

UNISANTOS – Universidade Católica de Santos

Carlos Alberto Carmello Junior

AS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E A AÇÃO
CIVIL PÚBLICA

Santos/SP

2013

Carlos Alberto Carmello Junior

**AS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS E A AÇÃO
CIVIL PÚBLICA**

Santos/SP

2013

Banca Examinadora

RESUMO

Carlos Alberto Carmello Junior – Políticas Públicas Ambientais e Ação Civil Pública

O objetivo do presente trabalho é estabelecer a relação existente entre as políticas públicas ambientais e a ação civil pública, que é a ferramenta para que se leve este tipo de assunto para apreciação do Poder Judiciário. Para alcançar este objetivo, foi necessário verificar como a proteção ambiental e as políticas públicas se inserem no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, foi abordada a maneira pela qual o Poder Judiciário lida com tais matérias e de que maneiras o Poder Judiciário pode ou deve decidir questões de natureza política. Finalmente, alguns institutos relacionados à ação civil pública foram estudados, tais quais a representação adequada, a tutela específica e o direito à prova. O foco do trabalho foi o de revelar que os institutos da ação civil pública devem ser interpretados e aplicados sob a influência do direito à proteção ambiental consagrado nas políticas públicas.

Palavras-Chave: Políticas Públicas – Direito Ambiental – Ação Civil Pública -
Representação adequada – tutela específica.

ABSTRACT

Carlos Alberto Carmello Junior- publicenvironmental policies and civil publicaction

The purpose of this study is to establish the relationship between environmental policies and the civil public action, wich is the tool to take this kind of subject to the Brazilian Judiciary System. To achieve this gol it was needed to overlook how the environment and the public policies are brought into Brazilian legal system. Also, it was studies how the Judiciary branch deals with those kind of subjects and in what ways the judicial regulation can or should rule about political decisions. Finally, some issues concerned to civil public actions were studied, such as the adequacy of representation, specific injunctions and the right to prove. The focus of the study was to reveal that the issues concerned the civil public actions should be read with the eyes of the environmental protection brought in public environemental policies.

Key-Words: Public Policies – Environmental Law – Civil Public Action- adequacy of representation – specific injuction.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO..... | 1 |
| 1. O MEIO AMBIENTE COMO OBJETO DE DIREITO..... | 3 |
| 1.1. A Elaboração de um Conceito de Meio Ambiente..... | 3 |
| 1.2. Estado Democrático de Direito Ambiental..... | 5 |
| 1.3. O Meio Ambiente como Valor Constitucional..... | 9 |
| 1.4. Características do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado..... | 16 |
| 1.5. A Centralidade dos Valores “Prevenção” e “Precaução” na Efetivação do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado..... | 17 |
| 1.6. Conclusões Parciais..... | 20 |
| 2. POLÍTICAS PÚBLICAS E MEIO AMBIENTE..... | 22 |
| 2.1. Políticas Públicas e sua Conformação Jurídica..... | 22 |
| 2.2. Discricionariedade Administrativa e Políticas Públicas..... | 24 |
| 2.3. Políticas Públicas Ambientais de Estado e de Governo..... | 27 |
| 2.4. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas..... | 29 |
| 2.5. Políticas Públicas e Processo Coletivo..... | 33 |
| 2.6. Conclusões Parciais..... | 35 |
| 3. TUTELA JURISDICIONAL AMBIENTAL..... | 36 |
| 3.1. Da Jurisdição como Garantia Constitucional..... | 36 |
| 3.2 Tutela Jurisdicional..... | 37 |
| 3.2. A Perspectiva Instrumentalista..... | 38 |
| 3.3. Tutela Jurisdicional Diferenciada..... | 39 |
| 3.4. Direito ao Meio Ambiente e Tutela Jurisdicional..... | 41 |
| 3.5. O “Lugar” do Poder Judiciário na Sociedade Moderna e Complexa (e a necessidade de repensar o modo de ser do processo coletivo)..... | 42 |
| 3.6. A Necessidade de um Método para a Afirmação e Concretização do Direito Pós-Moderno..... | 47 |

| | |
|--|----|
| 3.7. Conclusões Parciais..... | 51 |
| 4. RELEITURA DE ALGUNS INSTITUTOS PROCESSUAIS..... | 53 |
| 4.1. Considerações Introdutórias..... | 53 |
| 4.2. A legitimação processual na ação civil pública ambiental..... | 54 |
| 4.2.1. Recurso Especial 405.706-SP (2.002/0006037), acórdão publicado em 23 de setembro de 2.002..... | 56 |
| 4.2.2. Recurso Especial 1358112-SC, acórdão publicado em 28 de junho de 2.013..... | 57 |
| 4.2.3. Apreciação Crítica das Decisões..... | 58 |
| 4.2.4. Uma Possível Solução..... | 64 |
| 4.3. Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer..... | 68 |
| 4.3.1. A tutela das obrigações de fazer e não fazer – Tutela Específica..... | 69 |
| 4.3.2. Fungibilidade e infungibilidade de obrigações..... | 73 |
| 4.3.3. Eficácia Mandamental e Executiva Lato Sensu do Provimento do art. 461 do Código de Processo Civil..... | 75 |
| 4.3.3.1 Provimentos Mandamentais e Executivos Lato Sensu..... | 76 |
| 4.3.3.2 Art. 461 do CPC: mandamentalidade e execução lato sensu..... | 78 |
| 4.3.4. Da Multa ou Astreinte como Medida Tendente a Reforçar a Mandamentalidade..... | 81 |
| 4.3.5. Da Prisão Civil como Medida Coercitiva e Crime de Desobediência..... | 85 |
| 4.3.5.1 Prisão..... | 85 |
| 4.3.5.2 Crime de Desobediência..... | 86 |
| 4.3.6. Medidas Sub-rogatórias e Coercitivas autorizadas pelo parágrafo 5º do art. 461 do Código de Processo Civil..... | 88 |
| 4.3.6.1 Busca e apreensão..... | 88 |
| 4.3.6.2 Remoção de pessoas e coisas..... | 89 |
| 4.3.6.3 Desfazimento de obras..... | 89 |
| 4.3.6.4 Impedimento de atividade nociva..... | 90 |
| 4.3.6.5 Medidas de coerção e sub-rogatórias: possibilidade de coexistência..... | 90 |
| 4.3.7 Tutela Específica e Fazenda Pública..... | 91 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 4.4. | Da prova na ação civil pública ambiental..... | 93 |
| 4.4.1 | Objeto da Prova e Critérios para Apreciação..... | 97 |
| 4.4.2 | Fases Processuais da Atividade Probatória..... | 98 |
| 4.4.3 | Valoração do Inquérito Civil na Ação Civil Pública Ambiental..... | 99 |
| 4.4.4 | Ônus da Prova..... | 100 |
| 4.4.5 | Poderes Instrutórios do Juiz..... | 102 |
| 4.4.6 | Ônus da Prova e Poderes Instrutórios do Juiz: nova e necessária leitura..... | 103 |
| 4.4.7 | Inversão do Ônus da Prova..... | 105 |
| 4.4.8 | Aplicação do Instituto da Inversão do Ônus da Prova na Ação Civil Pública Ambiental..... | 108 |
| 4.4.9 | O Princípio da Precaução como fundamento para a Inversão do Ônus da Prova..... | 109 |
| 4.4.10 | Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova..... | 110 |
| 4.4.11 | A prova e as ações civis públicas que tenham como objeto políticas públicas ambientais..... | 111 |
| 4.5. | A estabilização da demanda..... | 113 |
| 5. | CONCLUSÃO..... | 118 |

INTRODUÇÃO

As demandas emergentes da crescente judicialização de conflitos de interesses é assunto que se encontra na ordem do dia da ciência processual. Se é verdade que o aumento exponencial do número de processos já constitui um desafio para a resolução de tais conflitos, é possível questionar se própria conformação do processo, enquanto seqüência de atos coordenados desenvolvidos pelo juiz e pelas partes, não representa também um empecilho para uma justa resolução da controvérsia.

A defesa do meio ambiente em juízo é relativamente recente. Ganhou projeção com o advento da ação civil pública (Lei n. 7.347/85) que, por sua vez, teve seus contornos enriquecidos com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Ainda que se tenha um sistema processual específico, portanto, para a tutela de interesses coletivos, não são poucos os indícios no sentido de que sistema processual de defesa coletiva de direitos não se mostra eficiente para a proteção do meio ambiente. A morosidade na prestação jurisdicional e a dificuldade de se colocar em prática o que restou decidido na sentença são alguns dos muitos exemplos que corroboram a tese no sentido de que o sistema processual não atende de forma satisfatória as demandas de proteção ambiental.

Como se não bastasse, a perspectiva de judicialização das denominadas políticas públicas, em decorrência da falta de concretização dos direitos estabelecidos na Constituição, enseja questionamentos diversos e significativos, que colocam em dúvida, mesmo, a possibilidade de haver pronunciamento jurisdicional sobre tais programas de ação governamental.

O escopo do presente trabalho é investigar se, e em que medida, a conformação atual da tutela coletiva de direitos tem conseguido responder à demanda de proteção ambiental, tendo em conta uma categoria específica de direito material: as políticas públicas.

Dentro desta perspectiva, faz sentido, num primeiro momento, contextualizar a proteção ambiental como um direito fundamental, inserido num contexto pós-moderno, assumindo, em tal compreensão importância cardeal identificar conteúdos essenciais a noção de proteção jurídica ao meio ambiente à luz da Constituição Federal de 1.988.

Ainda, mostra-se imprescindível fixar a noção de políticas públicas e sua importância para o valor da proteção ambiental.

Uma vez identificadas os contornos do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e seus desdobramentos na conformação de políticas públicas de proteção ambiental, a investigação deve voltar para saber se o atual modelo de defesa coletiva de direitos responde, de forma satisfatória, à tutela do direito ao meio ambiente, especialmente quando inserido dentro do contexto de políticas públicas.

Para a consecução desta tarefa, será importante identificar e compreender a atual conformação do sistema processual de tutela coletiva de direitos.

Por fim, procurar-se-á identificar quais os aportes que a ideia de políticas públicas, enquanto categoria de direito material, pode trazer para o sistema processual de proteção ao meio ambiente. Isto será feito a partir da releitura de alguns institutos do direito processual

1. O MEIO AMBIENTE COMO OBJETO DO DIREITO

1.1. A elaboração de um conceito de meio ambiente

Conceitos jurídicos existem e são construídos para operacionalizar a tarefa de sistematização de normas, delas extraíndo definições, classificações e sistemas.

É nítido, portanto, que assumem uma função instrumental, a fim de que os conflitos inter ou plurisubjetivos possam ser decididos. Caracterizam-se, portanto, como uma ferramenta, num contexto pragmático e tecnológico em que atualmente se coloca a dogmática jurídica (FERRAZ: 1980: 45).

Consagrado, nos quadros do Estado de Direito, a primazia da lei, os conceitos jurídicos são extraídos a partir das normas jurídicas de determinado ordenamento.

A expressão meio ambiente, dentro do contexto jurídico brasileiro, funciona como fórmula aglutinadora de diferentes aspectos, os quais tem como elemento agregador a circunstância de servirem à sadia qualidade de vida do homem; é este, pensamos, o *descrímen* positivado (art. 225 , “caput”, da CR) para que se operem as classificações e definições.

Sob este ângulo, é possível afirmar, com base na lição de FIGUEREDO (2.007: 41), que integram o conceito de meio ambiente valores de diferentes matizes, elementos físicos e biológicos que se realizam dentro de um ecossistema, os elementos resultantes de intervenções humanas nos espaços (construções em geral) e também elementos que adquirem significação especial (como aqueles de valor histórico, urbanístico, turístico e paisagístico).

Como acentua PÉREZ LUÑO (2.003:484),

La expresión “medio ambiente” dista mucho de ser precisa y unívoca. Puede hablarse de un medio ambiente natural o abierto integrado por la biosfera, el aire, el agua y el suelo, que constituyen el supuesto de la vida, y por los ecosistemas producto de la interacción entre los seres vivos y el medio. Pero, junto a esta acepción, cabe también considerar como otra modalidad del medio ambiente, a los ambientes cerrados, contruidos por el hombre desde los orígenes de la civilización para protegerse, trabajar o para divertirse y, en suma, para satisfacer su cada vez más amplio sistema de necesidades.

Bem se vê que a definição de meio ambiente trazida no art. 3º da Lei n. 6.838/81 – “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” – contempla tão somente os aspectos relacionados à natureza, não se podendo dele extrair a operacionalidade para a sistematização das normas jurídicas ambientais, e, particularmente ao escopo deste trabalho, para o esquadrihar de uma tutela jurisdicional diferenciada ambiental.

Na busca de uma definição que albergue os recursos naturais e culturais, adota-se aquela esboçada por SILVA (1.998:2), para quem o meio ambiente é “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

A definição está em harmonia com a nota da essencialidade à sadia qualidade de vida, trazida no art. 225 da Constituição Federal de 1.988. Não se negue, por outro lado, que seu caráter abrangente – aglutinador de fatores diversos- coloca sérias restrições em relação à operacionalidade do conceito.

O “desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”, atrela-se às expressões “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e “sadia qualidade de vida”, constantes do art. 225 supracitado. Ocorre que tais expressões materializam conceitos jurídicos indeterminados, que demandam, a todo momento, interpretação. A conclusão que se chega é a de que definir o meio ambiente e, conseqüentemente a proteção ao meio ambiente, é tarefa perene, que não se esgota, donde a possibilidade de se afirmar que a essência

do que se pretende proteger, para as presentes e futuras gerações, é sempre problemática.

Enfatize-se que o ordenamento jurídico pretende proteger o equilíbrio do meio ambiente necessário á sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Ora, a própria noção de equilíbrio, aplicada a um objeto, sofre o influxo de variáveis, a demandar valorações e comparações em última análise, interpretação. Assim, o equilíbrio ambiental a ser alcançado com a transposição das águas do Rio São Francisco, por exemplo, pressupõe a conjugação de fatores como recursos hídricos, flora, fauna, recursos minerais, repercussão econômica, social e cultural do projeto para as comunidades ribeirinhas, dentre outras. Para que se alcance o que vem a ser “meio ambiente ecologicamente equilibrado” tais fatores não podem ser vistos de forma isolada, porque o meio ambiente não é apenas o conjunto estático destes fatores, mas sim a rede de interações que entre eles se estabelece.

Aliás, lembra PRIEUR (2.004:1) que

(...) o meio ambiente é uma palavra que numa primeira abordagem exprime fortemente paixões, esperanças e incompreensões. De acordo com o contexto em que é utilizado, ele será entendido como uma ideia em modo, um luxo para os países ricos, um mito, um tema de contestação... um grito de alarme dos economistas e filósofos sobre os limites do crescimento, o anúncio do esgotamento dos recursos naturais, um novo mercado anti-poluição, uma utopia contraditória com o mito do crescimento.

Estas ideias nos parecem suficientes para afirmar que conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto categoria de direito material passível de proteção jurídica e, conseqüentemente, jurisdicional, revela-se impregnado por alta carga axiológica e pouca densidade normativa.

1.2. Estado Democrático de Direito Ambiental

A emergência da doutrina dos direitos do homem deve ser compreendida dentro da linha evolutiva que experimentou e ainda experimenta o Estado de Direito.

É fora de dúvidas que o nascimento do Estado de Direito, o Estado em que há supremacia da Lei e separação de poderes, se houve como contraposição ao Estado Absolutista, no que restou abandonada a concepção de que o Estado “tudo podia”, para se engendrar, notadamente a partir das Revoluções Francesa e Americana, um Estado em que os súditos passassem a ter direitos em relação ao Estado. Abandona-se, pois, uma concepção de Estado em que existia a concentração de poderes num só ramo da autoridade pública (BONAVIDES: 200: 29), para se engendrar um Estado que contemplasse a separação de poderes, a submissão ao império da lei e no enunciado e garantia dos direitos fundamentais.

Para romper com o absolutismo, era necessário concretizar a liberdade, controlar juridicamente o poder dos governantes e consagrar direitos a todos. Estes postulados foram alcançados não apenas com as grandes revoluções, mas também com as cartas de direitos que lhes seguiram, especialmente a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia (1.776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1.789).

Note-se que os direitos assegurados aos cidadãos do Estado tinham feição estritamente negativa, porque se traduziam na impossibilidade de o Estado atentar notadamente contra as liberdades civis e políticas do povo. Caracterizavam-se muito mais por um “não fazer” do que por um fazer; estes direitos civis e políticos materializam a primeira geração dos direitos do homem.

Se por um lado tal concepção de Estado representava uma garantia pela não intervenção do Estado, em nome de valores como igualdade e liberdade, não se pode perder de vista que a feição liberal do Estado nascente, calcada no individualismo, rendeu ensejo, notadamente após a revolução industrial, ao aparecimento da figura do proletário. Este personagem, nada obstante “igual perante a lei” em relação ao patrão, era submetido a jornadas

intermináveis de trabalho, tinham seus filhos, desde tenra idade, submetidos à dinâmica da sociedade que se fazia industrial, enfim, “morria de fome” sob a bandeira da igualdade e da liberdade.

Sob este pano de fundo emergiu o Estado Social de Direito, cujas bases ideológicas, informa BONAVIDES (1961:195), podem ser extraídos das obras de Rousseau e de Marx. Do “Contrato Social” se extrai que a democracia, fundada na vontade geral, há de ser o caminho indispensável para a consecução dos fins sociais. Do “Manifesto Comunista”, por outro lado, se deduz a condenação implacável dos vícios do capitalismo.

Com o advento do Estado Social, os cidadãos passam a ser titulares de direitos subjetivos que importam num “fazer” por parte do Estado. Não basta apenas assegurar a igualdade, mas passa a ser necessário contemplar que todos os indivíduos tenham iguais oportunidades, para o quê o Estado deve atuar positivamente. Busca-se uma igualdade material e não meramente formal. Os marcos históricos invariavelmente lembrados para evidenciar o aparecimento desta concepção de Estado são a Constituição Mexicana de 1.917 e a de Weimar (da República Alemã) de 1.919.

Os direitos decorrentes do caráter social do Estado corporificam direitos de segunda geração, a pressupor atuação positiva do Estado, como é o caso do direito à educação à saúde, ao trabalho e à assistência social.

Os fenômenos da urbanização e a intensa industrialização, contudo, trouxeram novos problemas ao ser humano, notadamente relacionados à qualidade de vida, o que demandou fossem uma vez mais revisitados os contornos da relação entre o Estado e o cidadão. O redimensionamento desta relação abriu as portas para o aparecimento de novos direitos, que consubstanciam a terceira geração dos direitos do homem. São direitos que envolvem a paz, a proteção ao meio ambiente, ao desenvolvimento. São direitos de solidariedade, pois alcançam a todos os seres humanos.

Assim,

enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade, e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais ou culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”(STF, MS 22.164/SP, Pleno, j. 30.10.1995, rel. Celso de Mello, DJ 17.11.1.995).

O direito ao meio ambiente hígido se insere, portanto, dentro deste contexto de direitos transindividuais, verdadeiro desdobramento do direito, de todos, à vida.

Ao afirmar a emergência dos direitos de terceira geração nos textos constitucionais, particularmente o direito ao meio ambiente, BENJAMIM (2007: 59), invocando, como parâmetros de comparação, os modelos do Estado de Direito Liberal e do Estado Social, refere-se a um solidarismo positivo, em contraposição às técnicas do “eu/nós contra o Estado” ou do “eu/nós contra nós mesmos”, especialmente para colocar na vala comum de sujeitos “obrigados” tantos os agentes públicos como privados, disso resultando uma posição em que todos são credores e devedores do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Sob estes influxos valorativos, reconfigura-se a fórmula fundamental do Estado de Direito, que além dos fatores liberais e sociais, passa a albergar interesses de titularidade difusa.

Nas palavras de MANCUSO (1.998:124), os interesses de titularidade difusa são aqueles que,

não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos de interesses já socialmente definidos, restam em estado fluído, dispersos pela sociedade civil como um todo.

São suas notas características a indeterminação dos sujeitos, a litigiosidade interna e a tendência à mutação no tempo e no espaço.

Bem de ver que a consagração de outros direitos em momento algum importa em abandono dos direitos e garantias conquistados no passado. Trata-se de um processo cumulativo (SARLET: 2003:50), no qual novos direitos, reconhecidos a partir das mudanças sociais, se incorporam ao patrimônio do cidadão.

Mais do que isso, os direitos de titularidade difusa, e o direito ao meio ambiente em particular, apresenta uma estreita correlação com os valores da dignidade, da liberdade e da justiça, com os objetivos de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, de promover o desenvolvimento, de reduzir as desigualdade. Por esta razão, a inserção de um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado dentro da fórmula do Estado Social de Direito, mais do que meramente se adicionar ao catálogo dos direitos liberais e sociais do homem, acaba por redimensioná-los. Assim, como exemplo, o direito à propriedade. Nasceu liberal, experimentou modificação com o Estado Social do WelfareState – “função social da propriedade”- e, atualmente, têm seus atributos (uso, gozo e disposição) condicionados pelo valor da proteção ambiental.

Note-se, por fim, que a consagração do meio ambiente, ao lado de outros interesses de titularidade difusa, impõe ao Estado e aos particulares, obrigações positivas e negativas. Não se está diante de um direito que se concretiza mediante um fazer ou um não fazer do Estado em relação ao cidadão, mas sim diante de um direito em que Estado e particulares são, ao mesmo tempo, credores e devedores da obrigação de proteção ambiental.

1.3. O Meio Ambiente como Valor Constitucional

Se no pós-guerra foi intenso o processo de expansão dos direitos do homem no âmbito internacional, o que despertou a necessidade de proteção a mínimos existenciais, a positivação de direitos no plano do ordenamento interno dos Estados cumpre, também, relevante papel, porque alçar determinada situação ou interesse à condição de direito representa estabelecer uma prevalência entre valores (VIERA: 2006: 21). No Estado de Direito, que tem como um de seus pilares a legalidade, o que é reconhecido como direito pode ser protegido contra ações ou omissões.

Ao se estabelecer status constitucional a determinado direito, eleva-se-o a um patamar de superioridade hierárquica, de tal modo que fica investido de um caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento jurídico – nenhuma ação pode ser considerada válida juridicamente caso contravir seu sentido (BARROSO:2.002:107). Os direitos do homem indiscutivelmente se fortalecem com este processo de interiorização pelos Estados; de direitos humanos declarados no âmbito do direito internacional público, despidos de mecanismos de coercibilidade, passam à condição de direitos fundamentais (SARLET: 2.006: 41), no que condicionam a atividade do Estado, seja na assunção de deveres de não fazer, como de fazer.

É de HESSE o pensamento segundo o qual a força normativa da Constituição se acha condicionada pela possibilidade de realização de seus conteúdos, ditada pelo estágio de desenvolvimento espiritual, político ou econômico de seu tempo. Dentro deste contexto, a concretização de todos os direitos solenemente declarados se acha de algum modo relacionada à cultura.

Com efeito, uma das características dos direitos humanos reside justamente no seu caráter histórico: aparecem e são reconhecidos em decorrência dos fatores socioculturais (BOBBIO: 2004: 78). Neste particular aspecto, a constitucionalização do meio ambiente emerge como fenômeno que traduz a internalização, jurídica de um debate que vinha ganhando corpo na comunidade internacional - a dimensão global do meio ambiente, ideia que norteou a Conferência de Estocolmo, em 1.972.

Nesta ordem de ideias, identifica-se, com BENJAMIM (2.006:69), um primeiro grande benefício decorrente da constitucionalização do meio ambiente: o estabelecimento de um dever genérico de não degradar, com base no regime da explorabilidade limitada e condicionada. Ao se afirmar, no art. 225 da Constituição Federal que, “todos tem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, reconhece-se, na proteção ao meio ambiente um valor subordinante, a repercutir notadamente no regime jurídico do direito de propriedade e de livre iniciativa. Dito de outro modo: o dever constitucional de proteger o meio ambiente necessariamente confere outra roupagem a direitos e garantias que lhe são correlatos. Lembra BENJAMIM, neste particular, algumas consequências deste paradigma, notadamente no campo do direito adquirido, da prescrição e da livre disposição de bens do mercado.

Outros inegáveis benefícios decorrem da constitucionalização do meio ambiente.

Assumindo a condição de direito fundamental do cidadão – direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – exsurge, nos quadros do Estado de Direito, um novo paradigma: o da sustentabilidade ambiental (PADILHA: 2.010:). Tal paradigma pressupõe a interdependência entre desenvolvimento e equilíbrio ambiental, um perene caminhar no sentido de que todas as atividades devem respeitar e melhorar os níveis de proteção ambiental já existentes (CANOTILHO: 2.006) : Direito Ambiental Constitucional Brasileiro). Em última análise, trata-se da consagração do princípio da proibição do retrocesso da qualidade ambiental.

Para este dever de contínua implementação de melhorias na qualidade ambiental já não será suficiente um “não agir”, traduzido na fórmula de um “não poluir” do Estado e do cidadão.

Reclama-se, em primeiro lugar, a intervenção estatal, legislativa ou não, em favor da manutenção e recuperação dos processos ecológicos

essenciais, não se olvidando o caráter preventivo que tais intervenções devem assumir. Com SARLET e FENSTERSEIFER (2.010:870), identifica-se, ainda dentro deste dever geral de proteção estabelecido no art. 225 da Constituição Federal de 1.988, o princípio da proteção insuficiente na esfera da tutela do direito ao meio ambiente, que impele notadamente os Poderes Legislativo e Executivo à consecução de ações e edição de legislação que se demonstrem proporcionais à tarefa de suficientemente proteger o meio ambiente.

Em consequência, limita-se a discricionariedade administrativa da Administração Pública na consecução de políticas públicas, que devem obedecer, sempre, aquelas menos gravosas ao meio ambiente (BENJAMIM: 2.006:75)

Do cidadão, a Constituição de 1.988 exige, por exemplo a conformação de seus interesses privados ao direito de todos ao meio ambiente equilibrado e a cidadania participativa, da qual se falará adiante.

Impõe-se ainda, por força da constitucionalização do meio ambiente, como subproduto axiológico das normas materialmente protetivas, a adoção de um princípio interpretativo das normas jurídicas, que pode ser resumido como “máxima proteção ao meio ambiente” ou “in dubio pro natura”. Em outras palavras, toda e qualquer ação ou omissão juridicamente regulada pelo ordenamento jurídico há de sofrer o influxo deste valor, de sorte a vincular, notadamente o administrador, a adoção de medidas que mais atendam ao resguardo ambiental. Trata-se, em última análise, de projeção do valor constitucional da precaução, inserto dentro do comando do art. 225 da Constituição Federal quando determina ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A importância do reconhecimento da existência deste princípio interpretativo parece ainda se acentuar pelo aspecto de a norma constitucional ser vazada, muitas vezes, em termos genéricos, produto de acordos políticos

possíveis, dado que invariavelmente é fonte de insegurança no ato de serem interpretadas.

Ao se prestarem a diversas formas de interpretação, as normas constitucionais trazem uma certa instabilidade no sistema jurídico, na medida em que o que se hoje interpreta de determinada maneira, amanhã pode ser objeto de interpretação completamente diversa. Interessante notar que não são raras vezes em que a interpretação constitucional amplia ou reduz o conteúdo semântico de palavras e frases, na busca deste processo revelador da norma.

Tome-se como exemplo a norma constitucional do art. 225 da Constituição, segundo a qual “todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e sadio à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. As dificuldades interpretativas sobre tal preceito já incidem sobre o primeiro vocábulo do texto, “todos”, havendo quem entenda que os que têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado são apenas os brasileiros, ao lado de outros que alçam também como titulares do direito os estrangeiros, havendo também quem sustenta serem também outros seres vivos. Interessante notar que da compreensão acerca da titularidade do direito ao meio ambiente surgem questões extremamente relevantes, dentre as quais a relacionada à legitimação para a defesa de tal direito em juízo.

É dentro deste contexto que deve operar este princípio interpretativo de “máxima proteção ao meio ambiente”. No linguajar vago e impreciso das normas e das ações, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua máxima proteção não de funcionar como pautas das quais o intérprete não poderá se afastar.

A consagração do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, caracterizando verdadeira “democracia ambiental” (D´ISEP: 2.009: 160), a atribuir um direito igualitário aos bens ambientais, ao lado dos

deveres de sua preservação, intrageracional e intergeracional, conduz a emergência de um direito eminentemente participativo.

Com BENJAMIM (2.006: 76), ainda, pode-se afirmar que

é possível extrair da norma reconhecedora da tutela ambiental, como valor essencial da sociedade, um potencial poder processual de participar do processo decisório administrativo ou ingressar em juízo em favor próprio ou de outros co-beneficiários.

Esta particular projeção da norma constitucional ambiental, que finca suas premissas na circunstância de que pouca ou nenhuma valia teria o estabelecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos, sem que, em contrapartida, se contemplassem mecanismos, aos titulares deste direito, para exigirem sua efetividade, servirá como linha condutora da argumentação no desenvolvimento do presente trabalho, notadamente

E é deste contexto que faz sentido conceber, como faz HABERLE, a própria constituição como um processo, aberto à participação plural de representantes das mais diversas interpretações. Antes que produto formal e acabado, a ideia de Constituição passa a ser concebida como um “construído”, assumindo, a tarefa de concretização das normas constitucionais, algo de procedimento.

Em suma, parece que é imanente à tarefa de aplicar a norma constitucional a necessidade, para utilizar as palavras de HESSE, captar o estágio de desenvolvimento espiritual, político e econômico de seu tempo, o que deve resultar de um caminho no qual ideias conflitantes busquem possibilidade de participação na perene atividade de se construir a Constituição.

Alçado à condição de direito de todos, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto bem de interesse jurídico, apresenta múltiplas conexões com valores que também mereceram status constitucional. Pense-se, por exemplo, na propriedade, na ordem urbanística e econômica. Terreno fértil, portanto, para que experimente, esse direito (ao meio ambiente equilibrado), interpretações que tendam a atenuar ou acentuar a precedência de

tais valores que lhe são conexos no casuístico desvendar dos seus contornos jurídicos. O empreendedor o compreenderá a partir de um prisma que valorize o aspecto econômico, o proprietário tenderá a interpretá-lo de forma restrita se, de algum modo, exigências forem feitas de modo a obrigá-lo a manter intacta a sua propriedade.

Aspecto que não pode ser olvidado é o de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos. Esta titularidade coletiva impõe sejam democratizados as discussões e decisões que envolvam a matéria ambiental. Viabilizar, tanto quanto possível, o acesso do cidadão à discussões e à tomada de decisões políticas se insere, cada dia mais, na tarefa de fomentar a democracia participativa. No que diz respeito ao direito ao meio ambiente, a exigência desta pluralidade de vozes no processo de discussão e decisão dos problemas afetos ao meio ambiente é decorrência, ainda, do princípio 10 da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente (RIO/92), assim estatuído:

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

Não basta, pois, o acesso formal às informações e a disponibilização de veículos para que o cidadão possa exprimir sua opinião. Necessário se faz que sua voz seja ouvida e levada em consideração em todas as ações que envolvam o meio ambiente, notadamente na construção de políticas públicas. Ainda, esta pluralidade de vozes há de se fazer ouvir também dentro do processo judicial.

A textura de tal direito, portanto, não está imune ao influxo de valores que lhe são constitucionalmente conexos, não se podendo, por tal razão, aceitar que o processo de se construir o direito ao meio ambiente logicamente

equilibrado permaneça dentro das amarras de procedimentos que não se revelem aptos a viabilizar diferentes formas de se interpretar um preceito constitucional, de modo que consigam, de alguma forma, ser consideradas no processo de tomada de decisão.

1.4. Características do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

O complexo de normas jurídicas que consubstanciam o Direito Ambiental, ao qual não se nega atualmente a condição de ramo jurídico autônomo (NERY: 2.009: 194), disciplinam não apenas as relações dos homens entre si, mas também as relações do homem com o meio ambiente, o que importa em considerar uma intensa aproximação com ciências afins, como a Ecologia, Biologia, Física, Química, Saúde Pública e Ética (PADILHA: 2.010: 230).

Daí o caráter multidisciplinar do Direito Ambiental, a importar num permanente e necessário diálogo com outros saberes que tem têm o meio ambiente também como objeto.

Desta necessária relação é que brota a interdisciplinaridade, que significa “a transferência de métodos de uma área científica (disciplina) para outra, a necessidade da existência de diálogo entre diferentes campos do saber, para promover interações ou reciprocidades entre pesquisas especializadas” (PADILHA: 2.010: 231).

Resulta, pois, a conformação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, da sistematização de todos os saberes que se comunicam com meio ambiente. Ignorar esta premissa é produzir um conhecimento fragmentado e absolutamente inútil.

Para MACHADO (2.009: 126),

O direito ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar este temas com a argamassa da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.

Além disso, as normas de direito ambiental, por se relacionarem com normas de outros ramos de direito, propiciam que estas experimentem novas possibilidades interpretativas. Trata-se, na verdade, de projeção do princípio da ubiquidade, segundo o qual a ideia de proteção ao meio ambiente deve se fazer presente em quaisquer instâncias políticas e jurídicas.

Não se olvide que o cerne do presente estudo reside, fundamentalmente, em demonstrar a necessidade de o direito material ambiental, particularizado em políticas públicas, “contaminar” a interpretação de alguns institutos processuais. Este caráter transversal do direito ambiental se faz presente em relação a todos os ramos do direito, circunstância que está a exigir, na visão de NALINI e LEVY (2.010: 40), a quebra da “compartimentalização característica do ensino jurídico tradicional para compartilhar saberes com um largo espectro de outros conhecimentos igualmente indispensáveis”.

1.5. A Centralidade dos Valores “Prevenção” e “Precaução” na Efetivação do Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado

A razão de existências das normas jurídicas protetivas do meio ambiente radica-se fundamentalmente na necessidade de resguardo do meio ambiente contra lesões (MATEO: 1.991: 85). O objeto das normas jurídicas se volta para um momento anterior à lesão ao bem jurídico. A reparação dos danos é aspecto secundário, pois ninguém deseja, em primeiro lugar, que estes ocorram e, se e caso ocorrerem, privilegia-se, tanto quanto possível, a realização de atividades que consigam restaurar exatamente o equilíbrio existente antes da ocorrência de lesão. Sabe-se também que, uma vez ocorrido o dano ambiental, sua reparação ou compensação nem sempre se mostra possível, razão pela qual

as normas jurídicas protetivas tenham que realmente incidir sobre comportamentos anteriores à produção do dano.

Assume-se a mera possibilidade de dano ao meio ambiente, o risco, como algo a ser evitado. De igual forma, pretende-se evitar, tanto quanto possível, sejam os bens ambientais submetidos a perigos e ameaças.

Este caráter geral preventivo do direito ambiental tem, no Estado Brasileiro, lastro constitucional. Com efeito, do art. 225, “caput”, segunda parte, é possível extrair um dever genérico, imposto ao Estado e à coletividade, de defesa e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Preservar é manter; defender, por outro lado, traz a idéia de tornar livre de agressões, de riscos.

Não por outra razão se fala, como princípios estruturantes do direito ambiental, de precaução e de prevenção.

A ideia de prevenção está ligada a resguardar o meio ambiente de atividades cujos riscos são conhecidos pela ciência, incumbindo a adoção de medidas tendentes a evitar, tanto quanto possível, a ocorrência de danos, ou para significativamente minimizá-los. A prevenção está ligada, pois, à existência de um perigo certo. Por precaução, por outro lado, devem ser compreendidas as ações e posturas que visam acautelar a ocorrência de danos ambientais em decorrência de atividades cujos riscos são desconhecidos pela ciência. Aqui, o motivo de preocupação, antes que um perigo conhecido, é um risco.

Tratam-se de princípios que se encontram positivados no direito internacional ambiental. Assim, o Princípio 8 da Declaração de Princípios da Rio/92, ao estabelecer que “os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção”, explicita sinteticamente a noção de prevenção. Já o Princípio 15 do mesmo documento, ao dispor que “com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério da precaução conforme suas capacidades Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função dos custos para

impedir a degradação do meio ambiente” explicita o conteúdo do princípio da precaução.

Bem de ver, contudo, que muito embora consagrado no plano do direito ambiental internacional, há quem sustente que tais princípios são de pouca valia. Assim GURUSWAMY (2.011:655) entende que

the indeterminacy of the precautionary principle makes it an inappropriate and ineffective regulatory decision-making tool. The precautionary principle provides no guidance on any of the fundamental questions that are faced in making any risk decision. It is ambiguous as to what to what level of risk is acceptable, what role costs should play in risk decisions, what quantum of scientific evidence is sufficient for making decisions, and how potential risk-risk tradeoffs should be addressed.

Não partilhamos do entendimento do autor norte-americano, no sentido de que as ideias de prevenção e de precaução seriam por demais vagas para servir de balizas na proteção ao meio ambiente, não podendo, destarte, ser classificadas como princípios do direito ambiental.

É da própria conformação dos princípios, enquanto categorias de normas jurídicas, possuírem alta carga axiológica e pouca densidade normativa. Portam valores e, por tal razão, é natural que sejam veiculados por expressões vagas e fluídas, não se podendo negar sua positividade, especificamente para, diante de um caso concreto, fazer o valor que portam incidir em diferentes graus de intensidade. As questões levantadas por GURUSWAMY relacionadas ao nível de risco aceitável, custos e nível de certeza científica devem ser sopesadas na aplicação do princípio diante do caso concreto, não se podendo atribuir-lhes a missão de, antes da questão posta, conformar a própria noção de precaução.

Com acerto, pois, CANOTILHO (2.010: 41) ao afirmar que

o princípio da precaução funciona como uma espécie de princípio “in dubio pro ambiente”: na dúvida sobre a periculosidade de uma certa atividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor, isto é, o ônus da prova da inocuidade de uma acção em relação ao ambiente é transferido do Estado ou do potencial poluído para o potencial poluidor.

1.6. Conclusões Parciais

A elaboração de conceitos e institutos é de extrema importância para o direito, pois o processo de tomada de decisões deve partir de “pontos de partida”, ficando evidenciada a nota da operacionalidade da tarefa de sistematizar, classificar e definir.

A formulação de um conceito jurídico de meio ambiente deve se dar em atenção à característica, estabelecida no art. 225 da CR, “da essencialidade à sadia qualidade de vida”, que confere uma abertura semântica de tal modo abrangente a contemplar aspectos físicos, biológicos, químicos, históricos, etc.

Na afirmação do que vem a ser tal direito, portanto, conjugam-se diversos fatores, interligados pela nota comum de serem essenciais à sadia qualidade de vida do homem.

Por outro lado, os princípios da prevenção e precaução, conjugam-se com a necessidade de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Importa aqui observar que a aplicação de tais princípios sempre ocorrerá dentro de um caso concreto, nos quais as variáveis do “risco aceitável”, “certeza científica” e “custos” devem ser necessariamente sopesados no processo de tomada de decisão.

Nos quadros do Estado de Direito, a titularidade coletiva do bem jurídico ambiental impõe, pensamos, sejam democratizados as discussões e decisões que envolvam a matéria ambiente, de tal modo que mesmo o processo de afirmação do direito ao meio ambiente, no caso concreto, resulte de um diálogo plural, que consiga albergar a complexidade e diversidade subjacente às expressões semanticamente abertas estabelecidas no art. 225 da CR.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS E MEIO AMBIENTE

2.1. Políticas Públicas e sua Conformação Jurídica

As políticas públicas devem ser compreendidas dentro de uma concepção de Estado de Direito.

Como já se salientou neste trabalho, a fórmula fundamental do Estado de Direito cinge-se a um conjunto de características que, na verdade, representam a ruptura com um modelo então vigente antes das revoluções francesa e inglesa. Como resposta, então, ao regime absolutista, engendrou-se um modelo de Estado que teria como pedras fundamentais a submissão ao império da lei, a separação de poderes e a consagração de direitos e garantias individuais.

Conquanto se tenha operado significativo desenvolvimento no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos do homem, a verdade é que o traço liberal que marcou o surgimento do Estado de Direito, representado, na área econômica, pelo Estado não intervencionista, foi o germe de enormes desigualdades econômicas e sociais.

Nos quadros do Estado Liberal era de todo impensável se pensar em políticas públicas enquanto fazeres atribuíveis ao Estado, pois, nas palavras de BERCOVICCI (1.999:36)

os mecanismos de freios e contrapesos , além de impedirem o Estado de fazer o mal , isto é, ameaçar as liberdades e garantias individuais, também o impedem de empreender políticas ou programas de ação a longo prazo.

A emergência do *WelfareState* faz com que o Estado passe a assumir como obrigação, mais intensamente, o oferecimento de prestações positivas ao cidadão.

Com o Estado Social, assinala BERCOVICCI (1.999: 37),

o *government by policiess* substitui o *government by law* do liberalismo. A execução de políticas públicas, tarefa primordial do Estado Social, com a conseqüente exigência de racionalização técnica para a consecução dessas mesmas políticas, acaba por se revelar incompatível com as instituições clássicas do Estado Liberal.

Realce-se, neste particular, que é equivocado pensar que, mesmo nos quadros do Estado Liberal não tivesse a seu cargo a realização de fazeres,

em outras palavras, que houvesse, sim intervenção Estatal para a consecução de atividades (GRAU: 2.007: 24).

Mas é indiscutivelmente a partir do momento em que o Estado assume como tarefa atingir objetivos mínimos no campo social e econômico, mediante variadas prestações positivas, que passa a ter enorme relevância a função de planejamento. A função de se planejar implica necessariamente antever um resultado, o que justifica a necessidade de se estabelecer o “caminho a ser percorrido” para atingir o objetivo.

As políticas públicas, enquanto programas racionais de comportamento governamental, tendentes a incidir sobre determinadas realidades, explicitam este “caminho a ser percorrido”, na busca do interesse público. São, na acepção de GARCIA (1.996: 65), “metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, objetivando o interesse público”.

Na lição de SANTOS (2.003:267),

a adoção de políticas públicas denota um modo de agir do Estado nas funções de coordenação e fiscalização dos agentes públicos e privados na para a realização de certos fins”. Não se tratam, as políticas públicas, de tema ontologicamente jurídico. Com efeito, tal categoria nasce e se desenvolve nos quadros da ciência política, “em que sobressai o caráter eminentemente dinâmico e funcional, que contrasta com a estabilidade e generalidade jurídicas.

Ensina COMPARATO (1.998:44) que as políticas públicas não são normas e não são atos, elementos da realidade jurídica sobre o qual os juristas desenvolvem suas reflexões. Nada obstante,

é preciso reconhecer que ela acaba por englobá-los como seus componentes. É que a política pública aparece, antes de tudo, como uma *atividade*, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de uma atividade. (...). Uma lei, editada no quadro de uma política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última o seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão de sua finalidade, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos praticados, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais.

O que se busca, com as políticas públicas, são finalidades coletivas, por meio de instrumentos jurídicos que as conformam, de acordo com um planejamento que sinaliza o caminho a ser percorrido ao longo do tempo.

Dentro da realidade do Estado contemporâneo, as políticas públicas se tornam imprescindíveis para a concretização dos direitos humanos, notadamente os de ordem econômica e social, especialmente perseguirem a eficiência das ações públicas e privadas, as quais devem ser objeto de planejamento, que confere racionalidade na gestão pública.

Uma definição abrangente de política pública pode ser extraída do pensamento de BUCCI (2.006:39), para quem

política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

2.2. Discricionariedade Administrativa e Políticas Públicas

Revela-se importante consignar que não há discricionariedade em relação à realização de políticas públicas. A necessidade de realização de políticas públicas decorre da própria Constituição Federal; a omissão na elaboração e consecução das ações relacionadas às políticas públicas longe está de se qualificar como indiferente jurídico, podendo o Poder Judiciário ser acionado para que se implemente a vontade constitucional.

Na lição de COMPARATO (1.998: 47)

o princípio da democracia econômica e social contém uma imposição obrigatória para os órgãos de direção política (legislativo e executivo), no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora e transformadora (políticas públicas) das estruturas sócio-econômicas, construindo condições de igualdade, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática.

Não se pode negar efeitos a normas constitucionais, ainda que de natureza programática, como as que determinam a realização de políticas públicas. Para BANDEIRA DE MELLO (2.010: 12),

uma vez que a nota típica do direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando se dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras chamadas programáticas- está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.

MANCUSO (2.001:797) apresenta, exemplificativamente, rol contemplando nada menos do que vinte e quatro temas relacionados a políticas públicas que derivam da Constituição Federal: meio ambiente, segurança pública, propriedade fundiária e reforma agrária, fomento ao desporto, pleno emprego, política fiscal, eliminação das desigualdades regionais, patrimônio cultural, política urbana municipal, assistência social, proteção ao deficiente físico, seguridade social, previdência social, saúde pública, educação pública, família, criança e adolescente e idoso, probidade e eficiência na administração pública, ordem econômica, relações de consumo, patrimônio genético, minorias étnicas, política indígena, habitação, recursos hídricos.

Insertas em contextos da busca da justiça social e ambiental, tais normas jurídicas vinculam o Estado na realização de um fazer, qualificando-se a omissão em comportamento inconstitucional . Trata-se, pois, de uma Constituição Dirigente, “que passa pela questão da legitimidade, além dos limites formais do Estado de Direito, baseando-se também na transformação social, na distribuição de renda e na direção política do processo econômico”. (BERCOVICCI: 1.999: 38)

Daí porque im procedem as críticas dirigidas às políticas públicas constitucionais, no sentido de elas engessarem a atividade política. Aliás, mesmo CANOTILHO que intensamente se debruçou sobre a Constituição Dirigente, chegou a afirmar, em momento posterior, que a Constituição não teria mais capacidade de ser dirigente, devendo tão-somente estabelecer os

princípios relevantes para a sociedade, relegando à sociedade civil a tarefa de conformação das políticas. Com acerto, pois, BERCOVICCI (1.999: 42), para quem

ao invés de propor a concretização constitucional, Canotilho limitou-se a substituir a inefetividade das políticas públicas estatais previstas nas chamadas constituições dirigentes pela responsabilização da sociedade civil pela implementação dessas mesmas políticas.

Impende notar que, ao invés de amarrar a atividade política, a consagração das políticas públicas no plano constitucional tem a vantagem de estabelecer os marcos em torno dos quais a atividade política pode e deve se desenvolver. Com efeito, se ao Estado brasileiro foram postos objetivos como os de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicação da pobreza, marginalização e redução de desigualdades sociais e regionais, não há como se cumprir tais missões sem direcionar as atividades públicas para a consecução destes objetivos, tornando tais fazeres um imperativo – nunca uma alternativa ou opção - para quem esteja no exercício do poder político.

Em arremate, pode-se, com FRISCHEISEN (2.000: 91) acentuar que:

O administrador está vinculado à Constituição e à implementação de políticas públicas da ordem social (quer diretamente quer em parceria com a sociedade civil –nesse sentido atuando também como fiscalizador), estando adstrito às finalidades explicitadas na Constituição, bem como nas leis integradoras, e não cumpri-las caracteriza omissão, passível de responsabilidade.

2.3. Políticas Públicas Ambientais de Estado e de Governo

As políticas públicas ambientais devem ser instrumentos capazes de oferecer respostas à grandes questões que envolvem o meio ambiente, como sustentabilidade, prevenção e precaução.

Sublinhe-se a importância que a participação da sociedade civil na formulação das políticas públicas ambientais tem assumido nos contornos atuais do Estado de Direito.

Mas não se conclua que toda política pública ambiental deva contar com a participação da sociedade civil. Tomando como base a lição AITH (2.006: 235), políticas públicas, dentre as quais as ambientais, podem ser classificadas como políticas de Estado e políticas de governo.

Políticas de Estado são aquelas destinadas a estruturar o Estado, a fim de que tenha condições mínimas para execução e promoção de direitos. Políticas de governo, por outro lado, são aquelas estruturadas com objetivos mais específicos, dentro do contexto maior das políticas de governo. Assim, uma política destinada a tratar de todas as bacias hidrográficas brasileiras representaria, indubitavelmente, uma política de Estado, ao passo que uma política com o objetivo de tratar de uma bacia em particular, planejada de acordo com as diretrizes da política nacional, seria uma política de governo.

Nesta ordem de ideias, AITH (2.006: 237) deixou assentado que

A partir da identificação de quem executa a política pública e com qual finalidade, podemos encontrar um conceito para a política de Estado, voltado a definir apenas como política de Estado aquelas que são realizadas exclusivamente pelo Estado e tenham como finalidade *atividades essenciais* do Estado.

Políticas de grande vulto, que verdadeiramente conformam o Estado, não podem ser modificadas a esmo porque revelam, em alguma medida, opções políticas fundamentais. Não por outra razão, as políticas de Estado no mais das vezes estão previstas na Constituição Federal, a exemplo do planejamento contra calamidades públicas e a instituição de um sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos (incisos XVIII e XIX do art. 21 da CR).

Políticas de governo, por outro lado, apresentam maior flexibilidade, podendo variar de governo para governo, incidindo sobre ações pontuais e podem vir expressas em leis e regulamentos (AITH: 2.006:236).

A diferenciação parece relevante porque as políticas de Estado, por representarem opções políticas fundamentais, relacionadas diretamente à Constituição Federal, contariam, para sua formulação e mesmo implementação, com elevado teor de discricionariedade do agente político, circunstância que reduziria as possibilidades de haver controle jurisdicional. Já as políticas de Governo, contudo, tendo seus parâmetros fixados pela própria Constituição e ainda por normas jurídicas que se reportariam a uma política de Estado, seriam mais propensas ao controle jurisdicional das normas e atos jurídicos que lhe dão corpo.

Não se pode, todavia, excluir de plano o controle jurisdicional mesmo em relação a políticas públicas de Estado. Aqui não se pode perder de vista que a Constituição Federal é dotada de toda uma principiologia, que estrutura valores básicos da sociedade brasileira.

Ora, como se procurou demonstrar anteriormente, o direito ao meio ambiente equilibrado se constitui em direito fundamental indisponível. Sobre tal direito, repousam alguns princípios, “valores”, que devem conformar sua interpretação, dentre os quais os da prevenção e precaução. Ora, ao se estabelecer uma política de Estado, pode-se muito bem se estar diante da perspectiva de risco ao equilíbrio ambiental, o que justifica, ponderada a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, a possibilidade de análise da política pública pelo Poder Judiciário.

2.4. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas

Como acentua MANCUSO (2.002:783)

Possivelmente por conta de uma acepção exacerbada ou um tanto radical da tripartição entre os Poderes, ou ainda por influência de certas contingências políticas em épocas de exceção, grassou por certo tempo em nosso país uma tendência (hoje um tanto esmaecida) à

aproximação entre as políticas públicas e os atos puramente *políticos, de governo*, ou, enfim, os ditos atos de *gestão*, por aí se pavimentando o caminho para o argumento de que certas condutas dos governantes se revelem infensas ou refratárias ao contraste jurisdicional.

Este entendimento se cristalizou em inúmeras decisões jurisdicionais, que afirmavam que “não podem os Juízes e os Tribunais assomar para si a deliberação de atos da administração”, ou que obrigações de fazer envolvendo políticas públicas redundariam na infringência ao princípio da separação de poderes.

No atual estágio em que se encontra o Estado de Direito, contudo, em que se determina, na Constituição uma série de fazeres na perseguição de interesses sociais indisponíveis, recusar controle jurisdicional quanto à implementação de políticas públicas redundaria, em última análise, em fazer letra morta o texto constitucional, mera carta de boas intenções, sem nenhuma valia para o cidadão. De acordo com ALMEIDA não há razões jurídicas para

Não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento

O que importa é estabelecer, pensamos, parâmetros para que a política pública possa ser analisada pelo Poder Judiciário que, se tem o dever de fazer valer o disposto na Constituição quanto tal não ocorre pela omissão administrativa, não pode, por outro lado, assumir, sem critério algum, a tarefa de estabelecer quando, onde e como deve ser concretizado um programa de ação governamental.

Cumpra perquirir se, mesmo diante de uma política pública já instalada, ou seja, mesmo diante de prévia escolha política do administrador, pode o Poder Judiciário ser invocado para afirmar eventual ilegalidade do agir administrativo. A resposta é evidentemente positiva, porque todo o agir administrativo deve se pautar pela obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Com efeito, se determinada política pública atentar contra a lei, ou contra parâmetros éticos que devem pautar os atos administrativos em geral, é evidente que o Poder Judiciário pode ser invocado, na medida em que a correção de ilegalidade e da falta de lisura no trato da coisa pública caracterizam, também, interesses difusos.

Mas é na relação entre as políticas públicas e o princípio da eficiência que o tema ganha em complexidade e desafio. Como estabelecer se determinada política pública mostra-se ou não eficiente?

Uma das possibilidades de se enfrentar a questão relaciona-se com o denominado princípio da proibição do retrocesso social. Embora não previsto expressamente pela Constituição, é possível extrair tal princípio de forma implícita da Carta Magna (SARLET: 2.006:434). O raciocínio é simples: se a Constituição Federal estabelece como objetivos erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais ao mesmo tempo em que se pretende garantir o desenvolvimento, parece, efetivamente, que estão vedadas ações governamentais que se mostrem restritivas em relações a direitos já alcançados.

Tomem-se como exemplo reduções orçamentárias desmotivadas para determinada política pública, que atentem contra a progressividade que deve nortear a efetivação de direitos sociais, caracterizam retrocesso, podendo tal medida ser levada à apreciação do Poder Judiciário, alçando-se a eficiência que deve pautar o agir administrativo e a proibição do retrocesso, em interesse difuso.

Sob outro ângulo, BARCELLOS (2.005:172) propõe a necessidade de parâmetros de controle de políticas públicas.

O primeiro parâmetro proposto seria puramente objetivo, quando a própria Constituição fixa determinada quantidade de recursos a ser aplicada em determinada área, como ocorre na saúde e educação. Seria, então, o caso de avaliar de houve ou não a aplicação de recursos nas áreas específicas para se saber se há ou não ilegalidade nas políticas públicas respectivas. O provimento

jurisdicional em sede de ação civil pública, não sendo cumprida a política pública, poderia determinar uma obrigação de fazer.

O segundo parâmetro está ligado à ideia de obtenção de resultados, determinados pela Constituição. É o que ocorre com a obrigatoriedade de o Estado oferecer educação fundamental a toda a população. Dificuldade alguma existe para concluir pela suficiência ou insuficiência da política pública, basta atentar para os dados estatísticos. Também a omissão em relação ao cumprimento de políticas públicas cujos resultados se encontram previamente estipulados pela lei pode ensejar, via ação civil pública, a condenação em obrigação de fazer.

Por fim, o último parâmetro representaria a própria definição de política pública a ser implementada, atividade estritamente política, mas que pode ser contrastada juridicamente na medida em que a escolha do administrador para a definição da política recaia sobre meios comprovadamente ineficientes. Aqui, indubitavelmente surgem maiores dificuldades, na medida em que não é fácil concluir que uma política pública é comprovadamente ineficiente, nem tampouco que uma é mais efetiva que outra

De todo modo, não existe dificuldade para qualificar como metaindividual o interesse consistente em contrastar políticas públicas com base nos parâmetros oferecidos pela ilustre Professora.

É entendimento doutrinário sedimentado a possibilidade de se contrastar políticas públicas perante o Poder Judiciário (COMPARATO: 1.998; MANCUSO: 2.001). Afinal de contas, se normas constitucionais devem ser efetivas e elas determinam a concretização de políticas públicas, não há espaço, dentro da atual concepção de Estado de Direito, para que se ignore solenemente os mandamentos advindos da Lei Maior.

Com GRINOVER (2.009: 39), é possível afirmar que

O controle de constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência formal à Constituição pelos atos do Poder Público, mas também pelo cotejo desses atos com os fins do Estado.

A argumentação em sentido contrário à possibilidade de o Poder Judiciário ser acionado para analisar políticas públicas tem como argumentos centrais a ocorrência de vilipêndio ao princípio da separação de poderes e à discricionariedade do administrador.

Tal foi o entendimento adotado em inúmeros acórdãos de nossos Tribunais; todavia, há que se reconhecer que a possibilidade de controle jurisdicional sobre políticas públicas é atualmente de ampla aceitação jurisprudencial, devendo ser reconhecida a importância, neste particular, do Supremo Tribunal Federal que, em conhecidíssimos votos do Ministro Celso de Mello, enfrentou o tema, para reconhecer a possibilidade de o poder público ser condenado à obrigações de fazer relacionadas à implementação de políticas públicas. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 49-9, deixou o Ministro Celso de Mello assentado que

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas (José Carlos Viera de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1.976, p. 207, item 05, 1.987, Almedina, Coimbra*), pois, nesse domínio, o encargo reside primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas com conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei do Estado (RTJ 175/1212-1213)

Pensamos, todavia, que o grande desafio em relação ao tema não reside em justificar a possibilidade de o Poder Judiciário emitir provimentos jurisdicionais sobre políticas públicas, problema já resolvido pela doutrina constitucional e administrativa. No nosso sentir, as maiores dificuldades residem dentro do processo coletivo. Os problemas derivam da insuficiência de uma

dogmática que insiste em olhar o processo metaindividual pelo estreito prisma individualista do Código de Processo Civil, ignorando as características do objeto que se pretende tutelar.

2.5 Políticas Públicas e Processo Coletivo

As políticas públicas, enquanto objeto de apreciação de processos judiciais, encontram, no sistema processual vigente, empecilhos que comprometem uma prestação jurisdicional efetiva.

Tais empecilhos, na realidade, são dificuldades de natureza processual, advindas do modo de ser atual do processo coletivo, que, de certa forma, tornam-lhe incapaz de legitimar o direito pelo procedimento, nos termos apregoados por LUHMANN.

Acentue-se em primeiro lugar a questão da legitimidade processual. Como se tentou demonstrar anteriormente, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, enquanto categoria de direito material, afigura-se extremamente problemática. A par das reconhecidas dificuldades de se elaborar um conceito de meio ambiente equilibrado, tarefa que haverá de se impor diante de um caso concreto, há pontos de contato entre a matéria ambiental com diversos outros direitos que são conexos. É o caso de pensar, por exemplo, na instalação de um empreendimento turístico em cidade de poucos recursos em área próxima a uma reserva ambiental, dentro de um conjunto de ações que visam fomentar a ocupação de áreas do município. Ao lado do interesse ambiental, há interesse da comunidade no desenvolvimento econômico. Ajuizada ação civil pública para proteção do meio ambiente em face do empreendedor, não havendo pedido de assistência formulado por associação dos moradores da cidade, em que medida o interesse dos cidadãos interessados no desenvolvimento econômico se encontram defendidos no processo?

Ao se levar à apreciação do Poder Judiciário, em sede de ação civil pública, a legalidade ou mesmo a eficiência de determinada política pública, é bastante possível que se esteja diante do fenômeno conhecido pela doutrina como conflituosidade intrínseca – podem existir grupos com pretensões antagônicas entre si (MAZZILLI: 2.007: 49) e a tutela jurisdicional não pode deixar de apreciar esta diversidade de interesses.

O Estado de Direito alberga valores que somente abstratamente se conciliam, podendo surgir, em situações como a acima retratada, tensões entre valores constitucionalmente assegurados, para as quais a doutrina constitucional contemporânea preconiza a necessidade de utilização da técnica da ponderação (SARMENTO: 2.006).

Por meio da ponderação, evita-se que um princípio constitucional aniquile um outro, de forma que a prevalência de um ou de outro nunca se dará em abstrato; ao reverso, só o caso concreto ditará as circunstâncias em que um poderá prevalecer sobre outro, o que implica em que o princípio que em determinado caso não foi aplicado possa em outro caso prevalecer, mesmo diante daquele outrora prevalecente.

Por tal razão, o processo que tenha como objeto uma política pública deve ser construído de tal modo que viabilize a ponderação dos mais diversos valores que se põem em jogo, suscitados por entidades representativas diversas, disto decorrendo que o provimento jurisdicional resultante brotará de discussão mais aprofundada, o que lhe confere maior legitimidade e aptidão de pacificar o conflito de interesses. Viabilizar-se ou não maior oportunidade de participação dentro do processo coletivo é circunstância que se relaciona intimamente com os institutos da legitimação, intervenção de terceiros e estabilização da demanda em processos coletivos.

2.6. Conclusões Parciais

Políticas públicas são programas de ações governamentais que têm como objetivo perseguir metas traçadas pela Constituição Federal.

Por terem “status” constitucional, sua implementação não está ao livre arbítrio do administrador que, incorre, em caso de omissão, em comportamento inconstitucional.

O Poder Judiciário pode ser acionado para compelir o Poder Público à realização de Políticas Públicas

O processo coletivo deve servir de instrumento para que as políticas públicas delineadas pela Constituição sejam implementadas pela Administração.

3. TUTELA JURISDICIONAL AMBIENTAL

3.1. Da Jurisdição como Garantia Constitucional

O compromisso de prestar tutela jurisdicional, apreciando lesões ou ameaças a lesões a direitos, deve ser realizado de forma eficaz. Em outras palavras, deve atingir resultados que se mostrem úteis, assim entendidos aqueles que se mostrem aptos para eliminar os conflitos de interesses. É dentro desta linha argumentativa que MARINONI (2.004: 184) concebe o direito de ação como um “direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional”, decorrente da própria existência dos direitos e da proibição da autotutela.

Direitos e garantias constitucionais, veiculadas por princípios, vocação alguma têm para serem meras recomendações dos constituintes. Afinal de contas, como adverte BARROSO “as diversas situações jurídicas subjetivas

criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos” (2.001:87).

A existência de tais meios se insere dentro do caráter prestacional direito fundamental à jurisdição, que obriga o Estado a dispor de procedimentos e institutos adequados à tutela da variedade dos direitos materiais consagrados no ordenamento jurídico.

Tamanha a preocupação em que tenham efetividade que o legislador constitucional deixou expressa a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Existe uma garantia, então, de que haja efetiva tutela, e não algo fictício, que não se mostre apto a atingir a finalidade de pacificar o conflito de interesses. Estes são os valores que estão subjacentes à busca pela efetividade da jurisdição, por um processo de resultados, e que conformam garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Integra, ainda, este direito-garantia à jurisdição, a agilidade e economicidade com que se deve dar a atividade jurisdicional. Bem assevera RIBEIRO (2.008: 184) que a noção Chiovendiana de efetividade não

basta ao processualista moderno. O processo civil não só precisa estar apto para realizar todos os direitos assegurados, mas também, e principalmente, a fazê-lo de forma mais ágil, célere e eficaz, com o menor dispêndio de tempo e recursos possível, traduzindo uma preocupação social

3.2 Tutela Jurisdicional

Mais do que acesso formal à jurisdição, o que se assegura é o direito à tutela jurisdicional. Diz-se que o Estado prestou tutela jurisdicional toda vez que deu razão a uma das partes no processo, protegendo o titular de um direito material. Nas palavras de YARSHELL (2.006: 74) a tutela jurisdicional designa

o resultado final da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento.

A tutela jurisdicional não se confunde com o conceito de jurisdição, embora com ela intimamente se relacione. A tutela jurisdicional é o que se tem como resultado de um processo em que se exerce a função jurisdicional. Ao final de um processo, a tutela jurisdicional é dada ao autor ou ao réu; o vencido não recebe tutela jurisdicional, pois sua pretensão ou resistência é tida como contrária ao direito.

Não se conclua, entretanto, que a circunstância de a tutela jurisdicional se atrelar ao resultado do processo infirma a autonomia do processo em relação ao direito material. O direito à tutela jurisdicional não se confunde com o direito tutelado, existe uma progressão que vai do ingresso em juízo, ao direito à sentença de mérito e finalmente obtenção de um provimento jurisdicional favorável.

É fora de dúvidas, destarte, que o desenvolvimento dos estudos de direito processual em muito se enriqueceram com a concepção de que o direito de ação, ou seja, de tirar a jurisdição de sua inércia, deve ser compreendido de forma autônoma do direito material em tese violado.

Mas não se negue a importância do direito material na conformação da tutela jurisdicional. Com efeito, levada ao extremo a autonomia do processo em relação ao direito material, o direito processual incorpora fórmulas, procedimentos e institutos que, por serem genéricos, mostraram-se insuficientes para responder de forma satisfatória às exigências de tutela a um direito material violado ou que esteja na iminência de o ser.

O conceito de tutela jurisdicional não deve se resumir a afirmar que uma das partes tem razão no litígio. Adequado também considerar os meios e ferramentas colocados à disposição para a obtenção dos resultados. Assim, não existe apenas o direito a prestação jurisdicional, mas também à existência de meios, institutos, procedimentos que viabilizem a adequada proteção do bem jurídico objeto do processo (YARSHELL: 2.006:127).

3.2. A Perspectiva Instrumentalista

Dúvidas não existem de que o processo deve servir de instrumento para a satisfação do direito material. O direito processual existe para assegurar o direito positivado, a norma de direito material; nítida, pois, a interdependência entre estes dois planos do ordenamento jurídico.

Com efeito, o processo não é e nem pode ser um fim em si mesmo; sua existência está vinculada a uma pretensão de direito material. O estudo do processo deve ter como escopo verificar os resultados que pode produzir. Não devem ser objeto de grandes indagações o *existir* do processo; o que se deve ter em mente é a sua aptidão de produzir resultados úteis. Aliás, parece óbvio que quanto mais úteis se mostrarem os resultados produzidos pelo processo, maior será a probabilidade de pacificar o conflito de interesses, escopo último da jurisdição.

Dentro desta perspectiva instrumentalista, cabe à técnica processual operar em favor da otimização dos resultados. Para tanto, deve levar em consideração não apenas as múltiplas situações que podem advir das normas de direito material, mas também (e principalmente) os valores do próprio ordenamento jurídico, consubstanciados nos princípios constitucionais.

A Constituição de 1.988 traz a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional ao instituir que “nenhuma lesão ou ameaça a lesão pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário” (art. 5º, inc. XXXV). O preceito constitucional nada mais significa que o cidadão brasileiro, o estrangeiro residente ou em trânsito pelo país, tem direito à tutela jurisdicional. Trata-se, nas palavras de MARINONI (1.993:120) “garantia de tutela adequada a todas as situações de conflitos de interesses”.

Para WATANABE (1.996:20)

o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da CF, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva

e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa.

A rigor, o direito à jurisdição se caracteriza também como direito fundamental, na medida em que o Estado assumiu para si o dever de manutenção da paz jurídica de determinado território (CANOTILHO: 2.002: 491).

3.3. Tutela Jurisdicional Diferenciada

Assim, a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição prevista no inciso XXV do art. 5º da Constituição Federal deve ser interpretada não apenas como uma garantia de acesso ao Poder Judiciário, mas também à obtenção de uma tutela jurisdicional adequada. E adequada será a tutela jurisdicional quando o seu produto mais se aproximar do cumprimento espontâneo da obrigação, segundo os conhecidos ensinamentos de Chiovenda.

Este postulado, qual seja, o da busca da tutela adequada, como imposição da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, é valor de significância extrema para o intérprete. Nunca é supérfluo repisar que o processo é instrumento e deve servir para a efetivação de um direito material. Para que se alcance a adequada proteção ao bem jurídico, objeto do processo, deve, portanto, a técnica processual conceber diferentes tipos de procedimentos, que devem refletir, cada qual, a melhor forma de resguardar ou efetivar as várias categorias de direitos material existentes. São estes os valores imanes do que a doutrina denomina tutela jurisdicional diferenciada.

Assim, para BARBOSA MOREIRA (1.996:97),

a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, que se possam inferir no sistema; b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador

corresponda, tanto quanto puder, à realidade; d) e, toda extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias.

Em linhas bem sucintas, pode-se dizer, que falar-se em tutela diferenciada significa, na verdade, a busca da adequação do instrumento (processo) ou seu objetivo (resguardo do direito material).

Antes, porém, de se promoverem mudanças legislativas, a busca da tutela adequada, diferenciada, deve nortear o entendimento dos diversos institutos processuais atualmente vigentes, que não devem ser compreendidos como fórmulas matemáticas, de modo a impedir sejam eles interpretados de acordo com as especificidades dos interesses em conflito.

É entendimento doutrinário bastante conhecido o de que o sistema processual contemplado no Código de Processo Civil, de nítida inspiração individualista, não se mostra suficiente para lidar com os interesses metaindividuais, circunstância que impõe ao intérprete a tarefa de repensar os clássicos institutos do processo. E também no direito processual coletivo, o direito material perseguido deve influenciar a concepção e aplicação de institutos processuais.

O objetivo deste breve estudo cinge-se, pois, a investigar as formas pelas quais as denominadas políticas públicas ambientais podem ser colocadas como objetos de processos coletivos, analisando também como podem repercutir no provimento jurisdicional a ser emitido em sede de ação civil pública.

3.4. Direito ao Meio Ambiente e Tutela Jurisdicional

Bem fincada a premissa de que o direito material deve conformar a tutela jurisdicional, cumpre, neste momento, investigar quais as características do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado que necessariamente reclamam uma abordagem processual diferenciada.

Para tal finalidade, parece importante investigar em que contextos pode, o direito ao meio ambiente equilibrado, figurar como objeto em lides ambientais. Quais as situações materiais levadas à juízo relacionadas ao meio ambiente?

Para MIRRA (2.010: 80),

em termos gerais, no que concerne à área ambiental, as situações materiais pretendidas dizem respeito à *prevenção* de danos ambientais, da realização de atividades efetiva ou potencialmente lesivas à qualidade ambiental e de riscos ou perigos de danos ao meio ambiente; à cessação de atividades, atos ou omissões efetiva ou potencialmente degradadores; à *reparação de danos* ambientais causados. Frequentemente, ainda, a proteção de determinadas situações materiais demanda também a adoção de providências urgentes, seja para a prevenção de danos e atividades, seja para a cessação de atividades, atos e omissões potencialmente degradadores, seja, enfim, para a reparação de danos ambientais. Daí falar-se em tutela jurisdicional *preventiva (stricto sensu e de precaução)*, de *cessação* (que pode ser incluída na tutela preventiva), *reparatória (in natura e pecuniária)* e de *urgência*, como exercício da jurisdição em matéria ambiental, todas passíveis de proteção pela ação civil pública.

Tendo em conta a textura da norma constitucional – art. 225 da CF – que consagra o direito ao meio ambiente equilibrado, pensamos ser o aspecto “prevenção”, do qual já se tratou neste texto, o pilar central na tarefa de construir uma tutela diferenciada em relação ao meio ambiente. Aliás, mesmos as tutelas de reparação de danos ou cessação de atividades se inserem, de algum modo, dentro da noção de prevenção, na medida em que tanto a remoção de ilícitos como a reparação de danos têm o condão de fazer cessar atividades já lesivas ou impedir a continuidade de agressões ambientais, podendo, destarte, ser compreendidas dentro desta ideia maior relacionada à prevenção.

Não discrepa deste entendimento MARINONI (2.010:254), para quem

não é possível esquecer do objetivo da norma de direito material no momento em que a jurisdição é chamada a atuar, sob pena de o processo deixar de cumprir sua função instrumental. Perceba-se que uma norma voltada à proteção do meio ambiente não pode ser tratada como uma simples norma que exige um fazer, pois se assim acontecer o próprio juiz ficará impossibilitado de compreender a situação concreta. Note-se, por, exemplo, que a tutela antecipatória deve ser pensada de modo particular diante da necessidade da atuação da norma de caráter preventivo”. E ainda, “(...)o Juiz, porque tem o dever

de se comportar conforme o desejo do direito material, não pode esquecer dos princípios que lhe são próprios, deixando de observar os princípios da precaução e prevenção, e especificamente no que diz respeito à interpretação da situação concreta, os princípios do *in dubio pro natura* e do *in dubio pro salute*.

3.5. O “Lugar” do Poder Judiciário na Sociedade Moderna e Complexa (e a necessidade de repensar o modo de ser do processo coletivo)

É possível, com BOBBIO (2.004:45), conjecturar que atualmente o desafio posto não é mais justificar a existência dos direitos do homem, mas sim descobrir as formas pelas quais devem eles ser implementados, ou seja, protegê-los.

A questão se coloca na ordem do dia na sociedade brasileira, que experimentou e vem experimentando um recrudescimento na edição de leis, tendentes a, cada vez mais, incidir sobre o homem e suas necessidades em concreto, fenômeno que BOBBIO cunhou de “especificação do sujeito de direitos” (2.004:78). Que sirvam de exemplo a edição dos Estatutos da Criança e do Adolescente, do Idoso, Leis de Proteção ao Meio Ambiente, Consumidor, etc., com as quais se pretende ou esmiuçar ou detalhar normas principiológicas constantes da Constituição Federal. Que tais leis, embora de inegável importância, até hoje não conseguiram entregar ao cidadão tudo aquilo que lhe foi prometido em 1.988 parece mesmo desnecessário demonstrar.

Produto cultural da sociedade pós-moderna, caracterizada por uma crescente autonomia e especialização de subsistemas sociais (LUHMANN: 1980), o Direito passa a assumir um caráter finalístico e transformador, o que requer, da técnica jurídica, a elaboração de normas jurídicas abertas, que definam objetivos a serem alcançados. Como anteriormente mencionado, a aplicação de tais normas principiológicas refoge à determinada consequência jurídica ínsita no texto normativo, pois a imprecisão e vagueza são características destas normas jurídicas que, para além de apresentarem uma textura aberta (diversas são as possibilidades e graus para sua concreção),

devem conviver com outras normas, de igual patamar hierárquico, sem que tal comprometa a unidade e harmonia do sistema.

É dentro deste contexto que exsurge a importância do procedimento na aplicação das normas constitucionais. A afirmação do que é conforme ao direito passa a se dar, cada vez mais, a partir do caso concreto, “o que beneficia formas de pensamento pragmáticas, voltadas para orientar a ação daqueles envolvidos na tomada de uma decisão” (GUERRA: 2.007:10).

Avulta em importância, desta maneira, o estudo do procedimento para a afirmação do que é o direito, enquanto uma série de atos ordenados e logicamente encadeados para que se alcance determinada decisão.

O papel do procedimento para a afirmação do direito na sociedade complexa pode ser extraído do pensamento de LUHMANN E HABERMAS.

Muito embora apresentem significativas divergências quanto à concepção sistêmica do ordenamento jurídico, convergem tais pensadores no destacar do aspecto processual nas inter-relações entre Direito, Moral e Política.

Na sua análise, LUHMANN (1.980) os sistemas sociais se diferenciam funcionalmente. Fecham-se e se reproduzem segundo seus próprios códigos comunicativos (autopoiese), que se relacionam com outros sistemas tão-somente a partir do que denomina “acoplamentos estruturais”. Enfrentando o que se deve conceber como acoplamento estrutural na obra de Luhmann, NEVES (2.008:97) deixou assentado que

De acordo com este modelo, LUHMANN vai definir a Constituição como “acoplamento estrutural” (*strukturellokopplung*) entre política e direito. Nessa perspectiva, a Constituição em sentido especificamente moderno não apresenta como uma via de prestações recíprocas, mas antes como mecanismo de interpretação permanente e concentrada entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito.

Esta noção de acoplamento estrutural abre campo para soluções negociadas no direito, donde a importância do procedimento para que venham

a ter lugar. O procedimento político, judicial e o administrativo representam, portanto, o mecanismo que permite o acoplamento estrutural entre os sistemas.

HABERMAS, por sua vez, valoriza o procedimento como meio de a sociedade se abrir ao pluralismo de ideias, albergando interesses que se antagonizam, havendo, pois, necessidade de que este procedimento seja formalmente instituído de modo a contemplar participação. Assim, “válidas são precisamente as normas de ação com as quais os possíveis atingidos poderiam concordar como participantes de discursos racionais” (1.992: 138).

Para GAVRONSKI (2010: 55),

O Direito do século XXI tende, assim, a ser dessubstantivado (ou procedimental), i. e., menos preocupado em determinar sua *substância* indispensável à sua concretização, vale dizer, pré-disciplinar todas as situações previsivelmente surgidas na realidade concreta, que em disciplinar meios de alcançá-la, tornando-se, portanto, mais negocial e preocupado com a obtenção de soluções consensuais. *Informal* porque deve assimilar a ideia de que as fontes formais de direito (a lei emanada do Estado) não tem como sozinhas, disciplinar toda a complexidade da vida moderna, bem como porque deve recorrer também a mecanismos não estatais de regulação e tornar os mecanismos estatais existentes mais flexíveis e informais. *Participativo* pare fazer frente à complexidade e pluralidades sociais com legitimidade, mais permeável á manifestação e incorporação dos vários interesses sociais em disputa.

Com CAMPILONGO (2.011:138), pode-se dizer que está em curso uma “nova concepção de regra do direito: negociada, flexível, consensual, pragmática.”

Avulta em importância discutir o papel e o lugar do Poder Judiciário e de seu ferramental, na conformação dos direitos nesta sociedade pós-moderna.

Com efeito, é paradoxal que na atual configuração do Estado de Direito a existência de inúmeras leis, instituidora de direitos variados, não represente garantia de que serão cumpridas, até mesmo pelo Estado que a instituiu. Não se olvide que a positivação da lei se constituiu num postulado básico para a conformação do Estado de Direito.

De fato, lembra CAMPILONGO (2011:32) que no modelo de Estado de Direito de vertente liberal, ao poder Legislativo era atribuída a atividade central do governo, funcionando o Executivo e o Judiciário como coadjuvantes, especificamente pela necessidade de deslocar o centro da atividade política para um *locus* em que a burguesia tinha acento. Ganha consistência a doutrina da separação de poderes, para reconhecer como racional o produto da atividade do Legislativo e ter, no Juiz, o órgão que funciona como a “boca da Lei”, que decide com base em critérios racionais e formais, para subsumir o fato à norma. Mostra-se, presente com todas as forças, o dogma da completude do ordenamento jurídico, de modo a impedir o *non liquet*. A submissão do Juiz à lei o imuniza contra as pressões do sistema político. O quadro se completa com a garantia da coisa julgada, de modo a cristalizar o que restou decidido pelo Poder Judiciário.

Assumindo, o Estado de Direito de vertente Social, a perspectiva de fomentar a igualdade material, mediante a assunção de diversas obrigações positivas, é o Poder Executivo que assume, no dizer de CAMPILONGO, o “vértice das funções de governo” (2011:38). O aumento da discricionariedade se faz acompanhar de mecanismos de controle de constitucionalidade. Já não mais se está numa atmosfera de um Poder Judiciário que não está imune a pressões e isto deságua num “maior ativismo judicial”. A legislação codificada vai cedendo à segmentada, muitas vezes contraditória, alargando-se, sobremaneira a utilização dos serviços do Poder Judiciário para a resolução dos conflitos de interesses.

Se é verdade que, no Estado Social, encargos diversos passam a repousar no Poder Executivo, a demanda pelo Judiciário alça este Poder também em patamar destacado na conformação dos direitos e da política. Antes neutro, agora é o Poder Judiciário que define, sem se submeter a controle algum, o que se deve compreender como legalidade. Esta imbricação política na atividade típica do Poder Judiciário, de “dizer o direito ao caso concreto”, se acentua de forma bastante intensa na sociedade complexa. MANCUSO (2009:36) adverte que

num mundo globalizado, onde se embatem sociedades massificadas e competitivas, não raro sucede que o padrão de conduta, mesmo estratificada em norma cogente, não raro reforçada por sanções draconianas, não consegue conter ou mesmo reduzir o ambiente de conflituosidade geral....

O Poder Judiciário passa, cada vez mais, a ser chamado para lidar com conflitos constitucionais envolvendo não indivíduos isoladamente, nem somente grupos organizados, mas também os próprios órgãos do Estado, aflorando, com toda intensidade, a necessidade de resolver, na atividade de controle de constitucionalidade, conflitos entre os Poderes. E, no desempenho desta atividade, não está sujeito a controle algum.

Neste ambiente em que a lei não consegue dar conta de todas as nuances da vida social, não havendo possibilidade de o Poder Judiciário deixar de atuar, a discricionariedade e, portanto, o arbítrio, renascem no seio da prestação jurisdicional, materializando-se em construções interpretativas que reduzem, alargam, sob o influxo de ventos políticos, econômicos, sociais, culturais o sentido das palavras empregadas nos textos normativos, quando não o completamente desconsideram.

Dentro deste contexto, a conformação de procedimentos adequados, nos quais se discutirão não mais a aplicação de um direito material pronto e acabado, mas sim a textura que, diante de casos concretos, tais direitos deverão de assumir, para ser tarefa inadiável para a técnica jurídica no Estado Democrático de Direito.

3.6. A Necessidade de um Método para a Afirmação e Concretização do Direito Pós-Moderno

As normas constitucionais são de natureza diversa das demais normas jurídicas. Com efeito, pode-se facilmente identificar que apresentam maior abstração, já que sua vocação é a de condensar valores tidos como relevantes pelo Estado (CANOTILHO: 2.003: 1217).

Normas principiológicas que são, refogem à morfologia das demais normas de conduta, que preveem um fato e uma consequência jurídica. Atente-se, como exemplo, aos valores de igualdade e dignidade consagrados no texto constitucional; conferem ao intérprete um leque de possibilidades interpretativas.

E não poderia ser diferente. Não se pode olvidar ainda a natureza política do texto constitucional, que alberga normas e valores que parecem se antagonizar e, por tal razão, exigem do intérprete, a necessária harmonização.

É dentro deste contexto que a doutrina faz referência a princípios de interpretação especificamente constitucional, como os princípios da supremacia da constituição, da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, da interpretação conforme à constituição, da razoabilidade e da proporcionalidade (BARROSO: 2.002: 149).

Destaque há que ser dado ao princípio da proporcionalidade, de grande aceitação e aplicação no direito constitucional contemporâneo, que parece funcionar, mesmo, como verdadeiro mecanismo de calibração quando se contrapõem normas jurídicas constitucionais.

Pelo princípio da proporcionalidade, as normas devem ser adequadas aos fins a que se destinam, devendo se constituir no meio mais brando para a concretização de tais objetivos, devendo, ainda, gerar benefícios superiores aos ônus que podem ensejar. Tem larga aplicação tal princípio para que se efetue a ponderação de interesses, notadamente entre princípios constitucionais, buscando, sempre diante de um caso concreto, a solução que se afigure mais justa (SARMENTO: 2.003: 203).

Muito embora princípio da proporcionalidade e a técnica da ponderação sejam de larga aplicação em sede de controle de constitucionalidade, há vozes abalizadas que se põem a questionar a forma pela qual o próprio raciocínio jurídico é engendrado, com base em tais postulados, para afirmar um direito fundamental.

Em outras palavras, há quem questione como os fenômenos da ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade, hoje aplicáveis na resolução de conflitos entre princípios constitucionais, são eleitos e sopesados pelo Juiz no momento da produção da decisão judicial.

Para STRECK (2.011:42), no momento de afirmação, pelo Juiz, de um princípio constitucional, pode muito bem se esconder um sutil mecanismo de afastar a legislação democraticamente produzida.

Sob a bandeira de que se passa a denominar neoconstitucionalismo, os princípios jurídicos foram postos em proeminência no ordenamento jurídico, que não só os reconhece como normas, mas os erige em “mandados de otimização” (ALEXY). Toda regra jurídica se subsumiria, dentro desta percepção, a um princípio, norma jurídica de alta carga axiológica e pouca densidade normativa.

A crítica, no nosso sentir, e atentando a atual conformação do processo judicial em que se opera com o princípio da proporcionalidade e da ponderação de interesses, prospera. Nenhum problema existe, com efeito, no reconhecimento de normas jurídicas estruturantes, que albergam os valores prestigiados na Constituição, se, no processo de sua afirmação não se estivesse diante de uma norma infraconstitucional elaborada pela via democrática determinada na própria Constituição. Recorre-se, não raras vezes, a princípio constitucional para se decidir contra sentido literal e expresso de lei. SILVA (2.009:55) traz o emblemático exemplo de decisões autorizando o levantamento de quantias do FGTS por pessoas que não se enquadravam na hipótese autorizativa do inciso II do art. 1º da Lei n. 7.670/88 (condição de soropositivo), pois se entendeu, em casos concretos, que haveria colisão entre o direito a vida de pessoas que não se encontravam naquela condição e a regra que restringia o uso do dinheiro do FGTS.

Ora, o que se tem em casos como esse nada mais é do que inovação legislativa pelos Tribunais, fenômeno que, se por um lado tem servido para concretizar algumas promessas constitucionais, de outro, acabam por

representar uma espécie de erosão a todo o sistema jurídico, que vê cair por terra a segurança jurídica da legislação democraticamente positivada.

O que merece ser realçado, neste particular, antes de aspectos atinentes à justiça da questão em que o princípio afastou a regra, é que este processo de se privilegiar o princípio em detrimento da norma jurídica democraticamente criada hoje se insere dentro das funções judicantes, na maioria das vezes nas mãos da solitária figura de um juiz ou, na melhor das hipóteses, aos cuidados de um órgão jurisdicional colegiado. O fato enseja um questionamento óbvio: será democrático legar ao juiz esta tarefa de afastar, *ad libitum* (é o juiz quem vai escolher o princípio dentro do “rosário” deles existente na Constituição) a regra jurídica democrática?

Mais, não são raras as vezes em que o Juiz é chamado a dirimir tensões entre princípios constitucionais, quando então atua para afirmar, no caso em questão, um em detrimento do outro. Neste processo de escolha, nenhuma “pauta interpretativa” se impõe ao juiz, que também escolhe, a partir de sua subjetividade, os princípios que vai utilizar e o que deve prevalecer.

A questão é cotidiana nas lides ambientais, nas quais o Juiz, no processo coletivo, é convocado para afirmar ora a prevalência do princípio da precaução sobre o direito de propriedade, ora o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sobre o direito à moradia, não necessariamente nesta ordem. Não são raras as vezes que o produto final desta decisão, transitada em julgado, não se mostra exequível. Que sirvam de exemplo as ações civis públicas ajuizadas para remoção das pessoas de morros. Sentenças transitaram em julgado há mais de uma década, mas as pessoas continuam, e continuarão, lá residindo.

Adiante-se, pois, a conclusão de que, além de o modo de ser do processo coletivo ser de tal forma “engessado”, de modo a impedir “outras interpretações” da norma constitucional ou, talvez mais importante, a apreciação de outros interesses jurídicos envolvidos, existiria, em paralelo, um verdadeiro déficit de legitimidade na maneira pela qual se engendra a decisão judicial

quando afasta, de forma arbitrária (não há controle algum do que deve ser escolhido como princípio pelo juiz), a incidência de uma regra ou de um outro princípio constitucional.

Em poucas linhas: a atual dinâmica de se afirmar judicialmente a proeminência, no caso concreto, de princípios sobre princípios de igual envergadura, ou de princípios sobre regras democraticamente postas, padece de um déficit estrutural, que compromete o valor “segurança jurídica” advindo do primado da legalidade.

Avulta em importância, pois, que o resultado final do processo seja produto de um procedimento no qual se tente eliminar, ou drasticamente reduzir, este “subjetivismo” do Juiz na escolha, por exemplo, dos princípios, que num caso concreto estão em rota de colisão, envolvidos na afirmação de um direito fundamental submetido à apreciação jurisdicional.

3.7. Conclusões Parciais

A garantia da inafastabilidade da jurisdição obriga o Estado a dispor de meios e procedimentos adequados à tutela das diversas espécies de direito material, que assume relevante função na conformação de como deve ser o processo.

Esta atividade de construir o modo de ser do processo à luz do direito material envolvido representa a busca por uma tutela jurisdicional diferenciada.

Na busca por uma tutela jurisdicional ambiental, avultam em importância, nos termos do art. 225 da Constituição da República, os valores-princípio da prevenção e precaução.

Produto da sociedade pós-moderna, o direito assume hoje um caráter procedimental; sua afirmação e conformação está cada vez mais ligada ao

pensamento pragmático, para a solução de um caso concreto. A construção de um processo democrático e participativo reduz a discricionariedade do juiz na escolha das normas que devem nortear a resolução do conflito de interesses.

4. RELEITURA DE ALGUNS INSTITUTOS PROCESSUAIS

4.1. Considerações Introdutórias

A conformação de regras jurídicas abertas, assim compreendidas aquelas que portam conteúdos valorativos, abre campo para a projeção de valores constitucionalmente assegurados no campo do processo coletivo. É neste contexto que assume relevância a tarefa de esboçar novos contornos para a tutela jurisdicional coletiva ambiental.

Acredita-se que existe uma incompreensão do conceito de proteção ambiental, que derivaria da circunstância de o processo judicial que envolve o meio ambiente não conseguir espelhar os múltiplos aspectos sociais, econômicos, jurídicos que se colocam nas mais variadas esferas em que decisões devam ser adotadas em termos de regulação ambiental.

Tais dificuldades propiciam situações de flagrante prejuízo ao meio ambiente ou, no mínimo, de incerteza para todos aqueles que dependem de um rápido pronunciamento jurisdicional para a solução da crise de direito material. Pense-se, por exemplo, num processo judicial em que se discute uma autorização ambiental para a instalação de um empreendimento. Ainda, não se afasta a possibilidade de as decisões jurisdicionais padecerem de um déficit de legitimidade, tornando-se, muitas vezes, inefetivas.

É possível conjecturar que, ao se depurar, ainda que parcialmente, o pensamento jurídico de um estrito positivismo, adotando-se uma orientação aberta a valores e princípios, seria possível desvendar situações jurídicas não explicitamente descritas na regra posta pelo Estado, especificamente se a densidade normativa do princípio da precaução, no direito material ambiental,

forneceria ao intérprete recursos suficientes para a descoberta de possibilidades outras da aplicação de normas processuais.

No desenvolvimento destas linhas, alguns institutos clássicos do processo serão abordados à luz do direito material discutidos em inúmeros processos coletivos que envolvem o meio ambiente: políticas públicas ambientais.

4.2. A legitimação processual na ação civil pública ambiental

A aptidão para estar em juízo no polo ativo ou no polo passivo está intimamente ligada, no direito brasileiro, à circunstância de a pessoa ser ou não titular da situação jurídica de direito material controvertida.

Assim, legitimados, na lição de SANTOS (1.994: 167) são

os titulares dos interesses em conflito; legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão; passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão.

Aplicada esta fórmula ao processo coletivo, seria de se reconhecer legitimação ativa a todo cidadão que quisesse defender interesse metaindividual em juízo. Não se olvide que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, nos termos do “caput” do art. 225 da CR.

Ocorre que os denominados interesses metaindividuais não são mera projeção da somatória dos interesses individuais, até porque são insuscetíveis de individualização. Tal circunstância do direito material rompe, ao se pensar na tutela jurisdicional coletiva, com a clássica regra acerca da legitimação processual consagrada no direito processual civil.

No direito brasileiro, optou-se, no que atine à legitimação ativa, pela consagração de entes com legitimação, aos quais se confere a prerrogativa de

zelar pelo interesse metaindividual. Nos termos do art. 5º da Lei n. 7.347/85, a legitimidade ativa para a propositura da ação metaindividual é do Ministério Público, da Defensoria Pública, da União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e associações que estejam constituídas há pelo menos um ano nos termos da Lei Civil e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Estabeleceu-se, assim, um sistema de legitimação ativa concorrente, com preponderância do Ministério Público que, por lei participará, de todo processo coletivo ao menos na função de fiscal da lei, podendo, ainda, assumir a titularidade da ação coletiva em caso de desistência voluntária ou abandono da ação por associação legitimada, prerrogativa que se confere também aos demais legitimados.

É certo que, no campo do direito ambiental, não se pode esquecer da Lei da Ação Popular, que permite ao cidadão, de forma isolada, ajuizar ação com o objeto, único, de anular ato lesivo ao meio ambiente. Mas, de acordo com RODRIGUES (2.010: 105),

a restrição quanto ao objeto dá à ação popular um espectro de abrangência deveras pequeno, e também não se pode negar que o corpo de regras processuais previstas na Lei 4.717/65 volta-se precipuamente à tutela repressiva e não preventiva, que é o norte em matéria ambiental, circunstância que de alguma forma não coloca este instrumento processual como preponderante na tutela jurisdicional do meio ambiente.

De todo modo, revela-se importante consignar a preferência, no ordenamento jurídico brasileiro por um sistema em que a possibilidade de ingresso em juízo com a ação coletiva encontre, na diversidade dos entes legitimados, atores capacitados para identificar os interesses metaindividuais e levá-los ao Poder Judiciário e ainda garantias de que tais interesses, uma vez levados à apreciação jurisdicional, sejam adequadamente tutelados – em caso de abandono ou desistência, outro ente sempre poderá assumir o polo ativo, não se olvidando da inexorável participação processual do Ministério Público.

Esta noção de representatividade adequada, pensamos, deve também se aplicar à legitimação passiva, especialmente no caso de ação civil pública que envolva política pública ambiental.

Para ilustrar este ponto de vista, passa-se à análise de duas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

4.2.1 Recurso Especial 405.706-SP (2.002/0006037), acórdão publicado em 23 de setembro de 2.002

Trata-se de acórdão de recurso especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. O acórdão do Tribunal Paulista julgou parcialmente procedente ação civil pública ajuizada pelo Município de São Paulo em face de “Organização Jardim Joana D’Arc”. A ação tinha como objeto impugnar a implantação de loteamento irregular.

Vale consignar que o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a sentença proferida em 1º grau de jurisdição, para determinar a indenização dos danos ambientais e urbanísticos existentes, bem como a suspensão das vendas dos lotes e o recebimento das prestações dos já transacionados, face à inviabilidade de regularização do loteamento. Deixou de condenar a ré, contudo, em relação ao pedido de indenização dos adquirentes dos lotes, pois tal pedido de indenização dos adquirentes dos lotes, pois tal pedido não guardaria a característica de difuso ou coletivo.

Contra o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Miguel Nunes opôs embargos de declaração por meio do qual alegou que no loteamento construiu sua casa, e que a condenação efetuada na sentença, confirmada em segunda instância, teria atingido a esfera de seu patrimônio se que tivesse integrado a relação processual. Tais embargos foram rejeitados pelo Tribunal de

Justiça de São Paulo sob o argumento de que o objeto da ação era o de evitar a implantação de loteamento irregular e a responsabilidade pela sua implantação restringia-se à “Organização Jardim Joana D`Arc”. Ainda o Tribunal de justiça de São Paulo ressaltou que os prejuízos experimentados pelos terceiros prejudicados podem ser pleiteados pelas vias autônomas.

Miguel Nunes, então, interpôs recurso especial. Pleiteou a nulidade dos atos processuais praticados no feito primitivo, ante à ausência de formação de litisconsórcio necessário (art. 47 do CPC). Ainda, sustentou que o aresto impugnado teria divergido do posicionamento adotado pela 3ª turma do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial 147769/SP.

O Recurso Especial foi inadmitido pela Corte Paulista, o que motivou a interposição de agravo de instrumento, ao qual foi dado provimento para determinar o processamento do recurso especial.

No julgamento do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento à irresignação, reconhecendo violação ao art. 47 do Código de Processo Civil. Entendeu o Ministro Luiz Fux, relator do recurso especial, que a decisão a ser proferida na ação, por atingir diretamente a esfera jurídica de outrem, impunha o chamamento de todos os adquirentes e litisconsórcio necessário.

4.2.2. Recurso Especial 1358112-SC, acórdão publicado em 28 de junho de 2.013

Neste recente julgado, restou decidido que na ação civil pública por dano causado ao meio ambiente, mesmo quando presente a responsabilidade solidária, não é necessária a formação do litisconsórcio. O Ministro Relator, Humberto Martins, destacou que a alienação promovida em momento posterior à propositura da ação civil pública pela empreendedora não tem o poder de alterar os efeitos subjetivos da coisa julgada, conforme o disposto no art. 42, par.

3º, do Código de Processo Civil, pois é dever do adquirente revestir-se das cautelas necessárias quanto às demandas existentes sobre o bem litigioso

4.2.3. Apreciação Crítica das Decisões

Como se pode perceber, os díspares acórdãos emanados do Superior Tribunal de Justiça versam sobre a mesma situação de direito material.

A matéria de fundo suscita, pois, questões importantes no que atine à defesa de interesses metaindividuais em juízo. Pretende-se abordar algumas destas questões.

O primeiro aspecto a ser discutido é a natureza difusa do interesse protegido ao se pleitear a regularização de loteamento ou mesmo ao se pleitear o desfazimento de loteamento irregular cuja legalização se mostra inviável.

Sabe-se que os interesses difusos são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (art. 81, I, do CDC).

Fala-se na indeterminação dos sujeitos porque “inexiste vínculo jurídico que agregue os sujeitos afetados por esses interesses” porque eles “estão aglutinados ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região... ou de consumirem certo produto, ou por pertencerem a certa etnia ou minoria social” (MANCUSO: 2002:49).

São interesses que reproduzem conflitos de massa, havendo, destarte, intensa litigiosidade. Com efeito, se ao loteador toca o interesse de aproveitamento dos espaços urbanos, ao adquirente do lote pertine o direito de efetivar seu direito de propriedade e habitação. O Município, por sua vez, tem interesse em fazer valer as normas ambientais e urbanísticas, interesse compartilhado pela sociedade como um todo. Tais interesses são igualmente tutelados pela ordem jurídica.

É importante sublinhar que a pretensão relacionada à regularização ou desfazimento de loteamento transcende os direitos de propriedade dos adquirentes dos lotes. BARROSO (1.993: 56) refere

a existência de um direito comunitário, de todo o povo, ao desfrute de um novo bairro, como unidade urbanística do todo que é a cidade. O loteamento, sob essa visão, não é patrimônio de um conjunto de pessoas, mas sim, núcleo urbano de interesse comum de todos

Não por outra razão a jurisprudência tem admitido ações civis públicas que têm como objeto a regularização ou desfazimento de loteamentos irregulares. Assim,

O descumprimento das normas que regulam a ocupação do solo não atinge somente aquelas pessoas que, diretamente, estão inseridas no contexto, como moradores e ocupantes locais, mas de certa forma, à toda comunidade. A ocupação ordenada e obediente às posturas públicas atinge a todos inclusive sob a ótica das influências sócio-culturais. A coletividade no seu todo padece com a degradação, consequência da desobediência aos comandos normativos” (Apelação Cível n. 20.081-5/3, Presidente Venceslau, 6ª Cam. Dir. Civil, j.22/06/98, rel. Afonso Faro)

Inquestionável, pois, o caráter difuso da pretensão relacionada à regularização ou desfazimento de loteamento. Vale repisar que é da essência dos interesses difusos o antagonismo entre os interesses tutelados pela ordem jurídica. No caso em exame, é certo que adquirentes de lotes têm interesse no deslinde da ação civil pública, consistente em resguardar seu patrimônio e ver reconhecido e efetivado o direito da habitação. E esse interesse deve ser ponderado com a pretensão de observância às normas ambientais e urbanísticas.

Está aberta, pois, a possibilidade de defesa de tal interesse pela via da ação coletiva. Importa, pois, analisar a razão de ser da ação coletiva e a sua pertinência para a solução de conflitos que apresentam intensa litigiosidade.

De relevância alguma seria o reconhecimento de direitos metaindividuais se o ordenamento jurídico não contemplasse mecanismos processuais adequados para a efetivação de tais direitos. E é fora de questão que os lineamentos do processo civil clássico não atendem, de forma satisfatória, à tutela dos interesses coletivos. Se assim é, urge repensar os institutos

processuais de modo a harmonizá-los com as necessidades do direito substancial que se pretende efetivar.

Bem ressalta LEONEL (2.002:33) que

esta nova dimensão no exercício da função jurisdicional do Estado implica necessariamente uma mudança de mentalidade não somente das partes, no debate travado em juízo, como ainda dos próprios órgãos judiciais. A solução dos conflitos não reflete mais simplesmente a aplicação ou não do direito positivo, mas também a realização de opções políticas e ainda a transferência, e ainda a interferência de amplo espectro de vida em sociedade. Assemelha-se de certo modo às opções que são levadas a termo pelo próprio legislador ao editar o ordenamento jurídico e pelo Executivo, ao determinar a condução dos negócios do Estado.

Deve, pois, o Poder Judiciário analisar a realidade subjacente a cada demanda que lhe é posta a solucionar e compor os litígios a partir de uma leitura do ordenamento jurídico que privilegie a efetivação de direitos fundamentais.

Com lastro em tais premissas, pode-se fazer um reparo à decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, informada no primeiro acórdão mencionado neste trabalho, especificamente quando deixou de condenar a ré em relação ao pedido de indenização dos adquirentes dos lotes do loteamento irregular, posto que tal interesse não se caracterizaria como difuso ou coletivo.

Efetivamente, tal pretensão é de cunho patrimonial e disponível, tratando-se, pois, de direitos individuais homogêneos. Ocorre que o “pano de fundo” de tal pretensão cinge-se, na verdade, à efetivação de direito social de habitação, não se olvidando que, a esmagadora maioria de pretensões deste jaez são formuladas em nome de pessoas de baixa renda que acreditaram no “sonho da casa própria”. Razão mais do que suficiente para que a tutela destes direitos “acidentalmente coletivos” seja veiculada por ação coletiva e para que a interpretação no que atine à legitimação para agir seja extensiva e não restritiva; em última análise, trata-se de evitar a atomização de demandas idênticas e possibilidade de decisões díspares, não se olvidando de garantir acesso à justiça a pessoas reconhecidamente hipossuficientes. Aliás, perante a loteadora, são os adquirentes dos lotes consumidores e ao Estado incumbe promover, na forma da Lei, a defesa do consumidor.

Passa-se a analisar a posição jurídica dos adquirentes dos lotes em relação ao loteador e em relação ao poder público.

O adquirente, perante o loteador, figura indiscutivelmente como consumidor de um produto. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto como destinatário final. Como consumidor, adquiriu um produto que inadequado à finalidade que se destinava. Afinal de contas, a hipótese é de loteamento irregular. Nos termos da lição de BESSONE (1.997:86) os lotes, para existirem juridicamente, devem fazer parte de loteamento regularizado, isto é, devidamente registrado no cartório de registro de imóveis.

Se isto é verdadeiro, uma primeira conclusão se impõe: o adquirente, na condição de consumidor, possui pretensão contra a loteadora, pois está não adimpliu a obrigação inerente ao contrato de compra e venda celebrado.

Não se pode olvidar, porém, que o adquirente, no caso em exame, adquiriu um lote sobre o qual pendem restrições de ordem urbanísticas e ambientais. Tal circunstância o coloca na peculiar condição de co-responsável pela recuperação (ou, em caso de impossibilidade, de indenização) do meio ambiente degradado.

A responsabilidade pela recuperação do meio ambiente passa também ao adquirente, não apenas porque também ele veio a atuar de modo modificar fisicamente o lote, dando continuidade, pois, à efetivação dos danos ambientais, mas também e, principalmente, porque tentou celebrar atos jurídicos que visam perpetuar a situação do lote degradado. Comprou o lote, no qual construiu sua casa - seu interesse é que não haja retorno ao "status quo ante"

Coloca-se assim o adquirente do lote como co-responsável pela recuperação do ambiente degradado. É óbvio que, se acionado, pode demandar em regressão a loteadora. Mas, o que merece destaque é que, ele próprio pode figurar no polo passivo de ação civil pública, intentada por um dos co-legitimados, com o objeto de reparar o dano.

E a doutrina é absolutamente pacífica ao afirmar que há solidariedade, entre os degradadores, no que atine à responsabilização pela reparação de danos ambientais:

É neste particular que a primeira decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de serem os adquirentes dos lotes *litisconsortes necessários*, não está imune a críticas.

Conquanto ponderável a tese de que, na condição de adquirentes, terão suas respectivas esferas patrimoniais atingidas pela decisão da ação civil pública, havendo, destarte, interesse em que participem do processo, como litisconsortes ou assistentes, a verdade é que também se apresentam como co-responsáveis *solidários* pela recuperação do dano.

Ora havendo solidariedade, não há que se falar em litisconsórcio necessário, mas sim em litisconsórcio facultativo.

Há defensores de peso sustentando a necessidade dos adquirentes dos lotes integrarem a lide como litisconsortes necessários. É o posicionamento, por exemplo, do ex-Ministro Antônio César Peluso (2.000:372. Temas de Direito Urbanístico vol. 2), do Supremo Tribunal Federal, . Nada obstante, a desnecessidade de formação do litisconsórcio necessário é tese sustentada também por juristas do porte de Sidnei Beneti, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça , que teve a oportunidade de enfrentar a questão como relator de recursos, quando ainda atuava como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravo de instrumento n. 3.312-5/4 e Apelação Cível. n. 257.206.1/4-00), dispensando a citação dos adquirentes.

Percebe-se que há argumentos jurídicos que justificam a necessidade e a desnecessidade dos adquirentes figurarem como litisconsortes passivos necessários.

Não se pode aqui deixar de consignar que, uma vez adotada a tese de que há necessidade de formação de litisconsórcio necessário com os adquirentes, ter-se-á, na grande maioria das vezes, impossibilidade de se ajuizar

a ação para pleitear a reparação do meio ambiente. Pense-se no trivial – loteamento irregular já instalado, no qual residem milhares de pessoas adquirentes ou ocupantes de lotes. Pense-se em que, em ação civil pública, todos eles deverão ser citados como litisconsortes. Pense-se, enfim, num processo ao qual devem acorrer como partes milhares de pessoas.

Esta solução atenta contra a própria razão de ser da tutela coletiva de direitos.

É importante ressaltar que é legítimo o interesse dos adquirentes em não experimentarem prejuízos e em efetivarem direito social de habitação, mas igualmente legítima é a pretensão de toda a sociedade pela higidez do meio ambiente e pela observância da legislação urbanística. A solução no sentido de que os adquirentes não figurem como litisconsortes necessários não obstaculiza que eles pleiteiem indenização de quem lhes causou o dano – a loteadora. O mesmo não se poderá dizer, na grande maioria dos casos, a respeito da pretensão da sociedade de reparar os danos ambientais – aqui há que se reconhecer que a formação de litisconsórcio necessário, multitudinário e que não pode ser reduzido, servirá como empecilho à efetivação de direitos fundamentais que a todos pertencem e que podem ser reclamados inclusive dos adquirentes dos lotes, solidariamente responsáveis pela reparação dos danos.

Bem compreendida a questão, a solução aventada no recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça (segundo acórdão mencionado), muito embora enfrente a questão em termos juridicamente irrespondíveis (solidariedade e desnecessidade de formação de litisconsórcio necessário), não nos parece imune a críticas.

Ora, se é verdade que a tese no sentido da dispensa dos adquirentes dos lotes facilita a defesa do meio ambiente em juízo, há que se considerar, por outro lado, que tal entendimento faz “vistas grossas” para a situação em que podem se encontrar inúmeras pessoas que, bem ou mal, moram na área. Ora, ainda que pelo resguardo ao meio ambiente, o processo coletivo não deve propiciar tal situação de insegurança jurídica (e fática), devendo ser buscada

uma fórmula por meio da qual os interesses dos adquirentes dos lotes se faça representar na ação civil pública.

4.2.4. Uma Possível Solução

Na nossa visão, problemas como este, que de resto ocorrem em diversas situações envolvendo não apenas o meio ambiente, poderiam encontrar algumas respostas no instituto da “ação coletiva passiva”.

O instituto tem aplicação no direito norte-americano. Com efeito, é possível extrair das Federal Rules 23 que “one or more members of class may sue or be sued as representative parties on behalf of all”.

Em linhas gerais, as ações coletivas passivas permitem que se litigue contra coletividades, figurando esta, por meio de um representante adequado, no polo passivo da relação processual.

Anota KLONOFF (2.007:336), em relação ao direito norte-americano que

Some of the most frequent uses of defendant class actions are in securities litigation, patent infringement litigation, and civil rights litigation. In securities litigation, defendant classes often include claims brought by stock purchasers who allege fraud against a large number of brokerage houses involved in underwriting a stock offering. In patent infringement cases, defendant class actions often involve a party seeking to enforce a particular patent against a defendant class of infringers. In the civil rights area, plaintiffs often seek certification of defendant classes consistent of large number of state officials (for example, the sheriff in each county of a state that has numerous counties), thus enabling plaintiffs to enjoin all of the relevant public officials from enforcing the state laws that violate the plaintiffs statutory or constitutional rights.

Inúmeros exemplos podem ser pensados de ação coletiva passiva: ação contra associação de moradores que decidisse bloquear uma rodovia, ação contra movimento popular que fizesse manifestações em região hospitalar, ações trabalhistas contra sindicatos para que fossem mantidos, em regime de greve, serviços essenciais.

É controversa a existência, no atual sistema processual coletivo brasileiro, da ação coletiva passiva. MAZZILLI (2.007: 343) deixou assentado que

No que diz respeito ao pólo passivo da relação processual, ainda hoje a lei não autoriza, em regra a substituição processual dos indivíduos transindividualmente considerados. Afora as hipóteses de interesses indeterminados de toda a coletividade no polo passivo, ou de parcela expressiva de interessados, cuja defesa deve ser assumida pelo Ministério Público (CPC, art. 82, III), no tocante a interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, ressalvadas situações excepcionais a que já nos referimos, a regra geral é a de que, *de lege data*, não há como defendê-los no pólo passivo da relação processual.

Refere GRINOVER (2.009:270), ainda, a posição contrária de ARRUDA ALVIM, entendendo que o art. 81 da Lei n. 8.078/9, ao fazer referência à defesa, estaria a significar assumir a posição de autor. Para a referida autora, contudo, a ação coletiva passiva já existe no ordenamento jurídico brasileiro e pode ser extraída no par. 2º do art. 5º da Lei. 7.347/85, segundo o qual “fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de quaisquer das partes”.

No nosso sentir, a existência da ação coletiva passiva no sistema processual coletivo decorre da própria garantia da inafastabilidade da jurisdição. Se nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário, não se pode conceber um sistema em que direitos do cidadão possam ser reflexa ou diretamente atingidos por uma sentença derivada de um processo do qual não tiveram oportunidade de participar.

De qualquer modo, o que se exige, na ação coletiva passiva, é que a demanda seja proposta contra um representante adequado, ou seja, quem de fato está em condições de defender a situação jurídica coletiva. Discorrendo acerca de como aferir a adequada representação, GIDI (2.007) entende que seria recomendável que a ação coletiva passiva fosse proposta contra o maior número de associações conhecidas que congregassem os membros do grupo co-réu.

O controle da representatividade adequada em relação ao polo ativo já ocorre no sistema processual coletivo brasileiro, especificamente no momento

em que o juiz dispensa o requisito da pré-constituição de associações ou quando nega legitimidade ao Ministério Público em casos de defesa de interesses individuais homogêneos sem relevância social.

Em relação ao polo passivo, esclarece GRINOVER (2.009:269)

Condição sinequa non para a admissibilidade da ação contra a classe, em qualquer ordenamento, é a de atribuir ao juiz o papel central de identificar a referida classe, e isso porque a *adequacy of representation*, nesse caso, é efetivamente condição necessária e suficiente para que a sentença possa vincular todos os componentes da classe, independentemente de sua participação individual no processo.

Tendo em conta as drásticas consequências que podem advir da ação – terceiras pessoas que não participaram do processo serão atingidos e sofrerão os efeitos da coisa julgada- é fácil perceber que, de fato, o instituto da ação coletiva passiva só poderá ter aplicação mediante rigorosa atividade judicial de verificar se os interessados se encontram suficientemente representados pelo réu.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos prevê, em seu art. 38 que

qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 20, I, a , b e c), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, incisos I e II) e a tutela e revista de interesse social.

As alíneas do inciso I do art. 20 fornecem parâmetros para se analisar a adequação da representatividade: credibilidade, capacidade e experiência do legitimado, histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos e a conduta em eventuais processos coletivos que tenha atuado.

Ora, tomando como parâmetro a matéria discutida nos acórdãos acima mencionados, que versavam sobre a necessidade de formação de litisconsórcio necessário dos adquirentes de lotes/ moradores instalados em área de proteção ambiental, pensamos que a admissão da ação coletiva passiva poderia, certamente, equacionar juridicamente a incidência da coisa julgada a quem não participou do processo.

Ao invés de se determinar a obrigatoriedade do litisconsórcio entre todas as pessoas que se encontravam na condição de moradores ou adquirentes de lotes (o que, na prática, inviabilizaria o processo coletivo) ou ainda ignorá-los por completo (ainda que em nome da solidariedade jurídica entre os causadores do dano ambiental ou do caráter “propter rem” da obrigação ambiental), deixando de lhes dar voz no processo cuja sentença poderá inexoravelmente atingir o direito à moradia, a admissão do fundamento da representatividade adequada, cerne da ação coletiva passiva, teria o condão de legitimar a coisa julgada que se formaria no processo.

A solução que ora se aventava seria a de o juiz, verificando a multiplicidade de interesses em jogo na lide ambiental, velasse para que houvesse a possibilidade de todos eles terem oportunidade de participar do processo. Então, se a ação civil pública para desfazimento de um loteamento foi intentada tão-somente em face do loteador, seria o caso de se determinar que um representante adequado dos interesses dos compradores de lotes figurasse também no polo passivo da ação civil pública.

Ora, dada à própria característica que as políticas públicas assumem – convergência de interesses diversos e particularmente na política pública ambiental, (na qual sempre estarão presentes as variáveis do desenvolvimento, da preservação, do interesse econômico, da precaução), não se pode conceber que Juiz, ao ser chamado a decidir sobre a implementação da política em questão, deixe de dar voz a esta pluralidade que caracteriza, e que conforma, o direito material em debate.

Negar esta possibilidade, pensamos, é negar que a jurisdição, comprometida constitucionalmente com a ideia de efetividade, possa oferecer uma resposta legítima ao conflito de metainteresses que lhe foi submetido.

4.3. Tutela Específica das Obrigações de Fazer e Não Fazer

Serão abordados neste tópico o art. 461 do Código de Processo Civil e seus respectivos parágrafos. Acredita-se que este artigo traz um vasto leque de possibilidades, que demandam alguma reflexão justamente por vilipendiar uma das pedras de toque do sistema processual brasileiro – a separação entre o processo de conhecimento e o processo de execução.

Não se perca de vista a aplicabilidade deste dispositivo ao sistema processual de tutela coletiva, na medida em que ele é idêntico ao art. 84 da Lei n. 8.078/90, dispositivo este que se aplica à tutela coletiva por meio da norma do art. 21 da Lei n. 7.347/84. Ainda, não se olvide que por disposição expressa da mesma Lei, o Código de Processo Civil tem aplicação à Lei da Ação Civil Pública naquilo não lhe é conflitante.

O objetivo é o de demonstrar que a tutela específica surgiu para aperfeiçoar um sistema que demandava modificação, o que confere concreção ao comando constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Ainda, pretende-se examinar o feixe de possibilidades que podem surgir a partir da renitência de quem está obrigado a um fazer ou a um não fazer.

No campo ambiental e especificamente no que diz respeito à implementação de políticas públicas, fincada a premissa de que o Poder Judiciário pode apreciar, em sede de ação civil pública, pedidos relacionados à implementação de tais programas, o estudo da rica normatização dos meios processuais relacionados às obrigações de fazer e não fazer é de extrema importância, na medida em se pode então vislumbrar o leque de possibilidades e, porque não dizer, insuficiências, processuais para a efetivação do direito material ambiental.

4.3.1. A tutela das obrigações de fazer e não fazer – Tutela Específica

Até muito pouco tempo, a verdade é que a forma pela qual o Estado respondia aos anseios de quem queria compelir judicialmente outrem a um fazer ou a um não fazer era extremamente insatisfatória.

Isto porque o obrigado a um fazer ou a não fazer se escorava no dogma da intangibilidade da vontade humana para descumprir a obrigação. Acreditava-se que não se poderia compelir o obrigado a um fazer ou a não fazer, sob pena de atentar contra a sua liberdade e sua dignidade. Esta era a tese esposada pela doutrina e jurisprudência de então, que tinha como alicerce-mor o art. 1142 do Código Civil Francês, pelo qual “toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento do devedor”.

Estavam abertas as portas para o obrigado a um fazer ou não fazer simplesmente preferir o não adimplemento da obrigação, para que tudo ficasse resolvido em perdas e danos. A solução obviamente tendia a não pacificar o conflito de interesses por colidir de forma frontal com a doutrina do processo civil de resultados. Qual a utilidade para o credor, que contratou um fazer ou se via em condição de exigir um não fazer, de receber do Estado um provimento ressarcitório? Emblemáticas as palavras de ALVIM (1.995:106), ao se referir particularmente à tutela do meio ambiente:

De que adianta, por exemplo, para alguém que tem a saúde de sua família e a sua abalada por poluentes de indústria, que está vizinha de sua moradia, não pare esta de poluir o ambiente mas o indenize em pecúnia?

Era absolutamente necessário que o sistema processual fosse modificado para passar a contemplar alternativas que conduzissem a resultados úteis e justos. Estes resultados úteis e justos não poderiam ser diferentes dos que vinham pleiteados pelo autor.

É mister consignar que esta doutrina do processo civil de resultados tem em célebre passagem de Giuseppe Chiovenda o seu oráculo fundamental. Em boa síntese do pensamento de Chiovenda, deixou assentado DINAMARCO (1.994: 251) que

a idéia central é proporcionar a quem tem direito à situação jurídica final que constitui objeto de uma obrigação específica precisamente aquela situação jurídica final que ele tem o direito de obter.

A doutrina chega a preconizar a existência de um princípio, o da *máxima coincidência possível*, para retratar especificamente os contornos do pensamento de Chiovenda (RODRIGUES: 2.011:74).

Refere GRINOVER (1995:79) que o mérito de ter introduzido no processo brasileiro a tutela específica do credor nas obrigações de fazer ou não fazer, por meios subrogatórios capazes de levar ao resultado prático equivalente ao adimplemento, deve ser creditado ao professor Kazuo Watanabe.

Partiu o ilustre docente da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo da premissa que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, art. 5º, XXXV, CF, não assegura apenas o mero acesso aos Tribunais, mas tutela efetiva. Negar tutela efetiva significa negar justiça e, via de consequência, infringir o princípio constitucional. Propôs uma releitura do art. 75 do antigo Código Civil (“a todo direito corresponde uma ação que o assegura”) que deveria ser entendido como manifestação, em nível infraconstitucional, do princípio da efetividade.

Foi a partir desta concepção que o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com dispositivos legais que contemplam a tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer. Assim, por exemplo, o art. 11 da Lei n. 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública)¹, art.84 da Lei n.8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor)², o art. 213 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente)³. Todos estes dispositivos serviram de base para a que a tutela específica passasse a ser a regra para toda obrigação de fazer e não fazer, o

¹ Art.11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

² Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

³ Art. 213. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

que veio a se concretizar em 1.994, com a modificação de diversos dispositivos do Código de Processo Civil.

A Lei n. 8.952/94 deu nova redação ao art. 461 do Código de Processo Civil. Tratava-se de reprodução fiel do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor. Sobreveio a Lei n.10.444/02 que conferiu a atual redação do referido artigo de lei, verdadeiro estatuto da tutela específica, assim vazada:

Art.461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

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

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

3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

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

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

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

Pode-se conceituar, com MOREIRA (1980: 31), tutela específica como

o conjunto de remédios e providências tendente a proporcionar àquele em cujo benefício se estabeleceu a obrigação o preciso resultado prático que seria atingido pelo adimplemento.

Haverá, portanto, tutela específica quando houver coincidência entre a tutela oferecida pela jurisdição e o resultado que se obteria caso se cumprisse espontaneamente a obrigação de fazer ou de não fazer.

Será específica a tutela, por exemplo, quando se determina ao Município a internação de adolescente para tratamento de toxicod dependência e o Município efetivamente cumpre a obrigação. Mas será também específica a tutela se o Município se mostrar renitente em cumprir a obrigação e o adolescente vier a ser internado em estabelecimento particular, às expensas do Município.

Mas também será específica a tutela jurisdicional quando, descumprida a obrigação de não fazer, por exemplo, não emitir ruídos acima de determinado nível, forem adotadas medidas capazes de atingir o resultado prático equivalente, tais quais a colocação de filtros sonoros ou mesmo a cessação da atividade que produzia o ruído. Descumprida uma obrigação de não fazer, nasce uma obrigação de fazer que terá como objeto a obtenção de resultado equivalente.

Tanto na obrigação de fazer como na obrigação de não fazer, preocupação final é com o resultado – atribuir ao credor exatamente o que teria direito caso houvesse o cumprimento voluntário da obrigação.

4.3.2. Fungibilidade e infungibilidade de obrigações

Diz-se que uma obrigação de fazer é fungível quando a prestação respectiva pode ser executada por um terceiro. O que se tem em mente é o resultado e não a pessoa que estava obrigada a prestá-la. Contrata-se um pintor para que se realize a pintura de um imóvel. A obrigação de pintar o imóvel pode ser realizada por um terceiro, obtendo-se o mesmo resultado.

Por outro lado, a obrigação é infungível quando sua prestação deve ser realizada especificamente pelo devedor. Não se leva em consideração somente o resultado, mas principalmente a pessoa incumbida de prestar a obrigação. É o caso, por exemplo, de se contratar a pintura de quadro de um famoso artista.

A distinção é de suma importância para se estabelecer em que termos pode ser aplicado o art. 461 do Código de Processo Civil.

Sendo fungível a obrigação de fazer, o resultado prático pretendido pelo credor poderá ser realizado por um terceiro, mesmo sem o concurso da vontade do devedor.

Importante destacar este aspecto no que diz respeito à tutela ambiental- se renitente o devedor quanto ao cumprimento, por exemplo, da obrigação de reparar o dano, nada obsta que o bem jurídico ambiental lesionado seja recuperado por terceiro, às expensas do devedor. Conveniente, contudo, que, antes que o terceiro seja chamado a recompor o bem ambiental, sejam direcionados ao devedor os mecanismos de coerção psicológica e de sub-rogação adiante mencionados.

Se infungível a obrigação de fazer, somente o devedor poderá cumprir a obrigação. Não concretizada a prestação, ultimadas as medidas de coerção, a solução será a conversão em perdas e danos. A obrigação de não fazer será sempre infungível – se alguém está obrigado a um não fazer, não se satisfará o credor que outra pessoa se abstenha e que o devedor venha a praticar o ato. Nestes termos, THEODORO JR. (2.002: 24) ensina que

A mais enérgica medida para agir sobre o ânimo do devedor é, sem dúvida, a sanção pecuniária, a multa. Esta pode ser cominada tanto no caso das obrigações tanto no caso das obrigações infungíveis como das obrigações fungíveis, com uma diferença, porém: a) se se tratar de obrigação infungível, não substituirá a prestação devida, porque a *astreint*enão tem caráter indenizatório. Não cumprida a obrigação personalíssima, mesmo com a imposição de multa diária, o devedor afinal ficará sujeito ao pagamento tanto da multa como das perdas e danos; b) se o caso for de obrigação fungível, a multa continuará mantendo seu caráter de medida coercitiva, isto é, meio de forçar a realização da prestação pelo próprio devedor, mas não excluirá a aplicação dos atos executivos que, afinal, proporcionarão ao credor a exata prestação a que tem direito, com ou sem a colaboração pessoal do inadimplente.

Assim, caso um pintor famoso, de quem foi contratada a pintura de uma obra, se recuse ao cumprimento da obrigação, a saída é a imposição de *astreintes*, para compeli-lo a cumprir obrigação. Caso ele ainda assim não cumpra, a obrigação se resolverá em perdas e danos, sem prejuízo da multa.

É interessante a solução que o sistema oferece para a inadimplência de uma obrigação de não fazer. Como foi dito acima, nasce do descumprimento da obrigação de não fazer uma obrigação de fazer. A obrigação de não poluir pode resolver-se na obrigação de o poluidor instalar um filtro em seu estabelecimento; este *fazer* é fungível e, como tal, pode ser efetuado por um terceiro (GRINOVER: 1.995: 67), sem prejuízo de ser anteriormente tentado o cumprimento da obrigação pelo devedor⁴. Cabível, portanto, a incidência de *astreintes* em relação à obrigação de não fazer, bem assim medidas de sub-rogação em relação à derivada obrigação de fazer.

Importa, agora, analisar em que momento podem estas medidas ser aplicadas. Em outros termos, se tais medidas podem ser aplicadas ainda no bojo do processo de conhecimento. Para tanto, passa-se a analisar se a tutela oferecida pelo art. 461 do Código de Processo Civil guarda ou não características de mandamentalidade, e das ações executivas *lato sensu*.

4.3.3. Eficácia Mandamental e Executiva *Lato Sensu* do Provimento do art. 461 do Código de Processo Civil

No que diz respeito à classificação das sentenças, o entendimento doutrinário preponderante é o que considera as sentenças proferidas em processos de conhecimento em: a) declaratórias; b) constitutivas e; c) condenatórias.

Serão declaratórias as sentenças que se limitam a afirmar a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Exemplo: a sentença que afirma a ocorrência de usucapião. A tutela jurisdicional consiste em eliminar a incerteza existente entre as partes.

⁴ Exemplo de Ada Pellegrini Grinover, *Ob.cit.*, p. 67.

Constitutivas são as sentenças que, possuindo um conteúdo declaratório, atuam também um direito potestativo. Exemplo: a sentença que concede o divórcio. A tutela jurisdicional independe de providência material a cargo das partes.

Por fim, são condenatórias as sentenças que declaram a existência do direito a uma prestação e autorizam o desenvolvimento de atividades posteriores para satisfazer tal pretensão. Exemplo: o autor teve sua pretensão de ser ressarcido acolhida; poderá a partir do título executivo obtido, deflagrar nova relação jurídica processual especificamente para concretizar o que lhe foi concedido no processo de conhecimento. Em outras palavras, sentença condenatória é a que viabiliza a execução forçada.

Ressalta DINAMARCO que

a mais eficiente das sentenças é a constitutiva, que desde logo cria ou extingue uma situação jurídica, sem contar com algum ato de vontade do obrigado e sem necessidade de atividades ulteriores (salvo é claro as destinadas a registro e documentação). As sentenças condenatórias não são capazes, por si próprias, de debelar as crises de adimplemento que as justificam e geram o interesse processual em obtê-las: sem um obrigado que cumpra e sem o desencadeamento dos atos de execução forçada, o autor “tutelado” por elas continua sem sentir qualquer resultado prático da “tutela” contida nas sentenças condenatórias

E foi esta inaptidão da sentença condenatória em satisfazer uma pretensão de fazer e não fazer que motivou a criação da tutela específica instituída no art. 461 do Código de Processo Civil.

4.3.3.1. Provimentos Mandamentais e Executivos *Lato Sensu*

MOREIRA (2.000: 250) credita a Pontes de Miranda a introdução de duas outras categorias de provimentos jurisdicionais: a sentença mandamental e a executiva *lato sensu*.

As sentenças mandamentais são aquelas que portam uma ordem para o réu, que deve ser atendida sob pena de afronta à autoridade estatal e

crime de desobediência. Exemplo: as sentenças proferidas em mandado de segurança. Na lição de TALAMINI (2.004:191)

O provimento mandamental normalmente será acompanhado da ameaça de imposição de alguma outra medida processual coercitiva (multa, prisão civil, etc.) além daquelas primordialmente postas como mecanismos de censura à desobediência (sanções penais, administrativas...). Quando isso ocorre, a medida processual de coerção, além de funcionar como técnica de indução da conduta do destinatário, presta-se a chancelar a autoridade estatal do ato que a veicula. Todavia, o aspecto essencial do provimento em exame não reside tanto em fazer-se acompanhar da medida processual de coerção, mas em veicular uma ordem diretamente voltada à parte.

É verdade que doutrinadores de peso (DINAMARCO: 2.003:231) refutam a existência autônoma de provimentos mandamentais, procurando inseri-los dentro dos provimentos condenatórios. Para quem entende desta forma, ordem ou comando, *atributo de mandamentalidade*, seria algo acrescido à condenação, que de tal forma ainda não restaria excluída ou descaracterizada.

Importa acrescentar que a efetivação da ordem se dará também no processo em que foi proferida a sentença e não em processo subsequente de execução.

Há ainda os provimentos executivos *lato sensu*. Tais provimentos ensejam atuação também no bojo do processo de conhecimento, mas não portam uma ordem, no que se diferenciam dos mandamentais. É o caso dos provimentos emitidos em ações de despejo e de reintegração de posse.

O que se mostra peculiar às tutelas mandamentais e executiva *lato sensu* é a circunstância de ambas não se realizarem em autônomo processo de execução.

Assim, se um provimento condenatório impescinde da formação de uma nova relação jurídica processual – o processo de execução, nas tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* tal não ocorre. Bem o diz BUENO (2.004:39)

Expede-se um mandado ou “ofício” não para se dar ciência de um novo processo e oportunidade para se opor à efetivação da medida, mas que se faça, não se faça ou se entregue desde logo. Sem nada acontecer, longe de se tolerar defesas ou contra-ataques ao mandado

ou ao “ofício”, o juiz criará condições concretas de efetivação da sua determinação.

Percebe-se o ponto de convergência entre o provimento mandamental e o executivo *lato sensu* é justamente a possibilidade de realização das medidas dentro do próprio processo de conhecimento. Para que sejam implementadas tais medidas, não há a necessidade de observância de um modelo de execução previsto na lei; poderá o juiz adotar as medidas que, no caso concreto, lhe pareçam mais adequadas para a efetivação.

Os provimentos condenatórios, mandamentais e executivos *lato sensu* podem ser todos reunidos em categoria única, que são, na lição de TALAMINI (2.004:2005)

provimentos de repercussão física: decisões cuja atuação prática, no mundo dos fatos, implica não apenas efeitos principais ideais, estritamente jurídicos(como as constitutivas e declaratórias, mas também e sobretudo conseqüências concretas, materiais.

Anote-se por fim que um mesmo provimento jurisdicional pode ter diferentes eficácias.

4.3.3.2. Art. 461 do CPC: mandamentalidade e execução *lato sensu*

A despeito da pequena divergência que se encontra em sede doutrinária acerca da existência dos provimentos mandamentais no ordenamento jurídico brasileiro, a verdade é que tais tipos encontram-se efetivamente incorporados no sistema processual.

Aliás, a doutrina já se inclinava nesse sentido ao analisar o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor De acordo com WATANABE:

não se afigura exagerado afirmar-se que nosso sistema processual é dotado de ação mandamental de eficácia bastante assemelhada à da *injunctio* do sistema da *common law* e à ação inibitória do direito italiano.

Uma das justificativas apresentadas pelos reformadores do Código de Processo Civil, no ano de 2.002, ao modificarem o art. 287 do Estatuto cinge-se

justamente a adequar o referido artigo às tutelas mandamentais e executivas *lato sensu* contempladas no art. 461 e respectivos parágrafos. Era intenção que não pairasse dúvidas a respeito da mandamentalidade e executividade *lato sensu* do art. 461 do Código de Processo Civil. Foi excluída a menção à condenação, que tecnicamente ensejava um posterior processo de execução, o que não se harmonizava com a mandamentalidade e à executividade *lato sensu*.

A bem da verdade, o que é importante é entender que o modelo de tutela estatuído nos arts. 461 do CPC rompeu com o modelo de execução *exintervallo* existente antes da reforma de 1.994. É o reconhecimento expresso de que a tutela meramente condenatória não se mostrava satisfatória nos casos de obrigação de fazer e ao fazer. As tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, por prescindirem de posterior processo autônomo de execução, indubitavelmente propiciam uma tutela jurisdicional mais efetiva.

No pensamento de NERY (2.004:857)

Destinada a impedir, de forma imediata e definitiva, a violação de um direito, a ação inibitória, positiva (obrigação de fazer) ou negativa (obrigação de não fazer), ou ainda, para a tutela das obrigações de entrega de coisa (CPC 461-A), é preventiva e tem eficácia mandamental. A sentença inibitória prescinde de posterior e seqüencial processo de execução para ser efetiva no mundo fático, pois seus efeitos são de execução *lato sensu*.

Aliás, nenhum ou pouco avanço ocorreria caso vingasse o entendimento de que seria necessário posterior processo de execução para se obter a tutela específica.

É que a própria redação do art. 461 do CPC evidencia a mandamentalidade e executividade *lato sensu*. Para TALAMINI (2.004:479)

No texto do art. 461, "tutela específica" significa obtenção do resultado final a que o direito visava, mediante conduta do próprio réu; "resultado prático equivalente" tem o sentido de consequimento desse mesmo resultado através de meios de sujeitação. A fixação desses significados, somada à previsão de que os meios para a concretização de ambas as hipóteses serão adotados no próprio processo em curso, permite a afirmação das eficácias mandamental e executiva *lato sensu* no provimento de tutela ex art. 461.

O provimento mandamental emitido por força do art. 461 tem por objetivo a obtenção da conduta pelo próprio obrigado. A obtenção de resultados práticos equivalentes associa-se, por outro lado, aos provimentos executivos *lato sensu*. Na lição de MARINONI (2.002:71)

Os arts. 461 do CPC e IV do CDC devem ser compreendidos como normas que permitem ao juiz i) impor um não fazer ou um fazer, sob pena de multa, e ii) determinar uma modalidade executiva capaz de dar ao autor um resultado equivalente àquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou não fazer.

A ordem veiculada na sentença ou na decisão que antecipa a tutela, fator que caracteriza a mandamentalidade, tem por objetivo, repise-se, o cumprimento da obrigação pelo próprio devedor, no bojo do próprio processo de conhecimento. Difere, neste particular, do que é feito no processo de execução de obrigação de fazer ou não fazer - arts. 632 e 642- por meio do qual o devedor e citado para cumprir a obrigação e, não efetivada esta no prazo fixado pelo juiz, o único caminho será a efetivação por terceiro às custas do devedor (obrigação fungível) ou resolução em perdas e danos (obrigação infungível). Nas palavras de GRINOVER (1.995:70)

O sistema inaugurado pelo art. 461 visa primordialmente o cumprimento pelo obrigado - a resolução em perdas e danos é expressamente excepcional. A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente (parágrafo 1o. do art. 461) A última opção da lei é a conversão da obrigação em perdas e danos, cabível apenas a requerimento do autor - desde que com isso não se torne excessivamente gravoso o cumprimento da obrigação, ou quando impossível a tutela específica ou a obtenção de resultado equivalente. Mesmo em caso de conversão, contudo, as perdas e danos serão cumuláveis com a multa (destinada a pressionar o obrigado ao adimplemento), dada à finalidade diversa de uns e outra.

Além da eficácia mandamental, está o juiz autorizado, por força do art. 461, a determinar no próprio processo de conhecimento a adoção de medidas destinadas a obter, independentemente da colaboração do réu, o resultado prático equivalente. Aqui reside a eficácia executiva *lato sensu* do art. 461.

Deve ser colocado que as medidas materiais deverão ser adotadas caso o devedor se mostre renitente em cumprir a ordem que lhe foi dirigida. Com efeito, se o devedor não cumprir espontaneamente a obrigação, cumprirá ao

credor ingressar em juízo. Nesse caso, será emitida ordem e serão impostos meios coercitivos para que o próprio devedor cumpra a obrigação; num segundo momento, não satisfeita a obrigação pelo devedor, serão adotadas medidas para a obtenção do resultado prático equivalente. No primeiro momento, tem-se mandamento, no segundo sub-rogação. No pensamento de WATANABE (1.996: 44)

Através do provimento mandamental, é imposta uma ordem ao demandado, que dever ser cumprida sob pena de configuração de crime de desobediência, portanto mediante imposição de medida coercitiva indireta. Isto, evidentemente, sem prejuízo da execução específica, que pode ser alcançada através dos meios de atuação que seja adequados e juridicamente possíveis, e que não se limita ao pobre elenco que tem sido admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo "lato sensu", permitindo este último que os atos de execução do comando judicial sejam postos em prática no próprio processo de conhecimento, sem necessidade de ação autônoma de execução.

GRINOVER (1.995:70), destaca a necessidade de prudência do juiz para se alcançar um resultado prático equivalente ao cumprimento espontâneo da obrigação

A regra é a tutela específica, atingível pelo sistema de multa (*astreintes*) ou pela determinação de providências capazes de assegurar o resultado prático equivalente ao adimplemento (medidas sub-rogorárias). Caberá à sensibilidade do juiz optar entre as *astreintes* (as únicas adequadas às prestações correspondentes às obrigações personalíssimas, infungíveis por natureza), cumulá-las com medidas sub-rogorárias capazes de levar ao resultado prático ao adimplemento, ou decidir pela tomada imediata e exclusiva destas.

Passa-se a analisar, nos tópicos subseqüentes, os institutos de coerção psicológica (multa) e possibilidade de prisão (crime de desobediência), que estão de alguma forma associados à mandamentalidade. Logo em seguida, serão abordados os meios de sub-rogação, atributos de executividade *lato sensu*.

Não se questione a importância do provimento mandamental ou executivo *lato sensu* para tutela do meio ambiente. Frise-se, neste particular, que pode ser buscado imediatamente, independentemente de posterior fase de execução, o que se alcançou, por exemplo, em sede de tutela antecipada, o que confere agilidade e efetividade no resguardo ao meio ambiente. Então, é a

empresa que está obrigada a não mais poluir, sob pena de multa diária, por força de uma decisão antecipatória de tutela, é o Poder Público que passa a ter a obrigação de implementar um sistema de esgotos em seis meses, etc.

4.3.4. Da Multa ou Astreinte como Medida Tendente a Reforçar a Mandamentalidade

Realce-se em primeiro lugar que a multa não é fator que induz a mandamentalidade. O que, na verdade leva a mandamentalidade é o aspecto *ordem*. Na visão de TALAMINI (2.004:240)

Por outro lado, não parece demais afirmar que a cominação de multa tem diferente conotação conforme o provimento em que esteja inserida. Veiculada em ato meramente condenatório, limita-se a servir de técnica de indução do comportamento do destinatário da cominação. Quando acompanha verdadeira ordem do juiz, ganha relevo sua finalidade coercitiva – passando a funcionar como elemento de realce da autoridade estatal do provimento.

A multa, conjugada com uma ordem, tende a reforçar o comando, tendo, na verdade, o objetivo de obter o cumprimento do mandato judicial.

A multa consiste numa sanção processual imposta como meio de coerção psicológica para fazer com que o obrigado cumpra espontaneamente a obrigação. Esta obrigação pode ter natureza infungível ou mesmo fungível, na medida em que a possibilidade de emprego de meios sub-rogatórios não impede que se busque o adimplemento pelo obrigado, que será pressionado pela incidência da multa. Para NUNES

coerção é o efeito psicológico da sanção e que tem função preventiva. Age sobre o destinatário sobre um aviso: se ele não cumprir a norma jurídica, poderá sofrer os efeitos concretos da sanção.

A multa não é pena para sancionar o devedor pelo fato de não haver cumprido a obrigação, nem tampouco ressarcir o credor pelo fato da obrigação ao ter sido cumprida. Não tem a *astreinte*, portanto, função compensatória ou ressarcitória. Aliás, é texto expresso da Lei que eventual indenização por perdas e danos se dará independentemente da multa – par. 2º do art. 461 do Código de

Processo Civil. Não cumprida a obrigação no prazo fixado em Lei, havendo necessidade de conversão em perdas e danos, a multa será ainda devida e se somará ao valor das perdas e danos.

Tratando-se de mecanismo destinado a reforçar um mandamento estatal, desnecessário que o autor efetue pedido expresso para fixação de multa. Aliás, o art. 287 do Código de Processo Civil foi reformado justamente para que não se entenda que deva o autor pleitear a multa – esta pode ser fixada de ofício pelo Juiz, claro nisto o parágrafo 4º do art. 461 do Código de Processo Civil.

É certo que o parágrafo 4º do art. 461 aduz que o juiz *poderá* fixar a multa. No entanto, a melhor exegese é a de que não se trata de poder discricionário. A multa deverá ser aplicada toda vez que se mostrar minimamente útil para influenciar a vontade do devedor. Revelando-se totalmente inócua a servir de mecanismo para o cumprimento da obrigação, não deve ser aplicada, até porque não devem ser praticados atos processuais que não se revelem minimamente úteis.

Deve se tomar com cautela, *data venia*, o exemplo oferecido por TALAMINI (2.004: 242) – o da notória insolvabilidade do devedor como impeditivo à fixação das *astreintes*. É que o devedor nesta condição tem razão suficiente para mais se intimidar com a fixação da multa do que o devedor solvente. A eficácia persuasiva da multa pode ser maior. Cabe ao juiz ponderar a eficácia intimidativa da multa caso esteja insolvente o devedor.

A multa pode ser fixada em periodicidade diversa. Devera incidir diariamente quando a violação dos deveres de fazer e não fazer não se exaure em um único momento. É o caso de se fixar multa enquanto um pintor de parede não cumpre a obrigação, o mesmo ocorrendo enquanto uma empresa viola dever de não poluir e continua jogando resíduos em uma lagoa.

Não seria o caso de ser fixada multa diária quando, por exemplo, uma cantora deixou de se apresentar em um festival no dia que lhe cabia efetuar o *show*. Sentido algum haveria em se fixar multa diária quando houvesse a infração a um dever de não fazer. Na seara ambiental, de nada adiantaria a

fixação de multa diária após a demolição de um monumento de valor histórico. Nestes casos, a multa deve ser fixada em caráter preventivo, em valor fixo, para incidir uma só vez, se e quando houver a violação.

Ainda no que atine a periodicidade da multa, e possível que seja fixada tendo em conta outra unidade de tempo (semanas, meses, horas, etc.) que não o dia. E o que expressamente se deduz do parágrafo 6º do art. 461 do Código de Processo Civil.

Há quem sustente que não se mostra possível a fixação da multa contra a fazenda pública (FILHO: 2.006:73). Mas este não é o entendimento majoritário na doutrina. O que ocorre é que nem sempre a multa servirá como coerção ao agente público, já que não será ele pessoalmente que arcará com a multa. Há entendimento doutrinário propugnando pela fixação da multa diretamente ao agente público incumbido de concretizar a obrigação (TALAMINI: 2.004:450), com o qual, em princípio, concordamos.

É que algumas lesões e agressões ao meio ambiente, ou mesmo algumas omissões do Poder Público, de tão evidentes, devem contar com todos os tipos de coerção psicológica, especialmente ao responsável pela implementação do dever de fazer. Não bastaria, no nosso pensar, para a salvaguarda do meio ambiente, a por responsabilização por improbidade administrativa.

No que diz respeito ao valor da multa, este deverá ser fixado em quantia que tenha aptidão para repercutir no comportamento do obrigado. Se assim é, curial serem observadas as condições econômicas do agente, vantagens que terá pelo descumprimento da obrigação, etc. E, de acordo com estas circunstâncias, o valor poderá ser alterado, para mais ou para menos, nos termos do parágrafo 6º do art. 461 do Código de Processo Civil.

THEODORO JR. (2.002:27) entende que o valor da multa poderá até superar o valor da obrigação principal, porque a *astreinte* não seria meio de satisfação da obrigação, mas simples meio de pressão. Contudo, há respeitável posicionamento doutrinário e em sentido contrário (GUERRA: 1.998:190).

Reputa-se correto o primeiro entendimento, na medida em que a multa não tem caráter indenizatório, não podendo, destarte, limitar-se ao valor da obrigação.

Decorrido o prazo (razoável) para o cumprimento da obrigação, passa a multa a incidir. O termo final e o cumprimento da ordem.

Serão exigíveis as multas fixadas em sentenças ou acórdãos a partir do transito em julgado do preceito fundamental, dada a possibilidade deste ser reformado. DINAMARCO (2.003:240) afirma que o mesmo entendimento dever ser aplicado em relação as multas fixadas em antecipação de tutela.

Não pensa desta maneira BEDAQUE (2.001: 367) para quem a multa pode ser executada imediatamente, ainda que em curso o processo. Embora inexistente a tutela final, a multa está vinculada ao provimento antecipatório e pode ser exigida desde logo, pois decorre objetivamente do não atendimento ao comando nele contido. Idêntico e o posicionamento de CARVALHO (2.005:216), para quem a multa diária não se identifica com o direito material. As *astreintes* têm natureza processual, com a finalidade de forçar o devedor a cumprir decisão judicial que determinou a prestação de uma obrigação.

Reputa-se correto o entendimento de BEDAQUE e CARVALHO. A questão deve ser analisada sob o enfoque da efetividade da jurisdição. Se a multa pretende se colocar como meio de coerção para o cumprimento da obrigação, parece que só haverá realmente coerção caso o devedor possa experimentar o desconforto que a incidência da multa pretende causar, o que efetivamente não ocorre quando a multa passa a ser exigida somente após o transito em julgado.

Caso a antecipação dos efeitos da tutela não seja confirmada pela sentença ou pelo acórdão, a solução será a resolução em perdas e danos em favor do credor, como expressamente propugna NERY (2.004:858).

A cobrança do valor derivado da incidência de multa seguira o procedimento da execução por quantia certa previsto no Código de Processo Civil. A eficácia *lato sensu* e mandamental dos provimentos do art. 461 do Código

de Processo Civil não abrange o crédito advindo da multa (TALAMINI: 2.004:261).

4.3.5. Da Prisão Civil como Medida Coercitiva e Crime de Desobediência

4.3.5.1. Prisão civil

É matéria controvertida na doutrina a possibilidade de se aplicar a prisão, com base no parágrafo 5º do art. 461 do Código de Processo Civil como meio coercitivo atípico. O ponto de discórdia reside especificamente em saber se esta modalidade de prisão poderia ser classificada como prisão civil por dívida e, via de consequência, não comportar aplicação, mercê da garantia prevista no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, que veda a prisão civil por dívida, exceto em caso de alimentos e depositário infiel.

Malgrado a tese da possibilidade de prisão tenha argumentos e defensores, parece que realmente afronta a Constituição Federal a decretação da medida extrema como medida de coerção ao adimplemento de obrigações de fazer e não fazer.

É que, nas palavras de WAMBIER (:199)

regra geral, de acordo com a Constituição Federal, é a proibição de prisão civil (meio extremamente violento de coerção) em qualquer caso e não apenas nas situações de descumprimento de obrigação de pagar em dinheiro.

Se isto é verdadeiro, não há como negar que a prisão decretada para compelir o renitente devedor não deixa de ser prisão civil por dívida, não permitida pela Constituição Federal, excetuadas as hipóteses do alimentante e do depositário infiel.

4.3.5.2. Crime de Desobediência

Não se veda, por outro lado, a prisão penal por descumprimento de provimento mandamental expedido em decorrência do art. 461 do Código de Processo Civil.

Com efeito, existe um tipo penal específico para punir quem desobedece à ordem judicial: o crime de desobediência – art. 330 do Código Penal.

É neste particular que se revela, com toda a intensidade, a mandamentalidade. Com efeito, esta reside no aspecto comando, ordem, que pode ensejar conduta criminosa em caso de descumprimento.

Na lição de WATANABE (1.996:46)

o provimento mandamental, isoladamente considerado, poderá conduzir à tutela específica da obrigação através da colaboração do devedor. Há a imposição de medida coercitiva indireta consistente em fazer configurar, ao descumprimento da ordem do juiz, o crime de desobediência. Os executores da ordem judicial poderão, inclusive, lavrar a prisão em flagrante, mas o processo criminal respectivo será julgado pelo juízo criminal competente. Semelhante prisão não é proibida pelo art. 5º LXVII, da CF, pois não se trata de prisão civil por dívida, e sim de prisão por crime de desobediência.

Consectário à possibilidade de caracterização de crime de desobediência é a possibilidade de haver efetiva prisão pela prática do crime. O não-atendimento de ordem judicial caracteriza crime de desobediência, podendo haver até prisão penal em flagrante do réu desobediente.

Não é o juiz cível competente para decretar prisão penal. Com efeito, as infrações penais devem ser apuradas em processo penal e, mesmo as medidas eventualmente adotadas na fase de inquérito policial (como a prisão preventiva), devem ser determinadas pelo juízo penal e não pelo cível.

Vale ressaltar que a circunstância de se ter previamente estipulado multa em caso de descumprimento da obrigação não descaracteriza a ocorrência de crime de desobediência.

A multa estipulada é medida de coerção para o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer - não tem natureza retributiva ao descumprimento da ordem judicial, como a sanção penal. Se assim é, torna-se até mais reprovável em termos penais, a conduta do obrigado que não adimpliu ao dever mesmo diante de medida coercitiva de multa.

Não fica também descaracterizada a prática de crime de desobediência quando, por intermédio de meios sub-rogatórios, chegar-se ao resultado equivalente. O crime se aperfeiçoa com o descumprimento da ordem e não com a frustração da efetivação dos resultados perseguidos.

4.3.6. Medidas Sub-rogatórias e Coercitivas autorizadas pelo parágrafo 5º do art. 461 do Código de Processo Civil

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

Os meios sub-rogatórios visam à obtenção de resultado prático equivalente, ao passo que as medidas coercitivas visam à tutela específica. Tais medidas se prestam a efetivar tanto a tutela antecipatória como a tutela final.

A primeira observação que cabe fazer a respeito das medidas autorizadas pelo parágrafo 5º do art. 461 é que o elenco ali previsto é meramente exemplificativo. Poderá o juiz adotar outras medidas que lhe pareçam adequadas para a obtenção da tutela específica ou resultado prático equivalente, desde que respeitados os princípios da legalidade e proporcionalidade.

Parece importante consignar que em se tratando de obrigação fungível, pode ser praticada por terceiros, o que já estava previsto nos arts. 639/641 do Código de Processo Civil. A prestação efetuada por terceiros, que

não deixa de ser medida sub-rogatória enquadrável no parágrafo 5º do art. 461 do Código, poderá ser lavada a cabo no próprio processo de conhecimento.

Cumpra analisar, ainda que sucintamente, o rol de medidas previsto no parágrafo 5º do art. 461 do Código de Processo Civil.

4.3.6.1. Busca e apreensão

Diversas são as possibilidades de se aplicar a busca apreensão.

De acordo com TALAMINI (2.004:273)

Não é de se descartar a necessidade de subtração de determinada coisa da posse do réu, quer porque tal bem corpóreo seja instrumento necessário para o desenvolvimento dos meios sub-rogatórios destinados à consecução do fazer (ex.: projetos de engenharia, equipamentos especiais que só o réu possui), quer porque seja uma parte do próprio resultado material do cumprimento do dever de fazer (move não finalizado, que o marceneiro obrigou-se a produzir; medicamentos a serem fornecidos pelo Estado, no cumprimento de seu dever de prestar assistência à saúde).

Ainda, alimentos nocivos postos a venda podem ser objeto de medida de busca e apreensão determinada em ação cominatória de obrigação de não fazer.

4.3.6.2. Remoção de pessoas e coisas

Esta medida tem por finalidade retirar pessoas ou objetos que se colocam como obstáculos à obtenção da tutela específica ou resultado prático equivalente.

Pense-se, por exemplo, na retirada de equipamento de som de uma casa noturna que emite ruídos acima dos parâmetros permitidos pela legislação. Ou na retirada de pessoas que se colocam indevidamente defronte a um

hospital, perturbando o sossego que deve naturalmente existir nos arredores de estabelecimentos médicos.

4.3.6.3. Desfazimento de obras

Esta medida tem por objetivo eliminar os resultados materiais de uma atividade indevida. Como exemplo, pense-se em um outdoor colocado perto de um monumento de valor histórico, descaracterizando o meio ambiente. Inquestionável que pode ser objeto da medida de desfazimento de obras.

4.3.6.4. Impedimento de atividade nociva

O obrigado que reluta em adimplir sua obrigação pode sofrer esta drástica medida. É o caso, por exemplo, do dono da casa noturna que, após ter sido admoestado com a multa, com a busca e apreensão de seus equipamentos, torna a emitir ruídos perturbando o sossego de seus vizinhos.

4.3.6.5. Medidas de coerção e sub-rogorias: possibilidade de coexistência

Não há roteiro a ser necessariamente observado para a aplicação de medidas coercitivas e sub-rogorias.

Haverá casos em que a aplicação de medidas coercitivas se imporá como meio exclusivo para a obtenção da tutela específica. O resultado prático equivalente não se mostra possível. É o caso das obrigações personalíssimas, naturalmente infungíveis.

Mesmo em relação às obrigações fungíveis, deve-se tentar a tutela específica. Mas as circunstâncias do caso concreto podem evidenciar que, desde logo, medidas sub-rogatórias devam ser adotadas, porque a partir delas facilmente se obterá o resultado almejado.

O que é importante destacar é que há nítida preferência pelo cumprimento da obrigação pelo devedor. Para tanto, os mecanismos coercitivos e de sub-rogação poderão ser simultaneamente aplicados.

Uma vez mais, recorre-se à lição de TALAMINI (2.004:285)

Não se descarta que, além da ordem para que o réu cumpra acompanhada de cominação de multa ou medida de coerção atípica, o provimento desde logo determine a autuação de instrumentos que atinjam o “resultado prático equivalente”, prescindindo da colaboração do demandado- com a óbvia ressalva de que o meio coercitivo deixará de incidir, uma vez produzido o “resultado prático equivalente”, ou quando o procedimento para sua produção estiver em tal estágio que já não se revele proporcional o cumprimento específico.

4.3.7. Tutela Específica e Fazenda Pública

A emergência do Estado Social de Direitos na Constituição de 1.988 atribuiu ao Estado uma série de prestações positivas, muitas das quais erigidas a direitos fundamentais dos cidadãos.

Para MARINONI (2.010:254)

Quando o Poder Público editou norma de proteção, mas é necessário o controle ou fiscalização estatal, é claro que o dever do Estado não para na realização da norma. Com efeito, ao lado da norma de proteção, pode ser necessária a atuação concreta da Administração Pública. Nesse caso, havendo omissão da Administração, a ação deverá ser proposta contra o Estado, pois aí o ilícito omissivo é Estatal.

Questão que se mostra tormentosa é identificar, então, quando uma pretensão de uma fazer ou um não fazer, deduzida em face do poder público, encontra obstáculo na discricionariedade administrativa. É corrente a assertiva de que não pode o Poder Judiciário imiscuir-se dentro do agir exclusivo do Poder Executivo.

Não há respostas absolutas para a questão, devendo haver particularizada análise de cada pedido.

Se se mostrar possível a atribuição subjetiva dos direitos, numa primeira análise, podem ser vindicados junto ao Poder Judiciário. É o caso dos direitos à saúde e à educação. Por outro lado, se tais direitos não decorrem de atribuição subjetiva (são decorrências de políticas públicas), não caberia a tutela jurisdicional. É o caso do direito ao trabalho.

Deve ser salientado que, mesmo em relação a direitos decorrentes de meras políticas públicas, pode haver controle jurisdicional, que apreciará aspectos de legalidade e razoabilidade do agir administrativo. E esta obrigação Estatal, no campo das políticas públicas ambientais, é ainda mais incisiva. Uma vez mais se recorre à lição de MARINONI (2.010:256)

Contudo, o que mais importa é que uma prestação do Poder Público, quando imprescindível para evitar a violação de um direito expressamente afirmado pela Constituição Federal como inviolável, obviamente não pode ser negada sob o argumento da indisponibilidade orçamentária. Ora, se diante de um direito definido como inviolável pela Constituição Federal a lei determina a necessidade de uma prestação Estatal, é evidente que o Poder Público não pode negá-la, ou mesmo postergá-la. As alegações de conveniência e oportunidade, aqui, são pouco mais do que descabidas.

Uma vez admitida a tutela jurisdicional, plenamente possível a utilização do art. 461 do Código de Processo Civil contra a fazenda pública. Estão autorizadas, por esta razão, a aplicação de medidas coercitivas e sub-rogatórias contra o poder público.

Dado a ser considerado, contudo, é a ineficácia das *astreintes* fixadas contra a fazenda. Questiona-se o poder intimidativo da multa, em razão desta incidir sobre a receita do poder público e não sobre o agente responsável por sua gestão. Melhor seria se se pudesse aplicar a multa diretamente ao funcionário incumbido de cumprir a ordem ou diretamente sobre o chefe do Executivo (TALAMINI: 2.004: 449). Além disso, a multa fixada contra o poder público será executada como dívida de valor, com posterior sujeição ao regime de precatórios – art. 100 da Constituição Federal.

De igual forma, estão autorizadas medidas de sub-rogação contra o poder público para o cumprimento de uma obrigação de fazer. Na medida em que a fazenda está obrigada a um fazer fungível não cumpre a obrigação, possível a realização da obrigação por terceiro, às expensas do poder público.

Ainda, deve ser registrada a dificuldade em se aplicar o inciso V do art. 14 do Código de Processo Civil em relação ao poder público. Este inovador dispositivo penaliza o renitente devedor com o pagamento de multa em caso de descumprimento de provimentos mandamentais.

4.4. Da prova na ação civil pública ambiental

É adágio popular o que diz “quem alega, prova”.

O vocábulo prova provém do Latim – *probatio*– e significa verificação, exame, inspeção.

No plano jurídico, trata-se de palavra utilizada para designar realidades distintas, mas que guardam pontos de conexão. Tal fato não passou despercebido SANTOS (1.952:11)

No sentido jurídico, o vocábulo é empregado em várias acepções: Significa a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o Juiz entendem afirmar a verdade dos fatos alegados (*actus probandi*); significa ação de provar, de fazer a prova. Nessa acepção se diz: a quem alega cabe fazer a prova do alegado, - isto é, cabe fornecer os meios afirmativos da sua alegação. Significa o meio de prova considerado em si mesmo. Nessa acepção se diz: prova testemunhal, prova documental, prova indiciária, presunção. Significa o resultado dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Nessa acepção se diz: o autor fez prova de sua intenção, o réu fez prova da exceção.

A equivocidade do termo levou à análise da prova sob três aspectos. O formal, o substancial, e o subjetivo.

Assim, para Hernando ENCHANDIA (1.988: 28), o aspecto formal da prova se consubstanciaria nos meios utilizados para levar os fatos ao conhecimento do juiz. O sentido substancial seria o fato efetivamente retratado nos meios utilizados, em relação à existência ou não dos fatos e, por fim, no aspecto subjetivo, seria o convencimento que se produz na mente do julgador.

Como se pode perceber, os três aspectos acima versados giram em torno de um eixo de difícil delineamento. Difícil, pois, estabelecer um conceito de prova que abranja os diferentes matizes que o termo pode assumir.

Esta dificuldade bem demonstra a profundidade do tema, não sendo desarrazoado dizer que se identifica com assunto digno de pertencer aos domínios da teoria geral do direito. Vale aqui uma reflexão para justificar a assertiva: se Justiça é dar a cada um o que é seu segundo uma igualdade, temos que esta igualdade ou já existe, ou deve ser buscada, e isto se verifica a partir dos elementos de fato que se põem para o julgador. Em última análise, esses elementos de fato são provas.

Tomando o termo sob o prisma estritamente processual, PONTES DE MIRANDA (1.979:313) deixou assentado que a

prova, no processo, é o que concorre para que o juiz, ao aplicar a lei, fique certo de que está a prestar, com exatidão, o que se prometera: a tutela jurídica.

Pensamos que provar, judicialmente, é atividade que está ligada a convencer o julgador da veracidade ou não das assertivas feitas pelas partes no processo. Por diversas razões se pode querer provar algo A prova é necessária quando algo deve ser demonstrado. O que é notório e evidente prescinde, obviamente, de demonstração.

Se o processo é o instrumento por meio do qual se viabiliza a jurisdição, e se esta se prende, fundamentalmente, a fornecer a todos uma decisão justa, é imprescindível que se cogite a existência de mecanismos que possam levar o órgão julgador à prolação de uma decisão que reflita, com o

maior rigor possível, exatamente o que a parte teria caso não tivesse que recorrer à justiça.

A prova e os poderes instrutórios do Juiz desempenham, neste particular, singular relevância. A exata compreensão dos contornos do ônus da prova e dos poderes instrutórios do juiz à luz do princípio da efetividade da jurisdição, pensamos, constitui-se em ferramental imprescindível para que se tenha um processo de resultados. Não um processo cuja decisão final, nada obstante juridicamente elaborada, nada acrescenta à parte que a teve favorável mas algo que efetivamente lhe sirva, que tenha eficácia também no mundo do ser.

Se isto é verdade para processos que veiculam pretensões meramente individuais, por muito mais razão também o é quando o processo veicula pretensões coletivas. Não pode haver dúvidas que a defesa do consumidor, da criança e do adolescente, do meio ambiente, deve contar com instrumentos hábeis a viabilizar uma efetiva proteção. De nada adiantaria a Constituição erigir determinadas matérias à condição de especialmente protegidas se o processo não dispusesse de meios para atingir esses fins. Assim a existência de mecanismos que viabilizem um processo de resultados mostra-se, no plano das ações coletivas, também imprescindível para concretizar a Constituição.

A prova é o que legitima a coisa julgada.

Na lição de RODRIGUES (2.002:181)

A prova, portanto, é um desses instrumentos decisivos, eu diria, no alcance da paz social. Ora, se a coisa julgada é fenômeno político de pacificação social, fruto de uma verdade jurídica que, muitas vezes, não corresponde à realidade dos fatos – e às vezes por isso se diz que é fenômeno criador de direitos -, não se pode negar que a prova no processo tem uma força capital, qual seja, de único instrumento legitimador da coisa julgada ou, em outras palavras, é a prova e especialmente a convicção que dela resulta que serve como real elemento para a coincidência da verdade formal e da verdade real (ainda eu esta esteja sendo vista como uma utopia), tornando-se, portanto legitimadora do fenômeno da coisa julgada. De fato, não é a coisa julgada que traz a paz social. Além do escopo político que pode existir, é certo que a coisa julgada só será legítima no sentido de alcançar o escopo social do processo, se ela for assentada em

elementos de convicção que sejam os mais próximos da realidade histórica conflituosa que foi levada ao Estado-juiz. Quando isso ocorre há, por assim dizer, um reconhecimento inato da sociedade e dos próprios litigantes, independentemente de serem vencidos ou vencedores, porque sabem, à evidência das provas, que se fez justiça.

Se isto é verdade, forçoso é reconhecer que não pode a atividade instrutória ser analisada sob o estrito enfoque do interesse das partes. O processo é um complexo de atos logicamente encadeados que visam atingir uma sentença de mérito. Com sentença de mérito ou decisão final de superior instância, pretende-se alcançar a imutabilidade dos efeitos da sentença – coisa julgada. Os sujeitos do processo partilham de um interesse convergente, que é alcançar a paz social.

Este resultado só pode ser alcançado se o Estado viabilizar aos litigantes o manuseio de instrumentos processuais destinados a influir no ânimo do julgador. Mais do que isto, também o Estado deve entender que a paz social se sobrepõe ao objeto da disputa, dado que o coloca também como partícipe de um processo que visa aproximar a verdade jurídica e os fatos da vida.

Tem-se aqui uma importante mudança de paradigma. A prova não deve ser considerada sob o ângulo exclusivo das partes e de seus respectivos interesses. Repise-se que tais considerações, conquanto válidas para processos de cunho estritamente individual, assumem cores mais vivas se aplicadas às ações coletivas.

A indisponibilidade do interesse muitas vezes subjacente às demandas coletivas, a qualidade das partes que litigam e o regramento específico da coisa julgada realçam ainda mais o caráter público do processo e a necessidade de que a paz social seja alcançada à luz de provas consistentes.

Este tópico abordará alguns aspectos relacionados à prova, ao ônus da prova, poderes instrutórios do juiz, efetividade da jurisdição e defesa coletiva de direitos. O norte do enfoque será, sempre, demonstrar a pertinência de revistar alguns conceitos tradicionais do processo, cotejando-os com as necessidades de um processo que se pretende de resultados e com o fenômeno

da defesa coletiva de direitos, especialmente em relação ações civis públicas ambientais que tenham como objeto políticas públicas.

4.4.1. Objeto da Prova e Critérios para Avaliação

O que deve ser provado? Devem ser provados os fatos relevantes, pertinentes, controversos e precisos.

Fatos relevantes são os acontecimentos da vida que influenciam o julgamento da lide. Fatos pertinentes são os que têm relação direta ou indireta com a causa. Fatos controversos ou controvertidos são aqueles afirmados por uma parte e impugnados pela outra. Fatos precisos são os que determinam ou especificam situações ou circunstâncias importantes para a causa. Não dependem de prova, por outro lado, os fatos notórios, os confessados pela parte contrária e os que se tornaram incontroversos.

Para CARNELUTTI fato notório

aquele cuja existência é conhecida geralmente dos cidadãos de cultura média, no tempo e lugar em que a sentença é proferida.

Como regra os direitos não devem ser provados, incidindo o princípio “iuranovitcuria” (o juiz conhece o direito). A exceção diz respeito ao direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário. Nos termos do art. 337 do Código de Processo Civil, a parte que os invocar deverá provar o teor e a vigência, se assim determinar o juiz.

Três são os critérios apontados pela doutrina: critério das provas tarifadas ou legais, critério do livre convencimento, critério da persuasão racional. Pelo critério da prova tarifada, cada prova tem um valor predeterminado. Liberdade alguma há para o julgador para apreciar a prova. O famoso brocardo *testiunus, testinullus* é exemplo de tarifação. Pelo critério do livre convencimento, tem o juiz liberdade plena para a apreciação da prova. O

juiz pode, segundo este critério, ignorar a prova dos autos e julgar de acordo com suas convicções.

O critério da persuasão racional, por sua vez, propugna que o juiz deve decidir de acordo com a prova existente nos autos, com as regras jurídicas e de experiência. Não se lhe defere poderes absolutos (livre convencimento) e nem lhe são impostos critérios estáticos (prova tarifada). Este o critério adotado pelo Código de Processo Civil. Com efeito, dispõe o art. 131 que o “juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes nos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

4.4.2. Fases Processuais da Atividade Probatória

A atividade probatória se desenvolve no processo se desenvolve primordialmente em quatro momentos distintos: o do requerimento, o do deferimento, da produção e da valoração. No primeiro momento, o autor requererá as provas já na petição inicial. O réu, por sua vez, as pleiteará na contestação ou exceção. O segundo momento compete exclusivamente ao juiz. No rito ordinário, este momento coincidirá com o despacho saneador. No terceiro momento, tanto o juiz como as partes devem participar. As partes, praticando atos compatíveis com a produção; o juiz, presidindo a realização dos atos probatórios. Finalmente, na fase da valoração, as partes tenderão a valorar as provas segundo as suas pretensões. O juiz, por sua vez, resolverá a lide a partir do valor que creditar aos elementos de prova existentes.

Casos há, porém, que não se pode retardar a colheita de provas, pena de inocuidade da atividade probatória. É o que sucede, por exemplo, com as infrações que deixam vestígios que podem desaparecer com o tempo. Mais do que razoável que a prova dos vestígios se dê de forma antecipada.

Nestes casos, é possível a realização de produção antecipada de provas, ação cautelar que pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. É o que preceitua o art. 846 do Código de Processo Civil.

4.4.3. Valoração do Inquérito Civil na Ação Civil Pública Ambiental

Tendo em vista os objetivos que o presente estudo se propõe, parece-nos significativo tecer algumas considerações acerca da prova que serve de base à propositura da grande maioria de ações coletivas.

Tais provas são coligidas em fase pré-processual, no bojo do inquérito civil.

O inquérito civil é instrumento administrativo, posto privativamente à disposição do Ministério Público, destinado a reunir elementos para eventual ajuizamento da ação civil pública. É previsto nos arts. 8º e 9º da Lei n. 7.347/85.

Por não se tratar de processo administrativo, a doutrina majoritária entende que não se aplica o princípio do contraditório no inquérito civil.

Disso decorre que, eventual prova produzida em sede de inquérito civil, não serviria isoladamente para servir de base à procedência da ação civil pública. Para ALONSO JR. (2.002: 294)

Muito normal assim a formação de volumes e mais volumes com substancial prova técnica nos autos do inquérito, praticamente desprezados pelo magistrado os autos da demanda coletiva ambiental. Pareceres feitos por professores de universidades renomadas, relatórios técnicos feitos por especialistas do setor público, enfim, provas periciais de valor indiscutível, considerando o órgão donde promanam e a capacidade dos subscritores, de nada têm valido quando se inicia a fase processual

O que se verifica é a necessidade da prova ser repetida na fase judicial, sendo natural o risco de eventual impossibilidade de repetição em face do decurso do tempo.

Trata-se de ponto delicado do sistema de defesa coletiva de direitos, a exigir maior reflexão doutrinária e, quiçá, alteração legislativa.

Valendo-nos das considerações expendidas por ALONSO JR.(2.002:294), é mister reconhecer que, o laudo utilizado pelo Promotor de Justiça como *substractum* à propositura da ação civil pública é, na grande maioria das vezes, proveniente de órgãos públicos, razão pela qual estão acobertados pela presunção de legitimidade dos atos da administração pública.

Se assim é, pensamos que é a parte interessada em contradizer o que está consubstanciado no laudo é quem deve infirmar-lhe a legitimidade, mostrando a pertinência da prova ser repetida. Não demonstrada esta pertinência, não há necessidade de repetição da prova. Trata-se de entendimento que não deixa de conferir crédito aos atos provenientes da administração e, ao mesmo tempo, resguarda o contraditório, na medida em que não priva a parte de eventualmente ter a prova repetida.

Realce-se, por fim, que a Lei 8.455/92, que deu nova redação ao artigo 427 do Código de Processo Civil acena com a possibilidade de dispensa da prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.

De qualquer modo, entendemos pertinente a superveniência de legislação que melhor discipline a tramitação do inquérito civil. Não apenas para realçar seu valor probante, mas também para se enfrentar tormentosas questões que se põem no dia-a-dia forense, tal qual a questão do sigilo, que longe está de ser resolvida de forma satisfatória pela doutrina e pela jurisprudência.

4.4.4. Ônus da Prova

ENCHANDÍA (1.988:420) define ônus como

poder ou faculdade de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta conseqüências desfavoráveis.

Para DINAMARCO (2.004:71),

Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos do seu próprio interesse para as decisões a serem preferidas no processo.

Consagrou-se na doutrina o entendimento de que a existência de regras sobre o ônus da prova é pertinente no caso de ausência ou insuficiência de prova produzida. Segue que, nestas condições, o juiz não pode deixar de compor a lide, proferindo o *non liquet*. Deve então se socorrer das regras a respeito do ônus da prova para resolver a lide.

Assim, para RODRIGUES(2.002:184)

Ratificando, temos que, ao fim da demanda, se as provas adquiridas no processo, independentemente de que as tenha requerido ou produzido forem insuficientes, causando um *non liquet*, então a solução do julgamento porque o juiz não se exime de julgar, deverá recair, antes, na verificação de qual das partes possui o ônus da prova e dele não se desincumbiu: se era o autor, então a solução será a improcedência; se o réu, então procedência do pedido.

A adoção irrestrita deste entendimento doutrinário leva a entender as regras sobre ônus da prova como regras de julgamento e não como regras de procedimento.

Assim é que o juiz, ao valorar a prova, poderá se valer das regras de experiência e presunções para formar o seu convencimento. Se esta atividade não se mostrar satisfatória (para lhe formar o convencimento), deve fazer uso das regras de distribuição do ônus da prova.

Na lição de DINAMARCO(2.004: 82)

Subjacente ao conceito de ônus da prova e às normas sobre sua distribuição está uma importantíssima regra de julgamento, não inscrita, mas inerente e vital ao sistema, segundo a qual toda alegação

não comprovada deve ser tomada por contrária à realidade dos fatos – ou por outras palavras, fato não provado é fato inexistente. O problema sequer existe, quando a prova convence o juiz do acerto ou do erro de uma alegação (veracidade ou inveracidade), porque nessas hipóteses ele simplesmente decidirá segundo a sua convicção, e não há por que pensar no ônus da prova ou saber sobre qual das partes ele recaía. Fato provado é fato existente e o juiz julga segundo ele.

Revela-se importante sublinhar que este entendimento propugna que a pertinência de regras sobre o ônus da prova se coloca diante do juiz por ocasião do julgamento.

O art. 333 do Código de Processo Civil aduz que ao autor compete a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito do autor. Trata-se, na realidade, do princípio do interesse – cada parte devesa provar os fatos que reputa relevantes para receber a tutela jurisdicional.

Ainda, vale registrar que o princípio do interesse aplica-se não apenas a autor e réu, mas também aos litisconsortes, assistentes, terceiros intervenientes, Ministério Público. Enfim, entendemos que a todos aqueles que se encontram em contraditório perante um juiz são aplicáveis as regras de distribuição do ônus da prova, à luz do princípio do interesse.

4.4.5. Poderes Instrutórios do Juiz

Ainda, dentro do amplo espectro de estudo que pode incidir sobre a prova, merecem especial atenção, especialmente em decorrência da importância que assume no sistema processual coletivo, o estudo dos poderes instrutórios do juiz. O artigo 130 do Código de Processo Civil expressamente autoriza o juiz ter iniciativa probatória, quando dispõe que:

caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias

Refere LOPES (2000:65) que

a doutrina tradicional sempre conferiu papel menos importante ao juiz no tocante à produção da prova”. (...);
Com efeito, os autores mais antigos preocupam-se em ressaltar que, como sujeito imparcial da relação jurídica processual, não deve o juiz assumir a tarefa de investigação dos fatos, nem tomar iniciativas para melhor esclarecê-los, devendo limitar-se ao exame do material probatório fornecido pelas partes.

Assim, a doutrina tradicional entendia a atividade probatória do juiz como meramente supletiva ou suplementar em relação às partes.

Para LEONEL (2.002:344), contudo

este raciocínio conservador deixa patete a visão privatista do processo, como se fosse “coisa” ou propriedade das partes. Propicia afirmações como: a) não pode o juiz substituir a iniciativa probatória, que é de cada parte; b) a atividade probatória do juiz só pode ser implementada nos procedimentos em que haja interesse público, como na jurisdição voluntária, ou nos demais processos de forma complementar à atividade dos contendores; c) compete ao demandantes dar início ao processo e fixar os limites da decisão, bem como iniciativa primordial de levar ao julgador os elementos da convicção para a aplicação do direito objetivo à pretensão material;d) da maior ou menor privatividade da pretensão depende a maior ou menor graduação da disponibilidade processual.

Trata-se de posição que não mais pode ser aceita nos dias atuais. Uma nova leitura do art. 130 do Código de Processo Civil, em si um mecanismo para a consecução de um processo de resultados, é medida que se impõe.

4.4.6. Ônus da Prova e Poderes Instrutórios do Juiz: nova e necessária leitura

O instituto do ônus da prova e os poderes instrutórios do juiz são realidades que não podem mais ser isoladamente tratadas. Em linhas anteriores, foram analisados os traços fundamentais dos institutos do ônus da prova e dos poderes instrutórios do juiz. Viu-se que o que norteia a distribuição do ônus d aprova é a regra do interesse. As partes têm o ônus de comprovar os fatos que levem o juiz a decidir a causa de acordo com as respectivas pretensões processuais. Ao juiz, por sua vez, são também conferidos poderes instrutórios. Contudo, estes poderes seriam exercidos apenas de forma complementar à

atividade das partes. Em resumo: a parte que não provou arcará com o ônus decorrente, que será, na maioria das vezes, a improcedência da ação.

Um processo que visa atender às aspirações de efetividade não se contenta com esta visão. Muitas vezes, é imperioso reconhecer que a não realização da prova não se houve em função da inércia da parte, mas em razão de obstáculos de ordem econômica, social, científicos, e mesmo jurídicos. Havendo obstáculos de tal sorte e sendo estes os fatores determinantes para a não realização da prova, parece injusto aplicar as estanques regras sobre o ônus da prova, o que redundaria na penalização da parte que não comprovou determinado fato ao juiz, malgrado tivesse intenção de fazê-lo.

Como, então, resolver a questão?

É voz corrente entre os processualistas contemporâneos que as partes podem dispor da relação de direito material posta em juízo, mas não podem dispor da relação jurídica processual. O caráter público do processo, que possui função instrumental, impõe às partes a submissão a um escopo maior: efetividade e justiça das decisões. Percebe-se que, diante desta maneira de enxergar o fenômeno processual, ao mais se justifica análise da prova – instituto dos mais fundamentais do processo – à luz da concepção privatística do princípio do interesse.

A iniciativa probatória incumbe às partes e igualmente ao juiz. Com isto, comprometimento algum fará o magistrado à necessária imparcialidade – sempre haverá a possibilidade de reexame de suas motivadas decisões pelas instâncias superiores. O que se terá, isto sim, é compromisso com o resultado da jurisdição.

Esta mudança de paradigma importa em oferecer novos contornos ao instituto do ônus da prova. Para RODRIGUES (2.002: 190)

Assim, pode-se dizer que as regras do art. 333 do CPC, relativas à distribuição do ônus da prova, ficam extremamente secas e vazias quando passamos a adotar o caráter publicista da prova, dando relevo máximo ao art. 130 do CPC”. Nesse sentido que se empresta ao que aqui se afirma é que a prova não é regida por “ônus” e, por isso, qualquer regra processual que assim a considere é, no mínimo,

ilegítima. Deve ser absolutamente banida do sistema a vergonhosa regra de julgamento diante no *non liquet*. A existência do art. 333 do CPC ficaria, portanto, limitada às situações procedimentais do custo da produção da prova, especialmente quando fosse fruto de atividade investigatória do juiz.

Esta nova postura frente à prova tende a minimizar a prolação de sentenças lastreadas em provas que pouco retratam a realidade subjacente ao processo. Ao reverso, privilegia decisões lastreadas em uma verdade “substancial” e não meramente “formal”.

Casos há, porém, que a adoção de tal postura pode ainda não propiciar uma decisão jurisdicional efetiva, ou em outras palavras, que viabilize o acesso à ordem jurídica justa. Muitas vezes, a própria natureza da relação de direito colocada em juízo evidencia uma desproporção tão grande entre as partes que fica legitimada a utilização de mecanismos para minimizar a diferença. Um desses mecanismos é a inversão do ônus da prova.

4.4.7. Inversão do Ônus da Prova

O instituto da inversão do ônus da prova está inserido dentro dos direitos básicos do consumidor. Tais direitos se constituem em verdadeiros princípios, devendo necessariamente iluminar a interpretação de todos os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, prevê o inciso VIII do art. 6º do Código que é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor no processo, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímel a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.

Trata-se, efetivamente, de instituto posto à disposição do juiz a serviço de um processo de resultados.

Resulta da necessidade de conferir tratamento diferenciado a partes que se diferenciam, conferindo, destarte, concreção à norma constitucional consagrada no “caput” do art. 5º da Constituição Federal.

Assim, reconhece-se, no plano das relações de consumo, que o fornecedor se encontra em situação privilegiada em relação ao consumidor. Necessário, portanto, que o ordenamento jurídico fosse contemplado com instrumentos tendentes a neutralizar ou ao menos, amenizar, a patente diferenciação em que se encontravam o consumidor e o fornecedor.

Há inversão do ônus da prova quando a parte fica dispensada de provar determinado fato que, pelas regras do Código de Processo Civil, competia-lhe provar.

Duas importantes conseqüências podem ser extraídas da assertiva: a) não há inversão do ônus da prova quando está já prevista *de lege data*⁵, podendo-se apenas falar em inversão quando, inicialmente alguém tinha o ônus e deixou de tê-lo; b) a parte contra quem se inverteu o ônus passa a ter um encargo que não tinha inicialmente, o que deve levar o juiz a adoção de posturas que viabilizem ao onerado se desincumbir do encargo que lhe foi atribuído.

É justamente pela circunstância de se atribuir um encargo a quem inicialmente não o tinha que, pensamos, o momento em que deve se dar a inversão do ônus da prova é antes de se iniciar a instrução.

Fato a ser considerado, contudo, é que não é este o posicionamento da maioria dos nossos doutrinadores que, insistindo que as normas do ônus da prova são regras de julgamento, ensinam que o momento que se deve operar a inversão é a sentença (NERY: 2.004, DINAMARCO: 2.004).

Há argumentos, todavia, de peso para infirmar o majoritário entendimento. GIDI (1.995: 23) aduz que não se pode atribuir um encargo sem conferir possibilidade de dele se desonerar.

⁵ é o caso do art. 38 do CDC

A esta crítica, a nosso pensar inteiramente pertinente, acrescentamos que, à luz de um processo que se busca efetividade para suas decisões, muito melhor uma decisão que resulte de análise de provas efetuada do que decisão que brote de provas não realizadas.

Ainda, acreditamos que o próprio Código de Processo Civil impõe ao juiz o dever de esclarecer as partes a respeito de que prova espera no processo. O parágrafo 2º do art. 331 do Código de Processo Civil consigna que o juiz determinará às partes as provas que serão realizadas, momento mais que propício para se operar a inversão.

No sentido de que a inversão do ônus da prova deve se dar antes do término da fase postulatória, anota-se ainda a posição BEDAQUE (2.001:131).

Não existe concordância na doutrina também em relação à necessidade da presença dos dois requisitos, hipossuficiência e verossimilhança, para a inversão do ônus da prova.

A doutrina majoritária (por todos, MOREIRA: 1.997) inclina-se pela alternatividade. Bastaria a presença de um dos requisitos legais para que se pudesse inverter o ônus da prova.

A interpretação literal do dispositivo realmente privilegia este entendimento, na medida em que foi empregada a conjunção alternativa *ou* (e não a aditiva *e*) no texto da Lei.

Malgrado a respeitabilidade do entendimento, inclinamo-nos pela necessidade de estarem presentes ambos os requisitos. Valemo-nos do exemplo dado por MOREIRA (1.997) para demonstrar como a adoção da tese da alternatividade pode levar a situações absurdas – um mendigo de rua que, propondo ação contra um luxuoso *shopping center*, pede a inversão do ônus da prova para que o réu prove que seu carro não estava lá estacionado e que nele não estavam as suas compras de natal.

Não se pode olvidar a presença do requisito hipossuficiência, de modo que, no caso, poder-se-ia, uma vez adotada a tese da alternatividade dos requisitos, inverter o ônus da prova.

Nem se alegue que o conceito de hipossuficiência transcende a mera impossibilidade econômica, no que estamos de acordo, e que, no caso, não haveria hipossuficiência a ensejar a inversão. Há que se registrar que, em muitos casos é sim a hipossuficiência econômica que acarreta a hipossuficiência técnica, cultural, enfim, a situação de *flagrante desequilíbrio* que deve ensejar a inversão.

Aí está a razão de entendermos que a aludida situação de flagrante desequilíbrio deva, algum modo, vir *temperada* por alguma verossimilhança. Daí entendermos que, malgrado o texto da lei propender ao entendimento da alternatividade, deve estar de algum modo presentes os dois requisitos para haver a inversão do ônus da prova.

Pela necessidade da presença de ambos os requisitos também se posiciona GIDI (1.995:25).

4.4.8. Aplicação do Instituto da Inversão do Ônus da Prova na Ação Civil Pública Ambiental

A doutrina também não é concorde em relação à aplicação do instituto da inversão do ônus da prova em ações coletivas que não veiculem pretensões de consumidores.

Alega-se que o instituto da inversão do ônus da prova não está previsto dentro da parte processual do Código de Defesa do Consumidor (Título III da Lei n. 8.078/90). Se não se encontra na parte processual, a este instituto não se aplica a norma prevista o art. 21 da Lei n.7.347/85, que prevê a integração entre os diplomas legislativos que tratam da defesa coletiva de direitos.

Por outro lado, há quem sustente que é possível a aplicação.

Assim, RODRIGUES (2.004: 219) referindo-se ao microsistema de tutela coletiva integrado fundamentalmente, pelas Leis n. 7.347/85 e 8.078/90, deixou assentado que

Ora, vê-se que, muito embora o art. 6º, VIII, não esteja no título III, é fora de dúvidas que *todos* dispositivos ali presentes contêm regras de direito processual, e que o art. 117 (art. 21 da LACP) manda aplicar a qualquer direito difuso (tutela do meio ambiente) tais dispositivos, deixando nítida a impressão de que fosse criado um *plexo jurídico* de normas processuais civis coletivas para ser imediatamente aplicado aos direitos coletivos *lato sensu*.

Haveria, assim, *de lege data*, autorização para que se realizasse a inversão do ônus da prova também na matéria ambiental.

4.4.9. O Princípio da Precaução como fundamento para a Inversão do Ônus da Prova

A utilização do princípio da precaução como fator determinante para a inversão do ônus da prova representa nítida projeção do direito material na conformação do modo de ser do processo.

Invoca-se, neste particular, os fundamentos do voto da Ministra Eliana Calmon, no Recurso Especial 1.049.822 do Rio Grande do Sul, os quais se revelam extremamente claros para demonstrar a pertinência da inversão do ônus por força de tal norma- princípio do direito ambiental:

Uma das justificativas para construção de um regime diferenciado (=fragmentado) para a responsabilidade civil pelo dano ambiental reside no fato de que a proteção do meio ambiente é informada por uma série de princípios que a diferenciam da vala comum dos conflitos humanos. O primeiro deles é o princípio da precaução, já escrevemos em outro momento, responde a uma pergunta simples mas chave para o sucesso ou insucesso de uma ação judicial ou política de proteção ao meio ambiente: diante da incerteza científica quanto à periculosidade ambiental de uma dada atividade, quem tem o ônus de provar sua inofensividade? O proponente ou o órgão público/vítima? Em outras palavras, suspeitando que a atividade traz riscos ao ambiente, devem o Poder Público e o Judiciário assumir o pior e proibi-la(ou regulá-la, impondo-lhe padrões de segurança rigorosos), ou, diversamente, deve a intervenção pública ocorrer somente quando o

potencial ofensivo tenha sido claramente demonstrado pelo órgão regulador ou pelos representantes não governamentais do interesse ambiental, amparados num raciocínio de probabilidades, ou, nos termos do Direito Civil codificado, num regime de previsibilidade adequada?

(...)

Com isso, pode-se dizer que o princípio da precaução inaugura uma nova fase para o próprio Direito Ambiental. Nela já não cabe aos titulares de direitos ambientais provar efeitos negativos (= ofensividade) de empreendimentos levados à apreciação do Poder Público ou do Poder Judiciário, como é o caso dos instrumentos filiados ao regime de simples prevenção (p. ex., o Estudo de Impacto Ambiental); por razões várias que não podem ser aqui analisadas (a disponibilidade de informações cobertas por segredo industrial nas mãos dos empreendedores é apenas uma delas), impõe-se aos degradadores potenciais o ônus de corroborar a inofensividade de sua atividade proposta, principalmente naqueles casos em onde eventual dano possa ser irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala.

4.4.10. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

A teoria do ônus dinâmico da prova se constitui também em alternativa para atenuar as iniquidades da aplicação das regras estáticas do art. 333 do Código de Processo Civil.

Tal teoria não rompe totalmente com a normativa existente (princípio do interesse – art. 333 do CPC). Com efeito, a aplicação de tal teoria só teria lugar quando a realização de determinada prova, pelas regras normais do art. 333, viesse a ser extremamente difícil, caso em que o Juiz atribuiria o ônus de sua realização à parte que estivesse em condições de realizá-la.

A questão está a merecer, pensamos, tratamento legislativo. O Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, no par. 1º do art. 10, enfrenta a questão, nos seguintes termos: “sem prejuízo do disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”.

4.4.11. A prova e as ações civis públicas que tenham como objeto políticas públicas ambientais

A relevância que atividade probatória assume para a decisão jurisdicional e, em consequência, para a legitimação da coisa julgada (pacificação social) seria suficiente para se realçar a proeminência de tal estudo no processo coletivo que envolva políticas públicas ambientais.

Ocorre que a peculiaridade do objeto processual – políticas públicas ambientais- enquanto categoria de direito material, faz com que se avulte a importância de que atividade probatória se desenvolva diferenciada, exigindo do Magistrado uma postura efetivamente comprometida com o dever a todos imposto no art. 225 da Constituição Federal de preservação do bem ambiental.

Em outras palavras, deve o Poder Judiciário zelar para que o provimento jurisdicional seja oferecido, em primeiro lugar, após a realização de provas aptas para se atingir um grau de maturidade em torno do objeto a ser provado, devendo, para tanto, efetivamente se utilizar dos poderes instrutórios a que alude o art. 130.

Como já sustentado neste trabalho, políticas públicas são programas de ação governamental tendentes a incidir sobre determinadas realidades, a fim de que metas planejadas sejam atingidas. Na área ambiental, tais programas necessariamente não de se desenvolver em atenção aos valores – princípios – constitucionalmente estabelecidos, dentre os quais os da sustentabilidade e da precaução.

Se é efetivamente o Estado responsável pela implementação das políticas públicas, não há como se olvidar que tal se desenvolva à revelia de uma regime jurídico de direito público, avultando, neste particular, a incidência de princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência) e da legislação pertinente.

O regime jurídico de direito público, ao conformar, mesmo a própria caracterização da política pública, deve ser visualizado também no curso do processo coletivo que envolve a política pública. Se, entre particulares, é jurídica a existência de “segredos industriais”, no campo do direito público, a regra é a legalidade estrita e a transparência.

Disso decorre uma primeira conclusão: a circunstância de o Estado ter constitucionalmente a obrigação jurídica de perseguir a moralidade, transparência e eficiência o coloca na situação de, em adendo à realização da política pública, estar, a todo momento, comprovando que os atos que a consubstanciam se revelam eficientes e que foram praticados com economicidade.

Ora, tal obrigação não desaparece quando o Estado é réu em ação coletiva que questione a implementação das políticas públicas. Deverá, portanto, o Magistrado zelar para que o Estado-réu disponibilize, no processo, as informações e documentos pertinentes, estudos de impacto, relatórios, etc.. É pelo dever de economicidade que se mostra desarrazoado o completo desprestígio que o Poder Judiciário confere à prova produzida exclusivamente no inquérito civil, mormente quando produzida por entidades públicas, sujeitas, também a um regime de legalidade estrita.

Não pode ser esquecido, também, que a implementação de políticas públicas é assunto intimamente relacionado a questões orçamentárias, da qual derivam, inexoravelmente, as teses relacionadas à “reserva do possível”, enfim, aspectos inerentes à atividade pública e que se revelam fundamentais no processo de construção da decisão jurisdicional.

Todos estes aspectos se mostram suficientes para afirmar a importância da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, na medida em que é o Estado, implementador das políticas públicas ambientais, a parte com efetivas condições de se realizar a prova.

Por fim, não há como negar, por outro lado, que a discussão em torno de políticas públicas envolve necessariamente análise de emprego de recursos

públicos, razão pela qual a questão orçamentária deve necessariamente ser apreciada dentro do processo coletivo que tenha como objeto a efetivação de uma política pública. Não se pode olvidar que o poder público está adstrito aos limites orçamentários.

Com isto não queremos dizer que a singela alegação de insuficiência de recursos possa servir de escudo intransponível para que o poder público acionado se escuse de efetivar a política pública prevista na Constituição. Longe disso. O que nos parece importante em relação ao tema é que, dentro do processo coletivo, haja discussão *efetiva* a respeito do orçamento e gastos públicos, do que decorre a necessidade de o poder público, quando acionado, *comprovar* a utilização de todos os recursos disponíveis para progressivamente implementar os direitos previstos na política pública discutida.

É diante dos dados orçamentários trazidos em juízo pelo poder público acionado em processo coletivo que poderá o juiz avaliar se houve ou não retrocesso social ou se a política pública em questão mostra-se ou não eficiente.

Enfatizamos a necessidade de tais dados serem trazidos em juízo pelo poder público, réu do processo coletivo. Isto porque a Administração Pública deve se pautar pela observância dos princípios constitucionais da legalidade e publicidade; o seu agir deve ser transparente, do que decorre a necessidade de explicitar a alocação dos recursos públicos também no processo judicial. Sublinhe-se, também, que se a questão orçamentária é veiculada como matéria de contestação, parece evidente que ao réu compete fazer a prova de que não existem recursos, ou que o poder público vem razoavelmente empregando recursos para a consecução do direito, que foram atingidos determinados resultados, etc.

4.5. A estabilização da demanda

O fenômeno da estabilização objetiva da demanda diz respeito à possibilidade de alteração do pedido e da causa de pedir. No codificado sistema processual brasileiro, a matéria vem tratada no “caput “ e no parágrafo único do art. 264 do Código de Processo Civil. Assim, o autor pode modificar livremente o pedido ou a causa de pedir antes que realizada a citação do réu; produzida esta, só se permite a alteração de tais elementos da ação com a concordância do réu, proibindo-se, contudo, em qualquer circunstância a modificação do pedido ou a causa de pedir após o saneamento do processo.

Percebe-se, pois, no sistema codificado, o desejo do legislador de se ingressar na fase instrutória do processo com a demanda estabilizada, não se admitindo que discussões sejam reavivadas quando esgotado seus respectivos momentos processuais ou exaurida a forma em que se produziram. É íntima, portanto, a relação entre o instituto da estabilização objetiva da demanda com a noção de proclusão, perda de um direito ou faculdade processual pelo seu não exercício no tempo oportuno, ou pela consumação da prática do ato por uma forma diversa da que poderia ser praticada.

É significativa a importância da regra da estabilização objetiva da demanda na medida em que se viabiliza segurança jurídica para todas as partes, que passam a saber exatamente os contornos da tutela jurisdicional que se há de prestar. Ora, a se admitir a qualquer tempo a modificação do pedido ou causa de pedir a própria noção de processo, enquanto uma série de atos coordenados e logicamente encadeados, pode restar comprometida, na medida em que a todo momento se poderá arguir novos fatos e fundamentos, postergando-se de forma indefinida a decisão.

Assim, ao autor incumbe o delineamento, já na inicial, do que pretende obter do provimento jurisdicional, sujeitando-se à regra do art. 264 quanto à possibilidade de alteração dos elementos da ação. Ao réu, por outro lado, parece haver ainda menos possibilidade de produção de novos argumentos, na medida em que o art. 302 do Código de Processo Civil o obriga a produzir, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito

com que impugna o pedido do autor, regra conhecida como princípio da eventualidade.

Adota-se, pois, um sistema rígido quanto à estabilização objetiva da demanda especificamente em busca da celeridade processual, evitando-se a eternização das discussões em torno de determinadas situações de direito material.

Não se pode perder de vista, contudo, que a forma e o procedimento, dentro de uma visão instrumentalista, não são fins em si mesmos e devem se amoldar, dentro de uma visão constitucional de jurisdição que se pretende efetiva, às exigências do direito material discutido.

Daí porque a celeridade do processo nem de longe está a significar que a decisão produzida se revele apta a pacificar o conflito de interesses subjacente à lide.

Concorda-se, pois, integralmente com LEONEL (2.007:148) quando aduz que

É importante moldar o sistema processual de modo que a dose certa de previsão de preclusões e no emprego da eventualidade traga o benefício da “aceleração” da marcha do procedimento, prevendo, contudo, “ válvulas de escape, para que a rigidez excessiva não prejudique o alcance dos escopos do processo.

Para BEDAQUE (2.006:132)

o procedimento brasileiro apresenta a característica da rigidez. É dividido em fases, sendo inadmissíveis, em princípio, retrocessos não permitidos em Lei. Embora não se trate de divisões estanques, o legislador não admite indas e vindas – isso para possibilitar o normal desenvolvimento do processo e evitar atos protelatórios. Mas, se, inadvertidamente, for introduzida no processo causa de pedir não deduzida na inicial e o contraditório abranger a nova realidade fática, não há porque desconsiderá-la

Entendemos que, na busca de um provimento jurisdicional efetivo, em processo coletivo que envolva a discussão em torno de políticas públicas, não parece adequado que sejam estritamente observados os limites impostos pelo Código de Processo Civil para a estabilização objetiva da demanda coletiva.

É preciso não perder de vista, em primeiro lugar, a lição de LEONEL (2.007: 148) no sentido que

Pelas peculiaridades do processo coletivo, considerando o dinamismo das respectivas situações de direito material (característica marcante dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos), é possível afirmar que a solução mais apropriada passa pelo caminho da flexibilização da estabilização da causa de pedir e pedido.

Além disso, não se pode perder de vista que políticas públicas, enquanto categoria de direito material, encerram de algum modo, algo que não compreende perene; ao contrário, há algo de “procedimental” nas políticas públicas, um “caminho que se percorre” para alcançar determinados objetivos. E tal configuração deve necessariamente repercutir na interpretação de institutos processuais relacionados à tutela coletiva.

Por esta razão, é possível que o juiz, ao ser chamado a proferir sentença em ação civil pública que envolva política pública, encontre-se diante de uma realidade substancialmente diferente daquela existente por ocasião da propositura da ação. Pensemos, por exemplo, em ação civil pública que envolva política pública relacionada à construção de casas populares. No curso da ação, fica comprovado que, ao invés, da construção, mais eficiente se mostra a abertura de uma linha de financiamento para obtenção de residências. Poderá o juiz condenar o poder público a implementar a linha de financiamento? Ou deverá se ater ao pedido formulado, que não se coloca como provimento adequado ao direito material insatisfeito?

Na correta lição de RODRIGUES (2.008:114), ao abordar a estabilidade da demanda em relação ao meio ambiente

O bem ambiental é altamente instável, possuindo uma sensibilidade tal que pequenas variações de espaço e tempo podem alterar sobremaneira uma situação jurídica ambiental. Uma pequena variação de um fator ambiental – como por exemplo, a água, o ar, o clima, o vento, a pressão, etc. – pode trazer inúmeras variações para o equilíbrio ecológico, causando enorme prejuízo ao meio ambiente. Considerando ainda sua essencialidade à vida, e também porque o bem ambiental é ubíquo – comunica-se sem fronteiras-, é muito importante que, quando se pretenda levar a juízo a tutela jurisdicional do meio ambiente, o processo não seja uma ferramenta que engesse a proteção ambiental, isto é, é deveras importante que o processo, como técnica e método de realização de direitos, seja capaz de se

mostrar maleável o suficiente – respeitados os limites do devido processo legal – para permitir uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

Respeitados, assim, os princípios do contraditório e da ampla defesa, cujos contornos devem ser sopesados caso a caso, entendemos que, em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição, pode o juiz, havendo pedido expresso da parte, alterar os limites objetivos da demanda para oferecer a tutela adequada. Em outras palavras: resguardado o objetivo veiculado no pedido efetuado e assegurados os princípios do contraditório e ampla defesa, poderá o juiz emitir provimento jurisdicional diferente daquele pleiteado na inicial.

Em sintonia com estas idéias, deve ser realçado que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, estabelece, no parágrafo único de seu art. 4º que “a requerimento da parte interessada, até a prolação de sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante nova manifestação de quem figura no pólo passivo, no prazo de 10 dias, observado o par. 3º do art. 10”.

Esta flexibilização, no campo das políticas públicas ambientais, em muito auxiliaria na busca de um provimento jurisdicional efetivo- apto a ser cumprido- e que se legitime socialmente (pacificação). Pense-se, por exemplo, no ajuizamento de uma ação civil pública que tenha como pedido a remoção de pessoas em área de interesse ambiental, sobrevindo, no curso da ação, informações no sentido de que, atendidos determinados parâmetros ambientais, até então desconhecidos, alguns espaços da área poderiam ser ocupados. Não permitir que tal circunstância seja levada em consideração pelo Juiz, possibilitando-o oferecer uma tutela diversa daquela inicialmente eleita na inicial, significaria atentar contra a própria finalidade do processo de atender, de forma célere e com economicidade, ao direito material em debate.

5. CONCLUSÃO

A elaboração de um conceito jurídico de meio ambiente deve se dar em atenção à característica, estabelecida no art. 225 da CR, “da essencialidade à sadia qualidade de vida”, que confere uma abertura semântica de tal modo abrangente a contemplar aspectos diversos (físicos, biológicos, químicos, históricos, dentre outros).

Por outro lado, os princípios da prevenção e precaução, conjugam-se com a necessidade de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Importa aqui observar que a aplicação de tais princípios sempre ocorrerá dentro de um caso concreto, nos quais as variáveis do “risco aceitável”, “certeza científica” e “custos” devem ser necessariamente sopesados no processo de tomada de decisão.

Nos quadros do Estado de Direito, a titularidade coletiva do bem jurídico ambiental impõe, pensamos, sejam democratizados as discussões e decisões que envolvam a matéria ambiente, de tal modo que mesmo o processo de afirmação do direito ao meio ambiente, no caso concreto, resulte de um diálogo plural, que consiga albergar a complexidade e diversidade subjacente às expressões semanticamente abertas estabelecidas no art. 225 da CR.

A partir do momento em que a Constituição impõe a tarefa de alcançar determinadas finalidades coletivas, enorme importância assume a atividade de planejamento, que organizará ações voltadas à concretização das metas estipuladas. As políticas públicas devem ser compreendidas como o conjunto destas ações planejadas.

O Poder Judiciário pode emitir provimentos jurisdicionais a respeito de políticas públicas. A omissão em legislar ou em executar políticas públicas, assim como a desobediência a princípios constitucionais que regem a Administração Pública caracterizam lesão a direito difuso, suscetível, portanto, de apreciação pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).

Adotada a premissa de que o direito material deve influenciar o processo, na busca de uma tutela jurisdicional adequada, torna-se imprescindível repensar alguns institutos processuais, de modo a compatibilizá-

los à configuração sócio-política que as políticas públicas adquiriram no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Partindo desta premissa, o processo coletivo deve privilegiar a participação de todos aqueles que, de algum modo, representem os interesses que se põem em jogo a respeito de determinada política pública, mesmo que não se subsumam às figuras dos entes legitimados para a ação civil pública. Dentro de tal enfoque, entendemos que o instituto da ação coletiva passiva pode servir de parâmetro para que se garanta a necessária representatividade do grupo.

Uma vez admitida a ação cominatória para a implementação e obrigações de fazer derivadas de políticas públicas ambientais, o sistema processual positivado oferece instrumentos extremamente ricos para que se alcance exatamente o resultado que se teria caso a obrigação fosse voluntariamente cumprida. Merecem destaque, neste particular, os meios de coerção psicológica e os meios de sub-rogação, os quais podem e devem ser concomitantemente utilizados para que se alcance a implementação de política pública ambiental.

Outro aspecto processual que há de ser conformado pelo direito material ambiental é o direito à prova. Aqui vale ressaltar que a submissão das políticas públicas ao regime jurídico de direito público – consubstanciam-se em atos, leis, decretos, etc.- impõe obediência aos princípios da publicidade e transparência, os quais devem recair também sobre a prova da eficiência da política eleita. Por outro lado, os institutos da inversão do ônus da prova ou da distribuição dinâmica do ônus de prova podem ser contextualizados com o princípio da precaução.

Por fim, respeitados os princípios do contraditório e ampla defesa, pode o juiz, em processo coletivo que tenha como objeto política pública, emitir provimento jurisdicional diverso daquele pleiteado na inicial, desde que respeitado o objetivo a ser alcançado por meio do programa de ação. Este provimento deve ser construído a partir do que se angariou na instrução, que por

tal razão deve ser intensa, sobressaindo a pertinência de o juiz se valer de perícia multidisciplinar.

BIBLIOGRAFIA

AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos

direitos Humanos. Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Maria Paula Dallari Bucci(coord.), São Paulo: Saraiva, 2.006.

ALMEIDA, João Batista de. Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.001

ALONSO JR., Hamilton. A valoração probatória do inquérito civil e suas consequências processuais. Ação Civil Pública. Lei 7.347/85 -15 anos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.002.

ALVIM, Thereza. Tutela Específica do art. 461 do CPC. Revista de Processo 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995.

BARCELLLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. Revista de Direito Administrativo, n. 240, 2.005.

BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Editora Saraiva, 2.004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e Antecipatória – tutelas sumária e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Editora Malheiros, 1.998.

BENJAMIN, Antonio Herman Vassconcelos. Constitucionalização do Ambiente e ecologização da Constituição brasileira. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2.006.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. Revista de Informação Legislativa, n. 142, 1.999.

BESSONE, Darcy. Da compra e venda: promessa e reserva de domínio. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1.997.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Brasília: Editora Campos, 2.004.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Malheiros, 2.006.

Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Editora Malheiros, 2.004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo; Editora Saraiva, 1.996.

BUENO, Cássio Scarpinella. Ensaio sobre o cumprimento de sentenças condenatórias. Revista de Processo 113. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Política, Sistema Jurídico e decisão judicial. São Paulo: Saraiva, 2.011.

CARVALHO, Fabiano. Execução da Multa (Astreinte) previstas no art. 461 do Código de Processo Civil. Revista de Processo 114. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.004.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista de Informação Legislativa, n.35, 1.998

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2.006

CORREA, Antonio Celso diMunno, Planejamento urbano: competência para legislar dos Estados e dos Municípios. Revista de Direito Público , v. 24, n.98, São Paulo, 1991

DERANI, Cristiane. Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. Temas de Direito Ambiental e Urbanístico. Guilherme José Purivin de Figueiredo (organizador). São Paulo: MaxLimonad, 1.998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Reforma do Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1.996.

A Reforma da reforma. São Paulo: Editora Malheiros, 2.006.

Fundamentos do Processo Civil Moderno. São Paulo: Editora Malheiros, 2.002.

ENCHANDIA, Hernando. Teoria General de la prueba judicial. Madrid: Ed. Avalia.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. Crimes Ambientais à luz do conceito de bem jurídico-penal. São Paulo: Editora IBCCRIM, 2008

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2.009.

FREITAS, José Carlos. O Estatuto da Cidade e o equilíbrio no espaço urbano. Temas de Direito Urbanístico, vol. 3. José Carlos de Freitas (coordenador) Ministério Público-Imprensa Oficial, 2001.

Dos interesses metaindividuais urbanísticos. Temas de Direito Urbanístico, vol.1. José Carlos de Freitas (coordenador) Ministério Público-Imprensa Oficial, 1.999.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. Crimes contra a natureza. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.006.

FRISCHEISEIN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas Públicas: responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 1.996

GARCIA, Maria. Políticas Públicas e Atividade Administrativa do Estado. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 15, 1.996.

GASPARINI, Diógenes. O Município e o parcelamento do solo. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1.988.

GIDI, Antonio. A Class Action como instrumento de tutela coletiva de direitos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2.007.

Aspectos da inversão do ônus da prova no CDC. Revista de Direito do Consumidor 13. São Paulo? Ed. Revista dos Tribunais, 1.995.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito Ambiental. São Paulo: Editora Atlas, 2.009.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil. Vol. III. São Paulo: Editora Saraiva, 2.006

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo: estudos & pareceres. 2a ed. São Paulo: Editora DPJ, 2.009.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução Indireta. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.998.

GURUSWAMY, Lakshman D. International Environmental Law. West Thompson Reuters, 2.012.

HABERMAS, Jurgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1.997, v.1 e 2.

JORGE, Flávio Cheim. Tutela Específica do art. 461 do CPC e o Processo de Execução. Processo de Execução (Sérgio Shimura e Tereza Wambier: coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.001.

KLONOFF, Robert H. Class Actions and other Multi-Party Litigation. West Thompson Reuters, 2.012.

LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do Processo Coletivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.002.

Causa de Pedir e Pedido. O direito superveniente. São Paulo: Editora Método, 2.006.

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento. Trad. Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1.980.

LUNO, Antonio Enrique Perez. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion. Madrid: Editora Tecnos, 2.003.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 10 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2.009

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 1.998

A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.001.

O Município enquanto co-legitimado para a tutela de interesses difusos. Revista de Processo, 48, 1.987.

Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2.009.

MARINONI, Luis Guilherme. Tutela Especifica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.001.

Técnica Processual e Tutela dos Direitos. 3 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2.010.

Tutela Inibitória. 4 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2.006.

MATEO, Ramon Martin. Manual de Derecho Ambiental. Madrid: Ed. Trivium, 1.998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. São Paulo: Editora Saraiva, 2.009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2.001 .

Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais. São Paulo: Editora Malheiros, 2.010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. 15 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

Direito Administrativo Brasileiro. 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios Fundamentais do Direito Ambiental. Revista de Direito Ambiental, 1.996.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. Revista de Direito do Consumidor 22. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1.997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de Direito Processual Civil. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1.996.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Manual de Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Saraiva, 2.002.

NUNES JR., Vidal Serrano. Manual dos Direitos Difusos. São Paulo: Editora Verbatim, 2.009.

PADILHA, Norma Sueli. Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro. Brasília: Editora Campus-Elsevier, 2.011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.979.

PRIEUR, Michel. Droit de L`environment. Paris: Editora Dalloz, 2.004.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira (coord:LuizFux, Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier), 2.006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. São Paulo: Forense Universitária, 2.002.

Processo Civil Ambiental. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.010.

SANTOS, Marília Lourido dos Santos. Políticas Públicas (econômicas) e controle. Revista de Informação Legislativa, n. 158, 2.003.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2.010.

Prova Judiciária no Cível e no Comercial. São Paulo:
Max Limonad, 1.952.

SARMENTO, Daniel. A Ponderação de Interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2.006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.001.

SILVA, José Afonso. Direito Urbanístico Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1.997

Comentário Contextual à Constituição. 2.ed. São Paulo:
Editora Malheiros, 2.009

Direito Ambiental Constitucional. 2 ed. São Paulo:
Editora Malheiros

SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Malheiros, 2.009.

STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2.012.

THEODORO JR, Humberto. Tutela Específica das obrigações de fazer e não fazer. Revista de Processo 105. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.002.

VIERA, Oscar Vilhena. Direitos Fundamentais, 2 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2.006.

WAMBIER, Teresa Celina de Arruda Alvim. Impossibilidade da decretação da pena de prisão como medida de apoio com base no art. 461, para ensejar o cumprimento da obrigação. Revista de Processo 113. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.003.

WATANABE, Kazuo. CDC comentado pelos Autores do Anteprojeto. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1.998.

Tutela Antecipatória e Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Reforma do Código de Processo Civil (org. Sávio de Figueiredo Teixeira). São Paulo: Saraiva, 1996

YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional. 2a ed., São Paulo: Editora DPJ, 2.006