria: dano ambiental de reparabilidade direta, dano ambiental de reparabilidade indireta. Quanto à sua extensão, seria: dano patrimonial ambiental, dano extrapatrimonial ou moral ambiental. LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental*. Op.cit.p.94-95.

³⁸⁷ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões o Dano Ambiental No Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, pp. 19-22.

noções de espaço e tempo, “fenômenos típicos de uma sociedade de risco”, exigem soluções jurídicas diferentes daquelas previstas para regular conflito de natureza individual³⁸⁸.

A este respeito, Milaré, pensando numa responsabilidade ética em face do meio ambiente, aponta como óbice o fato de a humanidade atual ser herdeira de um sistema ético mal elaborado, orientado para uma moral individualista, onde “damo-nos por honrados e probos se, nas relações interpessoais de nossa esfera individual, não nos apropriamos indebitamente dos bens de outrem ou não lhe fazemos violência³⁸⁹”. Falta, segundo esse mesmo autor, para que haja a ética do bem comum e ética do meio ambiente - a moral de cunho e alcance social³⁹⁰.

Ainda Milaré, fazendo referência à lei 6.938 de 1981, descreve o artigo 2, inciso II, como sendo aquele que consagra o meio ambiente como patrimônio de toda a coletividade, que a seu ver tem como fundamento o próprio direito natural, assim, cada um individualmente e toda a coletividade tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme a Constituição de 1988, independente de quem seja proprietário dos meios de produção, e independente de qual regime a que está submetida a propriedade, pesa sobre os recursos naturais uma hipoteca social, que os distingue de todo e qualquer bem, e esses proprietários são, nas palavras desse autor, gestores desse patrimônio³⁹¹.

Arruda, em seu trabalho de dissertação, preocupado com a responsabilidade ambiental decorrente do risco³⁹², chama atenção para o fato de que a

³⁸⁸ Afirma ainda Steigleder “A lesividade ambiental é pós-moderna, difusa, globalizada e não encontra resposta no esquema tradicional da responsabilidade civil, fundada na culpa, com pressupostos específicos, tais como: a pessoalidade do dano, a sua certeza e atualidade”. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões o Dano Ambiental No Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.23.

³⁸⁹ MILARÉ, Edis. *Responsabilidade Ética em face do Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental, n.2. Ano 1. Abril e Junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.42.

³⁹⁰ MILARÉ, Edis. *Responsabilidade Ética em face do Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental, n.2. Ano 1. Abril e Junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.43.

³⁹¹ MILARÉ, Edis. *Responsabilidade Ética em face do Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental, n.2. Ano 1. Abril e Junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.42-43.

³⁹² Risco no sentido dado por De Giorgi como sendo “um ‘médium’, ou seja, uma forma de constituição de formas para a representação do futuro e para produzir vínculos com o futuro. A forma dessa representação e a modalidade da produção destes vínculos com o futuro chama-se risco. O ‘medium’ no qual o risco possibilita a construção de outras formas é o ‘medium’ probabilidade/impobabilidade”. GIORGI, Raffaele

responsabilidade civil concebida nos moldes de um Estado e de uma sociedade liberal burguesa, no seu aspecto econômico, se preocupa somente com o momento passado, ou seja, deixa-se de fazer enquanto não restar apresentado o dano, em ocorrendo o evento danoso volta-se todo o aparato jurídico para a reparação dos prejuízos³⁹³. Mais uma vez, a conotação mercantil para pontuar todo o instituto da responsabilidade civil, conforme leciona Marinoni³⁹⁴, justificado por estar inserido num Estado que pregava a liberdade econômica e que se voltava para a regulação das relações interpessoais e de natureza patrimonial³⁹⁵.

Para situações de risco, a responsabilidade civil, no seu modelo clássico, não é adequada haja vista que se mostra incapaz de afastar situações no presente, passíveis de se transformarem em evento danoso no futuro. A função preventiva do sistema da responsabilidade civil é somente no sentido de evitar que a conduta danosa se repita, e, nesse sentido, Mirra afirma que a precaução tem como finalidade não só prevenir o dano, como mais especificamente, prevenir o perigo da ocorrência do dano, ou seja, proteger-se contra o risco³⁹⁶.

Arruda, então, chama a atenção para o microssistema da responsabilidade ambiental que tem uma categoria própria de responsabilização fazendo referência a Steigleder que procura demonstrar que num contexto de riscos como a da sociedade pós- industrial, a responsabilidade civil tem que se revestir de novos contornos que comportem não só a reparação do dano como também funcionar como instrumento de regulação social, prevenindo “comportamentos anti-sociais, dentre os quais aqueles

de. Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 193.

³⁹³ ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. *Responsabilidade Ambiental No Direito Brasileiro Categorias – Reparatória e Acautelatória*. Florianópolis, 2005. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. pp.106-107.

³⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. pp.38-39. ver também desse mesmo autor. *Tutela Específica, (arts.461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

³⁹⁵ ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. *Responsabilidade Ambiental No Direito Brasileiro Categorias – Reparatória e Acautelatória*. Florianópolis, 2005. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. pp.106-107.

³⁹⁶ MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *Direito Ambiental: O Principio da Precaução e sua Aplicação Judicial*. In. LEITE, José Rubens Morato. *Inovações em Direito Ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000. p. 62.

que implicam geração de riscos; de distribuir a carga dos riscos, pelo que se torna otimizadora de justiça social”³⁹⁷.

Assim, o direito ambiental comporta problemas que são por sua própria natureza decodificadoras, problemas que necessitam de instituições e instrumentos próprios, pois “coexistem o público e o privado, o penal e o civil, o administrativo e o processual”³⁹⁸. Isso se reflete numa ressystematização da legislação que passa a comportar instrumentos para assegurar, mesmo que minimamente, os direitos fundamentais e de garantias, fenômeno que se verifica mundialmente ante as exigências, cada dia maiores, de proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente³⁹⁹.

Lorenzetti, dando ênfase à decisão judicial, cita Dworkin⁴⁰⁰ quando salienta que uma interpretação construtiva, por parte do juiz, deve respeitar uma interpretação de concordância orientada pelas normas fundamentais⁴⁰¹. Problemáticas que envolvem direitos socioambientais exigem do juiz uma responsabilidade social que deve corresponder, na mesma proporção, em uma concessão de instrumentos jurídicos que lhe permitam trabalhar constitucionalmente, uma vez que não se encontra a solução da demanda no casuísmo, e o sistema dos códigos legal-estatal⁴⁰² se apresenta saturado.

³⁹⁷ STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões o Dano Ambiental No Direito Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.178.

³⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.51.

³⁹⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.69.

⁴⁰⁰ Dworkin ao justificar a pergunta “O que é o direito?”, afirma o quanto é importante o modo como os juízes decidem, fazendo referência à decisão judicial cita o exemplo dos juízes ingleses que no século XIX “declararam que o operário de uma fábrica não podia exigir indenização judicial de seu patrão se tivesse sido lesado devido à negligência de outro operário”. Nesta hipótese o operário lesionado assumiria o risco da imprudência de seus companheiros de trabalho, mesmo porque, segundo a decisão, o operário saberia melhor, quais colegas de trabalho seriam negligentes. Citando outro exemplo da Inglaterra, relata a decisão da Câmara dos Lordes, mais alta corte britânica, que determinou, em 1975, a partir de que prazo um oficial de gabinete, após a aposentadoria, deveria esperar para divulgar o conteúdo de reuniões secretas do gabinete. Esta determinação, segundo o mesmo autor, teria afetado o comportamento do governo, ante a possibilidade de acesso por parte de jornalistas e historiadores críticos ao governo a informações constantes em determinados arquivos. Isso querendo demonstrar o quanto é importante saber o que os juízes pensam que é o direito. DWORKIN, Ronald. *O Império Do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.pp.3-4-20-25.

⁴⁰¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.71.

⁴⁰² Casuísmo é a forma como se opera o Direito em que mesmo apoiado em normas, a solução só se realiza no caso concreto. O sistema do Código legal-estatal se apóia num pensamento sistemático, concebendo o Direito como um conjunto estruturado de normas jurídicas. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.80.

Para Lorenzetti o problema da decisão é uma questão de método, onde o Direito deixa o plano ontológico do direito natural e do positivismo jurídico e passa a ser uma linguagem que busca significados. E, por fim, além da análise no plano da linguagem ou do significado do texto, deve-se também analisar o contexto, que pode ser alcançado pelo método da lingüística pragmática, fundamental no processo, principalmente no que diz respeito⁴⁰³ a “custas do processo, duração, efetividade⁴⁰⁴”.

Tratando das questões pertinentes ao processo civil, Dantas afirma que o código civil de 1973, calcado nas premissas do liberalismo individualista do século XIX, não está apto à tutela de interesses decorrentes do que ele denominou ‘violações de massa’, citando uma expressão de Mauro Cappelletti⁴⁰⁵. Por esta razão, diz o autor que o ordenamento jurídico incorporou uma série de medidas legais tendentes à tutela de interesses coletivos, tais como a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, lei 6.938/81; a lei da Ação Civil Pública, a Lei 7.347/85; sendo essa última elevada à categoria de ação de natureza constitucional ante a disposição do artigo 129 da Constituição Federal, e de fundamental importância para a efetividade e defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Cumprido destacar a distinção entre o direito constitucional processual e o direito processual constitucional. Segundo Nery, “direito constitucional processual é ramo do direito público, regido pelas normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. (...) O direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional⁴⁰⁶”.

Em estudos a respeito do mesmo tema, Baracho leciona que os estudos a respeito da relação entre Constituição e processo são recentes e têm como preocupação

⁴⁰³ “O Direito como linguagem é suscetível de uma análise sintática (conexão dos signos entre si); semântica (conexão do signo com o sentido) ou pragmática (que examina o contexto situacional em que o signo é utilizado)”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.81.

⁴⁰⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.pp.82-83. Ver também MARINONI, Luiz Guilherme. *O Custo e o Tempo do Processo Civil Brasileiro*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>, acesso em 21/12/2005.

⁴⁰⁵ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Reflexos da Nova Reforma do CPC na Ação Civil Pública Ambiental*. In LEITE, José Rubens Morato, DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Aspectos Processuais do Direito ambiental*. 2.ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004.p.201.

⁴⁰⁶ NERY Jr. Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constitucional Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.26. Ver também GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

a eficácia das normas constitucionais, o que levou à disciplina do direito processual constitucional. Por outro lado, o estudo dos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais deu origem à disciplina do direito constitucional processual, que se detém “no estudo sistemático dos conceitos, categorias e instituições processuais, consagradas nos dispositivos da Constituição⁴⁰⁷”.

Ainda Baracho, a partir dos estudos de Couture, afirma que aceitando-se o direito de ação como “direito subjetivo público, de caráter constitucional, destaca a sua transcendência normativa”⁴⁰⁸. Nos modernos regimes políticos, afirma ainda esse autor, as relações entre as duas disciplinas, direito constitucional e direito processual, adquirem um maior significado, ante a necessidade da existência de mecanismos eficientes para garantir os direitos humanos⁴⁰⁹.

Na esteira da defesa dos direitos da vida e da dignidade humana, que é o caso do meio ambiente, a mudança do perfil do Estado, que passa do Estado Liberal para o Estado Social, temos a mudança sutil no perfil desse último, a partir do reconhecimento da existência de uma crise ambiental de efeitos globais, que busca convergir para um Estado de Direito Ambiental. As dificuldades do advento do Estado de Direito Ambiental se encontram na obrigatoriedade da mudança no seio da sociedade organizada, pois, passa por uma conscientização da crise ambiental e prática de cidadania participativa. E, principalmente, exige do aparato do Estado, tarefas e políticas públicas voltadas para, “entre outras funções, proteger e defender o meio ambiente, promover educação ambiental, criar espaços de proteção ambiental, executar o planejamento ambiental⁴¹⁰”.

⁴⁰⁷ “Essas matérias tratam dos mecanismos processuais de promover a eficácia das normas constitucionais, através da jurisdição e do processo constitucionais. Além disso, promovem o estudo das normas constitucionais que fixam as bases da organização jurisdicional e suas diversas manifestações.(...) O Direito Constitucional Processual, que surgiu da confluência de dois ramos da Ciência Jurídica, o Direito Constitucional e o Direito Processual, não têm, ainda, contornos definitivos. No exame das relações entra a Constituição e o Processo podemos considerar dois ângulos: o da eficácia das normas constitucionais, através de mecanismos processuais específicos, pela disciplina do *Direito Processual Constitucional*; e o da análise das disposições constitucionais concernentes ao Processo, sob a denominação de *Direito Constitucional Processual*”. BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp.126-127.

⁴⁰⁸ BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp.127-128.

⁴⁰⁹ BARACHO. José Alfredo de Oliveira. *Processo...op.cit.p.128*.

⁴¹⁰ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.pp.31-33.

Num contexto em que o risco, no sentido dado por De Giorgi⁴¹¹, seria resultante das decisões tomadas, objetivando conter ou controlar ameaças imprevisíveis e incontroláveis⁴¹², para promover uma falsa sensação de segurança, não se amolda à idéia de que no ordenamento jurídico e mais especificamente no processo civil, concebido para regular relações intersubjetivas, se encontram as soluções dos problemas nascidos da complexidade de uma sociedade pós-industrial.

Pureza, referindo-se ao modelo de desenvolvimento adotado, assim o descreve: “um modelo de crescimento puramente individual, baseado em decisões puramente individuais, sujeito a regras jurídicas atinentes a meras relações privadas e orientado para objectivos individuais fundamentalmente materiais e economicistas” – associou-se, como é sabido, com a sustentação ideológica de uma compartimentação estanque entre economia e natureza⁴¹³. Alguns instrumentos, tais como a Ação Civil Pública não podem ser explicados e aplicados nos moldes da ordem processual nascida de uma realidade social distinta da contemporânea. Realidade atual, cuja característica é a estreita ligação entre o Estado e a sociedade civil⁴¹⁴, entendida como ente coletivo, onde a relação entre o Estado e a sociedade se dá, não na esfera da contraposição, “mas também no sentido de colaboração”⁴¹⁵.

Em se tratando do Meio Ambiente, a aplicação imprópria dos conceitos do processo civil moldado para as relações intersubjetivas dos indivíduos entre si, ou contra o Estado a que se refere Brandão⁴¹⁶ fica mais evidente. Conforme leciona Tessler, o tratamento obrigatoriamente terá de ser diferenciado, e, neste caso, há que ser uma

⁴¹¹ GIORGI, Raffaele de. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 193.

⁴¹² LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 14.

⁴¹³ PUREZA, José Manuel; FRADE, Catarina. *Direito do Ambiente. I Parte: A Ordem Ambiental Portuguesa*. Coimbra, 2001, p. 49.

⁴¹⁴ Sociedade civil aqui entendida conforme a definição de Boaventura, “como agregação competitiva de interesses particulares, suporte da esfera pública, e o indivíduo, formalmente livre e igual, suporte da esfera pública e elemento constitutivo básico da sociedade civil”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001, p. 82.

⁴¹⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 91.

⁴¹⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p. 91.

visão para o futuro, uma vez que o ressarcimento não conduziria, na maior parte dos casos, ao retorno à situação anterior ao dano⁴¹⁷.

Para que seja respondida a questão que toca a insuficiência de instrumentos, e para que seja operada a tutela jurisdicional nos moldes que venha a satisfazer os requisitos da decisão que alie a busca do significado do texto com o contexto, cumpre ressaltar que o surgimento da Ação Civil Pública, lei n.7347/85, significou um importante avanço no que diz respeito à busca para soluções de conflitos envolvendo direitos difusos e coletivos e interesses metaindividuais, como é o caso do meio ambiente, objeto do nosso estudo.

Mas, para que seja entendida a problemática do processo civil na atualidade e o surgimento de instrumentos voltados a satisfazer demandas coletivas como é o caso da Ação Civil Pública, é preciso, mesmo que brevemente, que se apresentem alguns contornos conceituais de institutos do processo civil.

Apenas para que fiquem estabelecidos os contornos dos conceitos que vamos trabalhar, temos que Direito é, nas palavras de Ihering, citado por Grau, “um instrumento de organização social: sistema de normas (princípios) que ordena – para o fim de assegurar-la – a preservação das condições de existência do homem em sociedade”⁴¹⁸. Ainda, Grau afirma que, por esta razão, o direito é definido como “mecanismo tendente a regulação de conflitos”⁴¹⁹.

Conflito é, por sua vez, distinguido por esse autor da noção de litígio. Grau, citando palestra proferida por Jeammaud, em Paris, chama a atenção para o fato de que os juristas usualmente supõem que o conflito nasce do descumprimento das regras, e que estas funcionam para restaurar a paz rompida com o descumprimento das regras. Ante tal constatação, é necessário distinguir o conflito do litígio. O litígio seria a redução do conflito, ou seja, seria a parte que o direito se ocupa quando ocorre o descumprimento das regras, uma vez que, se dá entre profissionais que agem mediante um mandato, num

⁴¹⁷ TESSLER, Luciane Gonçalves. *O principio do poluidor pagador como parâmetro para a mensuração da multa coercitiva na prestação da tutela inibitória ambiental*. Revista de Direito Processual Civil. Ano VII. Curitiba: Janeiro-Março, 2002.

⁴¹⁸ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2 edição.p. 20.

⁴¹⁹ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2 edição.p. 20.

campo específico e delimitado pelo objeto da demanda⁴²⁰. “O que o direito resolve (...) é a oposição de pretensões jurídicas⁴²¹”.

A jurisdição é uma das expressões do poder estatal e tem como função a pacificação social, na lição de Cintra, Grinover e Dinamarco. Ainda esses autores afirmam que prevalecendo os ideais do Estado social, no qual o “ objetivo – síntese (...) é o *bem- comum*⁴²² e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça⁴²³”.

Tentando conceituar o processo, e chamando a atenção para sua complexidade, Abelha o define como um caminho para frente, que serve de ligação de um lugar para outro, e frisa que somente dessa forma tem sentido pensar em processo, não só como um caminho, mas como o caminho que existe entre o direito lesado e a proteção estatal. O objeto do processo, ou sua razão de ser é a pretensão, que está dividida em: processo de declaração (da norma concreta), processo de execução (satisfação da norma concreta) e processo cautelar⁴²⁴. Do ponto de vista de sua função

⁴²⁰ GRAU, Eros Roberto, op.cit.p.20-21.

⁴²¹ Palestra realizada em Paris 19 de fevereiro de 1994, *Règles Juridiques et Conflits*. GRAU, Eros Roberto, op.cit.p.20. Ver também Cintra et tal, que afirmam “Na grande maioria dos casos não-penais, os preceitos cumprem-se pela vontade livre das pessoas às quais se dirigem, satisfazendo-se direitos, cumprindo-se obrigações, extinguindo-se normalmente relações pessoais, sem qualquer interferência dos órgãos da jurisdição CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.39.

⁴²² “O conceito de Bem comum é próprio do pensamento político católico, e, em particular, da escolástica nas suas diversas manifestações desde S. Tomás a J. Maritain, e está na base da doutrina social da igreja, baseada no solidarismo. O Bem comum é, ao mesmo tempo, o princípio edificador da sociedade humana e o fim para o qual ela deve se orientar do ponto de vista natural e temporal. (...) Toda atividade do Estado, quer política quer econômica, deve ter como objetivo criar uma situação que possibilite aos cidadãos desenvolverem suas qualidades como pessoas; cabe aos indivíduos, singularmente impotentes, buscar solidariamente em conjunto este fim comum. O conceito de Bem comum voltou recentemente à cena com a análise econômica dos bens coletivos ou públicos e com as concepções do neo-contratualismo”. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: CACAIS, Luis Guerreiro Pinto; MÔNACO, Gaetano Lo; DINI, Renzo; VARRIALLE, Carmen C.. Brasília: Universidade de Brasília, 1986, pp. 106-107.

⁴²³ “(...) O Estado brasileiro quer *uma ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais* (art.193) e considera-se responsável pela sua efetividade. Par o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem-comum, ou bem-estar social (Welfare state)”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004. pp.20-25.

⁴²⁴ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense Universitária, 2003.p. 3-4.

jurídica, o direito processual é instrumento pelo qual o Estado faz a ligação entre o mundo das pessoas e do próprio Estado e a ordem jurídico material⁴²⁵.

Para que o processo chegasse a sua atual fase, a da instrumentalidade, foi necessário ultrapassar mais duas fases metodológicas, até a metade do século XX o processo era somente o meio para o exercício de direitos e a ação era entendida como o próprio direito subjetivo material lesado. Nesse período definido como do sincretismo, pois não se reconhecia a autonomia do direito processual, a doutrina alemã iniciou os estudos a respeito da natureza jurídica do processo e da ação⁴²⁶.

Na segunda fase, denominada autonomista ou conceitual, onde se formularam as maiores teorias científicas a respeito do direito processual, onde se definiu a natureza jurídica do processo e da ação, as condições dessa e seus pressupostos, a grande preocupação era a afirmação da autonomia do processo e, principalmente o reconhecimento do direito processual como ciência⁴²⁷.

A fase da instrumentalidade, na qual se encontra o processo, tem um perfil mais crítico, uma vez que se preocupa em estudar as “grandes matrizes constitucionais do sistema processual. O direito processual constitucional, como método supralegal no exame dos institutos do processo, abriu caminho, (...) para o alargamento dos conceitos e estruturas e superamento do confinamento de cada um dos ramos do direito processual⁴²⁸”.

O processualista, nesta atual fase, se preocupa em recuperar a finalidade concreta do processo, ao reconhecer que sendo esse uma ferramenta, deve esta ser apta a desempenhar, de forma adequada, a sua função. Assim, pensa-se o processo a partir das

⁴²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.41.

⁴²⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.42.

⁴²⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. p.42-43.

⁴²⁸ A respeito da fase instrumental, CINTRA et al afirma que: “Diz-se que, no decorrer dessa fase ainda em andamento, tiveram lugar *três ondas renovatórias*, a saber: a) uma consistente nos estudos para a melhoria da assistência judiciária ao necessitados; b) a segunda voltada à tutela dos interesses supra-individuais, especialmente no tocante aos consumidores e à higidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos); c) a terceira traduzida em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, ligados ao modo-de-ser do processo (simplificação e racionalização de procedimentos, conciliação, equidade social distributiva, justiça mais acessível e participativa etc.)”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43.

características do próprio direito material a ser concretizado, que “em primeiro lugar, não altere (ou negue) a essência do direito material deduzido e, em segundo, que esteja em perfeita sintonia com a situação específica⁴²⁹”.

Arenhart aponta, sob o ponto de vista da efetividade do processo, cinco análises específicas e distintas a saber: que inicialmente o processo possua ferramentas adequadas para a proteção de todos os direitos assegurados no ordenamento jurídico; que essas ferramentas sejam passíveis de serem utilizadas por todos os titulares dos direitos, mesmo quando indeterminados e indetermináveis esses sujeitos; o direito a prova se inclui entre os pontos de vista relacionados à efetividade do processo, uma vez que é necessário para o Estado saber se o direito realmente existe; a eficácia do provimento jurisdicional também está relacionado à efetividade uma vez que “reconhecer um vencedor e um vencido, sem ter condições de realizar concretamente essa vitória⁴³⁰”; por fim, a efetividade tem que ter como ponto de partida uma noção mínima de obtenção do melhor resultado com o menor esforço e no menor tempo possível⁴³¹.

Assim, a busca por tutelas diferenciadas está diretamente relacionada com a efetividade do processo, com a “construção de mecanismos de tutelas adequadas à realidade de cada direito material sustentado no processo⁴³²”.

Tentando definir as expressões tutela material e tutela jurisdicional, buscou-se, no Aurélio⁴³³, o significado da palavra tutela, a saber: defesa, amparo, proteção. Portanto, não podendo se afastar dessa definição, a tutela de direitos ou tutela material é, na definição de Tessler, a forma pelo qual o legislador dá a determinada realidade, a qualidade de bem jurídico, conforme ocorre em relação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado conferido pela Constituição Federal, com isso a lei prevê instrumentos e mecanismos de proteção que consistem em um fazer ou um não fazer para que se proteja a integralidade desse direito. Citando, como exemplo, o estudo prévio de impacto ambiental, a escolha de áreas de reserva legal e as áreas de preservação

⁴²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol.6.* São Paulo: 2003, p.30.

⁴³⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol.6.* São Paulo: 2003, p.32.

⁴³¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*, op.cit.p.33.

⁴³² ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva.* Op.cit.p.33.

⁴³³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

permanentes, como formas de proteção de um direito cuja natureza é extraprocessual, ou seja, é uma tutela de natureza material⁴³⁴.

Ocorre que, nem sempre o direito material, por si só, é garantidor da inviolabilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, assim, é necessário recorrer a instância estatal para fazer funcionar uma de suas funções – a função jurisdicional – onde, por provocação, o poder judiciário é chamado a decidir a respeito da questão referente ao direito material violado, o que não significa que o exercício do direito de provocar o judiciário, ou seja, o direito de ação, não implica necessariamente em ter o provimento favorável ao pedido, não se confundindo, portanto, o direito de ação com o próprio direito material protegido⁴³⁵.

Mesmo em se tratando de tutela jurisdicional, cujo objetivo precípua é a pacificação social, nem sempre é possível cumprir esse objetivo haja vista alguns aspectos de natureza doutrinária que se apresentam como dogmas no nosso processo civil, tais como as condições da ação, a classificação das sentenças, a coisa julgada material.

Historicamente, o processo civil brasileiro se filiou à doutrina italiana de Enrico Túlio Liebman que classifica as sentenças proferidas, em processo de conhecimento, como declaratórias, constitutivas e condenatórias⁴³⁶. Ocorre, porém, que baseado na doutrina Alemã, Pontes de Miranda, citado por Dantas, chamava a atenção

⁴³⁴TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Tutela Inibitória, Tutela de Remoção, Tutela de Ressarcimento na Forma Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 156.

⁴³⁵ “O Direito à tutela jurisdicional, como mencionado, consiste no direito de todo cidadão de, após ter provocado o Estado-Juiz, obter uma resposta adequada para a proteção do seu direito. (...) Perceba-se que o direito à tutela jurisdicional apresenta significado maior que 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. (...) Mesmo o autor que não tem razão possui direito à tutela jurisdicional, visto que esta pressupõe apenas afirmação de direito.(...) A *tutela do direito*, por sua vez, resulta da proteção efetiva de um direito afirmado, em razão do reconhecimento de estar seu titular amparado pelo direito material. (...) É por isso que a tutela do direito pode ser fruto de uma prestação jurisdicional – caso em que a tutela jurisdicional estará prestando também uma tutela do direito -, como pode advir também do plano extraprocessual, prestada no plano do direito material, em razão da “tutela de direitos”. TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Tutela Inibitória, Tutela de Remoção, Tutela de Ressarcimento na Forma Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 pp. 158-159.

⁴³⁶DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Reflexos da Nova Reforma do CPC na Ação Civil Pública Ambiental*. In LEITE, José Rubens Morato, DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Aspectos Processuais do Direito ambiental*. 2.ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004.p.204.

para duas outras classificações de grande importância, no aspecto prático, que seriam os pronunciamentos de conteúdo mandamental e executivo⁴³⁷.

No caso do direito ambiental, a sentença de conteúdo mandamental é de fundamental importância para sua efetividade, considerando que a quase totalidade das ações de natureza coletiva ou que envolve interesses metaindividuais não se conciliam com a sistemática do processo civil clássico que exige uma nova demanda judicial, agora para executar o conteúdo da sentença. Preocupado com esse aspecto do processo civil brasileiro, inúmeros doutrinadores desenvolveram estudos a respeito de tutelas verdadeiramente eficientes para cuidar de direitos e interesses metaindividuais, e mais especificamente o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado⁴³⁸.

Em estudo a respeito da tutela específica, Marinoni afirma ser um equívoco pensar que o único problema referente à tutela dos direitos difusos e coletivos se circunscreve às questões relativas as condições da ação e dos “limites subjetivos da coisa julgada material⁴³⁹”. E, isso porque não se pode mais pensar em termos de titularidade da ação e titularidade do direito material quando, em demandas que envolvem interesses ou direitos difusos ou coletivos como as de direito ambiental, os direitos não podem ser atribuídos a uma única pessoa.

Ainda sobre o direito coletivo, Marinoni ainda chama a atenção para o fato de que a tutela de direitos difusos ou coletivos não pode ser tutelado de forma efetiva pela via ressarcitória, e, nesse caso, o exemplo, por excelência, é o direito ao meio ambiente equilibrado, “é absolutamente imprescindível, para se tutelar com efetividade os novos direitos, a tomada de consciência de que a tutela jurisdicional, em muitos casos, deve deixar de lado a segurança jurídica, envolta na relação coisa julgada material-

⁴³⁷ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Reflexos da Nova Reforma do CPC na Ação Civil Pública Ambiental*. In LEITE, José Rubens Morato, DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Aspectos Processuais do Direito ambiental*. 2.ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004.p.204.

⁴³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. ver também desse mesmo autor. *Tutela Específica*,(arts.461,CPC e 84,CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Tutela de Urgência nas Lides Ambientais: Provimentos liminares, cautelares e antecipatórios nas ações coletivas que versam sobre meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. TESSLER,Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Tutela Inibitória, Tutela de Remoção, Tutela de Ressarcimento na Forma Especifica*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

⁴³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*,(arts.461,CPC e 84,CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 32.

execução forçada, para permitir a tutela do direito material antes da realização plena do direito à ampla defesa⁴⁴⁰,

Cumpre, para finalizar o presente item, salientar que institutos tais como a já referida Ação Civil Pública, Ação Popular previstos nas Constituição Federal, são instrumentos indispensáveis para a tutela do meio ambiente, conjugados com mecanismos cujo provimento liminar de urgência, constantes no código de processo civil e na legislação especial, tende a dar mais celeridade e efetividade à defesa do meio ambiente equilibrado tais como: a providência do parágrafo terceiro do artigo 273 do CPC, modificado pela Lei n. 10.444/02, o artigo 11 da lei da Ação Civil Pública, bem como a liminar nas ações cautelares⁴⁴¹.

Não obstante isso, deve-se evoluir na busca de uma ação que iniba o ilícito com base no princípio da prevenção⁴⁴² do processo civil, conforme leciona Marinoni, a tutela inibitória do ilícito muito embora se localize mais frequentemente no domínio dos direitos absolutos, nada impede que seja utilizada em outros direitos onde a tutela de remoção ou de ressarcimento não demonstrar ser eficiente, o caso do meio ambiente é evidente⁴⁴³. No mesmo sentido, Leite e Ayala, ao definirem os princípios da prevenção e precaução que regem o meio ambiente, propugnam pela adoção de tutela diferenciada⁴⁴⁴.

⁴⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*, (arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 32.

⁴⁴¹ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Tutela de Urgência nas Lides Ambientais: Provimentos liminares, cautelares e antecipatórios nas ações coletivas que versam sobre meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p. 20-21.

⁴⁴² Prevenção aqui no sentido do princípio que informa o gênero tutela preventiva que na lição de Ovídio Batista “tem por fim dar proteção jurisdicional ao direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pela ordem jurídica como legítimos (...) preponderantemente, proteger pretensões de direito material, ações e exceções, quando seus respectivos titulares aleguem que tais interesses, reconhecidos e protegidos pelo direito, encontrem-se sob ameaça de um *dano irreparável*” (itálico no original). SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (tutela de urgência)*, Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 17. Não confundir com o instituto da prevenção ou “*perpetuatio jurisdictionis*” (grifo da autora) previsto nos artigos 106 e 219 do CPC. Ver também ALVIM, Arruda. *Manual de Processo Civil. Vol. I, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 195.

⁴⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 73.

⁴⁴⁴ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 153.

Esse será o tema tratado mais adiante no item 3.3 ,onde serão estudadas as tutelas jurisdicionais mais eficientes para a gestão do risco, bem como os instrumentos processuais como a ação civil pública como mecanismo de prevenção do dano ambiental, definindo, com esse mesmo propósito, os contornos da ação popular.

3.2. A Ação Civil Pública como mecanismo jurisdicional para a prevenção do dano Ambiental e os contornos da Ação Popular quando utilizados para a defesa do meio ambiente.

Conforme já dito no item anterior, o Direito é uma linguagem em busca de significados. Deixando de lado, o plano ontológico do Direito Natural e do positivismo jurídico, analisa-se, além do texto, o contexto e a razão pela qual nasce a norma, a fim de que seu conteúdo possa ser mais bem compreendido e procurando conjugar de forma eficiente a teoria com a prática. É necessário, para fins do presente estudo, apresentar os contornos teóricos da ação civil pública e da ação popular para que sejam analisados como instrumentos de tutela jurisdicional dos interesses difusos, e, mais especificamente, como instrumentos da defesa do meio ambiente, na perspectiva da sociedade de risco, objetivando através de tutelas jurisdicionais eficientes o seu gerenciamento.

Para efeitos didáticos e utilizando o critério cronológico, o estudo vai ser iniciado pela Ação Popular, lei n. 4.717 de 26 de junho de 1965, que já se encontra arrolada como garantia constitucional desde a Constituição 1934, e por todas as posteriores com exceção da Constituição de 1937, na lição de Barbosa Moreira⁴⁴⁵. Abelha aponta a ação popular como primeiro instrumento na defesa dos interesses metaindividuais no Brasil, mas que, apesar de ter representado uma grande revolução no

⁴⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos”. Revista de Processo, n. 28. São Paulo: RT, 1982, p. 7. ver também LEITE. José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.152.

sistema processual, padecia e padece de problemas que se apresentam insuperáveis segundo esse autor e na opinião da maioria da doutrina, cumpre frisar⁴⁴⁶.

O primeiro problema da ação popular, citado por Abelha, diz respeito ao fato de que como essa ação tem como legitimado o cidadão que, em geral, é parte hipossuficiente tanto técnica, quanto economicamente, o que acarreta na maioria dos casos insuficiência processual.

Um problema superado com o advento da Constituição Federal é o referente ao custeio do processo, pois no seu artigo 5º, inciso LXXIII, isenta o autor das custas e honorários advocatícios, ressaltando a hipótese de configurada má fé, regra descrita por Barbosa Moreira como inibidora de atitudes maliciosas ou destituídas de seriedade, “a lei põe à prova a boa fé e a atitude de propósitos do cidadão, fazendo-o assumir um risco ponderável, que normalmente só enfrentará quem esteja imbuído da convicção sincera de servir” a toda coletividade. Essa regra não exclui possível indenização por perdas e danos, bem como a litigância de má fé do artigo 18 do Código de Processo Civil⁴⁴⁷.

A legitimidade, na ação popular, é concorrente e disjuntiva⁴⁴⁸, assim como na ação civil pública, e a razão dessa legitimidade, em se tratando mais especificamente de meio ambiente que é o objeto do estudo, deve-se ao fato de que o interesse ultrapassa a noção de indivíduo, pois o bem ambiental é direito fundamental de toda a sociedade, “estamos diante de um direito metaindividual, supra-subjetivo, ao qual

⁴⁴⁶ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p. 13.ver também BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: Habitus, 2001.p.249.

⁴⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos”. Revista de Processo, n. 28. São Paulo: RT, 1982, p.13.

⁴⁴⁸ No Aurélio o termo disjuntiva significa próprio para disjungir, para separar. Segundo Abelha o termo disjuntiva não é adequado por semanticamente passar a idéia de que a legitimidade é de um ou de outro, quando na norma o sentido é de que a legitimidade é de um independente do outro, no entender desse autor o termo concorrente também não seria a melhor solução haja vista que o termo significa convergência de fins, para esse autor a melhor terminologia seria “coletiva, exclusiva (não complexa) e taxativa. Afirma Abelha “trocando em miúdos, a legitimidade prevista é do tipo coletiva, porque vários entes a possuem (especificamente previstos na norma) ; do tipo exclusiva porque não precisam de anuência um do outro para proporem a demanda; e, por fim, taxativa porque sós os entes arrolados na lei é que receberam a atribuição de representantes adequados para a tutela dos interesses coletivos lato sensu”. ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p.60.

o sistema jurídico confere uma forma diferenciada de tutela⁴⁴⁹”, por essa razão a legitimação ativa na ação popular, nos termos do sistema processual clássico, é ordinária.

Barbosa Moreira, a respeito da legitimidade ativa, chama a atenção para um ‘ponto sensível⁴⁵⁰’ da Ação Popular, considerando a hipótese de conluio entre um dos legitimados e a autoridade que for parte passiva da demanda -“mediante demanda mal instruída e condução negligente do feito”-pode esta última obter legitimação do ato eivado de vício. Não obstante considerar essa hipótese como passível de ocorrer, segundo o mesmo autor, tal perigo se encontra atenuado com a presença obrigatória do Ministério Público como *custos legis*, como também a possibilidade de qualquer outro legitimado ativo poder recorrer de decisões desfavoráveis ao autor, e a relativização da coisa julgada que na ação popular possui peculiaridades próprias⁴⁵¹.

A ação é dirigida contra a todas aquelas pessoas elencadas no artigo 6º da lei 4.717/ 65, inclusive os possíveis beneficiados pelo ato, todos em litisconsórcio passivo necessário, respondendo todos com seu patrimônio pessoal pela lesão, e isso ocorre porque a ação popular visa proteger a pessoa jurídica supostamente lesada pelo ato praticado por um seu representante em sentido *lato*.

Ocorre, porém, que a noção de patrimônio público adotada pela lei da ação popular, apesar de ter se configurado num avanço para a época, uma vez que a ampliou para além dos aspectos da lesão pecuniária⁴⁵², para abranger além dos bens e direitos de valor econômico, incluir também os de valor artístico, estético ou histórico, não é adequada ao regime referente ao direito ao meio ambiente no que diz respeito ao aspecto do próprio objeto da tutela. Querendo com isso dizer que muito embora a ação tenha como objeto o resguardo do patrimônio público abrangendo além de aspectos materiais, aspectos de natureza imateriais, como a paisagem, os monumentos históricos, a poluição do ambiente, é obvio que a tutela ressarcitória de alguns desses bens

⁴⁴⁹SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A Tutela Jurisdicional do Meio Ambiente e seu Grau de Eficácia*. In LEITE, José Rubens. DANTAS Marcelo Buzaglo (org.). *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.266.

⁴⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos””. Revista de Processo, n. 28. São Paulo: RT, 1982, p.12.

⁴⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Ação Popular .op.cit. p.12.(grifo do autor).

⁴⁵² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos””. Revista de Processo, n. 28. São Paulo: RT, 1982, p.10.

juridicamente tutelados, como é o caso da poluição do ar, não significa um retorno à situação anterior, portanto, essa tutela é insuficiente se forem utilizados os parâmetros da própria lei que definem o seu objeto, para o seu deferimento⁴⁵³.

Esse novo aspecto do Direito, trazido pela perspectiva dos direitos de terceira dimensão que quebram paradigmas e redefinem conceitos e institutos jurídicos tradicionais, foi definido por Lorezenti como problema decodificante⁴⁵⁴, e o direito ambiental é apontado como exemplo, conforme já dito anteriormente. Outros doutrinadores, como Souza, citando Antunes, faz referência a esse fenômeno como sendo a “revolta do objeto⁴⁵⁵”, querendo dizer que, em algumas hipóteses, a proteção do bem constitucionalmente protegido se dá com o reconhecimento, pelo próprio ordenamento jurídico, da necessidade de tutelas que resguardem não o direito à tutela, mas o próprio objeto com suas características próprias, objetiva e diretamente⁴⁵⁶.

Não obstante esse tema seja tratado posteriormente de forma mais aprofundada, cumpre frisar que a essa noção de tutela diretamente dirigida ao resguardo do objeto, está relacionada a noção de bem ambiental como categoria especial de bem juridicamente protegido e tem, por conseqüência, ampliar a noção de acesso à justiça⁴⁵⁷, em razão da preocupação maior do jurista com a efetividade teórico-prática do processo, assim, a ação popular, na esteira das modificações ocorridas na sociedade, deve se adequar a exigência de que uma nova ordem jurídica seja criada para dar respostas eficientes para os conflitos nascidos dessa realidade complexa e de massa.

Se, pelo lado da legitimação ativa, a ação popular representa, na lição de Leite, a instituição no ordenamento jurídico nacional da democracia social ambiental, correspondendo a um aperfeiçoamento do exercício solidário e compartilhado entre o

⁴⁵³ Ver a esse respeito LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, p.75. MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Inibitória (Individual e Coletiva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.36.

⁴⁵⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998, p.51.

⁴⁵⁵ SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A Tutela Jurisdicional do Meio Ambiente e seu Grau de Eficácia*. In LEITE, José Rubens. DANTAS Marcelo Buzaglo (org.) *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: 2004, p.232.

⁴⁵⁶ SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. *A Tutela Jurisdicional do Meio Ambiente e seu Grau de Eficácia*. In LEITE, José Rubens. DANTAS Marcelo Buzaglo (org.) *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: 2004, p.232.

⁴⁵⁷ No sentido de ampliação do acesso à justiça dado por Capelletti e Garth. CAPELLETTI, Mauro. GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.9-11.

Estado e a sociedade do poder-dever de proteção ao meio ambiente, conforme o artigo 225 da Constituição Federal⁴⁵⁸, cumprindo frisar que não necessita o cidadão demonstrar ter interesse pessoal para promover a ação popular em defesa do meio ambiente.

Pelo lado do objeto, restringe-se à tutela do patrimônio público definido pela própria lei da ação popular no parágrafo 1 do seu artigo 1 que considera patrimônio público, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético e histórico.

No caso de ter a ação popular como objeto o meio ambiente, por comportar esse bem algumas peculiaridades, ou seja, deve ser considerado como bem autônomo, ou macrobem pertencente à toda coletividade⁴⁵⁹, uma vez que em relação ao mesmo vigora um regime diferenciado de conceituação de bem juridicamente protegido, a tutela desse interesse e a restrição quanto à legitimidade passiva deve ser enxergada nessa perspectiva, pois se ação popular somente cabe em relação a atos lesivos praticados pelo poder público, atos praticados por particular contra bens e direitos de uso comum do povo não estariam acobertados pela lei que a regulamenta, em relação ao meio ambiente esta leitura restritiva deverá ser superada, pois na lição de Leite, “para uma melhor configuração do legitimado passivo, vale a pena uma análise do conceito de ato⁴⁶⁰”.

Afirma Leite, se a demanda popular é caracterizada pela existência de um ato lesivo ao bem ambiental como bem do uso comum do povo strictu senso, esse ato deve ser entendido em uma concepção que esse autor chamou de “eclética”, pois tanto pode ser um ato cometido pelo poder público, quanto pelo particular, desde que exercendo atividade relacionada ao poder público, cumprindo frisar que não se trata somente de funções delegadas pelo poder público, pois dessas situações a própria lei tratou. Trata-se de atividades em que o poder público deveria ter funcionado e não o fez, tomando o exemplo dado por esse mesmo autor, temos a hipótese de “ato de poluição atmosférica causado por empresa que não obteve licença. O que viria a ser desconstituído

⁴⁵⁸ LEITE. José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 147.

⁴⁵⁹ LEITE. José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 81-85.

⁴⁶⁰ LEITE. José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.162.

seria o ato material do particular, muito embora necessária será a participação do poder público, que deixou de exercer o seu controle de fiscalização⁴⁶¹”.

A forma diferenciada com que é tratada a questão da natureza jurídica do bem ambiental na sua dimensão material como macrobem traz peculiaridade aos aspectos processuais, mais especificamente no que diz respeito ao “contraditório das pessoas que não participariam e a coisa julgada que a todos atingiriam⁴⁶²”, aos quais o legislador apresentou solução interessante na lição de Barbosa Moreira,

Nesse aspecto, Barbosa Moreira⁴⁶³ afirma que na hipótese de improcedência do pedido, se os efeitos da sentença fossem limitados ao autor da ação, haveria a possibilidade, sempre aberta, para que todos os legitimados, ou seja, todos os cidadãos impugnassem o ato, causando insegurança para os entes públicos, bem como prejuízo para a economia processual. Em se estendendo os efeitos da sentença a todas as pessoas, mesmo as que não participaram do processo, haveria o risco do pré-mencionado conluio e, por via transversa, o ato ilegítimo poderia se legitimar e perpetuar-se.

Assim, a solução, segundo o mesmo Barbosa Moreira, foi dada pelo legislador no artigo 18 da lei de ação popular, senão vejamos: se o pedido do autor é deferido e anulado o ato lesivo à sentença permanece com efeito *erga omnes*; se o pedido é indeferido por inexistência de fundamento para anular o ato, o efeito da sentença é *erga omnes* e o ato não poderá ser, de novo, impugnado judicialmente sob o mesmo fundamento, mesmo que por outro autor; se o pedido é indeferido por insuficiência de prova da ocorrência do ato lesivo, não ocorre a coisa julgada material e o ato poderá ser de novo impugnado, tanto pelo mesmo autor quanto por qualquer outro cidadão⁴⁶⁴.

Cumprindo salientar que, com o objetivo de inibir uma sucessão de ações populares com o mesmo objeto, o legislador fixou em cinco anos o prazo

⁴⁶¹ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.162.

⁴⁶² ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 14-15.

⁴⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “*A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos”*”. Revista de Processo, n. 28. São Paulo: RT, 1982, p.10.

⁴⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “*A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos”*”. Revista de Processo, n. 28. São Paulo: RT, 1982, p.17.

preclusivo constante no artigo 21 da lei de ação popular, o qual, na crítica de Barbosa Moreira, foi considerado pelo legislador como sendo prazo prescricional⁴⁶⁵.

O instrumento ao qual Abelha⁴⁶⁶ aponta como solução para os problemas conjunturais da Ação Popular é a Ação Civil Pública, que nasce num contexto de “sociedade de massa”, caracterizada por certo modo de produção, “industrialização e a submissão do trabalho humano ao ritmo da máquina, sob o signo do ‘time is money’, objetivando alcançar a produção em larga escala, com maior lucro possível⁴⁶⁷”, e num ambiente de grande concentração de pessoas nos centros urbanos. Nessa sociedade complexa, onde o conflito faz parte da sua dinâmica, os interesses são difusos e o Direito participa com a ação civil pública como mecanismo para responder estas reivindicações⁴⁶⁸.

Em linhas gerais a primeira notícia sobre ação civil pública se deu na França do Século XIX, na Lei de 20 de abril de 1810, onde no seu artigo 46 conferia ao Ministério Público a seguinte atribuição⁴⁶⁹: “o Ministério Público poderá promover ação civil, obtendo a qualidade de parte principal (partie principale) nos casos em que a lei estabelecer, bem como poderá intervir com parte adjunta (partie jointe) sempre que houver interesse público⁴⁷⁰”.

A *Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial*, de 15 de setembro de 1870, na Espanha, dispunha em seu artigo 763: ‘Compete ao Ministério Público promover a ação da justiça no que concerne ao interesse público⁴⁷¹’. Da mesma forma, na Itália, unificada, a lei de organização judiciária previu a ação civil pública

⁴⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos”. Revista de Processo, n. 28. São Paulo: RT, 1982, p.17.

⁴⁶⁶ ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p. 14.

⁴⁶⁷ GUERRA, Isabella Franco. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p. 7.

⁴⁶⁸ GUERRA, Isabella Franco. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p. 7.

⁴⁶⁹ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY jr. Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.p.17.

⁴⁷⁰ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY jr. Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.p.17.

⁴⁷¹ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY jr. Nelson. *A Ação Civil Pública*.op. cit.p.18.

como atribuição do Ministério Público, hoje tal determinação foi repetida pelo Código de Processo Civil⁴⁷².

Em Portugal, a Ação Civil Pública seria afeta à justiça eclesiástica, em questões relacionadas a casamento, atribuição conferida ao promotor eclesiástico, mas conforme leciona Ferraz et al, o fato de tal atribuição ser conferida à ‘parte pública’ já é suficiente para considerá-la como uma espécie de ação civil pública⁴⁷³. Nas Ordenações Filipinas, vigente no direito brasileiro, a mesma ação tinha como titular o Ministério Público que poderia promovê-la *ex officio*, conforme Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890⁴⁷⁴.

Do exposto se deduz, de forma evidente, que o Ministério Público está umbilicalmente ligado ao instituto da ação civil pública, e muito embora se entenda que tal legitimação não deva ser restrita a essa instituição, haja vista a gama de novos direitos e interesses em conflito não comportar tal restrição, essa atribuição dada ao *Parquet* tem sua fundamentação ancorada no fato de que na esfera da ação civil pública a legitimidade para agir tem natureza diferente daquela conferida pelo código de processo civil, mesmo porque, na esfera dos direitos coletivos, os conceitos relacionados a direitos de índole subjetiva não são adequados para a ação civil pública, sob pena de esvaziamento desse importante instrumento, conforme salienta Brandão⁴⁷⁵.

Porém, antes do advento da lei 7.347/85, havia sérias discordâncias a respeito da legitimação ativa na defesa dos interesses difusos, na Itália Capelletti, citado por Ferraz et al e no Brasil, Ada Pellegrini Grinover esposando os mesmos argumentos do jurista italiano, tinha como óbice a disposição do artigo 6º do Código de Processo Civil, que trata da legitimação extraordinária para direitos de índole subjetiva⁴⁷⁶.

Não foram poucos os esforços para que se chegasse a uma solução para o problema, entre as soluções apontadas por Kazuo Watanabe temos aquela que indicava

⁴⁷² FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY jr. Nelson. *A Ação Civil Pública*. op. cit.p.18.

⁴⁷³ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY jr. Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.p.18.

⁴⁷⁴ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY jr. Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.p.19.

⁴⁷⁵ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998,p.111.

⁴⁷⁶ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY jr. Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.p.62.

a necessidade de ser dada uma interpretação mais aberta para o referido artigo 6º do código de processo civil, à luz do disposto da Constituição Federal de 1967. Solução combatida por José Carlos Barbosa Moreira, dizendo em linhas gerais que a possibilidade de contornar o óbice do artigo 6º do código de processo civil era possível desde que se reconhecesse que o interesse difuso não é a soma dos interesses individuais, sendo, isto sim, um interesse geral da coletividade, qualitativamente diverso e passível de ser defendido judicialmente por uma associação, em nome próprio, em caráter de legitimação ordinária e não extraordinária. Terminando o referido jurista por sugerir que diante do obstáculo do artigo 6º do código de processo civil, seria necessário a modificação desse dispositivo legal⁴⁷⁷.

Ferraz et al, na época, apresenta sua sugestão de que a solução para a legitimação ativa na defesa dos interesses difusos às associações ou qualquer particular, deveria ser dada através de lei, que deveria prever a participação obrigatória do Ministério Público, que de qualquer forma seria indispensável, segundo o autor, por força do artigo 82,III do código de processo civil⁴⁷⁸.

Os esforços da época tiveram como fruto em 1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente⁴⁷⁹, que no seu artigo 14 prevê a possibilidade da ação civil pública ser proposta pelo ministério público para reparação de danos ao meio ambiente, sendo que esse dispositivo seria regulado pelo código de processo civil, uma vez que a referida lei foi omissa a respeito.

Em conjunto, juristas da época e o ministério público paulista apresentaram seus respectivos anteprojetos de lei no sentido da criação da lei da Ação Civil Pública, que culminou em 1985, com a lei n. 7.347/85 fruto da junção de ambos os anteprojetos.

⁴⁷⁷ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY jr. Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.pp.62-63.

⁴⁷⁸ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY jr. Nelson. *A Ação* op.cit. p. 64. Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

- I- omissis
- II- omissis
- III- Nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

⁴⁷⁹ Lei n. 6.938/81.

A lei aprovada em 1985 previa apenas ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e consumidor, ação cautelar e ação de obrigação de fazer e não fazer relacionados a esses mesmos direitos, portanto, o provimento judicial era de natureza condenatória. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e, mais adiante, em 1990, do código de defesa do consumidor ampliou-se o campo de atuação da lei da Ação Civil Pública, para, além da tutela dos direitos difusos e coletivos servir para a defesa dos direitos individuais e homogêneos. Outra novidade introduzida pelo código de defesa do consumidor foi a possibilidade de qualquer ação para a defesa do direito difuso e coletivo, agora conceituado pelo referida legislação⁴⁸⁰, com provimento de qualquer natureza, ou seja, mandamental, condenatória, inclusive, com execução lato sensu, declaratória ou constitutiva, atendendo-se à tutela dos bens protegidos pela lei n. 7.347/85⁴⁸¹.

A natureza da Ação Civil Pública é, segundo Abelha, eminentemente processual, muito embora ela tenha nascido para regulamentar a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, e primeiramente disponha apenas da ação de responsabilidade civil por danos causados, a sua atual feição permite que a mesma seja manejada tanto para a defesa dos direitos supra-individuais, não somente os do meio ambiente, mas também serve para tutelar qualquer tipo de crise jurídica, ou seja, crise de descumprimento (fazer ou não fazer), crise de certeza jurídica (conflito de interesses), ou crise de situação jurídica para obtenção de uma nova situação jurídica, um bom exemplo é a ação para anulação de licença ambiental⁴⁸².

O surgimento da ação civil pública na feição adotada pela lei 7.347/85 e ampliada pela Constituição Federal e código de defesa do consumidor, tem como

⁴⁸⁰ “A grande novidade do Código de Defesa do Consumidor, em termos de tutela jurisdicional, foi a criação da categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos, que são na verdade direitos subjetivos tradicionais, passíveis, ainda hoje, de tratamento processual individual, mas também, agora, de tratamento coletivo, em razão de sua homogeneidade e de sua origem comum”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action For Damages à Ação de Classe Brasileira: Os requisitos de Admissibilidade*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85- 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002,p.17.

⁴⁸¹ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p. 18.

⁴⁸² ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p. 20.

inspiração a “Class action⁴⁸³” do direito norte americano, que tem suas origens no Século XVII, na ‘Bill of Peace’ do direito inglês, esse instituto tem como característica a possibilidade de um ou mais sujeitos, poderem ser parte ativa ou passiva de uma ação, em nome próprio e de outros que tenham o mesmo interesse ou interesse assemelhado, conforme afirma Benjamin. Esse mesmo autor aponta como pressupostos objetivos da “class action”, o número elevado de sujeitos, o que determina a eficiência e economia processual desse instrumento, e o pequeno valor do interesse processual, dado de justiça social, pois a aglutinação de processos evita o enriquecimento sem causa do réu⁴⁸⁴.

Com o objetivo de apenas traçar um perfil dessa ação e com fundamento na lição de Grinover, cumpre ressaltar que a evolução desse instituto no ordenamento estadunidense foi causada pelas dificuldades para aferir o grau de comunhão de interesses, o que resultou numa classificação da “class action” que conforme a natureza dos direitos objeto da ação pode ser: *true, hybrid e spurious*⁴⁸⁵.

O que, na lição dessa mesma autora, implica em inúmeras conseqüências processuais, pois, a ação só poderá prosseguir na hipótese em que: a) o risco de, em caso de ações separadas causarem julgamento contraditório ou inconsistente, em relação a membros individuais da classe estabelecendo padrões de condutas diferentes para a parte adversa; b) o risco de, em caso de ações separadas, julgamentos em relação a membros individuais que prejudicariam ou impediriam substancialmente a capacidade de outros membros de defenderem seus direitos; c) as hipóteses em que contempla a obrigação de fazer ou não fazer e sentenças declaratórias em relação à classe como um

⁴⁸³ Representative action, na Inglaterra; recours collectif, no Québec; action de groupe, na França. BENJAMIN, Antonio Herman V. *A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos Sobre a Opressão e a Libertação Judiciais do Meio Ambiente e do Consumidor*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85- Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.p.120.

⁴⁸⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. *A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos Sobre a Opressão e a Libertação Judiciais do Meio Ambiente e do Consumidor*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85- Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais,p.120.

⁴⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action For Damages à A`ao de Classe Brasileira: Os requisitos de Admissibilidade*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85- 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002,p.22. (grifo nosso)

todo. Em todas essas hipóteses temos a defesa dos interesses difusos e coletivos, e tem essa espécie de class action natureza obrigatória (mandatory)⁴⁸⁶.

Aspecto relevante na “class action” apresentado por Grinover, decorrente, conforme já dito, da evolução desse instituto no direito norte americano, é o tipo de ação de classe não obrigatória denominada *class action for damages*, instituto que tem seu correspondente no Brasil a ação para a defesa dos interesses individuais homogêneos, que necessita além dos pré-requisitos já elencados acima, para o seu prosseguimento que o juiz decida que aspectos de direito ou de fato prevalecem sobre as questões de direito individual, e que a ação de classe é prevalente em relação a outros métodos disponíveis para o julgamento justo e eficaz do conflito⁴⁸⁷.

Não sendo o objetivo do presente trabalho fazer um estudo aprofundado de direito comparado, e supondo-se suficientes as breves considerações apontadas, apenas para conclusão e ainda na lição de Grinover que salienta a importância de ser utilizada a experiência estrangeira “se a realidade fática é a mesma, se as questões práticas são semelhantes, se há princípios gerais comuns (acesso à justiça, efetividade do processo, justiça das decisões, devido processo legal⁴⁸⁸)”, fato confirmado pela adoção, no código de defesa do consumidor, da ação para defesa dos interesses individuais homogêneos, adotando, no entanto, por razões peculiares à realidade brasileira, uma disciplina própria⁴⁸⁹.

⁴⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action For Damages à Ação de Classe Brasileira: Os requisitos de Admissibilidade*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85- 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.22. ver também BENJAMIN, Antonio Herman V. *A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos Sobre a Opressão e a Libertação Juediciais do Meio Ambiente e do Consumidor*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85- Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.p. 120-126.

⁴⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action For Damages à Ação de Classe Brasileira: Os requisitos de Admissibilidade*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85- 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp.22-23.

⁴⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action For Damages à Ação de Classe Brasileira: Os requisitos de Admissibilidade*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85- 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp.38-39.

⁴⁸⁹ Mesmo porque as diferenças, apontadas por Benjamin, entre a ação civil pública e a class action, não deixam dúvidas a respeito da disciplina dessa ação na legislação brasileira, senão vejamos: “Entre os vários traços distintivos entre a ação civil pública (como gênero) e a class action americana, destacam-se a legitimação para agir e a operação reparatória do instituto. A legitimação para agir, por primeiro, afasta o modelo brasileiro do anglo-saxônico, pois é mais ampla neste do que naquele (sempre institucional). De fato, a *class action* pode ser proposta por qualquer indivíduo, sem qualquer necessidade de registro prévio para a classe ou para seu representante, como sucede com as associações, no Brasil, onde se fechou o instrumento ao ‘autor solitário’.(...) Outra distinção, válida para as modalidades de ação civil pública

Voltando a ação civil pública do Direito brasileiro, após ter sido fixada a natureza preponderantemente processual da ação civil pública, isso dito por Abelha que justifica essa afirmação chamando a atenção para o fato de que a lei 7.347/85, “pretende regular os aspectos processuais da tutela coletiva de direitos”, o que faz supor a existência de uma norma de direito substancial difuso ou coletivo que foi violada e que precisa, através da norma em concreto, ter seu comando efetivado pela função jurisdicional do Estado^{490 491}.

Assim, se faz necessário definir qual o objeto do direito tutelado pela lei 7.347/85, antes, porém, diante da redação do artigo primeiro desse dispositivo legal, e da redação do parágrafo único do artigo 81 da lei 8.078/90, que trata os termos direito e interesse como sinônimos. Afirma Brandão⁴⁹² que pela leitura de ambos os dispositivos não há distinção entre direito e interesse, mesmo porque, continua o mesmo autor, se foi estabelecido por lei uma tutela para qualquer interesse, esse interesse é um direito⁴⁹³.

Ocorre, porém, na afirmação de Abelha que alguns direitos difusos se encontram entre as normas constitucionais cuja eficácia é contida⁴⁹⁴, ou seja, normas

destinadas à proteção de interesses difusos e coletivos *stricto sensu* (mas não na hipótese de ‘interesses individuais homogêneos’), é que a class action, por natureza, permite que os danos individuais das vítimas sejam agregados, com posterior repartição do valor apurado em juízo.(...) Defende-se, pois, nela um interesse ‘coletivizado’ por razões mais pragmáticas do que de natureza essencial, coletivização essa decorrente da simples aglutinação de uma multiplicidade de interesses tipicamente particulares, que, dessa forma, adquirem o colorido de dano coletivo”. BENJAMIN, Antonio Herman V. *A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos Sobre a Opressão e a Libertação Juediciais do Meio Ambiente e do Consumidor*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85-Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.126-127.

⁴⁹⁰ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p. 31.

⁴⁹¹“O Objeto, nas ações civis, é exteriorizado através do pedido, que permite múltiplas formulações: simples, cumulado, sucessivo, alternativo, eventual (CPC, art. 286 *et seq*). MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública : Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 33.

⁴⁹² BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Publica*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998,pp.100-101.

⁴⁹³ No mesmo sentido Abelha se refere à utilização dos termos interesse e direito como expressões sinônimas nas leis 7.347/85 e 8.078/90, como dignas de aplauso, e se explica dizendo que como é comum diferenciar o direito do interesse pelo fato que o direito é maior do que interesse, e que isso denuncia apenas um vício de natureza individualista que cria um espaço negativo, uma vez que é comum perguntar, se é possível um direito se seu titular não é identificado. Assim, o legislador ao usar os termos direito e interesse como sinônimos, evitou uma discussão infrutífera que poderia resultar em interpretações restritivas. ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p. 32-33.

⁴⁹⁴ As normas de eficácia contida também são chamadas de eficácia limitada por alguns doutrinadores, na classificação de Meirelles Teixeira, citado por Sarlet, as normas de eficácia limitada são divididas em dois grupos: as programáticas, versam sobre matéria ético – social, e são verdadeiros programas de ação

programáticas, não passariam de programas a serem cumpridos pelo Estado, restando para a sociedade “meros interesses”, visão, segundo o mesmo autor, de natureza individualista e ultrapassada, caso o legislador não tivesse utilizado os termos direito e interesse indistintamente inviabilizaria a tutela dos direitos metaindividuais protegidos pela lei da Ação Civil Pública, e o código de defesa do consumidor.

Ante tais considerações, o objeto da lei da Ação Civil Pública é *qualquer interesse difuso ou coletivo*⁴⁹⁵, e isso na lição de Abelha⁴⁹⁶ se deve às transformações sofridas pela sociedade no século XX, o que levou a uma natural reestruturação do papel do Estado, que de sua posição inerte passa a atuar na realização dos direitos naturais.

No caso de a Ação Civil ter como objeto o meio ambiente, Mancuso aponta como de especial interesse o disposto no artigo 3º, combinado com artigo 11 da lei 7.347/85, apresenta a seguinte conclusão: Se o artigo 3º dispõe que o objeto da ação civil pública poderá ser a condenação em dinheiro ou a obrigação de fazer ou não fazer, no artigo 11 dispõe que, nas hipóteses de condenação de fazer ou não fazer, poderá o juiz determinar a execução específica da obrigação ou fixar multas diárias, inclusive, *ex*

destinados ao legislador ordinário, uma vez que necessitam de normas legislativas instrumentais, não obstante regularem de maneira direta a matéria que é seu objeto, e as normas de legislação que dependem de legislação concretizadora em virtude de necessidade técnico-instrumental. O mesmo Sarlet, cita ainda a classificação de José Afonso da Silva, que formulou sua teoria tricotômica da eficácia, dividindo as normas constitucionais em três grupos: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada. (...) “Já as normas de eficácia contida, dotadas de aplicabilidade direta, imediata, mas possivelmente não-integral, ‘são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais enunciados’. As normas do terceiro grupo (de eficácia limitada) caracterizam-se essencialmente pela sua aplicabilidade indireta e reduzida, não tendo recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente para, por si só e desde logo, serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos, reclamando, por este motivo, a intervenção legislativa. Ressalte-se que as normas de eficácia limitada englobam tanto as normas declaratórias de princípios programáticos, quanto as normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios(...)”. Sarlet cita ainda a classificação de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Britto, que, diferente dos anteriores, esses autores têm como ponto de partida o modo de incidência da norma, que podem ser : normas inintegráveis (ou de mera aplicação), normas integráveis (ou de integração) . Bem como no que diz respeito à eficácia, de acordo com esses autores as normas ainda podem ser: normas de eficácia parcial (normas de integração completáveis), normas de eficácia plena (tanto podem ser normas inintegráveis, quanto as normas de integração meramente restringíveis). SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 6 edição. pp.256-258.

⁴⁹⁵ Grifo da autora.

⁴⁹⁶ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003. pp.54-55. ver também OST, François. *A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p.119. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp.49-50.

officio. Esse autor quer chamar a atenção para o fato de que dependendo do bem que se queira perseguir na Ação Civil Pública, a exemplo do meio ambiente, tal providência pode não ser suficiente, uma vez que se trata de bens e interesses que ele define como “dessubstantivados⁴⁹⁷”, pois, a condenação pecuniária não restabeleceria o seu *statu quo ante*, apontando como solução ideal a execução específica⁴⁹⁸.

Ocorre, porém, que muito embora a execução específica se apresente como solução eficiente para contextos simples de dano ambiental em que a relação processual se *individualiza* na forma de *partes*, *objeto* e *causa de pedir*⁴⁹⁹, não seria suficiente em contextos de risco, conforme Leite e Ayala “os riscos não são perceptíveis aos afetados, manifestando-se muitas vezes apenas em momentos temporalmente muito distantes daqueles em que foram gerados, prejudicando severamente a visibilidade das relações de causalidade e de imputação⁵⁰⁰”.

Apenas para efeito de explicação, já que desse tema trataremos no item 3.3, Leite e Ayala, ao tratarem do Estado de Direito na sociedade mundial do risco, afirmam que desde o momento em que não é mais possível prever os resultados das decisões, modifica-se conceitualmente o risco e esse toma um novo perfil que se distancia dos padrões de conhecimento e previsibilidade que existiam na sociedade industrial e, nesse momento, as instituições não só produzem como também legitimam os perigos que já não podem controlar⁵⁰¹.

Em contextos onde a referência cognocitiva do acidente é baseada em parâmetros da sociedade industrial representada por uma expectativa negativa, mas futura, da ocorrência de um acidente com conseqüências verificáveis porque conhecidas, é possível dizer que o nosso ordenamento jurídico possui mecanismos passíveis de serem utilizados com eficiência, desde que utilizados de forma adequada, conforme solução

⁴⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública : Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.34-35.

⁴⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública : Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.32.ver também, MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Específica,(arts. 461, CPC e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais,2000.p.71.

⁴⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*.op.cit.p.32.

⁵⁰⁰ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo..*Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002,pp.15-16.

⁵⁰¹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo..*Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002,pp.15-16. ver também os itens1.2 e 2.2,2.3.

apontada por Mancuso, mas a partir do momento em que as instituições não podem prever, com segurança, as conseqüências dos perigos liberados por suas próprias decisões, é preciso, no âmbito da tutela jurisdicional, buscar tutelas diferenciadas que atuem numa dimensão temporal antecipada, no sentido de se antecipar ao próprio dano, “nesse caso, o fundamento de sua atuação deixa de ser orientado pelo dano, em sua dimensão atual ou potencial, para se localizar no ilícito, como instituto dogmaticamente autônomo⁵⁰²”, conforme já mencionado, desse tema trataremos com mais profundidade no item 3.3.

Na lição de Barbosa Moreira⁵⁰³, é pacífico e até lugar comum, afirmar que o processo civil clássico é um modelo concebido para socorrer situações de conflitos individuais, tendo como campo de atuação principalmente as relações obrigacionais. Para esse doutrinador, muito embora essas relações de natureza individual continuem a ter importância na contemporaneidade, existem ao lado desses conflitos outros de recorte diferente que envolvem a coletividade e para as quais os atuais instrumentos jurídicos não são eficazes, no caso os direitos ou interesses coletivos *lato sensu* classificados pelo legislador em: difusos, coletivos e individuais homogêneos⁵⁰⁴.

O legislador optou por conceituar, na legislação que trata dos direitos do consumidor, o que seriam esses direitos coletivos, senão, vejamos: no inciso I do artigo 81 do código de defesa do consumidor temos como interesses ou direitos difusos aqueles transindividuais, de natureza indivisível e cujos titulares são pessoas indeterminadas ligadas apenas por circunstâncias de fato; no inciso II do mesmo artigo temos a definição dos interesses ou direitos coletivos, que são aqueles transindividuais, cuja natureza é indivisível e os titulares são um grupo, categoria ou classe de pessoas que estão ligadas entre si por uma relação jurídica base; e no inciso III os direitos individuais homogêneos os que se identificam por terem uma origem comum⁵⁰⁵.

⁵⁰² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, pp. 17-193.

⁵⁰³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos”. Revista de Processo, n. 28. São Paulo: RT, 1982, p. 7.

⁵⁰⁴ ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p. 34.

⁵⁰⁵ Brasil. Lei n. 8.078, de 14 de maio de 1996. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 15 de abril de 2006.

Em relação aos direitos individuais homogêneos, cumpre frisar que se trata, em realidade, de situações envolvendo direitos individuais que adquirem por lei tratamento de ação coletiva por terem uma origem comum, esse tratamento especial para direitos, que na sua essência tem natureza individual tem como fundamento a necessidade de efetivo acesso à justiça, pois, mesmo em se tratando de lesados perfeitamente identificáveis, não raras vezes essas pessoas se encontram processualmente em situação de desvantagem processual causada tanto pelas custas do processo quanto pela ‘desvantagem estratégica’, nas palavras de Brandão, ainda esse mesmo autor chama atenção para o fato de que as demandas judiciais individualizadas geram “sobrecarga do sistema judiciário e, conseqüentemente, um elemento determinante da demora na prestação jurisdicional⁵⁰⁶”.

Buscando ainda especificar os contornos da ação civil pública, Abelha apresenta a questão a respeito de ser ou não a Ação Civil Pública, uma ação típica⁵⁰⁷, uma vez que essa definição é importante para as questões relativas a fenômenos processuais, tais como “a conexão, a litispendência e até a carência de ação, notadamente o interesse de agir sob o ponto de vista da adequação da via eleita⁵⁰⁸”.

Abelha esclarece que a Lei n. 7.347/85 não criou uma ação típica, mesmo porque o ordenamento pátrio não adotou a fórmula do direito romano que adotava o sistema das ações, “onde existia plena correlação entre a ação e o direito, o nosso sistema jurídico há tempos aboliu tal interpretação(...)⁵⁰⁹”. No sistema processual pátrio,

⁵⁰⁶ BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998, p.98.

⁵⁰⁷ Abelha esclarece que, “salvo exceções, nas quais não se inclui a ação civil pública, não existem ações típicas em nosso sistema processual sendo tremendo e grave equívoco classificar, conceituar ou até mesmo denominar ações, pelo pedido imediato (condenatórios, constitutivas e declaratórias), pela cognição exercida (sumária), pelo procedimento (ordinária), pela titularidade ativa (popular), pela relação com outra demanda (acessória e principal), pelo tipo de processo (cautelar, conhecimento etc.), pela natureza do direito (pública ou privada) etc. e, sobretudo, pelo seu pedido mediato (despejo, consignação em pagamento, prestação de contas, possessória etc.). Trata-se de resquício dos tempos em que a ação era vista sob o manto da teoria imanente, civilista, em que a ação era o próprio direito material violado(...)”. ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p.50.

⁵⁰⁸ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p.49.

⁵⁰⁹ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p.50.

desde que o autor preencha os requisitos relativos às condições da ação, qualquer pessoa tem ação sem que necessariamente tenha direito⁵¹⁰.

Muito embora o tema do conceito de processo tenha sido tocado no item anterior, torna-se importante ainda, mais uma vez, enunciar que o processo é, no dizer de Abelha, “complexo, dinâmico e dialético,(...)formado por sujeitos, objeto e finalidades(...) *o procedimento animado pela relação jurídica processual*,⁵¹¹” dota cada um dos sujeitos processuais, dependendo de cada relação jurídica específica, de faculdades, ônus, obrigações, deveres e poderes⁵¹².

Esse sujeito do processo precisa ser dotado de qualidades específicas para atuar na posição jurídica processual correspondente, ou seja, precisa preencher a condição de ser parte legítima, ativa ou passiva. Abelha, a respeito da legitimidade, frisa que essa condição tem caráter relacional, não é atributo de alguém e não acompanha a pessoa em qualquer situação. Completando ainda “que a legitimidade é variável, ou seja, depende da posição jurídica assumida pelo sujeito processual em um determinado momento do desenvolvimento do processo⁵¹³”.

Assim, a legitimidade *ad causam* tanto pode ser ordinária como extraordinária, mas, para que seja entendido esse instituto, cumpre distinguir os sujeitos da relação jurídico-processual que são: Estado, demandante e demandado⁵¹⁴.

O grande problema para a tutela dos interesses difusos, conforme já dito anteriormente, se devia a grande dificuldade em se identificar quem era o titular desses interesses, isso fruto da concepção individualista do processo, obstáculo superado com o

⁵¹⁰ ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p.50-51.

⁵¹¹ ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública.op.cit.p.56.

⁵¹² ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública.op.cit.p.56.

⁵¹³ ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública.op.cit.p.56.

⁵¹⁴ “ Assim, apenas por comodidade de linguagem será lícito dizer que o juiz é sujeito do processo, pois ele é, na realidade,mero agente de um dos sujeitos, que é o Estado. E esse sujeito não participa do jogo de interesses contrapostos, mas comanda toda a tividade processual, distinguindo-se das partes por ser necessariamente desinteressado (no sentido jurídico) e portanto imparcial”. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros,2004. pp.286-287. Afirma Dinamarco queVon Bülow racionalizou a idéia da relação jurídica processual tríplice, o que permitiu visualizar “os dois planos do ordenamento jurídico, a partir da visão da relação jurídica processual e da relação de direito privado como duas realidades distintas”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo:Malheiros Editores, 1990.p.18.

⁵¹⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro:Nova Fronteira,1999.

advento da Lei 7.347/85, que atribuiu legitimidade para defender, em juízo, esses interesses às associações, sindicatos, ao Ministério Público e aos entes que compõem a federação. Convém elucidar que a natureza dessa legitimação, segundo Abelha é de índole processual, não se adequando nenhuma das categorias clássicas anteriormente consignadas, ou seja, a legitimação ordinária e extraordinária⁵¹⁵.

Desse pressuposto, temos, na lição de Mancuso, que a equação interesse / legitimidade não é igual em se tratando de ações de natureza privada e ações de natureza coletiva. Nesse último caso, o interesse é difuso e se espraia “num contingente indeterminado de pessoas”, o interesse processual decorre da necessidade e não tem nada a ver com a titularidade do interesse, uma vez que esse interesse pertence a toda coletividade⁵¹⁶.

Assim, a partir do reconhecimento de uma categoria de direitos que se caracterizam por não ter titulares individualizados, pois pertence a todos e cabe a todos a sua defesa, modificou-se a noção de legitimidade construída no século XIX, surgindo, em razão dos interesses difusos, a legitimação disjuntiva concorrente, já mencionada anteriormente. Frisando mais uma vez que, dada às características do bem ambiental, a pretensão de todos os indivíduos na defesa do meio ambiente, mesmo que considerados coletivamente, tem a natureza de legitimação ordinária que deve ser considerada não através de uma análise subjetiva do direito material, mas a própria pretensão é que irá identificar se estamos diante de um direito/interesse difuso, coletivo ou individual⁵¹⁷.

Diante das exigências da sociedade contemporânea, a ação civil pública é uma das respostas para a tutela do direito difuso ao meio ambiente equilibrado, devendo ser proposta no foro da ocorrência do dano. Além disso, para a correta proteção do meio

⁵¹⁵ ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.p.58.

⁵¹⁶ Afirma Mancuso “ Conforme já apontamos em outra sede, ‘é sensível que a personificação do interesse, isto é , seu caráter direto e pessoal, que o torna afetado a um titular, vai se esmaecendo, para dar lugar apo reconhecimento de um *novo* tipo de interesse processual, surgido a partir de dados objetivos, da realidade exterior. Assim, em certas ações populares, bem como no *recours pour excès de pouvoir* ou na *class actions*, tem-se por relevantes e suficientes para caracterizar o interesse de agir, certos *faits objectifs*, como a condição de eleitor ou de cidadão, ou o fato de habitar certa região ou de pertencer a certa etnia, ou de ser contribuinte de certo imposto’. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública : Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.61-62.

⁵¹⁷ SOUZA. Paulo Roberto Pereira de. *A Tutela Jurisdicional do Meio Ambiente e seu Grau de Eficácia*. In LEITE, José Rubens. DANTAS Marcelo Buzaglo (org.). *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: 2004.p.242.

ambiente é necessário que os mandados de prevenção e da precaução sejam encarados como estruturantes da organização desse sistema de justiça, onde o tema da efetividade do acesso à justiça ambiental deve ser enfrentado em concurso, com formulação de novas espécies de tutela jurisdicional que podem ser manejadas na própria ação civil pública⁵¹⁸.

Leite, ao tratar das tutelas diferenciadas para o meio ambiente, chama atenção para a tutela inibitória, uma vez que esta atua numa dimensão temporal mais antecipada que a tutela cautelar que tem como peculiaridade ser instrumento de proteção do próprio processo, enquanto as tutelas de natureza inibitória estão vinculadas ao próprio direito material, o que rompe com a idéia do direito abstrato de agir do processo civil clássico, bem como com o dogma herdado do direito romano de que o dano está vinculado ao ilícito, uma vez que ilícito e dano devem ser compreendidos como categorias autônomas⁵¹⁹, que será objeto de estudo mais aprofundado no próximo item, conforme já dito anteriormente.

3.3-Uma tutela jurisdicional verdadeiramente preventiva para a gestão do risco.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXV, torna direito fundamental o princípio da inafastabilidade da jurisdição pelo Estado, inclusive, tomando para si a responsabilidade de apreciar tanto a lesão quanto a ameaça ao direito.

Ocorre, porém, que tal disposição abarca uma série de noções, tanto no aspecto relativo ao direito material uma vez que abandona a noção de sujeito isolado e de institutos jurídicos criados como elaboração do sujeito, característico dos “estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove⁵²⁰”, onde os procedimentos adotados para solução dos conflitos civis eram reflexo de uma linha filosófica individualista de

⁵¹⁸LEITE. José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.192.

⁵¹⁹LEITE. José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.195.

⁵²⁰CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2002.p.9.

direitos⁵²¹, passando a situá-lo dentro de uma sociedade de massa onde a noção de bem público e de bem privado vem se somar, também, à noção de bem coletivo, onde o bem ambiental é uma das espécies⁵²².

A própria noção de acesso à justiça tem sofrido uma transformação, o que, na lição de Cappelletti, corresponde a uma mudança do ensino e do estudo do processo civil. “Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação⁵²³”. Tal noção tinha como fundamento o fato de que o direito de acesso era um direito natural, portanto, anterior ao Estado. Assim sendo, o papel do Estado era não permitir que esse direito fosse violado, no entanto, não havia necessidade que esse promovesse qualquer ação positiva para garantir que determinado indivíduo tivesse aptidão para defender seus direitos efetivamente⁵²⁴.

Cappelletti transfere a crítica para o próprio estudo jurídico, apontando para a falha de que o mesmo, formalista e dogmático, permaneceu indiferente à realidade do sistema judiciário e, portanto, “indiferente aos problemas reais do foro cível”, problemas tais como a diferença entre os litigantes ou o ônus financeiro do processo nunca foram preocupações, afirma esse autor. A preocupação se dava no campo da exegese ou da construção abstrata de sistemas, bem como no julgamento das normas a partir de sua validade e operacionalidade em situações hipotéticas⁵²⁵.

Com a modificação do contexto social após as guerras mundiais, o conceito de direitos humanos apresentou seus primeiros contornos atualizados⁵²⁶, (a liberdade de cunho individualista, nota característica da primeira fase da Revolução

⁵²¹ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2002.p.9.

⁵²² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p. 83.

⁵²³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Op.cit.p.9.

⁵²⁴ “Afastar a ‘pobreza no sentido legal’- a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar os custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Op.cit.p.9.

⁵²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Op.cit.p.10.

⁵²⁶ No sentido do reconhecimento dos “novos direitos humanos” reconhecidos constitucionalmente como o direito ao trabalho, à saúde, à segurança material, à educação. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Op.cit.p.11.

Industrial em que o domínio econômico expunha os fracos à força dos poderosos e tinha, na liberdade de contrato, a exploração da força de trabalho e seus pilares), levando o Estado liberal burguês a uma modificação conceitual dos seus fundamentos que foi anexado ao corpo das Constituições democráticas⁵²⁷.

No campo jurídico, esse movimento é caracterizado pelo fato de as ações e relacionamentos apresentarem um cunho mais coletivo que individual, materializado constitucionalmente no reconhecimento dos “direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos”. E, principalmente, o reconhecimento de que ao Estado cabe atuar positivamente no sentido de garantir esses novos direitos sociais, portanto, é nesse sentido que o conceito de acesso à justiça sofre transformação, pois toma o sentido de armar os indivíduos de novos direitos substantivos, a exemplo dos subsistemas⁵²⁸ do consumidor, do meio ambiente, e passa a ser requisito fundamental para, ainda na lição de Cappelletti,- “o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos⁵²⁹”.

No tema acesso à justiça, ao lado dos aspectos - custos, tempo, possibilidade financeira das partes - temos, também, os aspectos relacionados aos instrumentos adequados para esse acesso, que envolve o legislador nem sempre sensível às modificações da realidade.

Arenhart afirma: se é impossível, para o Estado, abarcar toda a riqueza e dinâmica da realidade social em face das atuais dimensões do direito material, para o processo ainda é muito mais difícil, uma vez que este tem como razão de existir o descumprimento da aplicação do direito material e estas modificações sofridas pela realidade social somente é sentida na esfera processual quando já se tornou realidade no

⁵²⁷ BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal, Ao Estado Social. São Paulo: Malheiros Editores. 7ª edição. 2001. p. 59.

⁵²⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998. p.

⁵²⁹ “O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento do objetivo e métodos da moderna ciência jurídica. CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Op. cit. pp. 11-13. Rubens Morato. DANTAS, Marcelo Buzaglo (org.). *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 293.

direito material, o que nem sempre vem acompanhada processualmente de uma alteração da legislação ou mesmo pela recepção adequada por todos os operadores do direito⁵³⁰.

Ainda esse autor, ao traçar um perfil da tutela inibitória coletiva e estabelecendo um conceito de tutela jurisdicional e tutela de direitos, ressalta que o termo tutela é utilizado pela doutrina para designar fenômenos diferentes. Para a compreensão do termo tutela jurisdicional, não obstante já definido anteriormente, dá-se a idéia de proteção das garantias processuais, pois não importa o resultado do processo, importando isto sim, a garantia do pleno acesso à justiça dada dentro dos parâmetros estabelecidos pelo direito processual positivo⁵³¹.

Enfim, para Cappelletti, entre os problemas do acesso à justiça estão os da defesa de interesse difusos citando como exemplo o direito ao meio ambiente saudável, esse autor aponta como problema ou “barreira para o acesso” a própria natureza difusa desses interesses, uma vez que para ele, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão ou o valor individual, perseguido pelo indivíduo, é muito pequeno para que possa induzi-lo a promover a ação. Muito embora tenha uma visão crítica do problema, esse autor afirma também que “uma posição tradicional e ainda prevalecente em muitos países é a de simplesmente recusar qualquer ação privada e continuar, em vez disso, a confiar na máquina *governamental* para proteger os interesses públicos e dos grupos”⁵³².

⁵³⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol.6.* São Paulo: 2003, p.p. 21-22.

⁵³¹ “Por isso, mesmo nesta concepção, não é possível entender que haja tutela jurisdicional quando o Estado fornece ao particular uma sentença qualquer, ainda que totalmente desvincilhada de requisitos mínimos estabelecidos pelo processo. Ainda que ausente o direito material – sustentado pela parte autora - , é necessário que a prestação jurisdicional se revista dos critérios mínimos necessários para torná-la, em abstrato e *a priori*, hábil a tratar com o direito invocado pelo demandante e com os consectários interesses a serem protegidos do demandado. Nesse equilíbrio abstrato reside a tônica da tutela jurisdicional; respeitar , mesmo que de maneira apriorística, a necessidade de oferecer a todos os interessados uma resposta adequada (à preservação de seus legítimos interesses), em tempo compatível e com o menor dispêndio possível, seja no plano econômico, seja psicológico, seja social”. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol.6.* São Paulo: 2003, p.44-45.

⁵³² CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2002.p.9. Ver também, WOLF, Paul. *A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do direito Ambiental.* In OLIVEIRA Jr. José Alcebiades. *O Novo em Direito e Política.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.p. 183,188.

No Brasil, as ações previstas para a defesa de direitos difusos, a exemplo da ação popular e da ação civil pública⁵³³, se apresentam como solução para superar esses problemas apontados por Cappelletti, conforme já exposto no item 3.2, não obstante isso o nosso processo civil ao qual Marinoni denomina de “processo civil clássico⁵³⁴⁻⁵³⁵”, voltado principalmente para a via ressarcitória⁵³⁶ não se apresenta adequado para tutelar grande parte dos direitos de natureza patrimonial, e principalmente os que possuem conteúdo não patrimonial, “apenas nos casos em que o dano pode ser reparado na forma específica é que a tutela ressarcitória mostra-se efetiva⁵³⁷”.

Tal postura, informada pela igualdade formal, não poderia pensar em tutelas diferenciadas que tivessem como escopo determinados interesses que, mesmo

⁵³³“Se o direito ao meio ambiente constitui direito fundamental, resta saber como esse direito deve se enquadrar diante das “funções” dos direitos fundamentais. O direito ambiental obviamente se impõe contra o Estado, que fica impedido de violá-lo. Porém, é claro que isso não basta. A efetividade do direito ambiental *depende de prestações* do poder público para a proteção e a prevenção do bem ambiental. Essas prestações podem ter por objeto um simples fazer do poder público, *sem qualquer repercussão perante terceiros*, ou se constituírem em normas e atividades que têm por meta *proteger o meio ambiente contra terceiros*. Além disso, porque o poder público deve ser controlado pela sociedade – que, como visto, possui o “dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” – o direito ambiental não pode se desligar do *direito à participação*, ou melhor, do dever do Estado criar condutos para a participação da sociedade na gestão do poder, o que acontece, por exemplo, quando se pensa na ação popular e nas ações coletivas”. MARINONI, Luiz Guilherme. *O Direito Ambiental e as Ações Inibitória e de Remoção do ilícito*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 05 de maio de 2005.

⁵³⁴A noção de Marinoni ao se referir ao “processo civil clássico” quer dizer aquele que reflete no plano metodológico a escola sistemática que isolava o processo do direito material, no plano sociológico reflete os valores do Estado liberal, e no caso do direito, o direito liberal, baseado na neutralidade do juiz, a autonomia da vontade, a separação entre Estado e indivíduo, onde o primeiro não interfere nas relações dos particulares e, principalmente, não coage o indivíduo a um fazer. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.pp.29-30.

⁵³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica,(arts.461,CPC e 84,CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 15-16.

⁵³⁶ “Imagina-se, em princípio, que o art. 1.142 do Código de Napoleão – segundo o qual toda obrigação de fazer e não – fazer resolve-se em perdas e danos em caso de inadimplemento do devedor – seja apenas o reflexo dos princípios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista. Contudo, se há uma evidente relação entre a incoercibilidade das obrigações e a preservação da ‘liberdade do homem’, há igualmente um nexo entre a sanção ressarcitória e o princípio da abstração das pessoas e dos bens, próprio da época liberal. (...) Se todos são iguais – prevalecendo o princípio da igualdade formal -, e esta igualdade deve ser preservada no plano do contrato, não podendo o órgão jurisdicional interferir de modo mais incisivo no âmbito das relações jurídicas privadas, nada melhor do que a simples tutela que dá ao sujeito lesado apenas o equivalente em dinheiro ao valor da lesão, mantendo-se assim inalterados os mecanismos de mercado. No mercado, como é sabido, pouco importam as qualidades do sujeito ou as dos bens, de modo que a tutela ressarcitória, ao expressar apenas o custo econômico do valor de lesão, mantinha íntegros os mecanismos do próprio mercado sem alterar a sua lógica”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica,(arts.461,CPC e 84,CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. pp. 17-18.

⁵³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica,(arts.461,CPC e 84,CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 15.

socialmente importantes, não visassem à manutenção da liberdade e o bom funcionamento do mercado. Essa postura de neutralidade do ordenamento jurídico perante situações e posições sociais diferentes fizeram com que se universalizasse a tutela ressarcitória⁵³⁸.

A universalização da tutela ressarcitória é fruto, segundo Marinoni, da adoção do dogma de origem romana que unifica as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil, e tem como fundamento a lógica da rígida delimitação da esfera de atuação do Estado. A tutela ressarcitória permite a indenização do bem pelo valor monetário equivalente ao da coisa, permitindo “o sacrifício de um valor em dinheiro e não valores concretos”, revelando a preocupação com a manutenção da propriedade e da liberdade⁵³⁹ típico do direito liberal, eminentemente patrimonialista.

Marinoni ressalta ainda que o sistema processual brasileiro, calcado na classificação trinária das sentenças, é insuficiente para os chamados “novos direitos”, frisando ainda que os direitos que expuseram a insuficiência dessa classificação ainda não tinham surgido, portanto, com o surgimento das novas relações jurídicas que não possuem conteúdo patrimonial⁵⁴⁰ se apresenta a necessidade de tutelas diferenciadas para socorrer cada pretensão deduzida no processo devendo esse ser pensado a partir de sua efetividade.

Ainda Marinoni⁵⁴¹, frisa que tanto os novos direitos quanto os direitos difusos e coletivos não combinam com a tutela ressarcitória porque, pela sua natureza, eles não podem ser lesados, necessário, portanto, criar uma tutela voltada para impedir a prática, a continuação ou para promover a remoção do ilícito, independente do fato da conduta ter ou não causado um dano.

Assim sendo, a tutela inibitória do ilícito viabiliza adequadamente a defesa de interesses não patrimoniais de modo que se faz necessário um esforço por parte da doutrina em superar os esquemas clássicos de responsabilização, que na lição de Leite

⁵³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica,(arts.461,CPC e 84,CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.16.

⁵³⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica,(arts.461,CPC e 84,CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 18. ver também ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol.6*. São Paulo: 2003, p.46-47.

⁵⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica,(arts.461,CPC e 84,CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 1p.21-22.

⁵⁴¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.32.

e Ayala se centra no direito privado, “vinculado a fórmulas repressivas de reparações pecuniárias e indenizações dirigidas à pessoa que sofre um dano determinável de bem mensurável economicamente⁵⁴²”.

Assim, se faz necessário o enfrentamento, em primeiro lugar, da problemática do ilícito, considerando que a distinção entre dano e ilícito é fundamental para a questão atinente a busca de uma tutela jurisdicional verdadeiramente preventiva para a gestão do risco e corolário do conteúdo do princípio da precaução no Direito Ambiental⁵⁴³.

Mesmo porque a decisão que comporta a precaução tem natureza muito mais política do que científica, pois, comportam diversas variáveis principalmente no que diz respeito à informação e a participação que exige um aperfeiçoamento da democracia e dos processos decisórios ante a incerteza e a imprevisibilidade dos resultados num contexto de risco que comporta segundo Leite e Ayala três elementos: avaliação, gestão e comunicação dos riscos⁵⁴⁴.

⁵⁴² LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.92.

⁵⁴³ Afirma Valternei Melo de Souza “o Direito não é uma instância autônoma e independente da realidade concreta, estando, ao revés, intimamente relacionado com as transformações sociais, políticas e econômicas que nela ocorrem. Em virtude disso, parece razoável admitir que a concepção caracterizada pela busca de soluções pretensamente definitivas não se apresenta como sendo o melhor caminho a seguir no âmbito do Direito, na medida em que tais “soluções”, por força das mencionadas transformações, estão fadadas a se tornar obsoletas e ineficazes, seja com relação aos fenômenos sociais, seja com relação aos avanços da própria ciência. (...) torna-se necessária a realização de um esforço, por parte dos “operadores” do direito, para trazer para dentro do discurso e do debate jurídico as conquistas do pensamento científico contemporâneo, dentre as quais a idéia de que o direito não é um conjunto de regras completo e acabado, mas sim um sistema em permanente construção, sem olvidar que, no mais das vezes, ele serve de cenário e instrumento para as disputas entre os valores que permeiam as relações políticas, econômicas e culturais estabelecidas entre os grupos e indivíduos que compõem a sociedade em geral.” SOUZA, Valternei Melo de. *A tutela de urgência e a responsabilidade objetiva: algumas reflexões*. In FLACH, Daniel e outros (org.). *Visões críticas do processo civil: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.117.

⁵⁴⁴ “O âmbito funcional de sua aplicação circunscreve-se ao segundo momento, o da gestão dos riscos, relacionado diretamente com o desenvolvimento das atividades de participação generalizada nos processos políticos de tomada de decisões, advindo daí a importância de sua qualidade para o desenvolvimento das instituições democráticas”. LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.75. ver também CAPELLI, Silvia. *Acesso À Justiça, À Informação e Participação Popular Em Temas Ambientais No Brasil*. In LEITE, José Rubens Morato. DANTAS, Marcelo Buzaglo (org.). *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.293.

O risco é, na lição de Beck, aceito pela sociedade de forma a integrar a concepção de normalidade. Segundo esse mesmo autor, estamos à mercê do sistema industrial e de seus perigos: perigos ocasionados pelo desrespeito com a natureza e perigos aos consumidores de seus produtos. O maior aliado destes perigos é a falta de informação sobre eles, ou seja, a imperceptibilidade e inimaginabilidade. Enquanto as vantagens econômicas advindas da exploração da natureza não são socializadas, os riscos provenientes de tal exploração são difusos, ou seja, atingem a todos⁵⁴⁵. A busca por tutelas diferenciadas, capazes de inibir o risco, se deve ao fato de que esse é um dos principais problemas enfrentados pelo Direito Ambiental, em não havendo como obstar o desenvolvimento, essa é uma realidade inafastável e imprevisível.

Assim, sendo o bem ambiental inviolável, e diante da impossibilidade de reverter os danos ocasionados ao meio ambiente, é preciso fixar os limites ou, na lição de Tessler, o “ponto de equilíbrio” de tolerabilidade dos riscos ambientais, abarcando também nessa perspectiva quais atividades devem ser admitidas levando em consideração a sua necessidade no processo produtivo, e com quais riscos devemos conviver. Afirma essa mesma autora que a função de avaliar o grau de tolerabilidade e a necessidade do risco cabe ao legislador, e essa ponderação entre o tolerável e o necessário, com os possíveis benefícios trazidos pela atividade para a sociedade é fundamental para definir qual a atividade é lícita ou ilícita, portanto, importante tratar como categorias autônomas o dano e o ilícito⁵⁴⁶.

Marinoni aponta como resultante de um processo histórico a origem do dogma da unificação entre as categorias ilícito e dano, afirma que isso é reflexo da suposição equivocada de que o bem juridicamente protegido é a coisa dotada de valor de troca. Arenhart, a respeito do tema, afirma que muito embora a imbricação entre o ilícito e o dano já tenha ocorrido no direito romano, somente foi afirmado com o advento do Estado Liberal, onde o dogma da intangibilidade da vontade humana assumiu características absolutas, a partir desse dogma seria impossível pensar na possibilidade do Estado-Juiz determinar que alguém praticasse um ato, assim, em face do direito violado

⁵⁴⁵ BECK, Ulrich. *La sociedade Del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Piados, 1998.

⁵⁴⁶ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Tutela Inibitória, Tutela de Remoção, Tutela de Ressarcimento na Forma Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.150-151.

somente o patrimônio do indivíduo poderia ser alcançado através da tutela ressarcitória⁵⁴⁷.

Lorenzetti aborda o problema de forma crítica, apresentando um interessante aspecto a respeito da responsabilidade civil da sociedade focado no direito privado. Na afirmação desse autor “a falta de perspectiva pública faz com que todos os problemas possam ser solucionados mediante o mecanismo da responsabilidade civil”. A necessidade de tornar solúvel e distribuir os custos torna necessário que o sistema da responsabilidade civil abarque um amplo leque de legitimados passivos que em muitos casos nada têm a ver com o fato danoso. No cerne da questão está o alcance que o sistema de responsabilidade civil pode chegar, uma vez que é apontado como solução para todas as espécies de conflitos sociais onde se apresenta um prejuízo ou uma ameaça, assim pergunta esse autor: “há um dano provocado pela atividade econômica? Podemos imputar à universidade e aos docentes os prejuízos causados pelos advogados malformados? Chegaremos a uma situação em que todo mundo é responsável, e se neutralize?”⁵⁴⁸.

Esse é um risco que se corre e sobre o qual a doutrina italiana já se debruçou em busca de uma tutela antecedente ao dano e de conteúdo verdadeiramente preventivo, que dissocie o dano e o ilícito⁵⁴⁹.

Marinoni cita os estudos de dois doutrinadores italianos, o primeiro deles – Candian – tenta separar o ilícito do dano afirmando que toda a “ação” mesmo que não tenha sido praticado o ato, realizados apenas os atos preparatórios voltados a sua finalidade ou mesmo anunciado o seu propósito não pode deixar de ter significado, essa teoria, a qual Marinoni afirma ser uma tentativa inicial para explicar a diferença entre tutela preventiva e tutela ressarcitória, criou dentro da categoria da ilicitude civil a distinção entre o “ilícito de lesão” e o “ilícito de perigo”⁵⁵⁰.

Mas, Marinoni, apontando os contornos conceituais da teoria de Candian, demonstra que a mesma não é adequada para explicar a tutela preventiva a

⁵⁴⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol.6.* São Paulo: 2003, p.105.

⁵⁴⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.229.

⁵⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.41.

⁵⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.40.

partir da problemática do ilícito. Pois, para esse autor, a partir do momento que Candian não distingue a tutela cautelar da tutela inibitória, agrupando-as numa mesma categoria, evidencia a sua preocupação em evitar o dano e não o ato contrário ao direito⁵⁵¹.

A segunda teoria, desenvolvida por Ludovico Barassi, deixa, segundo Marinoni, transparecer que a tutela preventiva é tendente a prevenir o dano, portanto, se utiliza apropriadamente da terminologia adotada por Candian, quando se trata do “ilícito de perigo” e do “ilícito de lesão”.

Segundo Marinoni, para Barassi, o “ilícito de lesão” é voltado para impedir a ocorrência do dano, portanto, é tutela de natureza preventiva, pois tanto serve para impedir a continuação de uma ação danosa, quanto para impedir uma ação que mesmo não tendo causado o dano, deixa evidente que poderá causá-lo no futuro⁵⁵².

Pelos contornos doutrinários aponta-se para a formulação de uma tutela inibitória, o que é fundamental para o desenvolvimento dogmático do princípio da precaução, e conseqüentemente para a efetividade da resposta jurisdicional no tocante a proteção ambiental e, mais especialmente, a problemática que envolve o risco.

Marinoni afirma que a doutrina italiana desenvolveu a teoria que dissocia o ilícito do dano, preocupada com tutelas eficazes para inibir a concorrência desleal, as quais foram elencadas no código civil Italiano no seu artigo 2.599, como sendo de três espécies, a saber: tutela inibitória, reintegratória e ressarcitória⁵⁵³. Ocorre, porém, que enquanto o artigo supra mencionado, ao descrever condutas para inibir ou reintegrar a situações anteriores na concorrência desleal não se refere a dolo ou culpa nem exige a ocorrência do dano. Já o artigo 2.600, ao descrever a conduta que na concorrência desleal cause um dano injusto, exige culpa ou dolo para obrigar o ressarcimento, o que obrigou a uma reformulação e uma separação do conceito de dano e

⁵⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.41.

⁵⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.42.

⁵⁵³ Cumpre distinguir essas três espécies de tutela na lição de Tessler a saber: “a tutela inibitória tem por fim evitar a futura prática de um ilícito, portanto, deve atuar antes de sua ocorrência. A tutela de remoção do ilícito tem por fim afastar a situação de ilicitude, a fim de se resgatar a integridade do ordenamento. A tutela ressarcitória, diferentemente, não busca proteger a norma, mas sim recompor a lesão sofrida pelo titular do direito. Assim, consiste em tutela voltada ao dano e não ao ilícito”. TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Tutela Inibitória, Tutela de Remoção, Tutela de Ressarcimento na Forma Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.205.

de ilícito como categorias autônomas, sendo que muitas vezes cronologicamente o dano e o ilícito coincidem⁵⁵⁴.

Assim, como na concorrência desleal se fez necessário a revisão do conceito de ilícito e de dano, no direito do ambiente isso também se faz necessário, ante a quase impossibilidade do ressarcimento do bem ambiental à situação anterior e, neste sentido, Marinoni ainda frisa que o dano é consequência eventual do ilícito, portanto a tutela inibitória não deve ser utilizada para a probabilidade do dano, mas contra o perigo da prática, da repetição ou da continuação do ilícito, não necessitando, portanto, da ocorrência do dano como condição para o seu deferimento, e isso pode-se apontar como técnica aplicadora do princípio da precaução na gestão do risco⁵⁵⁵⁻⁵⁵⁶.

Dentro da problemática da responsabilidade civil, Leite e Ayala destacam um aspecto pouco abordado pelos demais doutrinadores, trata-se da questão relativa à eficácia da tutela inibitória, tendo como ponto de partida o sentido que deve ser dado à noção de violação da norma jurídica, em se tratando de bem ambiental⁵⁵⁷.

Para esses autores, a tese que associa o ilícito unicamente “à violação de regra jurídica⁵⁵⁸”, limita o alcance de tutelas inibitórias no que diz respeito a situações de risco, pois sendo esse caracterizado pela incerteza, e essa categoria não se encontra prevista no sistema de normas-regras⁵⁵⁹, torna impossível uma adequada proteção

⁵⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.42.

⁵⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.42.

⁵⁵⁶ “Ilícito e dano constituem realidades diversas. O dano é tão somente um dos possíveis efeitos jurídicos decorrentes de um ato ilícito, mas diante da circunstância de ser possível o estabelecimento de relações entre o ilícito e o dano, sob a perspectiva de causa e consequência, não importa considerar que o dano é elemento necessário para a definição do ilícito. Não se trata de pressuposto do ato ilícito, mas sim da obrigação de reparar, guardando pertinência, portanto, com problemas de imputação no domínio da responsabilização. (...) Rompendo com essa abordagem equivocada na noção de ilícito, deve-se considerar, portanto, que sua caracterização prescinde da concorrência do dano e da verificação de culpa, elementos pertinentes apenas à justificação da obrigação de reparação pecuniária, no domínio da responsabilidade civil”. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.pp. 196-197.

⁵⁵⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p.198.

⁵⁵⁸ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito...op.cit.* p. 198.

⁵⁵⁹ Utilizando os critérios propostos por Humberto Ávila para conceituar as normas – regras temos: “as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectiva e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacente, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”.(grifo do autor) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.p.70.

ambiental se as decisões se basearem, apenas, na descrição legislativa das condutas ambientalmente ilícitas, afirmam por conseguinte que não havendo possibilidade, nessas condições, de aferir-se, mesmo que por verossimilhança, a probabilidade do dano, ante as dificuldades cognitivas para a detecção do risco, deve-se “privilegiar a aplicação de normas- princípios⁵⁶⁰, e das normas de proteção de direitos fundamentais, com destaque particular ao princípio da precaução, ao direito fundamental à informação ambiental(...) e ao princípio da equidade intergeracional(...)”⁵⁶¹.

Supondo-se estar diante de um contexto de risco em que não há informação suficiente ou mesmo conhecimento disponível para que a decisão possa concluir, com certeza, pela probabilidade de ocorrer prejuízo ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ganha prestígio a idéia que conecta o princípio da precaução com a tutela inibitória, haja vista que esta seria informada pelo própria Constituição e não simplesmente pela proteção a regra jurídica, que é o que acontece quando restringimos a noção de ilícito como sendo a desobediência à lei⁵⁶².

A tutela inibitória é apontada por Leite e Ayala como “principal instrumento de otimização e de garantia da eficácia da proteção”, para tanto é preciso considerar a mudança dentro do próprio direito ambiental que antes era o direito de danos e agora passa a ser um direito de riscos que busca evitar a degradação ao meio ambiente, o que torna de fundamental importância a avaliação integral dos riscos, porque não basta atuar no sentido de compensar o dano produzido pelo risco. Ou seja, a avaliação integral

⁵⁶⁰ “os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua aprovação(grifo do autor).(...) Como se vê, os princípios são normas imediatamente finalísticas. Eles estabelecem um fim a ser atingido. (...) O fim não precisa, necessariamente, representar um ponto final qualquer (*Endzustand*), mas apenas um conteúdo desejado.(...) A instituição de um fim é ponto de partida para a procura por meios. Os meios podem ser definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim. Por isso a idéia de que os meios e os fins são conceitos correlatos”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.pp.70-71.

⁵⁶¹ Afirmam Leite e Ayala, “Admitir o risco como fundamento de justificação importa em romper com o modelo tradicional de justificação das medidas judiciais preventivas, uma vez que as noções de ilícito e de dano trabalham sobretudo com bases de informação, ainda que limitadas (na hipótese das tutelas preventivas e medidas antecipatórias). Em relação ao risco, o que se tem é exatamente o oposto, a ausência de informação, razão pela qual a justificação das medidas estabelece relações bastante próximas com o domínio de aplicação do princípio da precaução”. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo.*Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p 198.

⁵⁶² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo.*Direito... op. cit.p.202*.

do risco passa a ser, no caso de decisão que tenha conteúdo preventivo, um dos momentos da sua ordenação e, portanto, “instrumento de controle procedimental de resultados”⁵⁶³.

O problema do risco envolve, também, a questão relativa a sob quais condições deve o meio ambiente ser protegido, e é também nesse sentido que a avaliação integral do risco é pressuposto necessário para realizar adequadamente a função de proteção e principalmente, considerando as deficiências do sistema normativo no que diz respeito a temática do risco, na aplicação do princípio da precaução levando em consideração o critério da proporcionalidade na sua perspectiva metodológica⁵⁶⁴.

⁵⁶³Leite e Ayala apontam nove características do risco ambiental a saber: “1. ignorância do mecanismo ou processo pelo qual deve ser admitido que é limitado e insuficiente o estado atual do conhecimento sobre como o risco se efetiva, comportando a produção ou reprodução das *situações de anonimato*; 2. a probabilidade dos custos catastróficos, oriunda da ignorância sobre o funcionamento dos mecanismos de produção dos riscos; 3. os benefícios podem ser bastante modestos; 4. a probabilidade do conhecimento e previsão do desfecho catastrófico é bastante baixa; 5. transferência interna de benefícios em associação com os riscos; 6. transferência externa de custos; 7. a probabilidade acentuada do risco coletivo simultâneo; 8. latência do risco, que projeta os efeitos ou retarda sua produção, se conhecida ou ignorada, no espaço e no tempo; 9. a irreversibilidade”. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito...* op. cit. pp.207-208.

⁵⁶⁴ Robert Alexy ao tratar de colisão entre princípios afirma que “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidade fáticas ou jurídicas. Princípios são, portanto, *mandamentos de otimização*. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos.(...) As colisões de direitos fundamentais supra delineados devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico”. ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. In Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, pp.74-75. Ainda Wilson Steinmetz aponta o princípio da proporcionalidade como “uma variável normativa e metodicamente relevante para o controle (exame) de constitucionalidade das restrições resultantes de atos normativos ou fáticos estatais (legislativos, judiciais e administrativos). Focaliza-se e enfatiza-se, assim, aquela dimensão ou função do princípio da proporcionalidade como restrição das restrições (limite dos limites) a direitos fundamentais e/ou a bens constitucionalmente protegidos no âmbito das relações entre indivíduos (s) e Estado”. Em nota de rodapé explica: “O princípio da proporcionalidade pode ser concebido sob uma dupla perspectiva: (i) uma normativa e (ii) a outra metodológica. (i) O princípio da proporcionalidade é norma constitucional – e, portanto, vincula os poderes públicos, sobretudo o poder judiciário, que, em última instância, concretiza o controle (exame) de proporcionalidade. (ii) O princípio da proporcionalidade é uma estrutura (um método) racional de argumentação; ele concretiza um procedimento racionalmente estruturado”. STEINMETZ, Wilson. *Princípio Da Proporcionalidade E Atos De Autonomia Privada Restritivos de Direitos Fundamentais*. In SILVA, Virgílio Afonso (org). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.pp. 11-12. Ver também Eros Grau que afirma: “O chamado “princípio” da proporcionalidade consubstancia um *postulado normativo aplicativo*. Como tal, impõe – qual observa Humberto Bergmann Ávila [1999:170] – uma condição formal ou estrutural de conhecimento concreto (= aplicação) de outras normas. (...) a proporcionalidade não consubstancia princípio, dado que – como salienta Alexy [1986:100] – adequação, necessidade ou indispensabilidade proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas em relação a algo diferente; não se passa que algumas vezes tenham precedência, outras não; o que se pergunta é se essas exigências são satisfeitas ou não e se sua não – satisfação traz como consequência a ilegalidade; daí

Leite e Ayala apontam alguns esquemas úteis para a ordenação dos processos de decisão, para definir critérios de proporcionalidade, para a avaliação dos riscos, de modo que ao final do processo o resultado seja aquele que demonstra ter no contexto de risco, as condições ótimas de proteção em matéria ambiental levando em consideração a teoria desenvolvida por Richard Brooks⁵⁶⁵, que procura munir o poder judiciário de meios para que possa obter a “melhor decisão possível⁵⁶⁶” em matéria ambiental⁵⁶⁷.

Por fim, muito embora esse seja um tema para um trabalho mais aprofundado sobre responsabilização e ilícito, vale a pena ressaltar a noção desse último em face da regra contida no artigo 187 código de direito civil⁵⁶⁸ que entrou em vigor em janeiro de 2003, quando trata das condutas que excedem o direito como civilmente ilícitas. E, nesse contexto, podemos apontar exemplificativamente a conduta de agentes que, mesmo acobertados por atos administrativos como o licenciamento, excede os limites do seu direito e degrada o meio ambiente, cabendo aqui também ressaltarmos o papel do poder público quando omissos no seu poder de polícia administrativa.

Importante contribuição nesse tema é trazida por Lucia Gomis Catalá, tendo como ponto de partida a experiência da Comunidade Européia ao tratar da responsabilidade objetiva por danos causados ao meio ambiente, ela aponta entre as

por que essas três exigências, nas quais se desdobra a proporcionalidade em sentido amplo, são classificadas como regras”. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio E Discurso Sobre A Interpretação/Aplicação Do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 178. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.pp.112-124.

⁵⁶⁵ Os critérios observados por Leite e Ayala são: “1. articular o significado *contextual* dos valores públicos do ambiente tradicionais, importando na determinação, pelo tribunal, de como valores de conservação e proteção contra danos etc. se relacionam e se aplicam aos casos concretos; 2. promover a articulação das relações estabelecidas entre esses valores e os objetivos das normas de proteção ambiental, procurando permitir que estes sejam atingidos sempre da forma que se espera sejam atingidos, em um sentido claro de ordenação de sua atuação; 3. determinar as condições sob as quais se pode promover a comunicação dos dados ecológicos à aplicação da norma ambiental nos casos específicos; 4. organizar a transição adequada para a articulação do reconhecimento dos novos direitos ambientais, circunstância que identifica com maior fidelidade a importância do princípio da proporcionalidade, que, em conjunto com os demais dados, ganha feições ecológicas”. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.p 213.

⁵⁶⁶ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito...* op. cit.p.212.

⁵⁶⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito...* op. cit.p.212.

⁵⁶⁸ Art. 187- Comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

causas elencadas pelo *Convenio del Consejo de Europa*⁵⁶⁹ como eximentes da responsabilidade, a ação negligente das autoridades públicas que muito embora apenas concorra com a sua omissão para o resultado provocado pelo agente causador do dano, exime esse último da responsabilidade.

A questão que a autora coloca é: qual o alcance exato da obrigação do governo em ajudar? Trazendo, como exemplo, a decisão de um magistrado espanhol que em um acidente envolvendo um navio petroleiro, no qual foram condenados o capitão do navio e o prático do porto de La Coruña por impudência e passividade no cumprimento das suas obrigações, respectivamente, ante a impossibilidade de ambos cumprirem a obrigação de indenizar, foram condenados como responsáveis diretos pela indenização a companhia seguradora do barco, o “Fondo Internacional de Indemnización⁵⁷⁰” e subsidiariamente a armadora do barco e o governo espanhol, a inclusão desse último foi justificado pelo magistrado como responsável pelo comportamento do prático que mesmo não sendo funcionário público, exerce um serviço público, e nesse caso a responsabilidade do Estado se fundaria no funcionamento anormal do serviço público, segundo a autora⁵⁷¹.

Não obstante a importante contribuição para a teoria da responsabilidade objetiva, o reconhecimento do dever de indenizar, da autoridade pública, por funcionamento anormal do serviço não responde a questão de como prevenir o ilícito à partir da dissociação entre o ilícito e o dano.

Assim, quando se trata do abuso de direito previsto no artigo 187 do novo código civil brasileiro, ou seja, quando o agente age de forma não culposa e conforme a lei ambiental, resguardado por uma autorização administrativa e mesmo assim provoca o dano, pois muito embora a responsabilidade objetiva prescinda da prova da culpa do agente para impor o dever de indenizar, não resolve a questão da ilicitude que como essa autora salienta: a questão da culpabilidade é muito distinta da questão da

⁵⁶⁹ Grifo nosso.

⁵⁷⁰ Grifo nosso.

⁵⁷¹ CATALÁ, Lucía Gomis. *Responsabilidad por Daños Al Medio Ambiente*. Espanha: Aranzadi Editorial, 1998, pp.137-138.

ilicitude, muito embora essa última possa ser um elemento importante para determinar a primeira⁵⁷².

A questão suscita uma série de discussões, segundo Catalá, todos os tratados internacionais são unânimes em declarar a situação em que o agente causa o dano em estrito cumprimento da lei e resguardado por uma autorização administrativa não é eximente de responsabilidade, e a “Propuesta de Directiva Comunitária⁵⁷³”, traz expressamente tal disposição. Essa tendência tem como fundamento o fato de que, num contexto em que o sistema de responsabilidade tem como base o risco, o sujeito que se arrisca internaliza nos custos da produção uma eventual reparação que irá se refletir no preço final do produto, mesmo porque, a autora chama a atenção que muitas autorizações são dadas em sistemas normativos muitas vezes incompletos ou em contexto de duvidoso rigor científico⁵⁷⁴.

Catalán afirma que na esfera interna dos Estados que assumiram um sistema de responsabilidade objetiva a obrigação de indenizar não desaparece com o cumprimento da lei ambiental, no entanto, alguns sistemas só considera injusto um fato causador de dano se descumpre a legislação ambiental e somente nesse caso poderá ser responsabilizado, a exemplo da lei italiana que sancionou um sistema de responsabilidade subjetiva onde se estabelece a tipicidade do ilícito ambiental como sendo de natureza pública e assim na hipótese de descumprimento de uma lei ambiental se está produzindo um dano contra o Estado que é único legitimado para promover a ação de ressarcimento.

Destarte, não obstante o esforço da doutrina italiana em separar o ilícito do dano, em situações que envolvam dano ao meio ambiente torna-se difícil o manejo da tutela inibitória ante a tipicidade adotada para o ilícito ambiental, mas não de todo impossível, cumprindo destacar, segundo Catalán, que nesses sistemas da responsabilidade extracontratual se estabelece uma presunção de culpabilidade do causador do dano, operando nesse caso a inversão do ônus da prova como importante

⁵⁷² CATALÁ, Lucia Gomis. *Responsabilidad por Daños Al Medio Ambiente*. Espanha: Aranzadi Editorial, 1998,p.139. ver também MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.42.

⁵⁷³ Grifo nosso.

⁵⁷⁴ CATALÁ, Lucia Gomis. *Responsabilidad...op.cit.p.139*.

ferramenta para operacionalizar a precaução, não podendo o causador escusar-se com base na lei ou nas licenças administrativas⁵⁷⁵.

No âmbito da doutrina latino-americana, Lorenzetti já se debruçou sobre o problema da configuração do abuso de direito ou excesso no seu exercício, na perspectiva ambiental na realidade argentina que parece ser semelhante ao problema brasileiro, conforme exporemos a seguir⁵⁷⁶.

O inciso I do artigo 99 do novo código civil brasileiro define como sendo bem público de uso comum do povo os rios, os mares, estradas, ruas e praças, a semelhança do disposto no artigo 2.340 do código civil argentino, citado por Lorenzetti. Ocorre, porém, segundo esse mesmo autor que essa disposição não cuidou de impedir a degradação ambiental ante o pensamento dominante de que os recursos naturais são inesgotáveis, pensamento já manifestado anteriormente e pacífico entre os demais doutrinadores⁵⁷⁷.

Ocorre, porém que o meio ambiente e os seus recursos naturais, em determinado momento, foram privatizados para incentivar o desenvolvimento industrial, ou seja, nas palavras de Lorenzetti, “a indústria cresceu utilizando o ambiente, causando-lhe danos, sem pagar por isso; deste modo, o ‘uso público’ transformou-se em um subsídio ao desenvolvimento industrial”⁵⁷⁸. Mas, a medida que o meio ambiente se tornou um recurso crítico ou escasso segundo esse mesmo autor, a titularidade modificou-se em face da natureza difusa do bem ambiental ao menos nos aspectos referentes à proteção, e assim, a titularidade do bem de uso comum do povo se materializou no próprio Estado, no Ministério Público, e na esfera privada nas associações ou mesmo nos cidadãos,

⁵⁷⁵ “Em este contexto, algunas instituciones y organismos manifiestan que si hay que admitir em algún momento la excepción que comentamos, únicamente sería admisible em relación com el medio ambiente ajeno a la esfera privada. (...) Por último, el *Convenio del Consejo de Europa* há previsto una solución intermédia al disponer em su artículo 8, c) que el explotador no será responsable del daño cuando el mismo se derive del respeto a uma orden o medida imperativa específicas emanadas de la autoridad pública. El Informe explicativo del Convenio advierte que esta exención no debe confundirse com la que venimos analizando em este apartado, al indicar que ‘el simple hecho de obtener uma autorización administrativa, o de conformarse a las prescripciones ligadas a esta autorización, no constituye em si uma causa de exoneración’”. CATALÁ, Lucia Gomis. Responsabilidad por Daños Al Medio Ambiente. Espanha: Aranzadi Editorial, 1998, pp.140-141.

⁵⁷⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.101.

⁵⁷⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.101.

⁵⁷⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.102.

conforme se pode observar nas ações civis públicas ou ações populares para a defesa do meio ambiente⁵⁷⁹.

Não obstante, tanto o uso individual quanto industrial dos recursos do meio ambiente apesar de protegidos constitucionalmente (artigo 1º da Constituição Federal brasileira e artigo 14 da Constituição Nacional argentina⁵⁸⁰), sofre progressivamente modificação ante a necessidade obrigar o empresário a provar que sua atividade não é degradadora do meio ambiente antes mesmo de sua instalação, “de modo que o direito a instalar uma indústria lícita fica condicionada a não lesão ao meio ambiente. Em ocorrendo a lesão, isso a converte em empresa ilícita⁵⁸¹”.

Assim, mesmo que protegido pela autorização para instalar a atividade, o empresário deve exercer esse direito dentro dos limites impostos pelas normas ambientais sob pena de em não o fazendo sua atividade ser considerada ilícita, e portanto, passível de ter proibido o seu funcionamento e dessa forma deve ser entendida a regra do artigo 187 do código civil brasileiro.

Na via judicial, entre as técnicas que facilitam a superação das dificuldades inerentes ao nexo causal para a imputação pelo dano causado ao meio ambiente se encontra a inversão do ônus da prova, conforme lecionam Leite e Ayala⁵⁸² e, no risco, tal inversão operaria como incremento para a aplicação do princípio da precaução através da tutela inibitória, uma vez reconhecida como categorias autônomas o ilícito e o dano.

Apenas para efeito de esclarecimentos, uma vez que não é esse o objeto do estudo, no tocante à inversão do ônus da prova⁵⁸³, no sistema brasileiro, foi de

⁵⁷⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.102.

⁵⁸⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito...*op.cit.p.102.

⁵⁸¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito...*op.cit.p.103.

⁵⁸² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.pp.192-193. PÁDUA. José Augusto. *Natureza e Projeto Nacional: as origens da ecologia política no Brasil*. IN PÁDUA. José Augusto (org). VIOLA. Eduardo. MINC. Carlos. VIEIRA. Liszt. GABEIRA. Fernando. GONZAGA. Paulo. *Ecologia e Política no Brasil*. Rio de Janeiro. IUPERJ/Editora Espaço e Tempo. p.18/19, 2ª edição. LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003. p. 71-72. MILARÉ, Edis. *Responsabilidade Ética em face do Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental, n.2. Ano 1. Abril e Junho. São Paulo: Revista dos Tribunais.p.43.

⁵⁸³ Em recente julgado o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Agravo de Instrumento n. 70011872579 – Terceira Câmara – decidiu pela inversão do ônus da prova “in casu” para impor ao

fundamental importância a disposição do inciso VIII do artigo 6º do código do consumidor que, por critério do juiz, admite a inversão do ônus da prova, o problema é que o disposto nesse artigo se restringe ao âmbito da relação consumerista não tendo se espalhado para outras categorias de direitos difusos como as de direito ambiental.

Destarte, diante da insuficiência da legislação no tocante a essa importante ferramenta de natureza processual se faz necessário que o magistrado se utilize das normas – princípios, como mandados de otimização para preencher as lacunas deixadas pelo legislador.

Buscando superar o problema da ausência de norma-regra para disciplinar essa importante ferramenta, Marchesan e Steigleder enfrentaram o problema da inversão do ônus da prova, apontando como ponto de partida o direito ao meio ambiente equilibrado previsto na Constituição e elevado à categoria de direito fundamental da pessoa humana⁵⁸⁴.

Assim, dentro da perspectiva já abordada a respeito das modificações operadas no Direito referente à utilização dos recursos do meio ambiente, cabe ao empreendedor provar que sua atividade é segura desde o momento do licenciamento ambiental, ou seja, mesmo antes que sejam necessárias medidas judiciais para evitar a ocorrência do dano⁵⁸⁵.

Mas, em se tratando de um contexto de risco, que é caracterizado pela incerteza quanto aos resultados danosos da atividade, como se deve atuar para evitar que o dano ocorra eis à questão. Repetindo a lição de Milaré, independente de quem seja o proprietário dos meios de produção, a hipoteca social que pesa sobre os recursos naturais não permite que estes sejam pensados como pertencentes a toda coletividade ou a ninguém, ou seja, cada um é gestor desse patrimônio e isso não só em razão do fato que o ressarcimento do bem ambiental é quase impossível, portanto, todas as medidas devem

requerido os custos da perícia em face dos Princípios da Precaução e Prevenção. In ><http://www.tj.rs.gov.br>< acesso em 22 de dezembro de 2005.

⁵⁸⁴ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Fundamentos Jurídicos Para A Inversão Do Ônus Da Prova Nas Ações Cíveis Públicas Por danos Ambientais*. In BENJAMIN, Antonio Herman (org.). *10 anos da ECO 92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: IMESP, 2002, pp. 328-329.

⁵⁸⁵ MARCHESAN, Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Fundamentos Jurídicos Para A Inversão Do Ônus Da Prova Nas Ações Cíveis Públicas Por danos Ambientais*. In BENJAMIN, Antonio Herman (org.). *10 anos da ECO 92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*. São Paulo: IMESP, 2002, p.332.

ser aplicadas no sentido da eficiência das decisões adotando-se o princípio da precaução, como também por que se não forem adotadas medidas inibitórias do dano restará prejudicada as futuras gerações, e assim ferido o princípio da equidade intergeracional.

Conforme já dito e repetido, para situações de risco, a responsabilidade civil no seu modelo clássico é incapaz de afastar situações passíveis de se transformarem em dano no futuro, ocorre, porém, que a tutela inibitória vai muito além porque não só pode operar no sentido de se antecipar à probabilidade do dano (e essa não é sua principal característica), como “opera apenas com a probabilidade do ato contrário ao direito (ilícito)”,⁵⁸⁶.

Muito embora ocorra essa confusão, inclusive porque em muitos casos as circunstâncias temporais do dano e do ilícito coincidem, Marinoni⁵⁸⁷ chama atenção para o fato de que a tutela inibitória não é punitiva, ela é impeditiva da conduta ilícita, assim, alguém que mesmo sem culpa esteja em via de praticar um ilícito poderá ser impedido pela via inibitória, nesse caso, a conduta prevista no artigo 187 do código civil poderá ser obstada pela via da tutela inibitória.

Cumprindo frisar que a questão se relaciona com quais os riscos podem ser tolerados, ora, mesmo que protegido por um ato da administração pública deverá o agente provar que sua atividade se encontra dentro dos parâmetros estabelecidos pelo legislador para a manutenção de sua atividade como lícita, o que não se pode ignorar é qual o limite de tolerabilidade dos riscos, decisão que muito embora comporte estudos técnico-científicos tem natureza muito mais política do que científica, agravada pela falta de publicidade e informações a respeito da atividade passível de se configurar uma atividade de risco.

No âmbito jurisdicional é necessário que se estabeleça os limites impostos para o processo civil clássico no que diz respeito a efetividade, quando se trata de questões envolvendo o direito ambiental e, mais especificamente, a problemática do risco, uma vez que trata-se de um direito que tem como pressuposto inicial a sua integridade.

⁵⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.47.

⁵⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.48.

Em primeiro lugar, deve-se buscar a manutenção da integridade do bem, o que não se alcança através de uma sentença condenatória, muito menos através de sentenças declaratórias ou constitutivas, simplesmente porque informadas pela ideologia de um Estado não intervencionista e de índole individualista, onde ao titular do direito violado cabia buscar a proteção jurisdicional para vê-lo recomposto, mesmo que pela via ressarcitória.

Tessler, a respeito da divisão trinária das sentenças, aponta a deficiência desses provimentos em se tratando de direitos não patrimoniais e mais especialmente no que diz respeito ao bem ambiental. Assim, pensava-se que diante de um direito violado bastaria a mera declaração do juiz para que a parte exigisse o cumprimento da obrigação, na hipótese de descumprimento da ordem judicial caberia ao titular do direito buscar uma indenização através de uma sentença condenatória, e por fim, obtida a condenação estaria formado o título executivo que através do processo de execução levaria o detentor do direito a buscar sua satisfação⁵⁸⁸.

Essa descrição deixa a mostra um sistema que se sustenta nos direitos individuais, onde os instrumentos jurídicos por excelência expressam a vontade isolada, a exemplo do contrato e o testamento, e que a responsabilidade civil é a única sanção para prática de um ilícito, não representam mais a realidade atual em que “a atuação do indivíduo não é indiferente ao que respeita aos demais indivíduos e aos bens públicos⁵⁸⁹”.

Mesmo porque, os esquemas do direito privado deixam de fora um vasto contingente de pessoas que não lhe têm acesso, pois, conforme menciona Lorenzetti, a maioria de suas instituições, a propriedade, o trabalho, o contrato ou a responsabilidade civil foram pensados para quem já os tem, assim temos: a propriedade se preocupava com quem já era proprietário, o uso da coisa, a proteção contra terceiros; o contrato protegia a quem já fosse contratante, às obrigações das partes, ao modo de extinção. E o processo civil contempla as figuras que fazem parte do litígio, suas normas

⁵⁸⁸ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Tutela Inibitória, Tutela de Remoção, Tutela de Ressarcimento na Forma Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp.170-171.

⁵⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.p.83.

tratam do autor e do réu, do litígio, da contestação, e desse contexto estão excluídos os grupos de pessoas⁵⁹⁰.

Assim, conforme dito ainda no início do presente item, o direito ao acesso à justiça não se configura na declaração formal de igualdade, esse acesso deve garantir efetivamente o acesso a todos os demais direitos, “sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados à efetiva garantia das diversas situações de direito substancial não se pode conceber um processo efetivo⁵⁹¹”.

Então, em se tratando do direito fundamental ao meio ambiente sadio, que espécie de tutela seria mais adequada para a manutenção integral desse direito, mesmo em situações permeadas apenas pela incerteza dos efeitos da atividade característica do risco.

Marinoni afirma não bastar que o ordenamento jurídico confira direitos, é necessário que ele apresente ferramentas eficientes para sua proteção adequada, daí surge o direito de à tutela jurisdicional e conseqüentemente “o direito de pedir, conforme o caso, o impedimento da sua violação, a sua reparação etc⁵⁹²”. Esse autor afirma ainda que, sem sombra de dúvida, o direito à tutela inibitória é inerente ao direito material, pois “o princípio geral da prevenção⁵⁹³ é iminente a qualquer ordenamento jurídico que se empenhe em garantir – e não apenas em proclamar – os direitos”⁵⁹⁴.

Ainda esse autor, para fundamentar sua argumentação, apresenta a questão sob o enfoque constitucional. Observa Marinoni que, sendo o acesso à justiça uma garantia constitucional, se faz necessário que seja posto à disposição do cidadão uma tutela adequada, o problema que se coloca, portanto, é saber se o direito processual possui instrumentos adequados para garantir a tutela dos direitos e dar cumprimento ao princípio da efetividade.

Marinoni aponta como solução para o operador do direito, a busca dentro das leis processuais, fundamento para decisão tendo como ponto de partida a Constituição⁵⁹⁵, destarte, temos como direito ao acesso à justiça, não só o direito a obter

⁵⁹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado...op.cit.p.87.*

⁵⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 79.

⁵⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.81.

⁵⁹³ Princípio geral da prevenção entendido no sentido processual, ou seja, direito a tutelas preventivas.

⁵⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.81.

⁵⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.83.

uma resposta da jurisdição para o problema que se apresenta para ser resolvido, como também a garantia de que a solução foi a mais adequada haja vista que os instrumentos utilizados têm como princípio informador a efetividade.

No Direito brasileiro um dos institutos que mais semelhança possuía com a tutela inibitória era a ação cominatória, que tinha esse nome por permitir a cominação de multa para a hipótese de descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, ocorre, porém que esta ação, não obstante seu conteúdo preventivo era utilizada para inibir a continuação ou repetição do ilícito, enquanto a questão atinente à inibitória diz respeito à possibilidade dela inibir o ilícito antes mesmo da ocorrência do ilícito⁵⁹⁶ e precisamente por esta característica, ela é de fundamental importância para as questões relativas ao meio ambiente, principalmente em situações de risco ambiental.

Destarte, como responder a questão de para a proteção do meio ambiente qual a tutela mais adequada, ante a natureza desse bem não permitir sua substituição por pecúnia?⁵⁹⁷. Por óbvio, a resposta seria uma tutela preventiva que alcance o dano antes mesmo de sua realização, por conseguinte, pergunta-se: estaria resolvido o problema com as tutelas cautelares ou antecipatórias? Na hipótese do meio ambiente, a resposta não pode se apresentar como mais adequada, mas essa resposta merece considerações.

Conforme já dito e repetido, as normas fundamentais representam uma forma nova de atuação tanto no que diz respeito ao direito substancial quanto ao direito processual. Os direitos consagrados pelas normas fundamentais têm características e

⁵⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.51.

⁵⁹⁷ Arenhart debruçado sobre o problema das tutelas adequadas para cumprimento do princípio da efetividade do processo e compreensão atual do acesso à justiça distingue ação de direito material e ação processual, esses conceitos são fundamentais para o entendimento de que quando se fala em tutela inibitória está a se tratar da forma pela qual aquele que detém o direito material poderá conseguir concretizar o direito afirmado pelo legislador. Afirma Arenhart: “Quando se pensa em tutelas jurisdicionais adequadas ao plano da realidade material, é preciso tomar atenção não propriamente ao direito material objeto da proteção jurisdicional, mas sim à espécie de reação é que se funda a noção de ação de direito material: a ‘conduta’ que o direito material adotaria para poder se realizado concretamente diante de uma situação de perigo ou de agressão. (...) de um direito subjetivo, inúmeros interesses à proteção (ou inúmeras formas de tutela, jurisdicionizadas ou não) poderão ser imaginados – todos podendo ser adequados, conforme a intenção do sujeito titular do direito, ou as peculiaridades da situação concreta. ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol.6*. São Paulo: 2003p.p.48-49.

tempo próprios que colidem com o sistema da proteção ressarcitória, uma vez que “estão vinculados à situação existencial do indivíduo⁵⁹⁸”.

Assim, buscando justificar a resposta negativa para a questão referente a efetividade das tutelas cautelares no que diz respeito à prevenção do dano ou do ilícito contra o meio ambiente, temos na lição de Ovídio Batista que primeiramente não se confunde os conceitos de processo cautelar e tutela cautelar. Assim, afirma esse autor que processo cautelar é “o procedimento previsto pelo legislador como veículo destinado a realizar esta forma de proteção jurisdicional, conhecida como *tutela cautelar*”.

Esse autor chama atenção para o fato de que ao lado da tutela cautelar propriamente dita, existem outras tutelas que, como essa, possuem como característica a urgência que se utilizam do processo cautelar e por essa razão são chamadas de tutelas cautelares mesmo com o advento do artigo 273 e artigo 461 do código de processo civil, quando na realidade são tutelas sumárias urgentes, e são classificadas da seguinte forma: tutela de urgência satisfativa autônoma; tutela de urgência satisfativa interinial; tutela de urgência propriamente cautelar⁵⁹⁹.

Interessa, no momento, delimitarmos conceitualmente somente a tutela cautelar propriamente dita, que é a última das acima mencionadas. Segundo Ovídio Batista, essa modalidade de tutela é espécie do gênero tutela preventiva, e é esse aspecto que interessa abordar, para efeito das questões relativas ao dano ou risco ao meio ambiente⁶⁰⁰.

Por sua natureza, o que justifica a sua existência é a urgência ante a possibilidade da ocorrência de um dano irreparável. Em situações em que as formas de tutelas convencionais não foram suficientes, ela tem o sentido de suprir essas deficiências do sistema que impedem o cumprimento por parte do Estado de exercer o monopólio da justiça.

Ocorre, porém que dois problemas se apresentam e são comuns a todas as tutelas de urgência. Se por um lado o Estado opta por não criar instrumentos que

⁵⁹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p.337.

⁵⁹⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Processo Cautelar (Tutela de Urgência) volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp.16-17.

⁶⁰⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Processo Cautelar (Tutela de Urgência) volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.17.

protejam de forma imediata o suposto direito invocado em nome da segurança jurídica, perde em efetividade. Se por outro lado, prefere adotar de forma imediata alguma medida que resguarde o direito ameaçado de lesão, ganha em efetividade, mas perde em segurança jurídica.

A esse problema, Ovídio Baptista responde afirmando que em ambas as hipóteses, seja privilegiando a segurança jurídica em detrimento da efetividade ou vice-versa, haveria uma dose mais ou menos elevada de riscos, cabendo ao processualista saber que em qualquer sistema existe um grau maior ou menor de segurança que não deve ser buscado no direito processual, principalmente num contexto em que o Direito é encarado pelos juristas como um fenômeno histórico comprometido com a sociedade a quem cabe regular⁶⁰¹.

Para Ovídio Batista, a tutela cautelar serve para tutelar situações especiais em que a simples aparência do direito pode estar em estado de risco de dano iminente, assim, na sua compreensão essa espécie de tutela protege o próprio direito e não o processo, conforme, segundo esse autor, leciona Chiovenda e Calamandrei⁶⁰².

Para Ovídio, a diferença entre uma teoria e outra estaria nos pressupostos de existência de uma situação passível de ser acautelada pela tutela jurisdicional, pois, de acordo com esse autor, para que pretensão cautelar se revele legítima, deve o autor identificar concretamente a natureza desse interesse protegido pela lei, “sob a forma de um direito subjetivo, ou de uma pretensão, ou de uma ação de direito material⁶⁰³,” e etc. Pois, muito embora não se possa negar à tutela cautelar seu caráter instrumental, não se pode, como queria Calamandrei, que a lide cautelar seja ‘instrumento de instrumento⁶⁰⁴,’ sob pena de tudo o que tiver como pressuposto o caráter de preventividade ser conceituado como cautelar.

Se em situações de risco ambiental, supondo-se que a parte deve demonstrar concretamente a natureza do seu interesse na iminência da ocorrência de um

⁶⁰¹SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Processo Cautelar (Tutela de Urgência) volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p21.

⁶⁰² Em sentido contrário ao pensamento de Ovídio: MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais,1994.p.73.

⁶⁰³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Processo Cautelar (Tutela de Urgência) volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p39.

⁶⁰⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Processo Cautelar (Tutela de Urgência) volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p40.

ilícito ambiental, a demonstração do contexto de risco resta prejudicada pelo seu caráter de incerteza e imprevisibilidade não abarcadas pela hipótese legal.

Sendo esse um dos elementos que compõem a tutela cautelar que por si só apresenta um sério óbice às questões relativas a concretização do princípio da precaução em contextos de risco ambiental, temos o elemento da provisoriedade, ao que Ovídio prefere denominar como temporariedade, afirmando ainda que não se trata de simples divergência semântica, distinguindo como conceitos diferentes e precisamente o ponto onde sua teoria se separa definitivamente da teoria que diz ser a cautelar instrumento de defesa da jurisdição defendida por Chiovenda e Calamandrei⁶⁰⁵.

Para Ovídio, no conceito de provisoriedade estaria embutida a idéia de que a tutela cautelar seria apenas uma parcela do processo, ou seja, uma parcela do processo principal o termo provisório estaria relacionado com algo que vai ser substituído, assim, sobrevindo um evento definitivo o provimento cautelar se tornaria desnecessário e, portanto, desapareceriam seus efeitos⁶⁰⁶. Ovídio aponta como falha dessa teoria o fato de que o provimento definitivo ao substituir o cautelar deve ter a mesma natureza e os mesmos efeitos, ficando evidente nessa doutrina que o que Calamandrei definia como provisório é, em realidade, antecipação.

Por essa razão, Ovídio diz ser mais adequado o termo temporariedade, elemento caracterizador da tutela cautelar, pois os efeitos da medida deverão durar enquanto persistirem o estado de perigo, o que permite o seu desfazimento quando aquele que a obteve for vencido na ação principal; as medidas cautelares devem sempre consistir numa providência jurisdicional diversa daquela que presumidamente será quando da prolação da sentença definitiva, limitando-se a ser uma proteção menor; e devendo durar enquanto presente a situação de perigo, não deve criar situações que por sua natureza sejam irreversíveis⁶⁰⁷.

Assim, para os fins específicos da gestão do risco ambiental, considerando a exigência da existência simultânea dos elementos que compõem a tutela

⁶⁰⁵SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Processo Cautelar (Tutela de Urgência) volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p.49.

⁶⁰⁶SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Processo Cautelar (Tutela de Urgência) volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p.51.

⁶⁰⁷SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil, Processo Cautelar (Tutela de Urgência) volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.p.58.

de urgência propriamente cautelar, ou seja, a possibilidade concreta da ocorrência do dano, bem como a aparência do bom direito, a resposta é negativa para a questão de uma tutela capaz de alcançar o ilícito antes mesmo de sua ocorrência.

Destarte, cumpre considerar as questões pertinentes à tutela antecipatória, nascida da necessidade de que sejam minimizados os efeitos do tempo do processo na esfera patrimonial dos indivíduos, priorizando o valor efetividade em detrimento do valor segurança⁶⁰⁸.

São muitos os aspectos a serem abordados quando se trata de tutelas preventivas para a gestão eficiente do risco ambiental, muito embora não especificamente tratada sob a ótica do direito ao meio ambiente, Marinoni⁶⁰⁹ aborda o problema levando em consideração os efeitos do tempo no processo, mas para os fins específicos desse trabalho basta que seja examinada a aplicabilidade da tutela antecipada ambiental para fins de gestão do risco ao meio ambiente.

O artigo 273 do Código de processo civil, modificado pela lei n. 8.952/94, prevê a concessão de tutela antecipada sempre que presentes os requisitos da verossimilhança da alegação e a probabilidade da ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação, o que por si só já autoriza dizer da aplicabilidade desse instituto nas questões de natureza ambiental, não obstante isso, pela própria redação do artigo não se apresenta possível a sua aplicabilidade nas hipóteses em que ocorra apenas a possibilidade da ocorrência do ilícito ambiental, ou seja, nas situações em que apenas exista o risco da ocorrência do ilícito, a tutela jurisdicional de provimento antecipatório não parece ser adequada.

No Aurélio, a palavra verossimilhança quer dizer algo que tem caráter de verossímil, este por sua vez quer dizer provável, ou semelhante à verdade, no risco nenhuma dessas características podem ser apontadas, pois, se caracteriza por uma situação de incerteza e imprevisibilidade. Assim, muito embora essa providência possa ser utilizada para tutelar o meio ambiente em situações de dano eminente ou ameaça de

⁶⁰⁸ Afirma Marinoni: “É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela de direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória E Julgamento Antecipado :Parte Incontroversa Da Demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p. 15.

⁶⁰⁹ Ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Antecipatória E Julgamento Antecipado :Parte Incontroversa Da Demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

dano, na hipótese de perigo da ocorrência do ilícito torna-se difícil a sua aplicação, mesmo porque nas palavras de Dantas, para que se constate a verossimilhança é preciso que se demonstre que a conduta do sujeito que viola uma determinada norma ambiental, independente de sua culpa, ante a responsabilidade objetiva, esteja na iminência de causar um dano irreparável ou de difícil reparação ao meio ambiente⁶¹⁰.

Mesmo com o advento da lei n. 10.444/2002, que modificou a redação dos artigos 588, 461, parágrafos 4º e 5º e 461 – A do código de processo civil, não afasta da antecipação de tutela o cunho reparatório, mesmo na hipótese da tutela específica que confere ao ofendido o bem da vida ou o direito em si, e não seu equivalente em pecúnia, muito embora essa forma de tutela é muitas vezes confundida com a inibitória, e há na tutela específica uma inibição ao inadimplemento da obrigação, essa tutela não se presta a inibir o ilícito mas para coagir ao adimplemento, portanto, não se confunde com a inibitória⁶¹¹.

Conforme se pode perceber, a questão referente a tutelas preventivas que tenham como característica a gestão do risco é de fundamental importância, haja vista que todas as hipóteses abordadas têm como fundamento institutos do direito processual civil clássico, uma vez que necessitam que estejam presentes a fumaça de bom direito, probabilidade do dano ou mesmo verossimilhança para que a parte demonstre seu interesse numa tutela urgente e preventiva.

A resposta para a concretização do princípio da prevenção a partir de uma tutela capaz de prevenir o risco estaria na tutela inibitória, desde que enfocando o direito ambiental a partir da sua perspectiva de norma fundamental tendo como ponto de partida a integração das disciplinas do direito material e do direito processual.

Marinoni aponta as três modalidades de tutelas inibitórias, a que impede a prática do ilícito, a que impede sua continuação e que impede a sua repetição, mas salienta “ainda que nenhum ato contrário ao direito tenha sido anteriormente praticado” não impede que seja utilizada a via inibitória.

⁶¹⁰ DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Tutela de Urgência nas Lides Ambientais: Provimentos liminares, cautelares e antecipatórios nas ações coletivas que versam sobre meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.p.36.

⁶¹¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica,(arts.461,CPC e 84,CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.p.190.

Muito embora o direito previsto no artigo 225 da Constituição Federal não permita que pensemos em violação do direito ao meio ambiente equilibrado, ou seja, por se tratar de direito absoluto não se pode pensar em termos de tutelas que apenas promovam a justa reparação do dano, mas tutelas que possam inibir o ilícito antes de sua ocorrência, necessitam de mecanismos para tornar efetiva essa norma que devem ser pensados tendo como ponto de partida a Constituição Federal, mas instrumentalizadas dentro do processo, meio pelo qual se materializa o direito consagrado.

Os pressupostos da tutela inibitória estão ligados exclusivamente na definição de que ilícito e dano são categorias autônomas, portanto, a culpa como elemento constitutivo do dano não faz parte da problemática dessa tutela, haja vista que ela se volta exclusivamente para impedir que a norma seja contrariada.

A partir da premissa de que a tutela inibitória prescinde da culpa, fica muito mais simples sua operacionalização, Tessler apresenta os fundamentos para que o juiz possa fundamentar sua decisão num contexto em que o dano ambiental não ocorreu, mas a norma se encontra em vias de ser descumprida. Afirma essa autora que “se cabe ao juiz zelar pela integridade do ordenamento, pouco importa se quem está na iminência de violá-lo está agindo com culpa ou não, pois em qualquer caso caberá ao juiz impedir a violação⁶¹²”. Assim, finalizando, busca-se com o impedimento da violação da norma algo mais do que evitar o dano, busca-se, além disso, “resgatar o *status* de legitimidade do ordenamento⁶¹³”, pressuposto do Estado de Direito.

Se a tutela inibitória é uma tutela voltada para o futuro, ou seja, presta-se para abarcar algo que ainda não aconteceu, sua natureza preventiva está em consonância com as necessidades de prevenção e precaução ambiental, que nesse caso tem uma conotação objetiva, ou seja, não se cogita da possibilidade de investigar a vontade do agente causador do dano, Tessler ainda na hipótese em que o sujeito se propõe a desenvolver atividade lícita que resulte numa exposição do meio ambiente ao

⁶¹² TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Tutela Inibitória, Tutela de Remoção, Tutela de Ressarcimento na Forma Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 233.

⁶¹³ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Tutela Inibitória, Tutela de Remoção, Tutela de Ressarcimento na Forma Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 233.

risco, deve em primeiro lugar tomar todas as precauções para que sua atividade não se torne ilícita caso esse risco se torne intolerável⁶¹⁴.

Um exemplo que pode ser apontado é o da co-existência de postos de gasolina em ambientes urbanos, tanto em zonas residenciais quanto em zonas comerciais, cabe ao dono do estabelecimento cumprir todas as normas relativas à segurança, tais como, distância mínima de edifícios, revestimento dos tanques que estoca combustível e etc. Na hipótese em que tenham sido cumpridas todas as normas a respeito de segurança, caso se perceba que determinada conduta pode colocar em risco o lençol freático ou mesmo a rede de esgotos com o vazamento de material inflamável, a conduta mesmo que involuntária do proprietário deverá ser inibida até que o mesmo prove não estar contribuindo mesmo que involuntariamente para a ocorrência de um risco intolerável.

Assim, a tutela inibitória pode ser instrumento hábil para evitar o descumprimento da norma nas hipóteses de risco ao meio ambiente, apresentando-se como o melhor mecanismo de prevenção ante a impossibilidade de se admitir violação a esse direito fundamental, inclusive, nas hipóteses em que a conduta é considerada lícita pela legislação ambiental e, mesmo assim, se configura um risco para o meio ambiente.

Pelo conteúdo jusfundamental do bem protegido deve-se buscar no princípio da precaução a resposta, uma vez que nem sempre a regra, leva em consideração a “posição jurídica das vítimas e de sujeitos potencialmente lesados⁶¹⁵”.

⁶¹⁴ TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Tutela Inibitória, Tutela de Remoção, Tutela de Ressarcimento na Forma Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.234.

⁶¹⁵ AYALA, Patrick de Araújo. *Direito e Incerteza: a Proteção Jurídica das Futuras Gerações no Estado de Direito Ambiental*. Florianópolis, 2002. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. p.332.

CONCLUSÃO

O presente trabalho foi elaborado a partir da modificação operada tanto no Estado quanto na sociedade num contexto permeado pelo risco nascido do desenvolvimento técnico científico, que tem como característica a incerteza e a impossibilidade de respostas baseadas em padrões de certeza científica.

Na esfera jurídica, a mudança do padrão ocorre a partir do momento em que a realidade hipotético normativa que se apoia no dogma da segurança jurídica como suporte para todas as decisões, se revela pouco eficiente quando se trata de torna efetivo alguns direitos consagrados pela Constituição Federal, tais como o do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em um contexto permeado pela complexidade e por conflitos de massa, é fundamental que a decisão seja permeada pela busca de uma tutela que efetivamente corresponda ao direito material violado, levando-se em consideração um novo contexto social onde se convive diuturnamente com o risco onde os antigos modelos de conhecimento não se mostram passíveis de apresentarem a resposta para as diversas crises que se apresentam, assim, não é a autoridade científica quem apresentará a decisão mais correta para determinados conflitos, até porque essa autoridade não possui a resposta cientificamente mais correta, assim, o Direito deverá dialogar com os demais ramos do conhecimento: com a política, a economia, a ética, a ecologia, a biologia.

Assim, as questões que tratam do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado devem levar em consideração o fato que o homem está inserido nesse conceito e, portanto, trata-se de dar um novo sentido à concepção do que chamamos direito à vida que comporta não só a perspectiva das futuras gerações, portanto, direito à vida de quem vai nascer, como também a vida das outras espécies não humanas.

Assim, conceituar juridicamente como proteção ao meio ambiente ecologicamente a simples garantia do ressarcimento ou mesmo em algumas hipóteses com a tutela específica, que no caso do meio ambiente nem sempre se demonstra

eficiente, deixam em evidência que o nosso ordenamento jurídico, no que diz respeito as tutelas jurisdicionais constantes no processo civil, não é capaz de garantir algumas parcelas de direitos deferidos pela Constituição Federal, mais especificamente os direitos de natureza não patrimonial, que necessitam de tutelas processuais diferenciadas para que os mesmos sejam efetiva e eficientemente resguardados.

As sentenças condenatórias, declaratórias e executivas, previstas no nosso código de processo civil, não obstante se apresentarem de grande utilidade para os interesses previstos nos moldes de um direito eminentemente individualista, não são eficientes para as demandas que a sociedade moderna gerou a partir do modelo de desenvolvimento adotado criador de situações de risco coletivo ou conflitos de massa.

Para que todos os direitos previstos constitucionalmente sejam concretizados, a mudança de paradigmas deve ocorrer em todas as instâncias de decisão: tanto administrativas quanto judiciais. Mas, tal mudança deve ocorrer, principalmente, na cabeça dos nossos operadores jurídicos imprimindo ao Direito o papel de transformador da realidade social, e não de legitimador de uma ordem excludente e injusta.

Assim, é preciso conciliar o que a Constituição Federal denomina ecologicamente equilibrado com o que o que entendem os nossos juristas a partir da utilização da precaução como principio informador desse conceito, levando em consideração o fato de que os princípios são espécies do gênero norma e que possuem utilidade diferenciada das regras, portanto, não entram em conflito.

Um modelo de decisão que tem como pressuposto a otimização do resultado considerado a partir do caso concreto é a solução ideal para a materialização dos direitos fundamentais, minorando a possibilidade da ocorrência de decisões baseadas em critérios políticos e econômicos que não levam em consideração os aspectos ambientais da decisão tomada.

Assim, o estudo da tutela inibitória é fundamental por se tratar de tutela voltada para a prevenção do ilícito, portanto, adequada para as demandas que têm como fundamento o risco ao equilíbrio do meio ambiente, ou seja, como se trata de uma tutela voltada para o futuro, e que não tem como fundamento o dolo e a culpa da responsabilidade civil pode o órgão jurisdicional, fundamentada num modelo de

princípios e tendo como ponto de partida a Constituição Federal, deferir a tutela inibitória que evita o descumprimento da norma, o que em princípio pode significar a possibilidade da ocorrência do dano ambiental, mas que principalmente, por operar como protetora da norma se caracterizar como garantia constitucional ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Conforme já dito anteriormente, a tutela inibitória se configura em umas das mais eficientes formas de tutela jurisdicional para proteger o meio ambiente, pois tem como objeto preservar o direito em toda a sua integridade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. Rio de Janeiro/ São Paulo: Forense Universitária, 2003.

ACSELRAD, Henri. *Justiça ambiental – ação coletiva e estratégias argumentativas*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

_____. HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto. *A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil – uma introdução*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA. José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: Para a relação entre os direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217.

_____. *Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 217.

ALVIM, Arruda. *Manual de Processo Civil. Vol.I, parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, vol.6*. São Paulo: 2003.

ARRUDA, Domingos Sávio de Barros. *Responsabilidade Ambiental No Direito Brasileiro Categorias – Reparatória e Acautelatória*. Florianópolis, 2005. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina.

AYALA, Patrick de Araújo. *Direito e Incerteza: a Proteção Jurídica das Futuras Gerações no Estado de Direito Ambiental*. Florianópolis, 2002. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina.

_____. *O Princípio da Precaução com Impedimento Constitucional à Produção de Impactos Ambientais*. In LEITE, José Rubens Morato. *Inovações em Direito Ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A Ação Popular do Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados “Interesses Difusos””. *Revista de Processo*, n. 28. São Paulo: RT, 1982.

BECK, Ulrich et al. *A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*. In: *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.

_____. *La sociedad Del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Piados, 1998.
BECK, Ulrich. *Políticas Ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure Editorial, 1998.

BIRNFELD, Carlos André Sousa. *O Princípio Poluidor –Pagador e suas Potencialidades para Imputação Efetiva de todos os encargos Decorrentes da Poluição ao Poluidor – Uma Leitura Não Economicista da Ordem Constitucional Brasileira*. Florianópolis, 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCL,Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Tradução: CACAIS, Luis Guerreiro Pinto; MÔNACO, Gaetano Lo;DINI, Renzo;VARRIALLE, Carmen C..Brasília:Universidade de Brasília,1986.

_____. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra;1987.

_____. *A Era dos Direitos*. Campus. Rio de Janeiro. 1992.

_____. BOVERO, Michelangelo,(org.). Tradução de Daniela Beccaccia Versiani.*Teoria Geral da Política:a Filosofia Política e as Lições dos Clássicos*.Rio de Janeiro: Campus, 2000,p.502.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *A Insurreição da Aldeia Global Contra o Processo Civil Clássico: Apontamentos Sobre a Opressão e a Libertação Judiciais do Meio Ambiente e do Consumidor*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85- Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. BENJAMIN, Antonio Herman (org.). *10 anos da ECO 92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*.São Paulo: IMESP, 2002,p.332.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*.São Paulo: Malheiros.7 edição, revista, atualizada e ampliada.1998.

_____. *Do Estado Liberal, Ao Estado Social*. São Paulo:Malheiros Editores.7ª edição.2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamenstais*. In MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Heremênutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2002, 1ª edição,2ª tiragem.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

_____. *Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça*. Florianópolis: OAB/SC, 2006. Revista e ampliada.

BROWN, Lester R. *Por uma Sociedade Viável*. Rio de Janeiro: editora da fundação Getulio Vargas. 1983.

BULARD, Robert. *Enfrentando o racismo ambiental no século XXI*. IN ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. Coimbra. 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet.

CAPPELLI, Silvia. Ministério Público do Rio Grande do Sul. *Coletânea de Legislação Ambiental*. Rio Grande do Sul: CORAG, 2003.

CAPRA, Fritjof e SPRETNAK, Charlene. *Política Verde, a promessa global* (mimeo).

_____. *A teia da vida. Uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução: EICHEMBERG, Newton Roberval. São Paulo. Editora Cultrix. 1996.

CATALÁ, Lucia Gomis. *Responsabilidad por Daños Al Medio Ambiente*. Espanha: Aranzadi Editorial, 1998, p.139.

CATTONI, Marcelo. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CAUBET, Christian Guy. *O escopo do risco no mundo real e no mundo jurídico*. In HERMITE, M-A; VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino Americana-Européia sobre o Governo dos Riscos. 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas. 1988.

COSTA, Juvenil Nunes da. FREITAS, Nilton. *Uma ação interinstitucional nacional a partir da ação sindical no local de trabalho: o caso Solvay*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Reflexos da Nova Reforma do CPC na Ação Civil Pública Ambiental*. In LEITE, José Rubens Morato, DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Aspectos Processuais do Direito ambiental*. 2.ed. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 2004.

_____. *Tutela de Urgência nas Lides Ambientais: Provimentos liminares, cautelares e antecipatórios nas ações coletivas que versam sobre meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1990.

_____. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad.

DWORKIN, Ronald. *O Império Do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo. Ed. Malheiros, 1998

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; MILARÉ, Edis; NERY jr. Nelson. *A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio Século XXI. O Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Heline Sivini. *A Sociedade de Risco e o Princípio da Precaução no Direito Ambiental Brasileiro*. Florianópolis, 2003. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina.

FERREIRA, Leila da Costa. *A Questão ambiental: Sustentabilidade e políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 1998.

FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GIORGI, Raffaele de. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

GONZAGA, Paulo. *Ecologia e Política no Brasil*. Rio de Janeiro. IUPERJ/Editora Espaço e Tempo. p.18/19, 2ª edição.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2ª edição.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da Class Action For Damages à Ação de Classe Brasileira: Os requisitos de Admissibilidade*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública. Lei 7.347/85- 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUERRA, Isabella Franco. *Ação Civil Publica e Meio Ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos. 1999.

HERMITTE, M-A. *Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco – uma análise de U.Beck*. In VARELLA, Marcelo Dias (org.). *Governo dos Riscos*. Brasil: Rede Latino – Americana – Européia sobre Governo dos Riscos. 2005.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1991.

KISS, Alexandre. *Os Direitos e Interesses da Gerações Futuras e o Princípio da Precaução*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Social no Brasil e na Alemanha. Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo e extrapatrimonial*. RT. São Paulo. 2003.

_____. AYALA, Patryck de Araújo. *Novas Tendências e Possibilidades do Direito Ambiental no Brasil*. IN *Os “Novos” Direitos no Brasil*. WOLKMER, Antonio Carlos e LEITE, José Rubens Morato (orgs). Saraiva. São Paulo. 2003.

_____. *O Novo em Direito Ambiental – Introdução ao conceito de Meio Ambiente*. In VARELLA, Marcel. BORGES, Marcelo Dias. CARDOSO, Roxana B. Del Rey. BH. 1998.

_____.AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária,2004. 2 edição revista, atualizada e ampliada.

LIMA, André. *O Direito para o Brasil Socioambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.2002.

LYRA Filho, Roberto.*O que é Direito*.São Paulo: Brasiliense. 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública : Em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARCHESAN. Ana Maria Moreira. STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Fundamentos Jurídicos Para A Inversão Do Ônus Da Prova Nas Ações Civis Públicas Por danos Ambientais*.In BENJAMIN, Antonio Herman (org.). *10 anos da ECO 92: O Direito e o Desenvolvimento Sustentável*.São Paulo: IMESP, 2002.

MARÉS, Carlos Frederico. *Introdução ao Direito Socioambiental*. In LIMA, André(Org). *O Direito para o Brasil SocioAmbiental*. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Editor. 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Tutela Específica,(arts.461,CPC e 84,CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *O Direito à Tutela Jurisdicional Efetiva na perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08/03/2005.

_____. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 08/03/2005.

_____. *Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado: Parte Incontroversa da Demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MARTINS, Paulo Roberto. *Justiça Ambiental e projeto político: o caso da Central única dos Trabalhadores*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

MAZZILLI, Hugo de Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. São Paulo: Saraiva. 1995.

MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Edis. *Responsabilidade Ética em face do Meio Ambiente*. Revista de Direito Ambiental, n.2. Ano 1. Abril e Junho. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.43.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. *Direito Ambiental: O Princípio da Precaução e sua Aplicação Judicial*. In. LEITE, José Rubens Morato. *Inovações em Direito Ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2000.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. *Terra Pátria*. Porto Alegre: Ed. Sulina. 2003.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NERY Jr. Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constitucional Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA Jr. José Alcebíades. *Cidadania e novos direitos*. IN OLIVEIRA Jr. José Alcebíades(org). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1997.

OST, François. *A Natureza à Margem da Lei. A Ecologia à Prova do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p.119.

PÁDUA, José Augusto. *Natureza e Projeto Nacional: as origens da ecologia política no Brasil*. IN PÁDUA, José Augusto (org). VIOLA, Eduardo. MINC, Carlos. VIEIRA, Liszt. GABEIRA, Fernando. GONZAGA, Paulo. *Ecologia e Política no Brasil*. 2ª edição. Rio de Janeiro. IUPERJ/Editora Espaço e Tempo.

PASSOS, Lídia Helena Ferreira da Costa. *Discrecionabilidade Administrativa e Justiça Ambiental: Novos Desafios do Poder Judiciário nas Ações Cíveis Públicas*. In MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública – Lei 7347/1985 – 15 anos depois*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO, Geraldo. *PROCESSO PENAL E ESTADO DE DIREITO NO BRASIL: considerações sobre a fidelidade do juiz à lei penal*. in Revista de Estudos Criminais, ano IV, n. 14, 2004.

PUREZA, José Manuel; FRADE, Catarina. *Direito do Ambiente. I Parte: A Ordem Ambiental Portuguesa*. Universidade de Coimbra, 2001.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

SANDS, Philippe. *O Princípio da Precaução*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 4ª edição, atualizada e ampliada.

SEN, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia da Letras, 2004.

SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Bens de Interesse Público e Meio Ambiente*. Crítica Jurídica :Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho-Nº 19,Julho-Dezembro/2001.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil: Processo Cautelar (tutela de urgência)*,Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais,1998.

SILVA,Reinaldo Pereira e. *Reflexões sobre a pré-compreensão Constitucional: a dignidade da pessoa humana como condição de possibilidade de sentido*.(ainda não publicado).

SILVA, Solange Teles da. *Princípio da Precaução: Uma Nova Postura Em Face Dos Riscos E Incertezas Científicas*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA. Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA. Paulo Roberto Pereira de. *A Tutela Jurisdicional do Meio Ambiente e seu Grau de Eficácia*. In LEITE, José Rubens. DANTAS Marcelo Buzaglo (org.).*Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

SOUZA, Varternei Melo de. *A tutela de urgência e a responsabilidade objetiva: algumas reflexões*.In FLACH, Daniel e outros (org.). *Visões críticas do processo civil: uma homenagem ao Prof. Dr. José Maria Rosa Tesheiner*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p.117.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental: As Dimensões o Dano Ambiental No Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora,2002.2 edição revista e ampliada.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2001.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente. Tutela Inibitória, Tutela de Remoção, Tutela de Ressarcimento na Forma Específica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O princípio do poluidor pagador como parâmetro para a mensuração da multa coercitiva na prestação da tutela inibitória ambiental*. Revista de Direito Processual Civil. Ano VII. Curitiba: Janeiro-Março, 2002.

TOYNBEE, Arnold. *A Humanidade e a Mãe – Terra. Uma História Narrativa do Mundo*. Rio de Janeiro: Zahar. 1982.

VAINER, Carlos B. *Águas para a vida, não para a morte. Notas para uma história do movimento de atingidos por barragens no Brasil*. In ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs). *Justiça Ambiental e Cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania: A sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro. São Paulo: Editora Record, 2001.

VIEIRA, Luiz Vicente. *Os Movimentos Sociais e o Espaço Autônomo do “Político”*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

VIOLA, Eduardo. *O Movimento Ecológico no Brasil (1974-1986): Do ambientalismo à ecopolítica*. IN PÁDUA, José Augusto (org). VIOLA, Eduardo. MINC, Carlos. VIEIRA, Liszt. GABEIRA, Fernando. GONZAGA, Paulo. *Ecologia e Política no Brasil*. Rio de Janeiro. IUPERJ/Editora Espaço e Tempo.

WOLF, Paul. *A irresponsabilidade organizada? Comentários sobre a função simbólica do direito Ambiental*. In OLIVEIRA Jr. José Alcebiades. *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

WOLFRUM, Rüdiger. *O Princípio da Precaução*. In VARELLA, Marcela Dias. PLATIAU, Ana Flávia Barros. *Princípio da Precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos – *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 2001.

_____. *Introdução aos Fundamentos de uma Teoria Geral do “Novos” Direitos*. In WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens.(org). *Os “Novos” Direitos no Brasil. Natureza e Perspectivas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003

LEGISLAÇÃO

Lei 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor. Art. 81, parágrafo único e incisos. Disponível na Internet ><http://www.senado.br>< acesso em 24 de março de 2005.

Lei 10.406. Novo Código Civil Brasileiro. Art.187. São Paulo: Editora Escala.

Legislação Ambiental. Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Procuradoria Geral de Justiça, 2003.

DECISÃO JUDICIAL.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Agravo de Instrumento n. 70011872579- Terceira Câmara Cível - ><http://www.tj.rs.gov.br>< acesso em 22 de dezembro de 2005.