



UNIVERSIDADE
**CATÓLICA
DE SANTOS**

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS - UNISANTOS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO**

WEULLY CORDEIRO COSTA

**O princípio da precaução como fundamento da tutela inibitória coletiva
ambiental**

**SANTOS – SP
2020**

Weully Cordeiro Costa

O princípio da precaução como fundamento da tutela inibitória coletiva ambiental

Pós-graduação *Stricto Sensu*
Mestrado em Direito Ambiental e Sustentabilidade

Universidade Católica de Santos

Dissertação apresentada à banca de defesa do Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Sustentabilidade da Universidade Católica de Santos, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade.

Área de concentração: Direito Ambiental e Sustentabilidade

Orientador: Prof. Dr. Wallace Paiva Martins Júnior

**SANTOS – SP
2020**

Weully Cordeiro Costa

O princípio da precaução como fundamento da tutela inibitória coletiva ambiental

Dissertação apresentada à banca de defesa do Programa de Mestrado em Direito Ambiental e Sustentabilidade da Universidade Católica de Santos, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade.

Área de concentração: Direito Ambiental e Sustentabilidade

Aprovado em: 09/03/2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Wallace Paiva Martins Junior – (Membro Nato)

Prof. Dr. Gilberto Passos de Freitas – (Membro Titular)

Prof. Dr. Sylvio Alarcon Estrada Junior – (Membro Titular)

Dedico este trabalho à Jesus Cristo, autor da minha vida e de toda a criação. Por ter me capacitado para chegar até aqui. E pelo divino presente concedido à humanidade, chamado natureza, o qual muitas vezes negligenciamos em seus cuidados.

AGRADECIMENTOS

Ao longo destes 23 (vinte e três) meses, iniciados em março de 2018, muitos desafios e obstáculos foram superados, muitos sacrifícios foram realizados e muitas renúncias foram necessárias para se chegar à conclusão desta dissertação. Quero agradecer primeiramente a Deus, meu Senhor, pela coragem, determinação e disciplina com que me dotou ao longo de toda minha vida e, principalmente, durante esta jornada. Em segundo lugar, a Maria Santíssima, minha mãe, por sua valiosa intercessão nos momentos mais difíceis.

Muitas pessoas foram importantes à conclusão deste trabalho, e a todas eu devo os meus mais sinceros agradecimentos.

À minha amada mãe, Lindecy, um agradecimento todo especial, pelo incentivo e suporte necessário.

Às minhas queridas irmãs, Luísa e Laís, pessoas que amo incondicionalmente, e que, por muitas vezes, não pude compartilhar alguns dos momentos em suas vidas devido às semanas de estudos fora de casa, à pesquisa e aos desafios da vida. Que esta conquista seja fonte de inspiração.

Agradeço também ao meu orientador, o Professor Dr. Wallace Paiva Martins Júnior, pela paciência, compreensão e atenção com que dedicou o seu valioso tempo para me orientar em cada passo na construção e conclusão desta dissertação.

Aos examinadores, por terem aceito participar deste momento tão importante na minha vida e, também, pela paciência ao fazer uma leitura tão acurada do trabalho. É uma satisfação e honra tê-los na Banca Examinadora.

A todos os professores do programa de pós-graduação *stricto sensu*, da UNISANTOS, que infundiram em meu ser notáveis conhecimentos.

A todos os meus amigos e colegas deste Mestrado, cuja companhia e amizade tornaram mais suaves os árduos dias desta jornada.

À Francisca Lima Figueiredo, estimada amiga e irmã em Cristo, agradeço imensamente por todas as orações em minha intenção, que foram mais valiosas do que eu possa imaginar e sentir.

A Ezequiel Lucena de Farias, pela amizade e pelas palavras de incentivo.

Por fim, agradeço a todos aqueles que, de alguma maneira, estiveram e estão próximos de mim, permitindo esta vida valer cada vez mais a pena.

RESUMO

A presente dissertação tem como objeto de estudo o princípio da precaução utilizado como fundamento da tutela inibitória coletiva, no âmbito de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A sociedade de risco global é o ponto de partida desta pesquisa e atua como substrato sociológico. Por sua vez, a efetividade da tutela jurisdicional é o critério teleológico que opera como fio condutor da pesquisa. No âmbito deste cenário jurídico, procura-se responder as seguintes questões: 1) A adoção do princípio da precaução imobilizaria o desenvolvimento econômico ou resguardaria os direitos das presentes e futuras gerações a um meio ambiente sustentável? 2) Entre as tutelas ressarcitória e inibitória, qual dessas seria a mais eficaz para se proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado? 3) O princípio da precaução pode ser utilizado como fundamento da tutela inibitória coletiva? Objetiva-se, portanto, analisar a implementação do princípio da precaução no âmbito da sociedade de risco, com o intuito de esclarecer que esse princípio, dentre todos, é o mais eficaz para lidar com a gestão das ameaças à higidez do meio ambiente, bem como demonstrar o caráter satisfativo da tutela inibitória em resguardar a sanidade dos ecossistemas. Além disto, tenciona-se comprovar que o princípio da precaução pode ser utilizado como fundamento da tutela inibitória coletiva ambiental. Para atingir tais desideratos, foi realizada uma pesquisa aplicada (do ponto de vista da sua natureza), explicativa (sob o prisma dos objetivos), bibliográfica (de acordo com a ótica dos procedimentos técnicos), e qualitativa (pelo ângulo da forma de abordagem do problema), por meio do método dialético (com relação à abordagem), bem como mediante a utilização dos métodos histórico e monográfico (de acordo com os meios técnicos da investigação). Dividiu-se o trabalho em três capítulos. No primeiro capítulo, aborda-se o princípio da precaução de forma holística no âmbito da sociedade de risco, destacando sua capacidade em gerir os riscos ambientais. No segundo capítulo, discorre-se, de forma exauriente, sobre a tutela inibitória, sempre destacando sua efetividade para lidar com questões ambientais. Por fim, no terceiro capítulo, disserta-se sobre a implementação e aplicação do princípio da precaução como fundamento da tutela inibitória coletiva, por meio da utilização do princípio da proporcionalidade, além de explanar o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, que destacou o enfoque jurídico da precaução.

Palavras-chave: Princípio da precaução. Tutela inibitória. Princípio da proporcionalidade. Implementação.

ABSTRACT

The present dissertation has as study subject the precautionary principle used as foundation of the collective inhibitory tutelage within the ambit of protection of the ecologically balanced environment. The global risk society is the starting point of this research and acts as the sociological substratum. On the other hand, the effectiveness of the judicial protection is the teleologic criteria that operates as guiding thread of the research. Within the ambit of this legal scenario, we seek to answer the following questions: 1) The adoption of the precautionary principle would immobilize the economic development or would it safeguard the rights of present and future generations to a sustainable environment? 2) Between the redress and inhibitory tutelage, which one would be the most efficient in protecting the ecologically balanced environment? 3) Can the precautionary principle be used as foundation of the collective inhibitory tutelage? Our objective is, therefore, to analyze the implementation of the precautionary principle within the ambit of the risk society, in order to clarify that this principle is, among all, the most efficient to deal with the management of the threats to the environmental health, as well as demonstrate the satisfactory character of the inhibitory tutelage in safeguarding the health of the ecosystems. In addition, we intend to prove that the precautionary principle can be used as the foundation of the environmental collective inhibitory tutelage. To achieve such goals, an applied research was carried out (by its nature), explanatory (by its objectives), bibliographic (according to a technical procedure perspective), and qualitative (by the perspective of approach to the problem), through the dialectical method (according to the approach), as well as through the use of the historic and monographic methods (according to the technical means of the investigation). We divided the work in three chapters. In the first chapter, we address the precautionary principle in a holistic form within the ambit of the risk society, highlighting its capacity in managing environmental risk. In the second chapter, we discuss, in an exhaustive way, about the inhibitory tutelage, always highlighting its effectiveness to deal with environmental matters. Ultimately, in the third chapter, we discuss about the implementation and application of the precautionary principle as foundation of the collective inhibitory tutelage, through the utilization of the proportionality principle, in addition to explaining the current understanding of the Supremo Tribunal Federal, that highlighted the judicial approach of the precaution.

Keywords: Precautionary principle. Inhibitory tutelage. Proportionality principle. Implementation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA SOCIEDADE DE RISCO	15
1.1 O RISCO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	15
1.1.1 A distribuição dos riscos na sociedade hodierna	17
1.1.2 Ponderações sobre riscos aceitáveis e inaceitáveis	20
1.1.3 Relação entre risco e o princípio da precaução	25
1.2 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	27
1.2.1 Surgimento e consolidação	28
1.2.2 Conceito	37
1.2.3 Elementos	41
1.2.3.1 Incerteza científica	41
1.2.3.2 Risco de dano	44
1.2.3.3 Inversão do ônus da prova	47
1.2.4 Distinção entre os princípios da precaução e prevenção	51
1.2.5 Críticas ao princípio da precaução.....	56
2 TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA	65
2.1 DIREITOS DIFUSOS E A TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA	65
2.1.1 O meio ambiente como direito fundamental de terceira dimensão	65
2.1.1.1 Primeira dimensão dos direitos fundamentais	69
2.1.1.2 Segunda dimensão dos direitos fundamentais	71
2.1.1.3 Terceira dimensão dos direitos fundamentais	72
2.1.1.4 Quarta dimensão dos direitos fundamentais	76
2.1.1.5 Quinta dimensão dos direitos fundamentais	77
2.1.2 Classificação dos direitos transindividuais	78
2.1.2.1 Direitos difusos	78
2.1.2.2 Direitos coletivos <i>stricto sensu</i>	79
2.1.2.3 Direitos individuais homogêneos	80
2.1.3 A efetividade do processo e a escolha da tutela adequada	83
2.2 TUTELA INIBITÓRIA.....	87
2.2.1 Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito	87
2.2.2 Fundamento	89
2.2.3 Espécies de tutela inibitória	92

2.2.3.1	Tutela contra a continuação do ilícito	92
2.2.3.2	Tutela contra a repetição do ilícito.....	93
2.2.3.3	Tutela contra a prática do ilícito.....	94
2.2.4	Tutela inibitória negativa e tutela inibitória positiva	95
2.2.5	A fungibilidade da tutela inibitória	96
2.2.6	A prova nas ações inibitórias	99
2.2.7	A execução da tutela inibitória	103
2.2.8	A tutela inibitória no plano coletivo	110
2.3	TUTELA RESSARCITÓRIA versus TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA NO ÂMBITO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.....	113
3	PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FUNDAMENTO DA TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA	119
3.1	IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ÂMBITO DA TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	119
3.1.1	Princípio da proporcionalidade	119
3.1.2	Implementação do princípio da precaução de acordo com o princípio da proporcionalidade	122
3.1.3	A tutela inibitória coletiva e o princípio da proporcionalidade	125
3.2	APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	127
3.2.1	Os enfoques do princípio da precaução.....	127
3.2.1.1	O enfoque simples	127
3.2.1.2	O enfoque administrativo	129
3.2.1.3	O enfoque jurídico	130
3.2.1.4	O enfoque político	131
3.2.2	<i>Leading case</i> do Supremo Tribunal Federal e seu atual entendimento sobre o princípio da precaução.....	132
3.2.3	O princípio da precaução como fundamento da tutela inibitória coletiva ambiental.....	138
CONCLUSÃO		142
REFERÊNCIAS		147

INTRODUÇÃO

O tema que fundamenta a presente dissertação é o princípio da precaução utilizado como fundamento da tutela inibitória coletiva no âmbito de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Além disto, a pesquisa se pautará, de forma predominante, na análise da tutela inibitória pura, ou seja, aquela voltada contra a prática do ilícito antes de sua ocorrência, tendo em vista que esta é a forma mais genuína de proteção ao meio ambiente.

Primeiramente, cumpre destacar que a degradação ambiental global começou a ocorrer em larga escala a partir da Revolução Industrial, que operou no mundo uma forma devastadora de exploração da natureza em prol do desenvolvimento econômico, sem considerar o aspecto finito dos recursos naturais, como, por exemplo, a poluição do ar, transformando-o em um agente transmissor de doenças respiratórias, a perda da potabilidade das águas, a contaminação do solo e do lençol freático por produtos químicos, a devastação de florestas e seus respectivos ecossistemas, tudo isto capitaneado por governos indiferentes à questão ambiental, refletindo, desta forma, carência de educação em matéria ecossistêmica.

No entanto, a temática relacionada à proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado como, direito fundamental a uma sadia qualidade de vida, é recente e começou a despontar no cenário internacional e nacional nas últimas décadas do século XX, principalmente, após o advento da Revolução Tecnológica que fomentou e fortaleceu sobremaneira o mercado capitalista global.

Surge, portanto, em meados das décadas de 60 e 70 do século passado, um interesse mundial pela proteção ao meio ambiente, tendo em vista sua dimensão global caracterizada pela ausência de fronteiras ambientais no mundo, haja vista tratar-se, obviamente, de um só planeta. Sendo assim, o dever de zelar pela manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado exige um senso comum de cooperação internacional entre os países, não permitindo que a soberania dos estados seja um fator impeditivo à proteção ambiental.

Contudo, nossa consciência e educação ambiental ainda se encontram em vias de amadurecimento, tendo em vista o fato de haver certa predominância no pensamento antropocêntrico, em que se coloca o homem no centro das preocupações ambientais, muitas vezes tratando este homem como um parasita que apenas se preocupa com a saúde do hospedeiro, neste caso o planeta terra, com o único intuito

de prolongar sua vida. De modo diverso, seria salutar que tivéssemos a compreensão de que todas as espécies de vida são importantes, bem como, que a nossa geração não será a única a habitar o planeta. Portanto, não podemos nos comportar como proprietários da Terra para usar, gozar e dispor sem nenhuma responsabilidade; pelo contrário, devemos agir como fiéis depositários para preservar o mundo para as próximas gerações.

Como cediço, pelo menos do ponto de vista teórico, a grande maioria dos danos causados ao meio ambiente é irreversível, pois a natureza não goza de meios adequados para se recompor ao *status quo ante* e o processo de recuperação da área degradada apenas tem a capacidade de minimizar os impactos ambientais. Desta forma, desponta, na atualidade, a importância do princípio da precaução, pois, de acordo com esse axioma, sempre que houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a falta de consenso científico não pode servir como desculpa para postergar medidas proporcionais, eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Perceba, desta forma, que a *ratio* do princípio da precaução se confunde com a própria finalidade do Direito Ambiental, que consiste em proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, evitando que o dano ao ecossistema venha a ocorrer. Assim, ante a existência de riscos ambientais, esse princípio recomenda agir com cautela, mediante medidas protecionistas, mesmo que não se tenha certeza científica acerca da ameaça ambiental envolvida. Afinal, ante o relativismo do conhecimento científico que perpassa os dias atuais, o consenso da comunidade científica pode se tornar uma utopia.

Além de impedir a concretização do dano ambiental, a importância do princípio da precaução, igualmente reside no fato de encarar a incerteza científica como um desafio a ser superado, mediante a utilização da melhor tecnologia disponível, bem como, contribuindo para o avanço de tecnologias sustentáveis que garantam a sobrevivência das futuras gerações.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro reservou capítulo próprio à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigindo-o à categoria dos direitos fundamentais, inclusive, sendo a primeira vez que uma Carta Magna brasileira utiliza a expressão *meio ambiente*. Em verdade, trata-se de direito transindividual difuso, reconhecido como direito fundamental de terceira dimensão. Essa classificação se encontra definida de forma

expressa no art. 81, do Código de Defesa de Consumidor, caracterizando-o como sendo de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são direitos transindividuais providos de humanismo e universalidade, passando a ver o indivíduo dentro de uma coletividade, com o intuito de proteger o corpo social, o gênero humano, apresentando como fundamento a fraternidade ou solidariedade. Desta forma, por se tratar de um direito difuso, o meio ambiente se configura em um patrimônio de todos e, portanto, sua proteção jurisdicional deve ocorrer de forma coletiva e inibitória, com a finalidade de evitar a concretude do dano.

Assim sendo, resta evidenciado a congruência epistemológica entre o princípio da precaução e a tutela inibitória coletiva, pois, ambos visam evitar a materialização do dano ambiental.

No âmbito deste cenário jurídico, nossa dissertação vai procurar responder as seguintes questões: 1) A adoção do princípio da precaução imobilizaria o desenvolvimento econômico ou resguardaria os direitos das presentes e futuras gerações a um meio ambiente sustentável? 2) Entre as tutelas ressarcitória e inibitória, qual dessas seria a mais eficaz para se proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado? 3) O princípio da precaução pode ser utilizado como fundamento da tutela inibitória coletiva?

Assim, a presente dissertação formula as seguintes hipóteses:

1) Partindo da ótica do desenvolvimento sustentável, tentando harmonizar o desenvolvimento econômico com a proteção ao meio ambiente e a equidade social, a presente pesquisa tentará demonstrar que a implementação do princípio da precaução, conduzida pelo princípio da proporcionalidade, não impede o desenvolvimento econômico e garante a proteção ao meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

2) Levando em consideração a premissa de que o dano ambiental apresenta um alto teor de irreversibilidade, temos que a tutela inibitória é o meio mais eficaz de evitar a concretização de destruições ao meio ambiente, já que a tutela ressarcitória é incapaz de reestabelecer o *status quo ante*.

3) A implementação do princípio da precaução constitui um poder-dever de agir da Administração Pública, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim, ante o dever de motivadamente evitar a concretização do

risco em catástrofe ambiental, esse princípio poderá ser utilizado para fundamentar a tutela inibitória coletiva.

A fim de corroborar, ou não, nossas hipóteses, escolhemos, com relação à abordagem, o método dialético, segundo o qual o pesquisador precisa estudar seu objeto de forma holística e tratá-lo de forma dinâmica, partindo do pressuposto que o conhecimento científico está sempre em evolução, e, por esta razão, proporciona o suporte necessário para uma interpretação totalizante, considerando as influências políticas, econômicas e culturais da implementação do princípio da precaução. Por sua vez, em referência aos meios técnicos da investigação, os quais constituem os procedimentos garantidores da objetividade e da precisão do tema da pesquisa, optamos pelos métodos histórico e monográfico para verificarmos a influência do passado na sociedade hodierna, bem como, para examinarmos o assunto abordado de modo exauriente, respectivamente.

Com o intuito de responder as três perguntas centrais, a presente pesquisa poderá ser classificada da seguinte forma: 1) *aplicada* (do ponto de vista da sua natureza), pois busca encontrar soluções práticas para problemas específicos do cotidiano; 2) *explicativa* (sob o prisma dos objetivos), já que pretende explicar o porquê das coisas, mediante a análise dos fatores determinantes; 3) *bibliográfica* (de acordo com a ótica dos procedimentos técnicos), visto que se fundamenta em contribuições já publicadas de diversos autores; e 4) *qualitativa* (pelo ângulo da forma de abordagem do problema), uma vez que não se propõe a mensurar dados numéricos e técnicas estatísticas, mas sim utilizar dados fornecidos pela ciência do Direito para compreender detalhadamente seus significados e características.

Os objetivos deste estudo são:

- Analisar a implementação do princípio da precaução no âmbito da sociedade de risco, com o intuito de esclarecer que esse princípio, dentre todos, é o mais eficaz para lidar com a gestão das ameaças ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

- Demonstrar o caráter satisfativo da tutela inibitória na proteção ao meio ambiente, em face da ineficiência da tutela ressarcitória em recompor os danos ambientais.

- Comprovar que o princípio da precaução é uma norma bastante eficaz para ser utilizado como fundamento da tutela inibitória coletiva para conseguir a prestação jurisdicional almejada, ou seja, a proteção ambiental.

A presente dissertação será dividida em três capítulos, além da Introdução, Conclusão e Referências.

O Primeiro Capítulo oferece um panorama sobre a formação e o desenvolvimento do princípio da precaução na sociedade de risco, ressaltando sua importância no cenário global, bem como, demonstrando que esse princípio, dentre todos os axiomas ambientais, é o mais adequado para lidar com a gestão das ameaças ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Mas antes de apresentar o princípio da precaução, de uma maneira holística, iremos abordar as nuances da sociedade de risco e suas ligações com o meio ambiente, mediante a ótica de Ulrich Beck, que desenvolveu o conceito de *sociedade de risco* em sua obra intitulada “Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade”. Discorre-se, então, sobre os riscos ambientais, que são o produto da junção das ameaças naturais e das atividades humanas na natureza. Em sequência, fazemos uma análise de como ocorre a distribuição dos riscos, ponderações acerca de ameaças aceitáveis e inaceitáveis à luz da Constituição Federal da República Federativa do Brasil e a relação entre risco e precaução.

Ainda, no Primeiro Capítulo, fazemos, por fim, uma análise exauriente do princípio da precaução, abordando seu surgimento e consolidação, seu conceito, seus elementos, sua diferença com o princípio da prevenção e as críticas que são realizadas a esse axioma, destacando seu principal opositor, que é Cass Robert Sunstein, mediante o livro “*Laws of Fear: beyond the precautionary principle*”, bem como, refutando todas as apreciações negativas que lhe foram formuladas.

O Segundo Capítulo apresenta o instituto da tutela inibitória coletiva. Inicialmente iremos ressaltar a relação existente entre o meio ambiente e a tutela inibitória coletiva, mediante o estudo das dimensões dos direitos fundamentais e da classificação dos direitos transindividuais. Em sequência, examinaremos como a escolha da tutela jurisdicional adequada influi na efetividade do processo.

Posteriormente, analisamos pormenorizadamente as generalidades e características da tutela inibitória, para depois destacarmos sua importância. Por fim, ressaltamos as diferenças teóricas e práticas entre a tutela inibitória e a ressarcitória, destacando a eficácia da primeira no âmbito de proteção ao meio ambiente.

No Terceiro Capítulo é realizada uma análise do princípio da precaução como fundamento jurídico autorizador da concessão da tutela inibitória coletiva ambiental. Para tanto, analisamos como o princípio da proporcionalidade age para guiar a

implementação do princípio da precaução no âmbito da ação inibitória. Após, examinamos a eficácia desse princípio, na proteção do meio ambiente, sob o enfoque jurídico, o qual trata esse axioma como uma norma de direito fundamental de aplicação direta capaz de fundamentar uma decisão judicial.

Em sequência, estudamos um *leading case* do Supremo Tribunal Federal, com o intuito de apreciarmos o conteúdo jurídico do princípio da precaução e o atual entendimento da Suprema Corte. Por fim, tratamos das características comuns ao axioma ambiental e a tutela inibitória, as quais permitem utilizar a precaução como fundamento jurídico da referida tutela jurisdicional.

Na Conclusão, tencionamos responder às questões e hipóteses que nortearam a pesquisa desta dissertação.

1 O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA SOCIEDADE DE RISCO

1.1 O RISCO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O risco sempre fez parte da condição da existência humana, inclusive de forma mais intensa no passado, quando as epidemias assolavam as cidades, a escassez de alimentos causava a morte de diversos membros das comunidades mais carentes, o ser humano não detinha conhecimentos científicos necessários para lidar com condições climáticas extremas e, até mesmo, quando a disputa por territórios era uma realidade frequente. No entanto, este tipo de ameaça difere substancialmente do risco que iremos analisar neste trabalho. Segundo Carla Amado Gomes, para quem o risco foi sempre relacionado ao desconhecido, atualmente, “apesar e por causa das constantes superações da Ciência, esse desconhecido entranhou-se em praticamente todos os domínios da vida, trazendo consigo uma intensa sensação de fragilidade”¹.

O ponto de partida para a análise do princípio da precaução será a sociedade de risco, em que a “semântica do risco diz respeito a perigos futuros tematizados no presente, resultantes, frequentemente, dos avanços da civilização”².

José Rubens Morato Leite³ conceitua a sociedade de risco como sendo “aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental”. Desta forma, percebe-se que trataremos de riscos ambientais que podem ser evitados, ou amenizados os possíveis efeitos futuros, se tomarmos medidas de precaução diante de sua existência, mesmo que a ciência não seja capaz de mensurar com certeza científica todas as consequências negativas de prováveis catástrofes que possam vir a ocorrer.

Para tanto, primeiramente, cabe destacar o que seriam riscos ambientais e, posteriormente, esclarecer a diferença entre riscos e catástrofes. Os riscos ambientais são a junção entre os riscos naturais e o elemento humano, ou seja, são os riscos que abrangem os eventos da natureza agravados pela atividade antrópica no meio natural.

¹ GOMES, C. A. **Direito ambiental**: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. Curitiba: Juruá, 2010, p. 83.

² BECK, U. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. *E-book*.

³ LEITE, J. R. M. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 158.

Por sua vez, é de fácil percepção que risco e catástrofe apresentam significados distintos. Catástrofe seria a concretização do risco no futuro, pois riscos “dizem respeito à possibilidade de acontecimentos e desenvolvimentos futuros, tornam presente um estado do mundo que (ainda) não existe”⁴. Assim, no momento em que o risco se torna uma realidade concreta, como, por exemplo, determinada espécie da fauna ou flora é extinta por conta da instalação de uma hidrelétrica, este se transforma em uma catástrofe ambiental.

Neste sentido, cabe destacar a lição de Ulrich Beck⁵:

Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente futuro. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto "amplificador do risco". Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje.

Em nossa sociedade hodierna, o risco se encontra incrustado em todas as camadas sociais, em todos os empreendimentos humanos, sejam eles sustentáveis ou não, daí Canotilho afirmar que a “literatura juspublicística, à semelhança do que acontece com outros ramos do saber, passou a incorporar como tema quase obrigatório o risco ambiental”⁶.

A preocupação com os riscos ambientais foi bem notada em 1987 quando a Comissão Mundial da ONU sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento publicou o estudo **Nosso Futuro Comum**, conhecido como *Relatório Brundtland*, oportunidade em que foi cunhado o conceito de desenvolvimento sustentável como sendo “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”⁷. Assim, os projetos humanos em busca do desenvolvimento sustentável devem procurar mitigar ao máximo a produção dos riscos com a finalidade de garantir a subsistência das próximas gerações, pois, “no mínimo, o desenvolvimento sustentável não deve pôr

⁴ BECK, U. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. *E-book*.

⁵ Id. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 39.

⁶ CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional português e da União Europeia. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

⁷ [ONU] Organização das Nações Unidas – Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991, p. 46.

em risco os sistemas naturais que sustentam a vida na Terra: a atmosfera, as águas, os solos, e os seres vivos”⁸.

Obviamente, é cediço que qualquer empreendimento humano carrega de forma inerente riscos à sociedade, pois o “risco zero” é uma utopia. No entanto, havendo planejamento, o desenvolvimento sustentável pode ser alcançado se levarmos em consideração o grau de regeneração e renovação dos recursos naturais que serão utilizados em determinada atividade, afinal, certa área de uma floresta pode ser desmatada sem grandes prejuízos aos ecossistemas, caso seja essa floresta expandida em outra direção com o intuito de compensar a área devastada.

1.1.1 A distribuição dos riscos na sociedade hodierna

Em sua clássica obra *Sociedade de Risco – rumo a uma outra modernidade* – Ulrich Beck afirma que “a miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear”⁹. De fato, diante dos riscos catastróficos inerentes às atividades nucleares desaparecem todas as barreiras de proteção da sociedade de classes¹⁰. Isso ocorre frente à globalização dos riscos ambientais, tendo em vista a ausência de fronteiras do meio ambiente, como nos ensina José Rubens Morato Leite¹¹:

A peculiaridade do debate do Estado de Direito Ambiental exige que a reflexão a respeito da preservação do ambiente não possa restringir-se a Estados isolados apenas. Assim, aumenta-se a complexidade da questão quando se constata que o ambiente é uno, não se restringindo a realidades estanques diversas conforme fronteiras geográficas.

Na mesma linha de raciocínio, Beck nos oferece outra fórmula: “a miséria é hierárquica, o *smog*¹² é democrático”¹³. Desta forma, perante algumas espécies de

⁸ [ONU] Organização das Nações Unidas – Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991, p. 48.

⁹ BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 7.

¹⁰ Nesse sentido, cabe destacar o Princípio 26 da Declaração da ONU sobre o Meio Ambiente realizada em Estocolmo: “É preciso livrar o homem e seu meio ambiente dos efeitos das armas nucleares e de todos os demais meios de destruição em massa. Os Estados devem-se esforçar para chegar logo a um acordo – nos órgãos internacionais pertinentes – sobre a eliminação e a destruição completa de tais armas.”

¹¹ LEITE, J. R. M. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 179.

¹² Segundo Oxford Advanced Learner’s Dictionary, *smog* significa: A form of air pollution that is or looks like a mixture of smoke and fog, especially in cities (Uma forma de poluição do ar que é ou parece uma mistura de fumaça e neblina, especialmente nas cidades). Tradução do autor.

¹³ BECK, op. cit., p. 43.

riscos ambientais, desaparecem fronteiras sociais entre as classes, bem como, as fronteiras geográficas entre os países, alcançando toda a espécie humana sem distinção de qualquer natureza. Razão pela qual, nos ensina o citado autor que “sociedades de risco simplesmente não são sociedades de classes; suas situações de ameaça não podem ser concebidas como situações de classe, da mesma forma como seus conflitos não podem ser concebidos como conflitos de classe”¹⁴.

No entanto, temos que observar que determinados riscos são específicos de determinada classe social, como bem observado no *Relatório Brundtland*¹⁵:

Quando um sistema se aproxima de seus limites ecológicos, as desigualdades se acentuam. Assim, quando uma bacia fluvial se deteriora, os agricultores pobres sofrem mais porque não podem adotar as mesmas medidas antierosão que os agricultores ricos adotam. Quando se deteriora a qualidade do ar nas cidades, os pobres, que vivem em áreas mais vulneráveis, têm a saúde mais prejudicada que os ricos, que geralmente vivem em lugares mais protegidos. Quando os recursos minerais escasseiam, os retardatários do processo de industrialização é que perdem os benefícios dos suprimentos baratos. Globalmente, as nações mais ricas estão em situação melhor, do ponto de vista financeiro e tecnológico para lidar com os efeitos de uma possível mudança climática.

Por isso Beck esclarece que os riscos podem reforçar a sociedade de classes, tendo em vista que a distribuição dos riscos pode se ater, assim como as riquezas, ao esquema de classes, porém de modo inverso já que as riquezas se acumulam em cima e os riscos embaixo. “Assim, os riscos parecem *reforçar*, e não *revogar*, a sociedade de classes”¹⁶.

Desse modo, para saber se a sociedade de risco acentua a sociedade de classes, precisamos analisar qual o tipo do risco no caso concreto. A utilização de agrotóxicos na agricultura é um tipo de risco que acentua o esquema de classes, pois sua concentração ocorrerá nos indivíduos das classes mais pobres, tendo em vista que os grupos mais abastados da sociedade fazem uso do alimento orgânico que, por apresentar um preço mais elevado, se torna inacessível aos mais desprovidos. De modo inverso, qualquer tipo de contaminação na água destinada ao abastecimento da sociedade trata-se de um risco democrático que não obedece ao esquema de

¹⁴ BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 43.

¹⁵ [ONU] Organização das Nações Unidas – Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991, p. 52.

¹⁶ BECK, op. cit., p. 41.

classes, pois atinge todas as camadas sociais interligadas pelo sistema de abastecimento. Afinal, por exemplo, os poluentes encontrados na água não irão desaparecer antes de chegar na residência do proprietário da fábrica de tecidos que despeja dejetos químicos no rio responsável por abastecer o principal reservatório de água da cidade. Da mesma forma, temos a questão relativa ao aquecimento global, que, embora varie de região para região, afeta de modo geral toda a população mundial.

Desta forma, podemos observar que a distribuição dos riscos em nossa sociedade ocorre de forma indiscriminada, alcançando todas as classes, inclusive o próprio causador do risco, como um efeito bumerangue, sem olvidar que determinados riscos podem acentuar o esquema de classes se concentrando nos indivíduos menos favorecidos. Portanto, embora a sociedade de risco não se confunda com a sociedade de classe, ambas podem encontrar um ponto de convergência, a depender do tipo de risco ambiental e, a partir deste ponto, potencializarem os seus efeitos nefastos por meio de uma política opressora que não leva em consideração o bem-estar físico e psíquico dos cidadãos.

O efeito bumerangue dos riscos ambientais tem o poder de destruir, inclusive, o causador do risco, demonstrando que a preocupação com o desenvolvimento sustentável deve ser coletiva, ou seja, todas as classes sociais devem se esforçar para alcançar o equilíbrio entre os três sustentáculos do desenvolvimento sustentável, a saber, bem-estar social, economia e meio ambiente. Acerca do efeito bumerangue, temos a lição de Ulrich Beck¹⁷:

Contido na globalização, e ainda assim claramente distinto dela, há um padrão de distribuição dos riscos no qual se encontra um material politicamente explosivo: cedo ou tarde, eles alcançam inclusive aqueles que os produziram ou que lucraram com eles. Em sua disseminação, os riscos apresentam socialmente um *efeito bumerangue*: nem os ricos e poderosos estão seguros diante deles.

Contudo, mister se faz ressaltar que o efeito bumerangue não se dá apenas de forma direta, nem tampouco apenas com relação à própria vida, pois, podem ocorrer efeitos indiretos, de ordem patrimonial, tanto no patrimônio do ofensor, como nos bens de todos que se encontram circunscritos naquela região. A instalação de

¹⁷ BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 44.

uma usina nuclear ou hidrelétrica em determinada região ou cidade reduz o valor econômico da terra e de todos os imóveis localizados naquela área geográfica, atingindo não apenas o agressor.

1.1.2 Ponderações sobre riscos aceitáveis e inaceitáveis

Primeiramente, deve-se ter em mente que a indagação acerca de quais riscos são aceitáveis e quais não são, trata-se de uma questão relativa, que depende do ponto de vista econômico, social e ético de determinada população, ou seja, cada análise será feita em estrita observância ao caso prático.

Ao analisarmos a instalação de determinado empreendimento que ocasionará, além dos riscos, uma vasta oferta de emprego em uma cidade pobre com índices de desemprego elevadíssimos, de um país de terceiro mundo, vamos encontrar por parte do gestor público e, também, por parte da população local, que se encontra em vias de amadurecimento acerca de educação ambiental, uma “alta aceitação” da instalação do empreendimento, sem, muitas vezes, se importar com os riscos ambientais decorrentes da atividade a ser instalada. Nesse sentido, cabe destacar a lição de Beck: “o diabo da fome é combatido com o belzebu da potenciação do risco”¹⁸.

Como é cediço, todas as indústrias que têm em sua atividade uma potenciação do risco acabam por migrar seus empreendimentos para os países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde a legislação ambiental se apresenta com menos rigor face o atual estágio de subdesenvolvimento. Isto também ocorre por se encontrar nesses países mão de obra barata e uma legislação trabalhista menos protecionista, daí verificarmos a relação entre pobreza e risco: “miséria material e cegueira diante do risco coincidem”¹⁹.

Como exemplo dessa trágica relação entre miséria e risco, Beck cita o caso de Vila Parisi quando o governo militar convidou empresas estrangeiras a transferirem para o município de Cubatão a fabricação de produtos nocivos ao meio ambiente, citando, ainda, a conhecida frase do então ministro do planejamento Paulo Velloso:

¹⁸ BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 51.

¹⁹ Ibid., p. 50.

“O Brasil ainda pode importar poluição”²⁰, justamente em 1972, ano da Conferência do Meio Ambiente de Estocolmo. Percebe-se, assim, que o único foco do Governo Federal, na época, era o desenvolvimento econômico, aceitando, conseqüentemente, toda espécie de risco ambiental, desconsiderando, assim, o desenvolvimento sustentável.

“Desta forma, em vez de perguntar-se que risco é aceitável, a pergunta deveria ser que tipo de sociedade deseja-se”²¹. Assim, devemos aprofundar esse questionamento com viés sociológico, pois a decisão, quase sempre tomada pelo gestor público sem a participação da sociedade, irá ter conseqüências diretas na qualidade de vida da população. Portanto, os riscos que são postos em análise para aceitação ou não, devem ser compreendidos de acordo com a dignidade da pessoa humana, acerca de níveis aceitáveis de vida, de decência, de saúde, entre outros fatores.

Além disto, não podemos olvidar do princípio da solidariedade entre gerações, pois, mesmo que determinado risco seja aceitável naquele momento, devemos nos perguntar se este mesmo risco seria aceitável para as gerações futuras. O ideal é que tivéssemos a consciência de que “o planeta não pertence à nossa espécie [e] não herdamos de nossos pais ou avós o direito de usufruir dos [seus] recursos [...], mas estamos tomando-os emprestados de nossos filhos e netos”²².

Acerca do controle do risco, mister se faz ressaltar a valiosa lição de Paulo Affonso Leme Machado, que independentemente do atual estágio de desenvolvimento da sociedade, nos mostra critérios objetivos, à luz de nossa Constituição, sobre o que seriam riscos inaceitáveis:

Controlar o risco é não aceitar qualquer risco. Há riscos inaceitáveis, como aquele que coloca em perigo os valores constitucionais protegidos, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, os processos ecológicos essenciais, o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, a diversidade e a integridade do patrimônio biológico – incluído o genético – e a função ecológica da fauna e da flora. Repita-se que o princípio da precaução é uma ferramenta para evitar o dano ambiental e implantar o

²⁰ BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 52.

²¹ HAMMERSCHMIDT, D. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. In: MACHADO, P. A. L.; MILARÉ, E. (Org.). **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 368. (Coleção doutrina essenciais; v. 1)

²² BERNA, Vilmar. **Ecologia para ler e pensar**: ética e educação ambiental para todas as idades. São Paulo: Paulus, 1994, p. 15, apud CATALAN, Marcos. **Proteção constitucional do meio ambiente e seus mecanismos de tutela**. São Paulo, Método, 2008, p. 79.

direito de todos ao meio ambiente equilibrado e à sadia qualidade de vida²³.

No entanto, paradoxalmente, riscos que são inaceitáveis por sua própria natureza catastrófica, tornam-se não somente aceitos, mas legalizados e legitimados pelo *limite de tolerância*, o qual declara claramente, que determinada quantidade de veneno é inofensiva, que determinada quantidade de poluição é inócua, em outras palavras, afirma que veneno deixa de ser veneno e que poluição deixa de ser poluição.

De acordo com os limites de tolerância, determinada substância tóxica, em certa quantidade, pode ser aceita como normal no ar, na água ou nos alimentos. Ora, “quem quer que limite a poluição, estará fatalmente *consentindo com ela*”²⁴. Pois, mesmo que os limites de tolerância evitem o pior, não deixam de legitimar certo grau de envenenamento da natureza e do ser humano, ou seja, “viabilizam um *acionamento de longo prazo do envenenamento coletivo normalizado*”²⁵. Assim, aquela indústria de produtos alimentícios que colocou dada substância tóxica em seus alimentos, para todos os efeitos legais, de acordo com estes limites de tolerância, não terá envenenado a alimentação do consumidor.

Além disto, perceba que estes limites de tolerância podem variar de acordo com a legislação interna de cada país. Por exemplo, segundo informação do Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC)²⁶, a Coca-Cola comercializada no Brasil contém a maior concentração do 4-metil-imidazol (4-MI), subproduto presente no corante Caramelo IV, classificado como cancerígeno pela Agência de Proteção Ambiental da Califórnia. E mais:

A ANVISA reconhece oficialmente a Resolução da Comissão Nacional de Normas e Padrões para Alimentos (CNNPA), do Ministério da Saúde, de que o teor de 4-MI não deve exceder 200 miligramas em cada quilo de alimento. O que significa dizer que, se levarmos em consideração uma porção de 100g de determinado produto, a quantidade permitida no Brasil é quase 700 vezes maior que a permitida na Califórnia.

Exemplos dessa discrepância nos valores aceitáveis podem ser vistos no resultado de um estudo realizado em 2012 pelo Centro de Ciência para o Interesse Público (CSPI na sigla em inglês), da capital norte-americana. O centro avaliou a concentração de 4-MI em latas de Coca-Cola de diversos países e encontrou a Coca brasileira como detentora do primeiro

²³ MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 102-103.

²⁴ BECK, U. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 78.

²⁵ *Ibid.*, p. 79.

²⁶ IDEC. Instituto de Defesa do Consumidor. **Você sabe o que é Caramelo IV?** Disponível em: <https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/voce-sabe-o-que-e-caramelo-iv>. Acesso em: 10 mai. 2019.

lugar no ranking. Confira outros valores ao redor do mundo na tabela abaixo:

Quantidade de 4-metil-imidazol (4-mi) na Coca-Cola em nove países	
País	4-MI em microgramas (mcg) em cada 355 ml
Brasil	267
Quênia	177
Canadá	160
Emirados Árabes Unidos	155
México	147
Reino Unido	145
Estados Unidos (Washington, DC)	144
Japão	72
China	56
Estados Unidos (Califórnia)	4

Acerca da relativização dos limites de tolerância por cada país, destaco a lição de Gabriela Bueno de Almeida Moraes²⁷:

Considerar o nível de aceitação do risco e sua relativização por cada grupo social é tarefa árdua para quem pretende criar uma legislação internacional homogênea. Se em cada país o risco de acidente nuclear ou de segurança alimentar relacionada a organismos geneticamente modificados é vista de forma distinta, como equilibrar todas essas percepções em um único instrumento jurídico? Conforme observa Niklas Luhmann, é importante analisar a questão de “quem” decide quando o risco deve ser levado ou não em consideração. Beck responderia que a seleção dos riscos deve ser feita democraticamente.

Afora esta questão legislativa que depende de cada país, ainda é preciso considerar os avanços da ciência, pois, via de regra, na medida em que os conhecimentos científicos evoluem, as taxas dos limites de tolerância diminuem. O que, em determinada época do passado, era considerado inofensivo, passa a ser abalizado como prejudicial à saúde humana. Fato este que demonstra que nunca houve certeza científica acerca destes limites. E mesmo que haja sobre determinada substância tóxica, não podemos olvidar que esta certeza se baseia na análise isolada da referida substância. O que é ocorre, por exemplo, quando duas ou mais substâncias malélicas interagem entre si? Quais são suas reações? Seus efeitos negativos são potencializados ou atenuados? E em que escala são intensificados ou

²⁷ MORAES, G. B. de A. **O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - USP. São Paulo: 2011. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-03092012-111415/pt-br.php>. Acesso em: 20 mai. 2018.

mitigados? Infelizmente, a comunidade científica não tem respostas para estas perguntas ou, caso as tenha, não compartilha com a sociedade. Por isso, Ulrich Beck afirma que “continua sendo hipocrisia fixar limites de tolerância com base em substâncias tóxicas isoladas, se ao mesmo tempo se liberam milhares de substâncias nocivas, sobre cujas interações se silencia totalmente!”²⁸.

Neste sentido, temos a pesquisa de Gabriela Bueno de Almeida Moraes²⁹:

Quanto ao cálculo dos riscos, uma das críticas mais relevantes quanto a sua confiabilidade diz respeito ao “cálculo do normal”. O nível que deve ser respeitado por atividade para não ser considerada danosa é calculado tendo em vista a quantificação “normal” ou “média”. Em outras palavras, o produto químico “x” é potencialmente danoso à saúde humana quando encontrado em uma concentração “y”. A variável “y”, por sua vez, é calculada sobre aquela proporção “aceitável”. No entanto, o problema desse raciocínio na sociedade moderna, é que não existem mais níveis “normais”, em termos absolutos. O que foi normal há dez anos, não o é mais, atualmente. E o que não era aceitável, hoje foi promovido para o padrão da “normalidade”.

Outro problema que surge da análise do risco diz respeito ao conhecimento compartimentalizado dos produtos químicos. Sabe-se qual é o nível “aceitável” de urânio para um indivíduo com determinadas características. No entanto, também é verdade que um indivíduo não está apenas vulnerável ao urânio, mas a milhares de toxinas e componentes químicos criados ou não pelo homem, que têm efeitos cumulativos ainda desconhecidos. Resta à ciência perceber que o “nível aceitável” nada mais é que um mito criado para calcular riscos à saúde de indivíduos que não são submetidos a mais nenhum outro elemento tóxico “em condições normais de temperatura e pressão”. Ora, na medida em que o ser humano e o meio ambiente continuam sendo tratados como dados isolados, o cálculo do risco nunca chegará a um resultado condizente com a realidade.

Para Beck³⁰, toda definição de limites de tolerância se baseia em, pelo menos, duas falácias. A primeira delas consiste no fato dos experimentos com animais não refletirem a realidade em seres humanos. Por sua vez, a segunda falácia é uma extensão lógica da anterior, pois os reais efeitos em seres humanos só podem ser constatados de maneira confiável com o próprio ser humano, o que não é realizado na prática ou de maneira mais clara:

²⁸ BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 82.

²⁹ MORAES, G. B. A. **O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - USP. São Paulo: 2011. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-03092012-111415/pt-br.php>. Acesso em: 20 mai. 2018.

³⁰ BECK, op. cit., p. 84.

O experimento com o ser humano ocorre na verdade, mas justamente de forma invisível, *sem* controle científico sistemático, *sem* levantamento de dados, *sem* estatística, *sem* análise de correlações, sob o manto da *ignorância* dos afetados — e com o ônus da prova *invertido*, no caso de alguém acabar notando algo.

Ante todas estas considerações, para refletirmos com lucidez acerca do que seria riscos aceitáveis e inaceitáveis, devemos nos questionar: “*Como queremos viver? O que há de humano no ser humano, de natural na natureza, que é preciso proteger?*”³¹. Para lidar com estas indagações advindas da sociedade de risco, ressaltamos a importância da Governança Ambiental Global³² como um efetivo instrumento para o estabelecimento de cooperações mútuas, pois, atua como um meio de resolução de variadas questões. Além disso, conta com a participação ampliada de diversos atores, pretende alcançar um consenso e uma forma de cooperação entre as partes envolvidas e se baseia em regras e normas que buscam a solução dos problemas comuns.

Portanto, mesmo que determinada população apresente uma alta aceitação de riscos, em face de um provável desenvolvimento econômico precário, o gestor público, a população e os diversos atores da sociedade civil precisam ter em mente que todos os riscos, que ponham em perigo o equilíbrio do meio ambiente, são inaceitáveis por ameaçarem valores constitucionalmente protegidos.

1.1.3 Relação entre risco e o princípio da precaução

Os riscos não se materializam no presente, caso contrário não seriam riscos e sim danos ou catástrofes. Os riscos estão ligados ao futuro, a prováveis danos que podem ocorrer somente no futuro. “Nesse sentido, os riscos indicam um futuro que precisa ser evitado”³³. Valendo-nos aqui das lições de Ulrich Beck³⁴:

³¹ BECK, U. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 34.

³² Governança é a totalidade das diversas maneiras pelas quais os indivíduos e as instituições, públicas e privadas, administram seus problemas comuns. É um processo contínuo pelo qual é possível acomodar interesses conflitantes ou diferentes e realizar ações cooperativas. Governança diz respeito não só a instituições e regimes formais autorizados a impor obediência, mas também a acordos informais que atendam aos interesses das pessoas e instituições. [ONU] Organização das Nações Unidas. Comissão sobre Governança Global. **Nossa comunidade global**. Rio de Janeiro: FGV, 1996, p. 2.

³³ BECK, op. cit., p. 40.

³⁴ Ibid., loc. cit.

O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim no *futuro*. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como “causa” da vivência e atuação presente. Tornamo-nos ativos hoje para evitar e mitigar problemas ou crises do amanhã ou do depois de amanhã, para tomar precauções em relação a eles – ou então justamente não.

Assim podemos considerar o risco como uma força política³⁵ que tem o poder de transformar o mundo futuro, pois, sendo os riscos acontecimentos futuros que nos ameaçam de forma constante, nossas expectativas, pensamentos e ações são orientadas e moldadas de acordo com o tipo de ameaça que enfrentamos. Contudo, diante dos riscos nem sempre temos uma reação positiva, algumas vezes a Administração Pública, quem decide o que são riscos nos casos práticos de licenciamento ambiental, prefere negar a existência dos fatores de risco ou, simplesmente, assumir uma postura de indiferença em prol, apenas, do desenvolvimento econômico. Porém, quando o Ente Federativo ou órgão público assume uma postura de precaução, reconhecendo a existência de uma ameaça, passamos a vivenciar “o momento cosmopolita da sociedade de risco mundial”³⁶ que tem o poder de garantir a sobrevivência das futuras gerações.

Desta forma, aceitando como ponto de partida que o núcleo central do risco é o *futuro*, encontramos a relação deste com o princípio da precaução, já que o agir deste princípio se fundamenta em evitar os futuros danos ao meio ambiente. Nesse sentido, Michel Prieur afirma que “o princípio da precaução é atualmente uma referência indispensável em todas as abordagens relativas aos riscos”³⁷. Da mesma forma, Philippe Kourilsky destaca que esse princípio pode ser interpretado como “incitamento à ação, uma atitude de gestão ativa do risco”³⁸.

Na mesma linha de raciocínio, encontramos os ensinamentos de Canotilho ao discorrer sobre o princípio da solidariedade entre gerações:

Articulado com outros princípios, o princípio da solidariedade entre gerações pressupõe logo, como ponto de partida, a efectivação do *princípio da precaução*. Configurado como verdadeiro princípio fundante

³⁵ BECK, U. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. *E-book*.

³⁶ Ibid. *E-book*.

³⁷ PRIEUR, M. **Droit de l'Environnement**. Paris: Dalloz, 2001, p. 145 apud MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90.

³⁸ KOURILSKY, P. “Le principe de précaution”. **Chroniques du CREA de Grenoble**. 2000, p. 12 apud FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 126.

e primário da proteção dos interesses das futuras gerações, é ele que impõe prioritariamente e antecipadamente a adoção de medidas preventivas e justifica a aplicação de outros princípios, como o da *responsabilização e da utilização das melhores tecnologias disponíveis*.³⁹

O princípio da precaução age de forma antecipatória e com cautela em face da existência do risco com a finalidade de inibir ou atenuar as possibilidades de ocorrência de danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em outras palavras, “o princípio da precaução opera no primeiro momento dessa função antecipatória, inibitória e cautelar, em face do risco abstrato, que pode ser considerado risco de dano, pois muitas vezes é de difícil visualização e previsão”⁴⁰.

Além do mais, como será verificado no item 1.2.3.2 deste capítulo, em linhas posteriores, veremos que o risco constitui um elemento do princípio da precaução. É justamente a existência de um risco que autoriza a utilização deste princípio, no entanto, de acordo com o Princípio 15 da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro (CNUMAD), somente quando estas ameaças forem capazes de provocar danos graves ou irreversíveis é que sua invocação poderá ser autorizada, pois, como cediço, o “risco zero” é uma utopia.

Portanto, tendo a importante função de evitar que riscos se transformem em catástrofes futuras e, assim, manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, o princípio da precaução se destaca na atualidade como o mais eficiente princípio ambiental para atuar na sociedade de risco global, em que o agir com precaução se torna uma necessidade de primeira ordem ante a onipresença e imprevisibilidade dos riscos ambientais. Onipresente porque suas causas e feitos não estão limitadas a fronteiras geográficas. E imprevisíveis, pois, as consequências negativas das ameaças ecossistêmicas são incalculáveis.

1.2 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Este item, deste capítulo, apresenta uma abordagem holística sobre o princípio da precaução, mediante a explicação de seus três elementos que são aceitos de maneira uniforme, tanto pela doutrina nacional quanto pela internacional, a saber,

³⁹ CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional português e da União Europeia. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 31.

⁴⁰ LEITE, J. R. M. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208.

incerteza científica, risco de dano e inversão do ônus da prova. Isso porque, como será explanado nas linhas subseqüentes, as convenções e tratados internacionais que tratam deste princípio apresentam, por vezes, definições e enfoques diferentes a depender do objeto que se pretende proteger. Portanto, o objetivo deste tópico é elucidar, diante das diversas definições, qual conceito do princípio da precaução está sendo aceito e incorporado pela comunidade internacional, bem como, apresentar em que se baseia as críticas que são levantadas contra a utilização deste princípio.

O primeiro subitem expõe como se deu o surgimento do princípio da precaução e qual foi o país onde primeiro ele se desenvolveu. Para tanto, apresentam-se seus primórdios na doutrina, na legislação e na jurisprudência em países como a Alemanha, Estados Unidos da América e França. Em seguida, tencionaremos delinear uma linha conceitual que seja aceita mundialmente, independentemente do bem ambiental que esteja sendo tutelado. Posteriormente, iremos expor e esclarecer como a doutrina explica os elementos constitutivos do princípio ora em análise. Por fim, as críticas ao princípio da precaução serão analisadas e contrapostas com os principais defensores, nacionais e estrangeiros, deste princípio.

1.2.1 Surgimento e consolidação

A criação do princípio da precaução esta intrinsecamente relacionada à alta probabilidade de irreversibilidade dos danos ambientais, daí a necessidade de agir imediatamente, ante a existência de riscos ambientais, e com cautela, sem esperar por um consenso da comunidade científica. “Tendo em vista o reconhecimento moderno da vulnerabilidade do conhecimento científico, o princípio da precaução procura conformar a ciência com o meio ambiente e a ação política necessária”⁴¹.

De acordo com Joana Setzer e Nelson da Cruz Gouveia⁴², o princípio da precaução se originou no Direito alemão (*Vorsorgeprinzip*), na década 70 do século passado. Segundo Gabriel Wedy⁴³, o Ordenamento Jurídico alemão positivou o

⁴¹ MORAES, G. B. de A. **O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - USP. São Paulo: 2011. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-03092012-111415/pt-br.php>. Acesso em: 20 mai. 2018.

⁴² GOUVEIA, N. da C.; SETZER, J. Princípio da precaução rima com ação. In: MACHADO, P. A. L.; MILARÉ, E. (Org.). **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 431. (Coleção doutrina essenciais; v. 1)

⁴³ WEDY, G. J. T. **O princípio constitucional da precaução: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 27.

princípio da precaução por meio do Ato do Ar Limpo, de 1974. Corroborando essas informações, Gerd Winter⁴⁴ afirma que “o princípio da precaução é a mais precisa e complexa emanção da Lei Federal Alemã de Prevenção de Emissões”.

José Rubens Morato Leite⁴⁵, embora também afirme que o princípio da precaução tenha surgido no Direito alemão a partir do conceito do *Vorsorgeprinzip*, declara que esse princípio despontou em meados de 1960, quando a problemática ambiental se tornou um conteúdo de grande importância para as políticas públicas na Alemanha. No entanto, ratifica que sua posituação ocorreu nos anos de 1970.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer⁴⁶, a origem do princípio da precaução se deu no Direito Ambiental alemão e sua posituação no âmbito do Programa de Meio Ambiente do Governo Federal (*Umweltprogramm der Bundesregierung*) no ano de 1971.

Para Ana Gouveia e Freitas Martins⁴⁷, o princípio da precaução:

[...] surgiu na Alemanha, no início da década de 70, como fundamento de uma política intervencionista e centralizadora na área da poluição atmosférica, num contexto de grande agitação e preocupação social relativamente aos perigos para a saúde pública advinentes do *smog* fotoquímico e à perspectiva alarmante de destruição das florestas pelas chuvas ácidas.

Da mesma forma, para Paulo Affonso Leme Machado, “o princípio da precaução (*vorsorgeprinzip*) está presente no Direito alemão desde os anos 70, ao lado do princípio da cooperação e do princípio poluidor-pagador”⁴⁸. Outrossim, é a doutrina de Andrew Jordan e Timothy O’Riordan⁴⁹:

O princípio da precaução surgiu durante a década de 1970 na antiga Alemanha Ocidental em um momento de planejamento socialdemocrata. No centro das primeiras concepções de precaução (ou *Vorsorge*) estava

⁴⁴ WINTER, G. The legal nature of environmental principles in international, EC and german law. In Richard Macrory et all (eds.). **Principles of European Environmental Law**. Groningen: Europa Law Publishing, 2004, p. 17 apud MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 97.

⁴⁵ LEITE, J. R. M. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 210.

⁴⁶ SARLET, I. W; FENSTERSEIFER, T. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

⁴⁷ MARTINS, A. G. e F. **O princípio da precaução no direito do ambiente**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002, p. 25.

⁴⁸ MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 89.

⁴⁹ JORDAN, A; O’RIORDAN, T. The precautionary principle in contemporary environmental policy and politics. In: RAFFENSPERGER, C; TICKNER, J. (Org.). **Protecting Public Health and the Environment**. Washington, D.C.: Island Press, 1999, p. 19.

a crença de que o Estado deveria procurar evitar danos ambientais por meio de um cuidadoso planejamento antecipado. A palavra *Vorsorge* significa previsão ou cuidado, embora também incorpore noções de boa criação e boas práticas na gestão ambiental, mesmo na ausência de risco.⁵⁰ (tradução livre)

Embora também afirme que o *Vorsorgeprinzip* do Direito alemão tenha sido o precursor do princípio da precaução, Cass Robert Sunstein sustenta que sua primeira positivação ocorreu na Lei de Proteção Ambiental Sueca de 1969⁵¹:

Em lei, o primeiro uso de um princípio geral de precaução parece ser o Ato de Proteção Ambiental Sueco de 1969. No mesmo período, a política ambiental alemã foi fundada com base no *Vorsorgeprinzip*, um precursor do Princípio da Precaução.⁵² (tradução livre)

Desta forma, embora não haja consenso entre os doutrinadores nacionais ou estrangeiros acerca da data do surgimento do princípio da precaução na doutrina e na legislação interna dos países, se na década de 60 ou 70, podemos concluir, com suporte na opinião unânime dos doutrinadores pesquisados, que este princípio tem sua origem no Direito Ambiental alemão, mediante as bases epistemológicas do *Vorsorgeprinzip*.

A Suprema Corte Americana, em 1978, interpretando pela primeira vez a lei de espécies ameaçadas, de 1973, sem usar o termo explicitamente, endossou uma noção de precaução, ao suspender a construção de uma hidrelétrica:

Nos EUA a Suprema Corte decidiu impedir a continuidade da construção de uma hidrelétrica porque poderia haver a destruição do habitat do molusco *snail darter*. Disse o Tribunal: 'O valor desse patrimônio genético é incalculável (...). É interesse da humanidade limitar as perdas das variações genéticas. A razão é simples: aí se encontram as chaves dos enigmas que somos incapazes de resolver e elas podem fornecer as respostas às questões que nós não aprendemos a colocar. O mais simples egocentrismo nos ensina a sermos prudentes'⁵³.

⁵⁰ Texto original: The precautionary principle emerged during the 1970s in the former West Germany at a time of social democratic planning. At the core of early conceptions of precaution (or *Vorsorge*) was the belief that the state should seek to avoid environmental damage by careful forward planning. The word *Vorsorge* means foresight or taking care, although it also incorporates notions of good husbandry and best practice in environmental management even in the absence of risk.

⁵¹ SUNSTEIN, C. R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 16.

⁵² Texto original: In law, the first use of a general Precautionary Principle appears to be the Swedish Environmental Protection Act of 1969. In the same period, German environmental policy was founded on the basis of *Vorsorgeprinzip*, a precursor of the Precautionary Principle.

⁵³ MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 95.

O direito norte-americano foi relutante em adotar o conceito do princípio da precaução, preferindo utilizar a expressão “abordagem de precaução” (*precautionary approach*), no entanto, este princípio, atualmente, vem se consolidando há vários anos na doutrina jurídica norte-americana. Contudo, de modo contraditório, os Estados Unidos da América não reconhecem o princípio da precaução no âmbito do direito internacional econômico, principalmente, perante a Organização Mundial do Comércio⁵⁴.

Segundo Cass Robert Sunstein⁵⁵, em 1982, a Carta Mundial da Natureza da Organização das Nações Unidas (ONU) aparentemente deu o primeiro reconhecimento internacional ao princípio da precaução, sugerindo que “onde os potenciais efeitos adversos não são completamente compreendidos, as atividades não devem prosseguir”⁵⁶.

Posteriormente, em 1985, a Convenção de Viena para a proteção da camada de ozônio, que continha promessas de cooperação em pesquisa e monitoramento sobre produção e emissões de clorofluorcarboneto (CFC), bem como uma série de princípios relacionados à disposição da comunidade internacional em promover mecanismos de proteção ao ozônio estratosférico, foi o primeiro tratado internacional a adotar o termo *precaução*, de acordo com Philippe Sands e Jacqueline Peel⁵⁷. Por sua vez, originado da Convenção de Viena, em 1987, o Protocolo de Montreal⁵⁸ sobre substâncias que destroem a camada de ozônio, outrossim, adotou “medidas de precaução” para:

[...] controlar as emissões de certos CFCs que já haviam sido tomadas nos níveis nacional e regional e declarou a determinação de ‘proteger a camada de ozônio tomando medidas de precaução para controlar de

⁵⁴ VARELLA, M. D. Variações sobre um mesmo tema - O exemplo da implementação do princípio da precaução pela CIJ, OMC, CJCE e EUA. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 277.

⁵⁵ SUNSTEIN, C. R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 17.

⁵⁶ [ONU] Organização das Nações Unidas. **Carta Mundial da Natureza**. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Carta_Mundial_para_Natureza.pdf. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁵⁷ SANDS, P.; PEEL, J.; FABRA, A.; MACKENZIE, R. **Principles of international environmental law**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. *E-book*.

⁵⁸ A décima segunda edição do manual do Protocolo de Montreal, o qual estabelece sua evolução de 1987 até 2018, está disponível no seguinte endereço eletrônico: http://www.ozone.unep.org/sites/default/files/MP_handbook-english-2018.pdf.

forma equitativa as emissões globais totais de substâncias que a destroem'.⁵⁹ (tradução livre)

Adiante, na década de 1990, houve a consagração do princípio da precaução mediante sua adoção em massa nas convenções internacionais. Cass Robert Sunstein⁶⁰ chegou a afirmar que este princípio desempenhou um papel significativo nos acordos e tratados internacionais, ao ponto de se tornar onipresente, bem como, que entre 1992 e 1999, não menos que 27 (vinte e sete) resoluções do Parlamento Europeu fizeram menção explícita ao princípio da Precaução.

Com o intuito de exemplificar a inscrição do princípio da precaução nas convenções internacionais, podemos citar: A Convenção de Londres, de 30 de novembro 1990, sobre a prevenção, atuação e a cooperação no combate à poluição por hidrocarbonetos, quando se destacou a importância da utilização de medidas de precaução⁶¹; a Convenção de Paris⁶², de 22 de setembro de 1992, sobre a proteção do ambiente marinho do atlântico; a Convenção de Helsinque⁶³, de 17 de março de 1992, sobre a proteção e a utilização dos cursos de água transfronteiriços e de lagos Internacionais, informando que as partes devem guiar-se pelo princípio da precaução, dentre outros; a Convenção de Helsinque, de 2 de abril de 1992, sobre a Proteção do Meio Marinho, na Zona do Mar Báltico, a qual informa que as partes devem engajar-se em aplicar o referido princípio; a Convenção de Charleville-Mezière, de 26 de abril

⁵⁹ SANDS, P.; PEEL, J.; FABRA, A.; MACKENZIE, R. **Principles of international environmental law**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. *E-book*. Texto original: [...] to control emissions from certain CFCs which had already been taken at the national and regional levels and stated the determination to 'protect the ozone layer by taking precautionary measures to control equitably total global emissions of substances that deplete it'.

⁶⁰ SUNSTEIN, C. R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 16-17.

⁶¹ Terceira consideração da Convenção de Londres.

⁶² Art. 2.2 a) "O **princípio de precaução** segundo o qual medidas de prevenção devem ser tomadas quando existem motivos razoáveis de preocupação quanto a substâncias ou energia introduzidas, direta ou indiretamente, no meio marinho que possam acarretar riscos para a saúde do homem, ser nocivas para os recursos biológicos e para os ecossistemas marinhos, ser prejudiciais para os valores de recreio ou constituir obstáculo a outras utilizações legítimas do mar, mesmo não havendo provas concludentes de uma relação de causalidade entre esses motivos e os efeitos;" (grifo nosso). Disponível em: <http://ambientecplp.org/documentos/agua/convencao-para-a-proteccao-do-meio-marinho-no-nordeste-do-atlantico-ospar-pdf.aspx>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁶³ 5. In taking the measures referred to in paragraphs 1 and 2 of this article, the Parties shall be guided by the following principles: (a) **The precautionary principle**, by virtue of which action to avoid the potential transboundary impact of the release of hazardous substances shall not be postponed on the ground that scientific research has not fully proved a causal link between those substances, on the one hand, and the potential transboundary impact, on the other hand. Disponível em: <https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/pdf/watercon.pdf>. Acesso em 05 jun. 2019.

de 1994, sobre a proteção do rio Escaut e do rio Meuse⁶⁴; a Convenção de Sofia, de 29 de junho de 1994, sobre a cooperação para a proteção sustentável do rio Danúbio⁶⁵; o Protocolo de Barcelona, de 10 de junho de 1995, na Convenção de Barcelona de 1976, sobre as zonas especialmente protegidas e a diversidade biológica, no mediterrâneo, que alterou a convenção para incluir a aplicação deste princípio⁶⁶; e a Convenção de Roterdã, de 22 de janeiro de 1998, sobre a Proteção do rio Reno⁶⁷.

Importante utilização do princípio da precaução ocorreu quando o Governo da França, utilizando medidas de precaução, solicitou parecer da Agência Francesa de Segurança Sanitária Alimentar, em 31 de outubro de 2000, sobre os riscos de farinhas de origem animal, pois, havia indícios que a utilização desses produtos provocasse o surgimento da “encefalopatia espongiforme bovina”, vulgarmente conhecida como “doença da vaca louca”. Posteriormente, o Governo Francês, em 28 de fevereiro de 2005, aprovou a *Charte de l’Environnement* (Carta do Meio Ambiente), onde consta expressamente no artigo quinto a adoção do princípio da precaução:

Quando a ocorrência de um dano, ainda que incerto diante do estado dos conhecimentos científicos, possa afetar de modo grave e irreversível o meio ambiente, as autoridades públicas providenciarão, através da aplicação do princípio da precaução e nas áreas de suas atribuições, a implementação de procedimentos de avaliação de riscos e a adoção de medidas provisórias e proporcionais com a finalidade de evitar a realização do dano.⁶⁸

Assim, diante de todos estes exemplos narrados acima, podemos constatar que houve uma verdadeira consagração do princípio da precaução pelas declarações

⁶⁴ Inseto no art. 3º, inciso 2, alínea a. Disponível em: <http://www.isc-cie.org/images/Documents/scheldt1994.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁶⁵ Art. 2.4: “The Polluter pays principle and the **Precautionary principle** constitute a basis for all measures aiming at the protection of the Danube River and of the waters within its catchment area.” (grifo nosso). Disponível em: <https://www.icpdr.org/flowpaper/app/services/view.php?doc=DRPC%20English%20ver.pdf&format=pdf&page={page}&subfolder=default/files/>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁶⁶ Protocolo sobre la protección del Mar Mediterráneo contra la contaminación de origen terrestre: “Desde 1996, se han añadido varias modificaciones al Protocolo. Dichas modificaciones se refieren, en particular, a la aplicación del principio de precaución, a la ampliación del ámbito de aplicación del Protocolo a la contaminación de origen terrestre transportada por la atmósfera, al sistema de regulación de los vertidos, a la vigilancia permanente de los niveles de contaminación y a la asistencia técnica a los países en desarrollo.” Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:l28084&from=EN>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁶⁷ O princípio da precaução está inserido no art. 4º, alínea b. Disponível em: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/mul17477.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2019.

⁶⁸ MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 98.

internacionais relativas à proteção do meio ambiente. Todavia, nenhum documento foi mais importante para sua consolidação do que a Declaração de Princípios da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro (CNUMAD), ocorrida em 1992, pois, como será discutido no próximo item, o princípio 15 da Rio/92 é considerado até os dias atuais o mais importante e o mais aceito conceito do princípio da precaução.

Das convenções internacionais que trataram expressamente acerca do princípio da precaução, o Brasil assinou, ratificou e promulgou, por exemplo, a Convenção de Viena⁶⁹, o Protocolo de Montreal⁷⁰, a Convenção da Diversidade Biológica⁷¹, assinada no Rio de Janeiro em 05 de junho de 1992, a qual tratou da precaução em seu preâmbulo, e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima⁷², assinada em Nova Iorque, em 1992, a qual inseriu a precaução no princípio de número três.

Entretanto, conforme explicitado por David Freestone e Ellen Hey⁷³,

A simples incorporação do princípio da precaução no direito nacional - ou ainda sua incorporação como um princípio para políticas, como no Reino Unido, com a publicação do relatório de políticas *Our Common Inheritance*, pelo Governo, em 1990 - não quer dizer que o princípio terá grande influência sobre outras normas conflituosas e mais precisas. Todavia, a partir do momento em que o princípio é formulado como um direito, os tribunais se sentem mais confortáveis em aplicá-lo.

No caso do Brasil, nossos tribunais tem o dever de adotar o princípio da precaução, pois, além dos acordos e tratados internacionais ratificados e promulgados pelo nosso país, o Direito positivo brasileiro igualmente consagrou este princípio em diversas normas, fazendo com que o mesmo se tornasse um poder-dever de agir da Administração Pública, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público. Em razão desse princípio, é vedado ao administrador qualquer ato ou

⁶⁹ Ratificada em 19 de março de 1990 e promulgada pelo Decreto nº 99.280, de 06 de junho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99280.htm. Acesso em 16 mai. 2019.

⁷⁰ Ratificado e promulgado na mesma data e pelo mesmo decreto que promulgou a Convenção de Viena.

⁷¹ Ratificada em 03 de fevereiro de 1994 e promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm. Acesso em 16 mai. 2019.

⁷² Ratificada em 03 de fevereiro de 1994 e promulgada pelo Decreto nº 2.652, de 01 de julho de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm. Acesso em 16 mai. 2019.

⁷³ FREESTONE, D.; HEY, E. Implementando o princípio da precaução: Desafios e oportunidades. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 212.

omissão que venha degradar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois constitui dever do Poder Público “defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”⁷⁴.

Esclarecendo este dever de aplicação do princípio da precaução e estreitando seus laços com o Direito Administrativo, Wallace Paiva Martins Júnior⁷⁵ afirma que este axioma também faz parte do Direito Administrativo, encontrando maior incidência no poder de polícia da Administração Pública, já que a precaução estaria presente nas vistorias, licenças, autorizações, interdições, limitações administrativas, dentre outros atos administrativos. Na mesma linha de raciocínio se posiciona Norma Sueli Padilha ao declarar que “uma atuação preventiva diante da ameaça de riscos ambientais deve pautar o poder de polícia ambiental, poder-dever da Administração Pública em todos os seus níveis”⁷⁶.

Juarez Freitas reforça este pensamento ao afirmar que o princípio da precaução acarreta para a Administração Pública o dever de, motivadamente, evitar a concretização do risco em catástrofe ambiental, obedecendo os limites e possibilidades orçamentárias, sempre que haja juízo de verossimilhança e forte probabilidade de danos, ou seja, o poder público deve implementar este princípio “quanto ao risco de, se não for interrompido tempestivamente o nexo de causalidade, ocorrer prejuízo desproporcional, isto é, manifestamente superior aos custos (sociais, econômicos e ambientais) da eventual atividade interventiva”⁷⁷.

O dever de implementação do princípio da precaução está positivado na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, em seu §3º, do art. 54, ao prever o crime de poluição, dispôs que incorre nas mesmas penas deste artigo “quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”⁷⁸.

⁷⁴ Art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

⁷⁵ MARTINS JUNIOR, W. P. Princípios jurídicos de direito administrativo, ambiental e urbanístico e o princípio da precaução. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 205-225, nov./dez. 2014.

⁷⁶ PADILHA, N. S. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 252.

⁷⁷ FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 122-123.

⁷⁸ BRASIL. **Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 17 mai. 2019.

Ainda acerca do dever de aplicação do princípio da precaução no direito interno brasileiro, destacamos a lição de José Rubens Morato Leite⁷⁹:

Com efeito, não é possível conviver, em nome da mínima segurança da coletividade, com catástrofes, a exemplo da de Chernobyl e outras, oriundas da sociedade de risco. Por isso, impõem-se a implementação e a efetividade imediata do princípio da precaução, já implícito na norma jurídica, na política ambiental e em todos os outros setores interligados, como meio de combater prematuramente o risco e a incerteza científica. Mais do que isso, o princípio da precaução, como estrutura indispensável ao Estado de justiça ambiental, busca verificar a necessidade de uma atividade de desenvolvimento e os potenciais riscos ou perigos desta. Parte-se do pressuposto de que os recursos ambientais são finitos, e os desejos e a criatividade do homem, infinitos, exigindo uma reflexão através da precaução, se a atividade pretendida, ou em execução, tem como escopo a manutenção dos processos ecológicos e de qualidade de vida.

Por derradeiro, podemos, ainda, citar como exemplo de expressa consagração do princípio da precaução no ordenamento jurídico pátrio, as seguintes normas: o Decreto nº 5.300, de 7 de dezembro de 2004⁸⁰, que regulamentou a Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro - PNGC, e dispôs sobre regras de uso e ocupação da zona costeira e estabeleceu critérios de gestão da orla marítima, o qual estatuiu em seu artigo quinto como princípio fundamental a aplicação do princípio da precaução tal como definido na Agenda 21; a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005⁸¹, que instituiu a Política Nacional de Biossegurança e deu outras providências, a qual, em seu artigo primeiro, estabeleceu a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente; a Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006⁸², que dispôs sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica e deu outras providências, a qual previu a observação, dentre outros, do princípio da precaução na proteção e na utilização do Bioma Mata Atlântica; a Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009⁸³,

⁷⁹ LEITE, J. R. M. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 215.

⁸⁰ BRASIL. **Decreto n. 5.300, de 7 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5300.htm. Acesso em: 17 mai. 2019.

⁸¹ BRASIL. **Lei nº. 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 17 mai. 2019.

⁸² BRASIL. **Lei nº. 11.428, de 22 de dezembro de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm. Acesso em: 19 mai. 2019.

⁸³ BRASIL. **Lei nº. 12.187, de 29 de dezembro de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm. Acesso em: 17 mai. 2019.

que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e deu outras providências, a qual estabeleceu que a PNMC e as ações dela decorrentes observarão o princípio da precaução, em seu artigo terceiro; e a Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010⁸⁴, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, alterou a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e deu outras providências, a qual constituiu o princípio da precaução como um dos princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos, em seu artigo sexto, inciso I.

1.2.2 Conceito

O princípio da precaução rege-se pela lógica do princípio *in dubio pro natura*, segundo o qual, diante de riscos abstratos, porém verossímeis, que podem ocasionar danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mesmo não havendo certeza científica da ocorrência futura de dano, deve-se adotar todas as medidas viáveis que sejam capazes de evitar a concretude deste dano. Em outras palavras, frente a incertezas científicas, devemos agir ou nos abster de agir em favor do meio ambiente. “Vale dizer, a incerteza científica milita em favor do ambiente, carreando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejadas ao meio considerado”⁸⁵.

Nesse contexto, destaca-se a importância deste princípio, pois, ele visa evitar que o dano ambiental se materialize. A essência da precaução se baseia em agir com prudência e analisar os riscos existentes por meio de estudos prévios de impactos ambientais, realizados por especialistas da área correspondente. Para tanto, a dúvida não pode ser encarada como um fator impeditivo ou paralisante, pelo contrário, deve ser vista como um desafio a ser superado mediante a utilização das melhores técnicas e por intervenção de investimentos em tecnologias sustentáveis, as quais propiciarão maior segurança ao lidar com os impactos ambientais advindos dos empreendimentos antrópicos.

Por esta razão, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer⁸⁶ afirmam que

⁸⁴ BRASIL. Lei nº. 12.305, de 02 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 17 mai. 2019.

⁸⁵ MILARÉ. E. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 265.

⁸⁶ SARLET, I. W; FENSTERSEIFER, T. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167.

Até que um domínio controlável e seguro da técnica seja assegurado no campo científico, o princípio da precaução cumpre a missão jurídica de proteger o ambiente e o ser humano contra os danos potenciais acobertados pelo uso disseminado da técnica potencialmente lesiva ao ambiente (e, na maioria dos casos, também à saúde pública).

Complementando este raciocínio, Norma Sueli Padilha⁸⁷ esclarece que o princípio da precaução está inserido na própria finalidade do Direito Ambiental, pois representa uma proposição de cuidado e cautela no trato de qualquer atividade que possa ter impacto no meio ambiente, tendo em vista que o dano ambiental goza de alto teor de irreversibilidade.

Conforme salientado por David Freestone e Ellen Hey⁸⁸, o ato de agir com precaução constitui uma atitude intrínseca do comportamento humano e, por esta razão, a precaução é facilmente entendida e praticada. Como exemplo dessa lógica, os mencionados autores citam: o ato de verificar os espelhos retrovisores do carro antes de manobrá-lo; a utilização de preservativos com a finalidade de evitar doenças sexualmente transmissíveis; o uso do cinto de segurança para proteger a vida e diminuir as consequências dos acidentes.

No entanto, apesar de ser um comportamento natural do ser humano, ainda não temos uma definição precisa acerca do princípio da precaução no âmbito do Direito Ambiental. Andrew Jordan e Timothy O’Riordan⁸⁹, afirmam que procurar por uma definição única e abrangente constitui um esforço infrutífero, pois, como, o conceito de precaução evoluiu em diversos países, partindo de pressupostos e pontos de vistas diferentes, é natural que ocorra certas discrepâncias.

Além disto, como já dito no item 1.1.2, deste trabalho, a questão sobre a aceitação dos riscos é relativa e depende do ponto de vista econômico, social e ético de determinado país. Portanto, a depender do tipo de risco enfrentado, percebemos que alguns países são mais precavidos que outros. Como exemplo podemos mencionar o caso da introdução dos organismos geneticamente modificados (OGMs)

⁸⁷ PADILHA, N. S. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 248.

⁸⁸ FREESTONE, D.; HEY, E. Implementando o princípio da precaução: Desafios e oportunidades. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 229.

⁸⁹ JORDAN, A; O’RIORDAN, T. The precautionary principle in contemporary environmental policy and politics. In: RAFFENSPERGER, C; TICKNER, J. (Org.). **Protecting Public Health and the Environment**. Washington, D.C.: Island Press, 1999, p. 18.

em produtos alimentícios, que é facilmente aceita pelos Estados Unidos da América, mas que, na Europa, ainda encontra forte resistência.⁹⁰

Segundo Sadeleer⁹¹, nem a doutrina e a jurisprudência chegaram a um consenso para dissipar o mistério que permeia seu estatuto jurídico face às diversas definições que lhe foram atribuídas pelas convenções e tratados internacionais. No entanto, como cediço por toda a comunidade internacional, a formulação mais aceita acerca do princípio da precaução é a constante no Princípio 15 da Declaração do Rio, pois recebe amplo suporte⁹².

Consta na Declaração de Princípios da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro (CNUMAD):

Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.⁹³

Concordes a Declaração do Rio, este princípio apenas seria invocado em casos de riscos de danos “graves ou irreversíveis”. Já a Convenção da Diversidade Biológica não faz este tipo de exigência, pois, para esta convenção, basta haver risco de sensível redução ou perda da diversidade biológica para justificar sua aplicação⁹⁴. Por outro lado, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, seguiu o mesmo entendimento do Princípio 15 da Rio/92 ao exigir “ameaças de danos sérios ou irreversíveis”⁹⁵.

⁹⁰ JORDAN, A; O’RIORDAN, T. The precautionary principle in contemporary environmental policy and politics. In: RAFFENSPERGER, C; TICKNER, J. (Org.). **Protecting Public Health and the Environment**. Washington, D.C.: Island Press, 1999, p. 18.

⁹¹ SADELEER, N. de. O Estatuto do princípio da precaução no direito internacional. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 48.

⁹² SANDS, P. O princípio da precaução. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 30.

⁹³ CNUMAD. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1992. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento.pdf. Acesso em 02 mai. 2019.

⁹⁴ Preâmbulo: “Observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça.”. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf. Acesso em: 16 mai. 2019.

⁹⁵ [ONU] Organização das Nações Unidas. **Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima**. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm. Acesso em 16 mai. 2019.

Para Sadeleer⁹⁶, o princípio da precaução pode ser conceituado como

Uma norma em virtude da qual a ausência de certeza, levando em conta os conhecimentos científicos do momento, não deve nem se opor nem retardar a adoção de medidas destinadas a prevenir um risco que apresenta certo grau de gravidade.

Afora a questão relativa às medidas economicamente viáveis, as quais analisam o custo-benefício das providências que serão adotadas para tentar neutralizar o risco, esse conceito de Nicolas de Sadeleer se encontra em harmonia com o princípio 15 da Declaração do Rio, pois, também, observa que não é qualquer risco que autoriza a utilização do princípio da precaução, e sim, aqueles que apresentam certo grau de gravidade. Afinal, como cediço, qualquer atividade humana apresenta riscos.

Para Hélène Ruiz-Fabri, o princípio da precaução é “um princípio em nome do qual podem ser tomadas medidas que visam a prevenir um risco, mesmo que ele não seja ainda cientificamente comprovado”⁹⁷. Portanto, para esta autora, a gravidade do risco não é levada em consideração, fato este que enfraquece sua conceituação, pois os críticos a este princípio ganhariam respaldo ao afirmar que estaríamos diante de uma precaução que paralisa o desenvolvimento econômico, já que a inexistência completa de riscos nas atividades antrópicas constitui uma utopia.

Em sensata lição, Solange Teles da Silva⁹⁸ define o princípio da precaução como

uma nova dimensão da gestão do meio ambiente na busca do desenvolvimento sustentável e da minimização dos riscos. Diante dos progressos tecnológicos das sociedades contemporâneas, o princípio da precaução busca implementar uma lógica de segurança suplementar que vai além da ótica preventiva e questiona a razão do desenvolvimento das atividades humanas, em função de uma melhora qualitativa de vida para o homem, no presente e no futuro. Ele constitui o fio condutor da lógica da proteção ambiental, da defesa e da preservação do meio ambiente para as gerações presentes e vindouras.

⁹⁶ SADELEER, N. de. O Estatuto do princípio da precaução no direito internacional. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 48.

⁹⁷ RUIZ-FABRI, H. A adoção do princípio da precaução pela OMC. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 297.

⁹⁸ SILVA, S. T. da. Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 84-85.

Juarez Freitas leciona que o princípio da precaução, com sua eficácia direta e imediata, “estabelece (não apenas no campo ambiental), a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais, mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de forte verossimilhança)”⁹⁹.

Conforme assinalado por Philippe Sands¹⁰⁰, e amplamente aceito pela comunidade internacional o núcleo do axioma se encontra no princípio 15 da Declaração do Rio. Portanto, qualquer proposta conceitual deste princípio deve alicerçar-se nos pilares lançados na Rio/92.

Dito isto, diante do arcabouço epistemológico já exposto, podemos conceituar o princípio da precaução como uma norma que impõe o dever de uma conduta, comissiva ou omissiva, proporcional e economicamente viável, e que tenha a finalidade de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado diante da existência de ameaça de danos graves ou irreversíveis, mesmo que sua concretização não possa ser comprovada pelos conhecimentos científicos hodiernos.

1.2.3 Elementos

Independentemente do conceito adotado ou do tratado internacional que esteja sendo analisado, a doutrina é unânime em citar a incerteza científica, o risco de dano e a inversão do ônus da prova como os três elementos centrais do princípio da precaução, os quais caracterizam e distinguem este princípio dos demais axiomas ambientais.

1.2.3.1 Incerteza científica

Vivemos em uma era em que o conhecimento científico é relativizado e vulnerável. Cada nova pesquisa científica que surge, inexoravelmente aborda novos pontos de vista para temas já debatidos, aponta falhas em diretrizes antes consagradas no meio acadêmico, aprofunda conhecimentos já tidos como exauridos

⁹⁹ FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 122.

¹⁰⁰ SANDS, P. O princípio da precaução. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 30.

e nos aponta para novas perspectivas e horizontes inexplorados. Em outras palavras, a ciência é auto questionável e sempre posta diante de novas teorias.

Dentro desse contexto de constante evolução da ciência, a incerteza científica, primeiro elemento do princípio da precaução, se apresenta com muita naturalidade para lidar com as questões relativas ao meio ambiente e aos avanços tecnológicos. Afinal, o pensamento científico contemporâneo oferece seu consentimento para admitir a impossibilidade de constatação de todas as consequências negativas da concretização de determinados danos na atual sociedade de riscos.

A incerteza científica é o elemento autorizador da aplicação do princípio da precaução, pois a ausência de certeza científica, a respeito de determinado risco de dano, não deve ser utilizada como desculpa para postergar medidas que visam prevenir a degradação ambiental. Uma destas medidas de precaução pode ser justamente a proibição da execução de determinado empreendimento, pois, “a incerteza científica, ao contrário de permitir a atividade potencialmente danosa, impede-a como elemento essencial do princípio da precaução”¹⁰¹.

Estas medidas de precaução que proíbem a execução de determinada obra, por exemplo, são justificáveis porque, conforme nos alertam Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer¹⁰²,

A ausência de um conhecimento científico adequado para assimilar complexidade dos fenômenos ecológicos e os efeitos negativos de determinadas técnicas e substâncias empregadas pelo ser humano podem levar, muitas vezes, a situações irreversíveis do ponto de vista ambiental, como, por exemplo, a extinção de espécies da fauna e da flora, além da degradação de ecossistemas inteiros.

Além do mais, o meio ambiente não pode ficar à mercê de um consenso científico, muitas vezes inalcançável, para que obtenha proteção. É necessário agir antes que o dano ambiental ocorra. É por esta razão que a incerteza atua *in dubio pro natura*. Não se olvida do fato de que o risco abstrato e incerto pode não se tornar real, concreto, contudo, como bem esclareceu a Declaração Ministerial de Bergen sobre o Desenvolvimento Sustentável da Região da Comunidade Europeia, “é melhor estar

¹⁰¹ WEDY, G. J. T. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 61.

¹⁰² SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 165.

mais ou menos certo no devido tempo, tendo em mente as consequências de estar muito errado, do que estar precisamente certo tarde demais”¹⁰³.

A respeito do que seria algo incerto, trago a valiosa lição de Paulo Affonso Leme Machado¹⁰⁴:

O incerto não é algo necessariamente inexistente, fantasioso ou mítico. Ele pode não estar bem definido, não ter suas dimensões ou seu peso ainda claramente apontados. O incerto pode ser uma hipótese, algo que não foi ainda verificado ou não foi constatado. Nem por isso o incerto deve ser descartado, de imediato. O fato de o incerto não ser conhecido ou de não ser entendido aconselha que ele seja avaliado ou pesquisado.

A incerteza científica pode ocorrer de diversas maneiras e com relação a vários fatores. Faz-se presente nas múltiplas dimensões da imprecisão, seja pela escassez ou deficiência de informações, ou mesmo pelo caráter imprevisível da natureza. “A incerteza pode dizer respeito tanto ao nexo de causalidade entre a ação/omissão e o dano, quanto à extensão deste último”¹⁰⁵.

A incerteza, outrossim, pode ser analisada de acordo com o objeto de proteção de determinado tratado ou convenção internacional. Partindo do estudo da Convenção da Diversidade Biológica, podemos afirmar que a incerteza científica irá residir nas incertas consequências negativas advindas da ameaça (ou mesmo extinção) de uma determinada espécie da fauna ou da flora. Ou, em um momento anterior, quando os estudos científicos não fossem aptos a demonstrar que determinado risco não causaria redução ou perda da diversidade biológica. Perceba, assim, a dúplice função da incerteza científica na implementação do princípio da precaução: “incerteza científica quanto aos efeitos sobre o meio ambiente e incerteza científica sobre a probabilidade de produção de danos”¹⁰⁶.

Com relação a extensão do dano, podemos verificar a incerteza científica em referência ao tempo e ao espaço, a saber, quando a ciência não é capaz de mensurar

¹⁰³ “it is better to be roughly right in due time, bearing in mind the consequences of being very wrong, than to be precisely right too late” apud JORDAN, A; O’RIORDAN, T. The precautionary principle in contemporary environmental policy and politics. In: RAFFENSPERGER, C; TICKNER, J. (Org.). **Protecting Public Health and the Environment**. Washington, D.C.: Island Press, 1999, p. 23.

¹⁰⁴ MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 104.

¹⁰⁵ MORAES, G. B. de A. **O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - USP. São Paulo: 2011. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-03092012-111415/pt-br.php>. Acesso em: 20 mai. 2018.

¹⁰⁶ WEDY, G. J. T. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 62.

o período de duração dos efeitos nocivos de determinada substância tóxica no meio ambiente, e quando o conhecimento científico atual não apresenta subsídios que possam mapear a extensão geográfica capaz de ser agredida pela introdução de algum elemento nefasto na natureza.

Partindo do pressuposto que a incerteza constitui uma característica intrínseca das atividades antrópicas no meio ambiente, temos que ter consciência que a análise deste elemento deve ser feita sob a ótica do desenvolvimento sustentável para que a aplicação do princípio da precaução não impeça o avanço tecnológico que pode trazer inúmeros benefícios à saúde humana. Assim, por ocasião da implementação do princípio da precaução, deve-se afastar tanto a visão política que pensa no desenvolvimento econômico de forma isolada, quanto à interpretação que visa deixar o meio ambiente intacto, sem que haja nenhum tipo de intervenção.

Além do mais, a mera alegação de incerteza científica sem parâmetros científicos normatizados, pode enfraquecer a implementação do princípio da precaução, tendo em vista sua superficialidade. Daí destacarmos a importância dos tratados ou convenções internacionais fixarem normas pré-estabelecidas, bem como, comissões técnicas que sejam capazes de estabelecer padrões de incerteza considerados nocivos ao meio ambiente, por meio de critérios objetivos que diminuam a discricionariedade da análise deste elemento. Como exemplo, podemos citar a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, que fixou em seu art. 9º um órgão subsidiário de assessoramento científico e tecnológico para prestar informações e assessoramento sobre assuntos relativos às mudanças climáticas¹⁰⁷.

1.2.3.2 Risco de dano

O princípio da precaução atua na gestão dos riscos ambientais com o intuito de prevenir ameaças de danos que podem se materializar no futuro, daí ser o risco um elemento deste princípio ambiental. No entanto, não é qualquer risco que justifica sua aplicação, pois como cediço, qualquer atividade humana apresenta riscos, sendo demasiadamente utópico tentar encontrar empreendimentos humanos com “risco zero”. Assim, o risco, de acordo com a Declaração do Rio, precisa ter um potencial de

¹⁰⁷ [ONU] Organização das Nações Unidas. **Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima**. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm. Acesso em 16 mai. 2019.

causar danos graves ou irreversíveis. Complementando este pensamento, Alexandra Aragão nos ensina que o risco que justificou a invocação da precaução precisa estar revestido de verossimilhança ou plausibilidade mínima¹⁰⁸. Ainda, seguindo este raciocínio, temos a lição de Rüdiger Wolfrum¹⁰⁹:

Qualquer atividade humana significativa pode ter impacto sobre o meio ambiente. Contudo, deve haver algum mecanismo desencadeador para restringir ou até mesmo proibir uma dada atividade com base no princípio da precaução, caso contrário ele sufocaria qualquer nova atividade. Sugeriu-se que o princípio da precaução deveria ser aplicado apenas quando houver alguma prova de que a atividade considerada ameace causar danos ao meio ambiente e se tal dano for irreversível. Outros sustentaram que quanto mais sério for o dano, é provável que mais cedo o princípio da precaução tenha que ser invocado. O Princípio 15 segue a primeira abordagem, e a Declaração sobre o Mar do Norte segue a última, enquanto o artigo 2 da Convenção do Nordeste Atlântico aplica mais amplamente o princípio da precaução. No entanto, para as três interpretações mencionadas deve haver pelo menos uma descoberta *prima facie* que uma dada atividade possa resultar em **dano considerável** ao ambiente marinho. (grifo nosso)

Corroborando este pensamento de que não é qualquer risco que autoriza a implementação do princípio da precaução, Philippe Sands e Jacqueline Peel¹¹⁰ enfatizam que “*for the precautionary principle to apply, the threat of environmental damage must be ‘serious’ or ‘irreversible’*”.

Paulo Affonso Leme Machado¹¹¹ esclarece que o risco será analisado de acordo com a ótica do setor atingido pelo empreendimento ou atividade projetada, ou seja, cada caso irá demandar um ponto de referência diferente em consonância com o tipo de atividade proposta. Para elucidar a questão, o referido jurista nos oferece o seguinte exemplo:

(...) a Convenção da Diversidade Biológica não exige que a ameaça seja “séria ou irreversível”, mas que a ameaça seja “sensível”, quanto à possível redução ou perda da diversidade biológica. Ameaça sensível é aquela revestida de perceptibilidade ou aquela considerável ou apreciável.¹¹²

¹⁰⁸ ARAGÃO, A. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 71.

¹⁰⁹ WOLFRUM, R. O princípio da precaução. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 19.

¹¹⁰ SANDS, P.; PEEL, J.; FABRA, A.; MACKENZIE, R. **Principles of international environmental law**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. *E-book*.

¹¹¹ MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 104.

¹¹² *Ibid.*, loc. cit.

Conforme já discutido no item 1.1.2, acerca das ponderações sobre riscos aceitáveis e inaceitáveis, “o retorno econômico fará parte da análise de tolerância”¹¹³, ou seja, conforme acentua Marcelo Dias Varella¹¹⁴:

A importância econômica da atividade geradora do risco ou os benefícios advindos da atividade também são elementos fundamentais para apurar o grau de tolerância social ao risco. Quanto mais um produto ou tecnologia gera bem estar a população, mais esta mesma população aceita os riscos a que está exposta em decorrência deste mesmo produto ou tecnologia. Os exemplos mais típicos se relacionam com grandes empresas que produzem produtos geradores de grandes riscos, mas que são a única opção de desenvolvimento local. Logicamente, os empregados diretos ou indiretos da empresa admitirão com mais facilidade os riscos gerados por suas atividades do que os consumidores, que estão também submetidos aos riscos, mas que não auferem as mesmas vantagens dos primeiros.

Por esta razão, Ulrich Beck¹¹⁵ afirma que os dois rostos do risco são oportunidades e perigo. Pois, da mesma forma que o avanço tecnológico ou a instalação de uma empresa podem presentear a sociedade com curas para doenças fatais ou crescimento econômico capaz de tirar as pessoas da linha de pobreza, igualmente, são capazes de gerar perigos concretos para a população como o aumento dos casos de câncer, ocasionados, em parte, por uma alimentação industrializada com muitos produtos químicos cancerígenos, a exemplo do corante Caramelo IV presente na Coca-Cola.

No entanto, mesmo que a Administração Pública, por exemplo, conceda uma licença autorizando a instalação e funcionamento de dada empresa geradora de riscos, em virtude do retorno econômico para a cidade, como geração de emprego e renda, o Ministério Público poderá acionar o Poder Judiciário se valendo do princípio da precaução para cassar a licença concedida pelo poder público, caso seja constatado, por meio de avaliações, a existência de riscos de danos graves ou

¹¹³ MORAES, G. B. de A. **O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - USP. São Paulo: 2011. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-03092012-111415/pt-br.php>. Acesso em: 20 mai. 2018.

¹¹⁴ VARELLA, M. D. A dinâmica e a percepção pública de riscos e as respostas do direito internacional econômico. In: VARELLA, M. D. (Org.). **Governo dos riscos**. Brasília: UniCEUB, 2005, p. 80. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11335/1/GovernodosRiscos.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2019.

¹¹⁵ BECK, U. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. *E-book*.

irreversíveis ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou até à saúde humana diretamente.

Desta forma, o princípio da precaução irá atuar de forma antecipatória, obstatória e prudente, ante a existência do risco abstrato, o qual poderá ser considerado risco de dano, a depender da análise do caso concreto. No entanto, apenas poderá ser aplicado diante de riscos que apresentem certo grau de gravidade, por meio de uma análise científica imparcial, sem se olvidar de ponderar a relação entre o risco e os benefícios advindos do empreendimento a ser adotado, buscando, se for o caso, devido ao grande retorno econômico para a sociedade, outras opções que mitiguem a potencialização dos riscos mediante a utilização de novas técnicas ou por meio da utilização da melhor tecnologia disponível, ou mesmo, pensando em formas de compensação ambiental.

1.2.3.3 Inversão do ônus da prova

A inversão do ônus da prova é o terceiro elemento do princípio da precaução e, assim como os demais, também é aceito de forma uníssona no direito ambiental nacional e internacional. Neste sentido, vejamos a conclusão do jurista alemão Rüdiger Wolfrum¹¹⁶:

Não há consenso sobre todas as consequências da continuidade da implementação deste princípio, exceto sobre a inversão do ônus da prova, ou seja, que a entidade ou Estado interessado em empreender ou continuar determinada atividade deve provar que ela não resultará em prejuízos, em vez de se ter que provar que haverá danos ambientais.

A inversão do ônus da prova constitui um dos elementos-chaves e de maior implicação prática na implementação do princípio da precaução, pois, de acordo com este elemento, cabe ao responsável pelo empreendimento ou atividade, seja o Poder Público ou particular, o ônus de provar que a atividade almejada não irá trazer riscos de danos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, sem este componente, a efetividade do princípio da precaução se quedaria inócua já que o órgão responsável pelo licenciamento do empreendimento ficaria demasiadamente

¹¹⁶ WOLFRUM, R. O princípio da precaução. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 25.

onerado face à carência de subsídios para arcar com os custos de uma pesquisa especializada. Nesse diapasão, temos a doutrina de Carla Amado Gomes:

A inversão do ónus da prova em procedimentos de tomada de decisões em quadros de incerteza, sempre que estejam em causa bens jurídicos constitucionalmente tutelados susceptíveis de sofrer lesões de substancial gravidade, é um imperativo da prevenção alargada induzida pela sociedade de risco. Quem cria o risco deve provar que ele se situa nos limites admissíveis pela norma num momento prévio à emissão do acto autorizativo, ou seja, num momento prévio à criação das condições de eventual ocorrência da lesão - a “inversão” do ónus da prova tem o seu expoente máximo na criação de mecanismos de avaliação prévia dos impactos negativos para o ambiente, vide no procedimento de AIA. Esta restrição da liberdade de iniciativa económica - se assim se entender, pois não é de afastar liminarmente a sua qualificação como uma simples conformação do direito decorrente da confluência com normas de protecção de bens jurídicos fundamentais - é inteiramente admissível à luz dos ditames da proporcionalidade, na medida em que se afigura como necessária à protecção de tais bens, adequada - pois é certamente o potencial agente criador do risco que melhor conhece os termos da sua actividade e detém as informações sobre as suas características -, e não excessiva - o exercício do direito está sujeito a um mero ónus de prestação de informações (além, claro, da conformidade com as normas aplicáveis).¹¹⁷

Igualmente, Philippe Sands e Jacqueline Peel¹¹⁸ destacam que a abordagem do princípio da precaução transfere o ónus da prova para a pessoa que deseja realizar a atividade:

Uma mudança mais fundamental seria adotada por uma interpretação do princípio da precaução, que mudaria o ónus da prova. De acordo com as abordagens tradicionais, o ónus da prova atualmente é da pessoa que se opõe a uma atividade para provar que produz ou é provável que cause danos ambientais. Uma abordagem alternativa, apoiada pelo princípio da precaução, tenderia a transferir o ónus da prova e exigiria que a pessoa que deseja realizar uma atividade provasse que não causaria danos ao meio ambiente.¹¹⁹ (tradução livre)

Seguindo o mesmo entendimento, temos a lição de Alexandra Aragão:

¹¹⁷ GOMES, C. A. **Direito ambiental**: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. Curitiba: Juruá, 2010, p. 123.

¹¹⁸ SANDS, P.; PEEL, J.; FABRA, A.; MACKENZIE, R. **Principles of international environmental law**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. *E-book*.

¹¹⁹ Texto original: A more fundamental change would be adopted by an interpretation of the precautionary principle, which would shift the burden of proof. According to traditional approaches, the burden of proof currently lies with the person opposing an activity to prove that it does or is likely to cause environmental damage. An alternative approach, supported by the precautionary principle, would tend to shift the burden of proof and require the person who wishes to carry out an activity to prove that it will not cause harm to the environment.

O princípio da precaução funciona como uma espécie de princípio “*in dubio pro ambiente*”: na dúvida sobre a perigosidade de uma certa actividade para o ambiente, decide-se a favor do ambiente e contra o potencial poluidor, isto é, o ónus da prova da inocuidade de uma acção em relação ao ambiente é transferido do Estado ou do potencial poluído para o potencial poluidor. Ou seja, por força do princípio da precaução, é o potencial poluidor que tem o ónus da prova de que um acidente ecológico não vai ocorrer e de que adoptou medidas de precaução específicas.¹²⁰

Este elemento, outrossim, foi reconhecido como pressuposto de aplicação do princípio, ora em comento, em importantes declarações internacionais, como, por exemplo, a Declaração de Wingspread¹²¹ sobre o princípio de precaução, de 25 de janeiro de 1998, realizada em Wingspread, também conhecida como Herbert F. Johnson House, sede da Robert Wood Johnson Foundation¹²², no estado de Wisconsin, nos EUA, com a participação de diversos atores, a qual citou explicitamente a inversão do ónus da prova ao afirmar que “*the proponent of an activity, rather than the public, should bear the burden of proof*”.

Também encontramos de forma expressa a inversão do ónus da prova como requisito essencial de implementação do princípio da precaução na *Final Declaration of the First European SEAS AT RISK Conference*¹²³. Segundo consta na Declaração, o princípio da precaução exige que o “ónus da prova” seja transferido do regulador para a pessoa ou pessoas responsáveis pela atividade potencialmente prejudicial, que terá agora que demonstrar que suas ações não causam/não causarão danos ao meio ambiente.

Refere Gabriel de Jesus Tedesco Wedy¹²⁴ que a inversão do ónus da prova ganha especial relevo nos países do terceiro mundo, onde as vítimas dos danos

¹²⁰ ARAGÃO, A. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 70-71.

¹²¹ RAFFENSPERGER, C; TICKNER, J. (Org.). **Protecting Public Health and the Environment**. Washington, D.C.: Island Press, 1999, p. 354.

¹²² The Robert Wood Johnson Foundation are working to help broaden the discussion about what shapes health, and set a new standard of health, equity and well-being for all communities. O sítio eletrónico desta fundação está disponível em: <https://www.rwjf.org/>. Acesso em: 24 mai. 2019.

¹²³ ANNEX I. The principle of Precautionary Action requires that: (...) 3. the "burden of proof" is shifted from the regulator to the person or persons responsible for the potentially harmful activity, who will now have to demonstrate that their actions are not/will not cause harm to the environment. Disponível em: <https://seas-at-risk.org/old/1images/Microsoft%20Word%20-%20SAR%20shadow%20declaration%20for%204NSC.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2019.

¹²⁴ WEDY, G. J. T. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 76.

ambientais carecem de condições para demonstrar o potencial nocivo da atividade causadora do dano. Corroborando este entendimento, colacionamos recente julgado, publicado no Diário da Justiça eletrônico no dia 06/12/2018, em que o Superior Tribunal de Justiça, confirmando a inversão do ônus da prova como componente essencial para aplicação do princípio da precaução, assim estabeleceu:

(...). PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. (...). 4. **O princípio da precaução, aplicável ao caso dos autos, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos ao meio ambiente** e, por consequência, aos pescadores da região. 5. Agravo interno não provido. (STJ - AgInt no AREsp: 1311669 SC 2018/0146910-3, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 03/12/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/12/2018)¹²⁵. (grifo nosso)

Este entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se de tal forma que um verbete foi criado para registrar a interpretação pacífica dessa Corte Superior, mediante a súmula nº 618, cujo teor diz que “a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”¹²⁶.

José Rubens Morato Leite, endossando este entendimento, afirma que o STJ, utilizando os princípios do Direito Ambiental, especialmente os princípios da precaução e do *in dubio pro natura*, tem fortalecido uma hermenêutica jurídica ambiental para justificar “a imprescritibilidade do dano ambiental; inversão do ônus da prova; dano ambiental moral coletivo e inexistência do direito adquirido de poluir”¹²⁷.

Paulo Affonso Leme Machado faz importante observação acerca da inversão do ônus probatório, acentuando que este elemento garante um equilíbrio material nas relações jurídicas de natureza ambiental entre o particular e o poder público, como, também, entre particulares, tendo em vista que, na maioria das vezes, o ator empreendedor goza de maior poder social, econômico e técnico¹²⁸. Além do mais, como cediço, a parte que pretende instalar uma atividade lesiva ou potencialmente

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp: 1311669/SC**. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 06/12/2018. JusBrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661793697/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1311669-sc-2018-0146910-3?ref=serp>. Acesso em: 24 mai. 2019.

¹²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 618**. A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>. Acesso em: 21 jul. 2019.

¹²⁷ LEITE, J. R. M. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 190.

¹²⁸ MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 116.

lesiva ao meio ambiente, desfruta de conhecimentos especializados sobre sua atividade que lhe permite realizar um estudo científico com mais facilidade e propriedade.

No entanto, partindo do pressuposto que a busca do risco zero é uma utopia, não podemos exigir do proponente da atividade a produção de provas diabólicas, sob pena de paralisarmos os avanços necessários do desenvolvimento sustentável. Ademais, um dos requisitos da dinamização do ônus da prova, conforme estabelecido no §2º, do art. 373, do Código de Processo Civil, é não impor a uma das partes produção de evidências impossíveis ou excessivamente difíceis.

1.2.4 Distinção entre os princípios da precaução e prevenção

Embora alguns poucos doutrinadores não consigam distinguir as diferenças entre os princípios da prevenção e da precaução, tratando ora como sinônimos, ora se referindo à precaução como uma espécie da prevenção, ou mesmo considerando apenas a existência da prevenção, é nítida e majoritariamente aceita a distinção entre estes dois princípios do Direito Ambiental, como será corroborado nas próximas linhas. Porém, antes, vejamos as vozes que não reconhecem a independência do princípio da precaução.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo¹²⁹ afirma que qualquer pretensão de tentar desenvolver, no plano constitucional brasileiro, uma diferença entre prevenção e precaução, seria despicienda, pois, conclui o citado autor que o art. 225, da Constituição Federal, estabeleceu efetivamente apenas o princípio da prevenção e, caso se possa considerar o princípio da precaução na esfera constitucional, este estaria incluído no âmbito daquele. Curiosamente, esse doutrinador, mesmo reconhecendo que o STF já analisou o conteúdo jurídico do princípio da precaução, ainda assim, é relutante em aceitar sua existência, distorcendo a interpretação do Supremo Tribunal Federal, querendo dar a entender que a decisão se tratava de outro princípio, quando na verdade o intuito do *decisum* era estabelecer o conteúdo jurídico do princípio da precaução:

¹²⁹ FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

Verifica-se, pois, salvo melhor juízo, que o princípio da precaução, no âmbito do contexto em que foi interpretado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 627.189, procurou aperfeiçoar a satisfatória compreensão do princípio constitucional econômico da defesa do meio ambiente (art. 170, VI), particularmente em face do “tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Para Luís Paulo Sirvinskas¹³⁰, precaução seria uma espécie do gênero prevenção e esclarece que adotou a nomenclatura *prevenção* por apresentar um conceito mais abrangente do que precaução e cautela. No entanto, ao discorrer sobre o princípio da “prevenção”, afirma que este decorre do Princípio 15, da Conferência do Rio/92. Contudo, como cediço pela comunidade jurídica nacional e internacional e já pormenorizado no tópico 1.2.2, o Princípio 15 constitui a principal representação do princípio da precaução.

Édis Milaré, anteriormente, utilizava o princípio da prevenção como fórmula que englobava a precaução. No entanto, hodiernamente, reconhece a necessidade de distinguir esses dois princípios. Para esse jurista, nos dias que correm, a prevenção lida com riscos conhecidos pela ciência, enquanto que a precaução visa gerir riscos desconhecidos. “Em outros termos, enquanto a prevenção trabalha com o risco *certo*, a precaução vai além e se preocupa com o risco *incerto*”¹³¹.

Com fins didáticos, para podermos distinguir esses dois princípios, de forma definitiva e hialina, iremos analisar as diferenças existentes tomando como ponto de partida os elementos do princípio da precaução, pois, assim, a diferenciação se tornará compreensível e transparente.

Iniciemos, por conseguinte, com o elemento da incerteza científica. Enquanto a precaução é pautada na imprecisão, de forma oposta, o princípio da prevenção atua justamente quando se tem comprovação científica acerca dos danos ambientais provenientes de determinada atividade. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer acentuam que o princípio da prevenção trabalha com a ideia de um conhecimento exauriente sobre os efeitos nocivos de determinada técnica, e, assim, irá agir com o intuito de evitar os danos que já foram diagnosticados e previstos pela ciência. Já o princípio da precaução irá se pautar diante de riscos sobre os quais a ciência desconhece seus impactos negativos, “como se sustenta, por exemplo, no

¹³⁰ SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 146.

¹³¹ MILARÉ, E. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 263.

tocante aos organismos geneticamente modificados, a determinadas substâncias químicas e às radiações eletromagnéticas no uso de telefones celulares”¹³².

Com relação ao risco, o princípio da precaução atua contra a ameaça abstrata, incerta ou desconhecida, enquanto que o da prevenção age em face do concreto, certo ou conhecido, ou seja, a precaução trabalha para evitar o risco que apresenta potencial para causar danos, mesmo que incertos, e a prevenção é acionada para evitar o próprio dano ante a certeza científica que determinado empreendimento é nefasto ao meio ambiente.

Alexandre Kiss¹³³, partindo de um ponto de vista diferente, porém que nos encaminha ao mesmo resultado de distinção, refere que a diferença entre estes dois princípios reside na avaliação do risco que ameaça o meio ambiente, explicando que

A precaução é considerada quando o risco é elevado - tão elevado que a total certeza científica não deve ser exigida antes de se adotar uma ação corretiva, devendo ser aplicado naqueles casos em que qualquer atividade possa resultar em danos duradouros ou irreversíveis ao meio ambiente, assim como naqueles casos em que o benefício derivado da atividade é completamente desproporcional ao impacto negativo que essa atividade pode causar no meio ambiente. Nesses casos, é necessário um cuidado especial a fim de preservar o ambiente para o futuro. Este é naturalmente o ponto comum entre os direitos das gerações futuras e o princípio da precaução. Em determinadas situações, a aplicação do princípio da precaução é uma condição fundamental para proteger os direitos das gerações futuras.

Podemos observar, portanto, que Alexandre Kiss utiliza como referencial teórico para estabelecer a distinção entre os princípios, ora analisados, o Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro, o qual já fora estudado no item 1.2.2, pois, utiliza os requisitos de danos graves ou irreversíveis para autorizar a implementação do princípio da precaução diante da incerteza científica.

Interessante perspectiva nos ensina Gabriel de Jesus Tedesco Wedy¹³⁴, ao estabelecer uma linha do tempo, denominada pelo autor de *reta causal*, para diferenciar o momento de aplicação dos princípios da prevenção e da precaução. De acordo com sua teoria, o nexos causal estaria no início da reta e o dano hipotético se

¹³² SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 160-161.

¹³³ KISS, A. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 11.

¹³⁴ WEDY, G. J. T. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 48.

quedaria no fim dela. Já o princípio da precaução ficaria mais perto do nexo causal, enquanto o princípio da prevenção estaria posicionado mais próximo do dano hipotético. Portanto, sua teoria restaria esquematizada da seguinte forma:

“(nexo causal)-----(precaução)----- (prevenção)----- (dano hipotético)”

Esta linha do tempo proposta por Gabriel de Jesus Tedesco Wedy tem sua sustentação teórica garantida, pois, o princípio da precaução está autorizado a agir diante da incerteza científica acerca do caráter danoso de determinada atividade, ou seja, não é necessário aguardar um consenso da comunidade científica para implementar o princípio da precaução. Por outro lado, o princípio da prevenção só poderá ser invocado quando houver certeza acerca do diagnóstico lesivo do empreendimento que se pretende efetuar. Por esta razão, José Rubens Morato Leite, afirma que a atuação da precaução estaria focada no momento inicial do risco¹³⁵.

No entanto, mister se faz ressaltar que, embora os posicionamentos da precaução e da prevenção estejam corretos, a localização do dano hipotético pode ser variável, isso, porque o dano hipotético pode se tornar real antes que a ciência chegue a um consenso em seu diagnóstico para autorizar a aplicação do princípio da prevenção. Portanto, ocorrendo esta situação, o dano seria deslocado para entre a precaução e a prevenção.

Citando um caso de não aplicação do princípio da precaução no momento oportuno e aplicação do princípio da prevenção após a ocorrência do dano, Gabriel de Jesus Tedesco Wedy faz menção ao caso do anti-inflamatório Prexige ocorrido na Austrália. Na ocasião, o governo australiano permitiu a venda deste medicamento sem observar o princípio da precaução, já que havia conhecimento acerca da verossimilhança do potencial lesivo do Prexige e, apenas, depois de ocorridas duas mortes, que deu a certeza sobre a periculosidade do medicamento, é que o governo resolveu proibir a sua venda¹³⁶.

Para Juarez Freitas, a diferença entre estes dois princípios “reside no grau estimado de probabilidade da ocorrência do dano (certeza *versus*

¹³⁵ LEITE, J. R. M. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208.

¹³⁶ WEDY, G. J. T. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 56.

verossimilhança)”¹³⁷. Assim, o princípio da prevenção poderá ser aplicado quando estivermos diante da certeza científica acerca da ocorrência do dano ambiental, enquanto que o princípio da precaução poderá ser implementado em face de fundada convicção, que pode ser constatada mediante um juízo de verossimilhança e de forte probabilidade de concretização do dano.

Segundo preceitua Denise Hammerschmidt¹³⁸, o princípio da prevenção é uma atitude lógica realizada diante de um mal que a ciência é capaz de delinear e aferir, no âmbito das certezas das ciências, enquanto que a precaução lida com a incerteza dos saberes científicos. Concluindo seu raciocínio, a citada autora expõe que,

(...) enquanto a prevenção é um assunto de especialistas confiado em seus saberes, a precaução é um assunto que compete à sociedade em seu conjunto e deve ser gerenciado em seu seio para orientar a tomada de decisões políticas sobre assuntos de relevância fundamental.¹³⁹

Por derradeiro, com o intuito de esclarecer ainda mais a diferença entre os dois princípios ora em análise, traremos algumas circunstâncias fáticas para exemplificar a aplicação de cada princípio. Esta elucidação se torna importante na medida em que saímos do campo teórico e adentramos na esfera prática de implementação destes princípios pela Administração Pública.

Como circunstâncias fáticas que autorizam a aplicação do princípio da prevenção, podemos citar a prática do tabagismo em ambientes públicos, em face dos efeitos maléficos abastadamente conhecidos; as atividades de mineração, cujo impactos negativos ao meio ambiente são inegáveis; o dever de diminuir as emissões de gases do efeito estufa, tendo em vista que contribuem para o aumento do aquecimento global; o dever de eliminar do comércio alimentos que são comprovadamente maléficos à saúde.

Por outro lado, são exemplos de situações que autorizam a implementação do princípio da precaução: a impossibilidade de liberar um medicamento no mercado de consumo, sem que antes tenha havido a observância de um rigoroso protocolo de

¹³⁷ FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 123.

¹³⁸ HAMMERSCHMIDT, D. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. In: MACHADO, P. A. L.; MILARÉ, E. (Org.). **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 373. (Coleção doutrina essenciais; v. 1)

¹³⁹ Ibid., p. 374.

fabricação e testes; o dever de monitoração de medicamentos postos em comercialização para serem disponibilizados ao público, haja vista que qualquer fármaco, como cediço, acarreta efeitos colaterais em variados níveis de intensidade; “não se deve liberar para consumo um alimento exposto a determinada contaminação provavelmente deletéria”¹⁴⁰; o dever de retirar os cidadãos que construíram suas residências em áreas de risco de deslizamento e alocá-los em locais seguros e dignos. Notemos que todos os exemplos citados apresentam como ponto em comum o elemento da incerteza científica, bem como a existência de um risco fundado em fortes convicções de materialização.

1.2.5 Críticas ao princípio da precaução

O princípio da precaução, embora seja amplamente aceito pela comunidade internacional e vastamente difundido em tratados e convenções internacionais, como já foi demonstrado em linhas anteriores, também apresenta opositores, os quais formulam pesadas críticas a sua implementação pelos Estados. A principal crítica ao princípio da precaução reside no fato que este princípio paralisaria o crescimento econômico e, até mesmo, os avanços tecnológicos na área da saúde. Seus críticos o enxergam com a lente do medo que tudo paralisa e estagna.

Encontramos na figura de Cass Robert Sunstein, professor da Universidade de Harvard, o principal opositor do princípio da precaução, o qual escreveu o livro *Laws of Fear: beyond the precautionary principle*, em 2005, quando ainda era professor da Universidade de Chicago, para tecer duras considerações contra a aplicação desse princípio. Passemos, portanto, a análise de suas críticas.

A priori, Sunstein¹⁴¹ afirma que pretende desafiar o princípio da precaução, pois este não oferece orientação e não conduz para nenhuma direção, bem como declara que “o princípio ameaça ser paralisante, proibir a regulação, a inação, e cada passo entre” (tradução livre)¹⁴². Continua o citado autor argumentando que como os riscos estão presentes em todas as situações sociais, se fôssemos utilizar nossos

¹⁴⁰ FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 123.

¹⁴¹ SUNSTEIN, C. R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 14.

¹⁴² Texto original: The principle threatens to be paralyzing, forbidding regulation, inaction, and every step in between.

recursos financeiros para lidar com todos os riscos, iríamos comprometer o futuro da humanidade e eliminaríamos as tecnologias úteis aos seres humanos. Vejamos o ponto de vista de Sunstein¹⁴³:

Um crítico economicamente orientado pode observar que nossos recursos são limitados e que, se gastarmos grandes quantidades de recursos em danos altamente especulativos, não alocaremos esses recursos com sabedoria. De fato, esta é a crítica mais simples do Princípio da Precaução. Se tomarmos medidas dispendiosas para lidar com todos os riscos, por mais improváveis que sejam, rapidamente nos empobreceremos. Nesta visão, o Princípio da Precaução “criaria um futuro sombrio”. Também eliminaria tecnologias e estratégias que tornam a vida humana mais fácil, mais conveniente, mais saudável e mais longa. (tradução livre)¹⁴⁴

Com o intuito de enfatizar o caráter paralisante do princípio da precaução e fundamentar sua teoria, Sunstein aponta uma pesquisa realizada com cientistas, em que foi questionado quais seriam as mais notáveis descobertas científicas, médicas ou tecnológicas que seriam impedidas se a ciência, na época, fosse governada pelo princípio da precaução. Como resposta a presente pesquisa foram informados, dentre outros, as seguintes descobertas: aviões, automóveis, antibióticos e rádio¹⁴⁵.

Adiante, Sunstein sustenta que a falsa crença na benevolência da natureza ajuda o princípio da precaução a parecer útil no âmbito de proteção ao meio ambiente, pois os defensores desse princípio olvidam que os maiores riscos à humanidade são oriundos da própria natureza, como os raios solares e o tabaco. Assim fundamenta seu pensamento¹⁴⁶:

Claro, alguns dos riscos mais sérios são um produto da natureza. Nada é mais natural do que a exposição à luz solar, que as pessoas raramente temem. Mas tal exposição está associada ao câncer de pele e outros danos, produzindo sérios problemas de saúde que (infelizmente) não foram a ocasião para invocar o Princípio da Precaução. O tabagismo mata 400 mil americanos a cada ano, embora o tabaco seja um produto da natureza. Dizer tudo isso não é resolver questões específicas, que dependem de questões complexas de valor e fato. Mas uma falsa crença

¹⁴³ SUNSTEIN, C. R. **Laws of fear**: beyond the precautionary principle. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 25.

¹⁴⁴ Texto original: An economically oriented critic might observe that our resources are limited and that if we spend large amounts of resources on highly speculative harms, we will not be allocating those resources wisely. In fact this is the simplest criticism of the Precautionary Principle. If we take costly steps to address all risks, however improbable they are, we will quickly impoverish ourselves. On this view, the Precautionary Principle “would make for a dim future.” It would also eliminate technologies and strategies that make human lives easier, more convenient, healthier, and longer.

¹⁴⁵ SUNSTEIN, op. cit., loc. cit.

¹⁴⁶ Ibid., p. 45.

na benevolência da natureza ajuda a explicar por que o Princípio da Precaução é pensado, muito incorretamente, em fornecer uma grande quantidade de ajuda analítica.¹⁴⁷

Por derradeiro, Sunstein propõe a reformulação do princípio da precaução para um princípio denominado anti-catástrofe¹⁴⁸, o qual teria um campo de atuação bastante específico para agir apenas contra riscos catastróficos e desde que observados quatro requisitos para sua implementação:

a) Primeiramente se faz necessário observar se a eliminação de determinado risco não causaria o surgimento de novas ameaças, mediante uma análise holística da situação de risco. Para exemplificar esta condição, o autor cita o exemplo de uma guerra preventiva para enfraquecer determinado grupo terrorista, a qual poderia ocasionar o aumento desse perigo com relação a outros grupos que compartilham a mesma filosofia de pensamento;

b) O segundo pressuposto seria a análise do custo-benefício, porque sua aplicação exige um custo módico para a sociedade, pois, do contrário, sua implementação se quedaria prejudicada, uma vez que os recursos financeiros que seriam suportados causariam prejuízos ou falta de investimentos em outras áreas;

c) Em terceiro lugar, estaria a adoção de medidas que distribuam os encargos de modo a resguardar aqueles que não possuem condições financeiras de suportá-las;

d) Por último, quando o pior cenário catastrófico não pode ser mensurado, devem-se adotar medidas que assegurem uma margem mínima de segurança.

Resumindo suas ideias acerca do princípio anti-catástrofe, Sunstein¹⁴⁹ expõe:

Mas eu sugiro que o Princípio Anti-Catástrofe tem um lugar definido na vida e na lei, aplicando-se a perigos incertos de catástrofe, pelo menos quando os custos de reduzir esses perigos não são enormes e quando incorrer esses custos não desviar recursos de mais pressionando problemas. O Princípio Anti-Catástrofe não é o Princípio da Precaução; é muito mais estreito que isso. Mas, no entanto, merece desempenhar um

¹⁴⁷ Texto original: Of course, some of the most serious risks are a product of nature. Nothing is more natural than exposure to sunlight, which people rarely fear. But such exposure is associated with skin cancer and other harms, producing serious health problems that (unfortunately) have not been the occasion for invoking the Precautionary Principle. Tobacco smoking kills 400,000 Americans each year, even though tobacco is a product of nature. To say all this is not to resolve specific issues, which depend on complex questions of value and fact. But a false belief in the benevolence of nature helps to explain why the Precautionary Principle is thought, quite incorrectly, to provide a great deal of analytical help.

¹⁴⁸ SUNSTEIN, C. R. **Laws of fear**: beyond the precautionary principle. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 109.

¹⁴⁹ Ibid., p. 114.

papel nas escolhas regulatórias, incluindo aquelas que envolvem o aquecimento global - plausivelmente exigindo passos significativos (mas não muito caros) agora, acompanhados por mais pesquisas para obter uma melhor compreensão da probabilidade de desastre real.¹⁵⁰ (tradução livre)

Após detida ponderação sobre os argumentos tecidos por Cass Robert Sunstein, podemos observar que sua crítica não se sustenta, pois o cerne de sua argumentação se baseia na aplicação indiscriminada deste princípio por parte do aplicador que deixa de aferir a relação custo-benefício do empreendimento, não verificando, *in casu*, se os benefícios da aplicação do princípio da precaução seria maior que os malefícios da não realização da atividade almejada. Ademais, Sunstein tece seus comentários sem considerar o conceito do Princípio da Precaução firmado no Princípio 15 da Declaração da Rio/92, o qual, como já explicitado, goza de ampla aceitação no âmbito internacional. Dito isto, façamos, portanto, uma análise individualizada de todas as críticas expostas acima.

Sunstein começa afirmando, e repete durante todo o livro, que o princípio da precaução não oferece orientação. Com o devido respeito, esta objeção carece de respaldo teórico e prático, pois este princípio age com sabedoria contra o imediatismo e trabalha no âmbito da gestão inteligente dos recursos naturais, em consonância com o desenvolvimento sustentável para garantir a sobrevivência das presentes e futuras gerações, pois, assimilado à luz da proporcionalidade, o princípio da precaução prescreve “o fim da tirania do curto-prazo no enfrentamento dos maiores fatores de risco”¹⁵¹. Segundo a precaução, devemos agir com cautela ante a existência de ameaças de danos graves ou irreversíveis, buscando sempre utilizar a melhor tecnologia disponível e investir em novas tecnologias sustentáveis. Nesse sentido, Wallace Paiva Martins Júnior acentua que esse axioma ambiental age tomando “medidas de cautela, diligência, prudência e segurança, e que reconduzem à ideia da

¹⁵⁰ Texto original: But I do suggest that the Anti-Catastrophe Principle has a definite place in both life and law, applying to uncertain dangers of catastrophe, at least when the costs of reducing those dangers are not huge and when incurring those costs does not divert resources from more pressing problems. The Anti-Catastrophe Principle is not the Precautionary Principle; it is far narrower than that. But it nonetheless deserves to play a role in regulatory choices, including those that involve global warming – plausibly by calling for significant (but not hugely costly) steps now, accompanied by further research to obtain a better understanding of the likelihood of real disaster.

¹⁵¹ FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128.

eficiência, princípio regente da administração pública expressamente catalogado no art. 37 da Constituição de 1988¹⁵².

O princípio da precaução nos ensina que, em determinados momentos, a atitude mais inteligente é esperar, pois o imediatismo é imprudente e os custos financeiros ocasionados pela concretização de um dano pode ser muito superior aos gastos realizados para se eliminar ou diminuir os riscos existentes. Além do mais, como um princípio que atua na gestão dos riscos, nos orienta a melhorar o processo decisório para a conservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, obtendo e compartilhando as melhores informações científicas e aplicando as técnicas aprimoradas para lidar com perigos e incertezas.

Em termos práticos de orientação proposta pelo princípio da precaução, podemos citar: impedimento de determinados produtos químicos na agricultura; proibição de instalação de empreendimentos industriais em determinadas áreas de proteção; recomendações para que seja observado margens de segurança, como, por exemplo, limitar a pesca a certas quantidades para que seja respeitado com segurança a capacidade de reprodução da espécie alvo; estimular o avanço científico por meio de pesquisas para que sejam utilizadas as técnicas menos agressivas ao meio ambiente; excluir justificativas que tentam postergar a adoção de medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a concretização do dano ambiental. Assim, percebemos que todas as orientações propostas pelo princípio da precaução convergem para uma finalidade única, a saber, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, pois, para se “obter o desenvolvimento sustentável, as políticas devem ser baseadas no princípio da precaução”¹⁵³, conforme preceitua Philippe Sands.

Com relação à crítica de ser um princípio paralisante da atividade econômica e do desenvolvimento tecnológico, Paulo Affonso Leme Machado¹⁵⁴ esclarece:

A implementação do princípio da precaução não tem por finalidade imobilizar as atividades humanas. Não se trata da precaução que tudo impede ou que em tudo vê catástrofes ou males. O princípio da precaução visa à durabilidade da sadia qualidade de vida das gerações humanas e à continuidade da natureza existente no planeta.

¹⁵² MARTINS JUNIOR, W. P. Princípios jurídicos de direito administrativo, ambiental e urbanístico e o princípio da precaução. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 205-225, nov./dez. 2014.

¹⁵³ SANDS, P. O princípio da precaução. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 32.

¹⁵⁴ MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90.

Na mesma linha de raciocínio se encontra o entendimento de Norma Sueli Padilha:

Na precaução, há uma referência indispensável aos riscos, mas não visa impedir ou imobilizar atividades humanas; visa à durabilidade da sadia qualidade de vida, pois nem todos os riscos são aceitáveis, apesar do atual estágio de desenvolvimento tecnológico.¹⁵⁵

Maria Luiza Machado Granziera¹⁵⁶ corrobora tais pensamentos concluindo que “o princípio da precaução, dessa forma, ao contrário do que pode parecer não trava o desenvolvimento econômico. Ao contrário, ele garante a preservação das condições mínimas de qualidade ambiental, necessárias ao equilíbrio da vida”.

Martine Remond-Gouillod¹⁵⁷ consegue ir ainda mais longe em seu pensamento, ressaltando que o princípio da precaução atua como um agente potencializador da inovação do progresso:

Longe de paralisar o progresso, a precaução disciplina a inovação, assegurando-lhe um lugar legítimo em nossa civilização tecnológica. A precaução ensina a resistir à pressão da conjuntura imediata, podendo extrair-se da decisão do Conselho de Estado a seguinte mensagem: pode ser urgente esperar.

Igualmente seguindo este traço de argumentação, Solange Teles da Silva¹⁵⁸ aduz que a filosofia da precaução não pode ser estigmatizada sob a ótica de um obstáculo ao desenvolvimento mediante condutas de abstenção e reprovação do avanço tecnológico. Pois, em verdade, trata-se de reconhecer a relatividade do conhecimento científico e, a partir desse ponto, incentivar a busca pelo conhecimento, aprimorando técnicas já conhecidas e obtendo novos métodos de cognição. Ademais, salienta a autora que a filosofia de precaução não tem o desígnio de enaltecer a incerteza ou a ignorância. Pelo contrário, exprime um impulso a desvendar os mistérios que cercam a incerteza sobre o possível dano.

Por sua vez, Juarez Freitas relata que o princípio da precaução está longe de ser anticientífico ou conservador e muito menos resistente às inovações tecnológicas,

¹⁵⁵ PADILHA, N. S. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 250.

¹⁵⁶ GRANZIERA, M. L. M. **Direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 64.

¹⁵⁷ REMOND-GOUILLOD, M. **Les OGMS au Conseil d'État**. Gazette du Palais: 1999, p. 13-14 apud MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 96.

¹⁵⁸ SILVA, S. T. Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 79.

pois, este axioma está intimamente relacionado com a segurança, em seu sentido amplo, fomentando, por exemplo, “o dever de exigir, no processo produtivo, a substituição de materiais arriscados por outros seguros para a saúde, sem proteções baseadas no economicismo indefensável”¹⁵⁹.

O “princípio da precaução constitui um incentivo para o desenvolvimento tecnológico”¹⁶⁰, já que obriga o idealizador da atividade a utilizar a melhor prática ou tecnologia disponível na realização do empreendimento. Dentro desse contexto, Rüdiger Wolfrum alude que “é a obrigação dos Estados de substituírem atividades ou substâncias prejudiciais por atividades ou substâncias menos poluentes”¹⁶¹. O Reino Unido, por exemplo, “tem adotado a abordagem ‘BAT’ (*Best Available Technology* - melhor tecnologia disponível), inserida na Lei de Proteção do Meio Ambiente de 1990 (seção 7, § 4)”¹⁶². Portanto, a crítica de Sunstein de ser a precaução um princípio paralisante não merece prosperar, pois, como extensamente demonstrado, este axioma visa assegurar, como fim último, o desenvolvimento sustentável.

No tocante à crítica de que o princípio da precaução compromete o futuro da humanidade, já que se fôssemos eliminar todos os riscos existentes na sociedade os recursos financeiros se quedariam absorvidos nesta inútil tarefa, outrossim, carece de respaldo teórico. Neste ponto, Sunstein não observou o conceito do princípio da precaução, pois, sua implementação está condicionada à existência de riscos de danos graves ou irreversíveis. Portanto, não é qualquer risco que pode ser invocado para aplicar este princípio, e, sim, aquele que apresenta um potencial de causar malefícios notáveis ou inconvertíveis ao meio ambiente. Assim, é necessário que “uma hipótese de risco cientificamente plausível seja admitida por parte significativa da comunidade científica, no momento em que a decisão esteja sendo tomada”¹⁶³. Pois,

¹⁵⁹ FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 130.

¹⁶⁰ WOLFRUM, R. O princípio da precaução. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 21.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 23.

¹⁶² MACHADO, P. A. L. Princípio da precaução no direito brasileiro e no direito internacional e comparado. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 364.

¹⁶³ SILVA, S. T. Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 89.

do contrário, se aceitássemos todo tipo de risco, estaríamos frustrando o direito à boa Administração Pública, conforme leciona Juarez Freitas¹⁶⁴:

Decerto, inadmissível a tomada das medidas de precaução como fruto de temores excessivos ou desarrazoados. Escusado assinalar que a insuficiência reticente e a dose irrealista de precaução, cada uma a seu modo, conduzem à idêntica frustração do direito à boa Administração Pública.

Sunstein ainda afirma que os riscos mais graves suportados pela humanidade são um produto da natureza, como os raios solares e o tabaco, e não aqueles oriundos de atividades antrópicas. Como cediço, a exposição excessiva ao sol é a principal causa do câncer da pele devido à radiação ultravioleta. No entanto, “tanto a destruição do ozônio estratosférico quanto as mudanças climáticas são efeitos das atividades humanas sobre a atmosfera global”¹⁶⁵. Além do mais, “há extensas evidências científicas de que a destruição do ozônio faz com que mais UVB atinja a superfície da Terra”¹⁶⁶. Desta forma, resta comprovado que as atividades humanas contribuem de modo significativo para que a radiação ultravioleta, causadora do câncer da pele, incida na superfície da terra em maior quantidade do que o natural. Melhor sorte não assiste Sunstein com relação ao tabaco, pois embora seja um produto agrícola, seu consumo na forma de cigarro, por exemplo, depende de uma ação e desejo antrópico. Além do mais, ante a certeza científica dos danos causados à saúde pelo tabaco, invocariamos o princípio da prevenção, e não da precaução.

Relativamente à sugestão formulada por Sunstein de modificar o princípio da precaução em um princípio denominado anti-catástrofe, com a intenção de restringir seu campo de atuação, estamos diante de uma proposta que inviabiliza quase que por completo a implementação do princípio sugerido. Ora, ao reduzir sua aplicação a riscos de danos catastróficos, como uma guerra ou um acidente nuclear, o referido autor praticamente torna em desuso este princípio. Além do mais, os dois primeiros requisitos propostos por Sunstein funcionam como uma espécie de barreira impeditiva, pois, naturalmente outros riscos iriam surgir quando de sua implementação

¹⁶⁴ FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 123.

¹⁶⁵ SÃO PAULO. Secretaria de Estado do Meio Ambiente. **Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e Protocolo de Montreal sobre Substâncias que destroem a Camada de Ozônio**. Entendendo o meio ambiente. Vol. 5. São Paulo: SMA, 1997, p. 8. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/prozoesp/wp-content/uploads/sites/16/2014/04/convencao_viena.pdf. Acesso em: 29 jun. 2019.

¹⁶⁶ Ibid.

e os custos oriundos de sua aplicação, provavelmente, diante da magnitude do risco, seriam onerosos para a sociedade. Para exemplificar como a primeira condição consiste em um empecilho, imagine um país que pretende construir uma usina nuclear para fornecer energia elétrica para sua população. Caso um juiz, após ser provocado, pretendesse impedir a construção da usina com base no princípio anti-catástrofe, o mesmo não lograria êxito, pois iria surgir outro risco para a população daquele país, o de ficar sem energia elétrica.

De resto, as críticas de Sunstein se baseiam na aplicação indiscriminada do princípio da precaução sem analisar os benefícios advindos do desenvolvimento econômico da atividade que se pretende realizar, focando, apenas, no pior cenário que o risco pode provocar. Sob esse ponto de vista, seus comentários não poderiam ser utilizados em desfavor da precaução, mas, sim, contra o aplicador do princípio. Ora, sabemos que a implementação deste princípio confere ao poder público certa margem de discricionariedade, a qual deverá ser conduzida e orientada pelo princípio da proporcionalidade na análise do custo-benefício, pois, do contrário, seus opositores ganhariam respaldo. Afinal de contas, o pensamento de Sunstein acerca da aplicação ampla e indiscriminada do princípio da precaução, “deve ser contida, limitada, relativizada por um princípio superior que é o princípio da proporcionalidade”¹⁶⁷.

Nesta linha de raciocínio, cumpre destacar os ensinamentos de Carla Amado Gomes, para quem o princípio da precaução suscita um

Dever de estabelecer parâmetros decisórios fundados no princípio da proporcionalidade, tentando harmonizar os interesses em presença de acordo com a lógica fim-meio e considerando as várias alternativas - nomeadamente, a substituíbilidade da actuação (v.g., reciclar determinados resíduos e não vertê-los para o mar) ou a sua flexibilização (v.g., em vez de medidas proibitivas adoptar medidas meramente condicionadoras), se os dados o permitirem.¹⁶⁸

Acerca dos detalhes e das nuances da implementação do princípio da precaução, a qual deverá ser conduzida sob a ótica do princípio da proporcionalidade, remetemos o leitor ao item 3.1 desta pesquisa, onde abordaremos os desdobramentos das proibições de excesso e de proteção insuficiente.

¹⁶⁷ GODARD, O. O princípio da precaução frente a dilema da tradução jurídica das demandas sociais. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 184.

¹⁶⁸ GOMES, C. A. **Direito ambiental**: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. Curitiba: Juruá, 2010, p. 112.

2 TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA

2.1 DIREITOS DIFUSOS E A TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA

Antes de adentrarmos no âmago da tutela inibitória coletiva, com suas respectivas nuances, mister se faz ressaltar a relação existente entre o meio ambiente, na qualidade de direito difuso e fundamental de terceira dimensão, com a tutela inibitória coletiva, no âmbito da efetividade do processo.

Para tanto, faremos uma breve síntese acerca dos direitos fundamentais e suas respectivas dimensões. Oportunidade na qual veremos que o meio ambiente está inserido como direito fundamental de terceira dimensão. Posteriormente, abordaremos a classificação dos direitos transindividuais, com o intuito de entender o porquê do meio ambiente ser classificado como um direito difuso.

Assim, em sequência, estaremos aptos a entender como a escolha da via adequada para tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado pode influenciar na efetividade do processo, bem como na proteção de fato de nosso ecossistema, para evitarmos a ocorrência de danos ambientais.

Realizadas estas premissas de cunho ontológico para entender a natureza e o lugar do meio ambiente no campo epistemológico do Direito, passamos a analisar a tutela inibitória coletiva de maneira holística, mediante o estudo de seu fundamento, características e espécies. Dessa forma, a eficácia desse tipo de tutela preventiva tornar-se-á evidente e compreensível ante a inutilidade da tutela reparatória no âmbito de proteção ambiental.

O discernimento desses conceitos introdutórios torna-se necessário para seguirmos adiante em nosso estudo sobre a utilização do princípio da precaução como fundamento da tutela inibitória no plano coletivo, como forma de assegurar o direito fundamental ao meio ambiente sustentável.

2.1.1 O meio ambiente como direito fundamental de terceira dimensão

Direitos fundamentais são todos os direitos positivados, no âmbito constitucional, pelo ordenamento jurídico como tais, e que apresentam como objetivo principal resguardar a dignidade da pessoa humana. A partir desse conceito, podemos

diferenciar os direitos fundamentais dos direitos humanos, embora parte da doutrina os trate como sinônimos.

A diferenciação, aqui proposta, se fundamenta sob o ponto de vista formal, haja vista que, “*materialmente* falando, **ambos visam à proteção e à promoção da dignidade da pessoa humana**. Logo, quanto ao conteúdo, pouca ou nenhuma diferença há entre eles”¹⁶⁹.

Assim, enquanto os direitos humanos estão previstos em tratados e convenções internacionais, voltados ao ser humano independentemente de sua nacionalidade, mesmo que não incorporados aos ordenamentos jurídicos, os direitos fundamentais são apenas aqueles que estão positivados no instrumento constitucional como tais. Nessa linha de raciocínio, podemos citar Flávio Martins Alves Nunes Júnior:

Em resumo, direitos humanos são os direitos previstos em tratados e outros documentos internacionais, ainda que não incorporados ao ordenamento jurídico de um país.

Por sua vez, direitos fundamentais são aqueles direitos, normalmente direcionados à pessoa humana, que foram incorporados ao ordenamento jurídico de um país. Essa é a razão pela qual, na maioria das vezes, quando o estudioso se refere aos direitos previstos em tratados internacionais, fala direitos humanos e, quando estuda a Constituição de um país, refere-se a direitos fundamentais¹⁷⁰.

Portanto, os direitos humanos se situam em “uma *zona de flutuação* acima dos ordenamentos internos, pois necessariamente dependem de um consenso que transcenda ao ‘quintal’ de cada país”¹⁷¹. Assim, após alcançada uma consonância e aceitação de ideias, cada nação, de acordo com suas singularidades, buscará incorporar ao seu ordenamento jurídico a essência dos direitos humanos internacionalmente consagrados, tornando-os direitos fundamentais.

De acordo com Paulo Bonavides¹⁷², a classificação dos direitos fundamentais em gerações foi proposta por Karel Vasak “na aula inaugural de 1979 dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo”. Consoante entendimento desse jurista tcheco-francês, existiriam três dimensões de direitos fundamentais: a primeira composta por direitos civis e políticos (liberdade), a segunda

¹⁶⁹ OLIVEIRA, B. P. G.; LAZARI, R. **Manual de direitos humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 56.

¹⁷⁰ NUNES JÚNIOR, F. M. A. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

¹⁷¹ OLIVEIRA, B. P. G.; LAZARI, R. *op. cit.*, p. 55.

¹⁷² BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 577.

formada por direitos sociais, econômicos e culturais (igualdade), e a terceira que corresponde aos direitos de solidariedade (fraternidade), sendo que “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”¹⁷³. Nessa esteira de pensamento, destacamos a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

E, assim como os direitos liberais tem o seu alicerce normativo no princípio da liberdade e os direitos sociais são formatados sob a égide do princípio da igualdade, os direitos ditos de terceira dimensão, como é o caso do direito ao ambiente, encontrariam - segundo importante doutrina - o seu suporte normativo-axiológico no *princípio (e dever) da solidariedade*¹⁷⁴.

Depreende-se, desta forma, como bem ressaltado por Paulo Bonavides, que o lema da Revolução Francesa “expressou em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade”¹⁷⁵.

No entanto, foi a partir da obra de Norberto Bobbio, intitulada “A era dos direitos”, que esta classificação foi amplamente difundida no Brasil, haja vista ser este filósofo italiano bastante conhecido pelos juristas brasileiros, conforme bem observado por Flávio Martins Alves Nunes Júnior¹⁷⁶.

Conforme nos ensina Bobbio, ao discorrer sobre as gerações dos direitos fundamentais, “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer”¹⁷⁷. Assim, em conformidade com essa linha de raciocínio, a qual será constatada nos itens subsequentes, os direitos individuais, sociais ou transindividuais nascem de acordo com a necessidade do ser humano em dado momento da história. Por esta razão, Karel Vasak os classificou em gerações, pois nasceram em épocas distintas, atuando como verdadeiros processos de adaptação social para garantir o bem de toda a coletividade, o que de fato é a finalidade de todo Ordenamento Jurídico. Afinal, como bem preleciona Paulo Nader:

As instituições jurídicas são inventos humanos que sofrem variações no tempo e no espaço. Como processo de adaptação social, o Direito deve

¹⁷³ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.

¹⁷⁴ SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito constitucional ambiental**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 55.

¹⁷⁵ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 576-577.

¹⁷⁶ NUNES JÚNIOR, F. M. A. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

¹⁷⁷ BOBBIO, op. cit., p. 6.

estar sempre se refazendo, em face da mobilidade social. A necessidade de ordem, paz, segurança, justiça, que o Direito visa a atender, exige procedimentos sempre novos. Se o Direito se envelhece, deixa de ser um processo de adaptação, pois passa a não exercer a função para a qual foi criado. Não basta, portanto, o *ser* do Direito na sociedade, é indispensável o *ser atuante*, o *ser atualizado*. Os processos de adaptação devem-se renovar, pois somente assim o Direito será um instrumento eficaz na garantia do equilíbrio e da harmonia social¹⁷⁸.

Atualmente, no entanto, a expressão *geração* foi substituída pelo termo *dimensão*, tendo em vista, que o primeiro vocábulo poderia induzir, erroneamente, ao entendimento de que os direitos das gerações posteriores iriam substituir os anteriores, o que não é verdade, pois, o que ocorre é uma interdependência entre as dimensões. Corroborando esse pensamento de complementaridade, Bobbio exemplifica que “os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna”¹⁷⁹. Por esta razão, Paulo Bonavides, ao discorrer acerca dessa polêmica terminológica, aduz que “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes”¹⁸⁰. Concluindo esse raciocínio, nos filiamos ao pensamento de Alexandre Kiss, para quem não seria tecnicamente preciso falar em gerações, “mas de um fluxo constante; a humanidade pode ser comparada a um enorme rio que flui constantemente, torna-se cada vez maior e nele nenhuma distinção pode ser feita entre as gotas de água que o formam”¹⁸¹.

Com o intuito de reforçar o entendimento sobre a complementaridade entre as dimensões dos direitos fundamentais, mister se faz ressaltar a sensata lição de Amartya Sen, o qual nos ensina que todos os problemas enfrentados pelos direitos fundamentais, independentemente de sua dimensão, ainda coexistem:

Existem problemas novos convivendo com antigos — a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fomes coletivas e fome crônica muito disseminadas, violação de liberdades políticas elementares e de liberdades formais básicas, ampla negligência diante dos interesses e da condição de agente das mulheres e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social.
(...)

¹⁷⁸ NADER, P. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 19.

¹⁷⁹ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 206-207.

¹⁸⁰ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 586.

¹⁸¹ KISS, A. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 4.

Existe uma acentuada complementaridade entre a condição de agente individual e as disposições sociais: é importante o reconhecimento simultâneo da centralidade da liberdade individual e da força das influências sociais sobre o grau e o alcance da liberdade individual¹⁸².

Nesse sentido, temos a doutrina de Bruna Pinotti Garcia Oliveira e Rafael de Lazari:

Uma das características dos direitos humanos é a **interdependência**, segundo a qual as dimensões de direitos humanos apresentam uma relação orgânica entre si. Logo, a dignidade da pessoa humana deve ser buscada por meio da implementação mais eficaz e uniforme das liberdades clássicas, dos direitos sociais, econômicos e de solidariedade como um **todo único e indissolúvel**¹⁸³.

Por fim, ainda com o intuito de endossar a interdependência entre os direitos fundamentais, podemos citar o Princípio 25, da Declaração de Princípios da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro (CNUMAD): “A paz, o desenvolvimento e a proteção ambiental são interdependentes e indivisíveis”¹⁸⁴.

2.1.1.1 Primeira dimensão dos direitos fundamentais

Os direitos de primeira dimensão se fundamentam na liberdade do indivíduo ante o poder absolutista estatal, que adentrava, de forma abrupta, na vida privada de seus subalternos. Oriundos das Revoluções Americana e Francesa, atuaram “emancipando o súdito diante dos privilégios medievais e o elevando à categoria de cidadão, detentor de direitos individuais a serem exercidos contra um Estado limitado em seu poder pelo próprio direito, ou seja, um Estado de Direito Liberal”¹⁸⁵.

A famosa obra *O Príncipe*, de Nicolau Maquiavel, retrata com precisão o pensamento do Estado Absolutista, para o qual a figura do soberano, com o intuito de preservar seu poder incólume, poderia se sobrepor a qualquer direito natural do ser

¹⁸² SEM, A. K. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010. *E-book*.

¹⁸³ OLIVEIRA, B. P. G.; LAZARI, R. **Manual de direitos humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 141-142.

¹⁸⁴ CNUMAD. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1992. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento.pdf. Acesso em 02 mai. 2019.

¹⁸⁵ PADILHA, N. S. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 37.

humano. Uma noção desse tipo de concepção estatal pode ser verificada no seguinte trecho de sua obra:

(...) nas ações de todos os homens, e principalmente dos príncipes, contra quem não existe nenhum tipo de apelação, basta aguardar o resultado final. O príncipe deve, então, procurar vencer e manter o Estado, pois os meios serão sempre julgados honrados e louvados por todos porque o vulgo se deixa facilmente enganar pelas aparências e pelos resultados, e no mundo predominam os vulgos¹⁸⁶.

“Os direitos humanos da 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal”¹⁸⁷. Desta forma, “são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”¹⁸⁸ e, por isso, são classificados como negativos, já que exigem uma abstenção estatal para que os direitos individuais, como a vida, liberdade, propriedade, privacidade, segurança, dentre outros, sejam respeitados.

Contudo, esta classificação, conforme pontuado por Flávio Martins Alves Nunes Júnior¹⁸⁹, é alvo de críticas, pois, embora a conduta principal do Estado seja de não agir ou não interferir na esfera privada do indivíduo, outrossim, também existe um comportamento estatal positivo, no sentido, por exemplo, de garantir uma vida digna aos cidadãos ou de assegurar que as liberdades individuais possam ser exercidas sem censura arbitrária. Ademais, além dos direitos civis, esta dimensão igualmente é formada pelos direitos políticos, “relativos às liberdades positivas no sentido de garantir uma participação cada vez mais ampla dos indivíduos no poder político (liberdade no Estado)”¹⁹⁰.

Nessa linha de raciocínio, cumpre destacar a lição de Norberto Bobbio:

(...) num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao Estado*; num segundo momento, foram propugnados os

¹⁸⁶ MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. Tradução de Fulvio Lubisco. 2. ed. São Paulo: Jardim dos Livros, 2013. *E-book*.

¹⁸⁷ LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

¹⁸⁸ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 578.

¹⁸⁹ NUNES JÚNIOR, F. M. A. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, B. P. G.; LAZARI, R. **Manual de direitos humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 145.

direitos políticos, os quais — concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não impedimento, mas positivamente, como autonomia — tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado)¹⁹¹.

Portanto, os direitos fundamentais da primeira dimensão são os direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade e que tem, por titular, o indivíduo, que deverá exercê-los sem a interferência estatal, no exercício de seus direitos individuais, bem como terá assegurado sua participação nas decisões políticas do Estado.

2.1.1.2 Segunda dimensão dos direitos fundamentais

Rompido com o Estado Absolutista e alcançado um Estado de Direito Liberal, chegou o momento de se lutar pela igualdade, fundamento dos direitos da segunda dimensão, os quais correspondem aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Tal momento se deu em decorrência da Revolução Industrial, que operou no mundo uma forma devastadora de exploração da classe trabalhadora, exposta a jornadas extenuantes, bem como a todas as formas de degradação da dignidade da pessoa humana. Assim, os segmentos sociais dos trabalhadores descobriram que a relação existente entre eles e os empregadores, de cunho, exclusivamente, civilista e contratual, pautada, principalmente, pelo princípio do *pacta sunt servanda*, não resguardava o mínimo necessário para uma existência digna.

Diante desse contexto social, surgiu a consciência de classe, concepção preliminar para se alcançar o Estado de Direito Social, pois foi necessário romper com o caráter individual do Direito Civil para se chegar a uma conotação coletiva, em que se pensa no indivíduo como membro integrante de uma coletividade ou grupo. Nessa linha de raciocínio, destacamos o ensinamento de Paulo Bonavides¹⁹²:

Os direitos da segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

¹⁹¹ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

¹⁹² BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 578.

Bruna Pinotti Garcia Oliveira e Rafael de Lazari¹⁹³ explicam que os direitos fundamentais de segunda dimensão, diante do Estado Social, apresentam como cerne a intervenção estatal, pois é necessário que o Estado garanta a todos os cidadãos direitos como igualdade, educação, saúde, trabalho, alimentação, vestuário, moradia, cultura, dentre outros, inclusive àqueles que não tem condições de por si só usufruí-los. Pois, “ao contrário dos direitos de primeira dimensão, aqui o Estado tem o dever principal de fazer, de agir, de implementar políticas públicas que tornem realidade os direitos constitucionalmente previstos”¹⁹⁴.

Na esteira da doutrina de Pedro Lenza¹⁹⁵, cumpre assinalar que a Constituição do México, de 1917, a Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha e o Tratado de Versalhes, de 1919, que deu origem a Organização Internacional do Trabalho (OIT), foram documentos de destaque na promoção e fortalecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais.

2.1.1.3 Terceira dimensão dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, fundamentados na fraternidade, são “dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade”¹⁹⁶ e de acordo com Paulo Bonavides¹⁹⁷, em rol exemplificativo, são compostos pelos direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação. São, assim, metaindividuais ou transindividuais, já que pertencem a uma coletividade de pessoas, determináveis ou indetermináveis, indo além do interesse individual.

Depreende-se, portanto, de acordo com os exemplos citados acima, que os direitos da terceira dimensão não se baseiam em uma consciência individual ou de classe, pois, seu cerne e atenção estão voltados para o gênero humano em si, independente da nacionalidade, demonstrando, assim, uma consciência global.

¹⁹³ OLIVEIRA, B. P. G.; LAZARI, R. **Manual de direitos humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 148.

¹⁹⁴ NUNES JÚNIOR, F. M. A. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

¹⁹⁵ LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

¹⁹⁶ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 583.

¹⁹⁷ *Ibid*, p. 584.

Esta consciência global surgiu nas últimas décadas do século XX, mais precisamente em meados da década de 70, decorrentes da Revolução Industrial, assim como os da segunda, e da Revolução Tecnológica, a qual ainda vivenciamos. Esta última fomentou e fortaleceu sobremaneira o mercado capitalista global iniciado pela primeira, o qual “ao mesmo tempo que provocou a degradação da qualidade de vida e da saúde da grande massa de trabalhadores, também causou um processo de degradação e devastação jamais visto dos recursos naturais”¹⁹⁸.

Embora o sistema capitalista nunca tenha levado em consideração os aspectos finitos dos recursos naturais, a exploração da natureza por décadas, de forma irresponsável e avassaladora, causou a escassez de alguns recursos e a contaminação de outros, o que serviu de ponto de partida para o nascimento dos direitos de terceira dimensão. Nesse sentido, sob a perspectiva temporal de nascimento dos direitos, destacamos a lição de Norberto Bobbio:

Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los¹⁹⁹.

Com relação à questão ambiental, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972, é considerada internacionalmente como um marco histórico da defesa do meio ambiente, “pois, pela primeira vez, países desenvolvidos e em via de desenvolvimento se reuniram para discutir os impactos no meio ambiente, decorrentes da ação humana”²⁰⁰. Segundo José Afonso da Silva, a referida conferência “abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um *direito fundamental* entre os direitos sociais do Homem”²⁰¹.

¹⁹⁸ PADILHA, N. S. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 40-41.

¹⁹⁹ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 6.

²⁰⁰ PADILHA, op. cit., p. 48.

²⁰¹ SILVA, J. A. da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 71-72.

Surge, assim, o Estado Socioambiental de Direito caracterizado por acrescentar uma dimensão ecológica às já consagradas dimensões liberal e social. Nesse sentido, temos a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer²⁰²:

(...) *Estado Socioambiental*, também designado por alguns de Pós-Social, que, em verdade, não abandona as conquistas dos demais modelos de Estado de Direito em termos de salvaguarda da dignidade humana, mas apenas agrega a elas uma *dimensão ecológica*, comprometendo-se com a estabilização e prevenção do quadro de riscos e degradação ecológica. O processo de afirmação histórica dos direitos fundamentais, sob a perspectiva das suas diferentes dimensões (liberal, social e ecológica), reforça a caracterização constitucional do Estado Socioambiental, em superação aos modelos de Estado Liberal e Social. O *marco jurídico-constitucional socioambiental* ajusta-se à necessidade da tutela e promoção - integrada e interdependente - dos direitos sociais e dos direitos ambientais num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis, inclusive pela perspectiva da noção ampliada e integrada dos *direitos fundamentais socioambientais* ou *direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais* (DESCA).

Em vista de tais reflexões, é possível destacar o surgimento de um *constitucionalismo socioambiental* (ou ecológico, como preferem alguns).

Da mesma forma que no Estado Social, os entes federados têm o dever de garantir os direitos de segunda dimensão, no Estado Socioambiental a intervenção estatal é fundamental no âmbito de proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob pena de incorrer em condutas inconstitucionais e, portanto, passíveis de responsabilização judicial.

No tocante ao fundamento dos direitos de terceira dimensão, mister se faz ressaltar que a fraternidade ou solidariedade nos remete a duas ideias que devem estar intrinsecamente relacionadas com o Estado Socioambiental de Direito. A primeira delas diz respeito à questão da **cidadania global**, pois todos os seres humanos devem agir com espírito fraterno, independentemente da nacionalidade, para que alcancemos a paz, a comunicação e a proteção ambiental. Com relação ao direito à paz, Norberto Bobbio nos adverte que “haverá paz estável, uma paz que não tenha a guerra como alternativa, somente quando existirem cidadãos não mais apenas deste ou daquele Estado, mas do mundo”²⁰³.

²⁰² SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito constitucional ambiental**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 62.

²⁰³ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1.

Ainda com relação a ideia de cidadania global, igualmente deve existir um espírito de comunhão entre os seres humanos no âmbito de proteção ao meio ambiente, pois vivemos em um único planeta que não conhece as fronteiras geográficas dos países. Isso significa que a soberania das nações, quando necessário ao diálogo da governança global em prol da natureza, deve ser relativizada.

A segunda ideia, a que nos remete o fundamento da fraternidade, é a **preocupação intergeracional** que deve existir entre as gerações presentes e as futuras, não somente com relação ao aspecto ambiental com o intuito de garantir a sobrevivência das gerações vindouras, mas, também em relação ao respeito a todos os direitos humanos, para que os próximos habitantes encontrem nações convivendo pacificamente entre si e, sobretudo, respeitando a dignidade humana de todos.

Nessa esteira de pensamento, destacamos os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer²⁰⁴:

A partir da sua dimensão intergeracional, o *princípio (e dever) da solidariedade* aponta para um complexo de responsabilidades e deveres das gerações contemporâneas "viventes" em resguardar as condições existenciais para as pessoas que virão a habitar o planeta, devendo-se voltar o olhar para o futuro de um povo. No âmbito do Estado Socioambiental de Direito, a "referência ao outro" formatada pelo Estado Social adquire maior amplitude, na medida em que busca reconhecer e proteger também um "outro" que se encontra num espaço temporal-geracional distinto do presente (ou seja, no plano futuro).

Ademais, como mencionado no início deste capítulo, sendo o meio ambiente o principal direito metaindividual de terceira dimensão, ainda é necessário ressaltar a imprescindibilidade da proteção ambiental como requisito necessário para se alcançar uma vida sadia, cuja qualidade possa conferir bem-estar físico, mental e social. Afinal, conforme consignado pelo constituinte, no art. 225, o meio ambiente é essencial à sadia qualidade de vida.

Neste aspecto, levando em consideração a interdependência dos direitos fundamentais, temos que a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado ajuda a reduzir as desigualdades materiais entre os cidadãos ou mesmo, em alguns casos, estabelecer a igualdade almejada pela segunda dimensão, pois, como cediço, a degradação ambiental acentua a discrepância entre as pessoas de

²⁰⁴ SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito constitucional ambiental**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 60-61.

diferentes condições sociais, como restou devidamente esclarecido no tópico 1.1.1, ao discorrermos sobre a distribuição dos riscos na sociedade hodierna.

Para finalizar este item, cumpre destacar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado faz parte do rol das cláusulas pétreas, haja vista não haver diferença “quanto ao regime jurídico ou força jurídica a ser aplicada aos direitos fundamentais presentes no catálogo e àqueles incluídos no rol através da abertura do art. 5.º, § 2.º, da CF/1988”²⁰⁵. Chegamos a esta afirmação porque nos filiamos à teoria extensiva, majoritariamente aceita pela doutrina brasileira, para a qual todos os direitos fundamentais são cláusulas pétreas, e não somente os individuais.

2.1.1.4 Quarta dimensão dos direitos fundamentais

Além das três gerações de direitos fundamentais propostas por Karel Vasak, parte da doutrina identifica ainda uma quarta dimensão. No entanto, cada doutrinador, a depender da área de estudo, se direitos humanos, constitucional ou internacional, difere quanto ao objeto da classificação proposta. Vejamos, a seguir, as duas classificações mais difundidas entre os doutrinadores pátrios.

Segundo Norberto Bobbio²⁰⁶, os direitos da quarta dimensão são oriundos dos efeitos traumáticos da pesquisa biológica, que permite manipulações do patrimônio genético dos seres humanos. Nesse sentido, segue o seu posicionamento:

Os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de ideias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam estes três exemplos centrais do debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade, que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos têm de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar os seus comportamentos sem que ela perceba; o direito, o último da série, que está levantando debates nas organizações internacionais, e a respeito do qual provavelmente acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas da natureza do homem: **o direito à integridade do próprio patrimônio genético**, que vai bem mais além do que o direito à integridade física, já afirmado nos artigos 2 e 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁰⁷. **(grifo nosso)**

²⁰⁵ SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito constitucional ambiental**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 83.

²⁰⁶ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5.

²⁰⁷ Ibid., p. 209-210.

Para o constitucionalista Paulo Bonavides²⁰⁸, os direitos da quarta dimensão são o direito à democracia, à informação e ao pluralismo, pois deles depende a concretização de uma sociedade universal, mediante a universalização dos direitos fundamentais no campo institucional.

2.1.1.5 Quinta dimensão dos direitos fundamentais

Uma pequena parte da doutrina aponta ainda a existência de uma quinta dimensão. Segundo Bruna Pinotti Garcia Oliveira e Rafael de Lazari²⁰⁹, alguns doutrinadores do Direito Digital classificam o direito de acesso e convivência num ambiente salutar no ciberespaço como sendo de quinta dimensão.

Por outro lado, Flávio Martins Alves Nunes Júnior defende “que são direitos de 5ª dimensão (ou geração) os direitos dos animais não humanos”²¹⁰. Para esse constitucionalista brasileiro, que se fundamenta nas obras de Jeremy Bentham, filósofo e jurista inglês (*The Principles of Moral and Legislation*), Cass R. Sunstein, professor da Universidade de Harvard (*Animal Rights*), Peter Singer, filósofo australiano, professor da Universidade de Princeton, nos Estados Unidos (*Animal Liberation*) e Fernando Araújo (*A Hora do Direito dos Animais*), não existe

justificativa moral, ética, filosófica ou jurídica para tratar de forma tão diferente animais humanos e não humanos. **Defendemos a tese de que os direitos dos animais são direitos de quinta dimensão.** Isso porque despertam os mesmos desafios intelectuais gerados pelas gerações anteriores. Quando surgiram os direitos sociais, a doutrina e a jurisprudência tiveram que responder a algumas perguntas (algumas cuja resposta até hoje não é certa): quais são os titulares desses direitos? Quais são os deveres do estado? Qual a amplitude e os limites desses direitos? Essas mesmas questões devem ser enfrentadas com os direitos de uma nova dimensão, que se afasta do antropocentrismo secular²¹¹.
(grifo nosso)

“Independentemente das controvérsias doutrinárias, é possível extrair que direitos humanos não são estanques, mas se sujeitam a **constante**

²⁰⁸ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 586.

²⁰⁹ OLIVEIRA, B. P. G.; LAZARI, R. *Manual de direitos humanos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 151.

²¹⁰ NUNES JÚNIOR, F. M. A. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

²¹¹ *Ibid.* *E-book*.

aperfeiçoamento²¹². Conseqüentemente, podem surgir novos direitos que pertencem às dimensões já consagradas, como também, outros direitos que sejam o ponto de partida para a criação e desenvolvimento de outras dimensões.

Desta forma, podemos concluir que não interessa a quantidade de direitos ou dimensões ou mesma a forma de sua classificação, pois, o importante é encontrarmos uma maneira de garanti-los e efetivá-los na vida cotidiana de todos os seres humanos.

2.1.2 Classificação dos direitos transindividuais

Os direitos transindividuais, também conhecidos como metaindividuais ou coletivos em sentido lato, estão previstos no art. 81, da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e são classificados como difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Tais direitos vão além do interesse puramente individual, pois, pertencem a todos os seres humanos ou a uma coletividade de pessoas – grupo, categoria ou classe de indivíduos -, sejam elas determináveis ou não, razão pela qual não possuem titularidade determinada. Vejamos, assim, cada uma das três espécies de direitos transindividuais previstas em nosso ordenamento jurídico.

2.1.2.1 Direitos difusos

Conforme estabelece o inciso I, parágrafo único, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, os direitos difusos são “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”²¹³.

Desta forma, de acordo com os parâmetros legais acima delineados, podemos observar em sua conceituação dois aspectos que os diferenciam dos demais direitos metaindividuais, um *subjetivo*, referente à indeterminabilidade dos titulares e à ausência de relação jurídica base entre eles, e outro *objetivo*, que diz respeito à natureza indivisível do bem jurídico tutelado.

²¹² OLIVEIRA, B. P. G.; LAZARI, R. **Manual de direitos humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 152.

²¹³ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

Sendo assim, “são aqueles transindividuais, que pertencem a todos e a cada um simultaneamente, indivisíveis por sua natureza, cujos titulares indeterminados, embora não possuam uma relação jurídica base, se ligam por uma situação de fato”²¹⁴. Para Antonio Gidi²¹⁵, os exemplos mais claros de direitos difusos são encontrados no âmbito de proteção do meio ambiente e do consumidor, pois o direito de viver em um meio ambiente sadio e o da veracidade das propagandas pertencem a toda uma comunidade e, ao mesmo tempo, não são de ninguém em particular.

Com o intuito de esclarecer a diferença entre a inexistência de uma relação jurídica base e a ligação por circunstâncias de fato, imaginemos, como exemplo, uma fábrica têxtil, que deposita seus rejeitos químicos em determinado rio. A poluição desse curso de água atingirá uma quantidade indeterminada de pessoas que dele se utilizam (conexão por uma situação de fato), “sendo impossível fracionar a lesão e identificar com precisão cada um dos atingidos, uma vez que não existe qualquer vínculo jurídico entre eles”²¹⁶.

Portanto, podemos concluir que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado “é, sem dúvida alguma, um **direito difuso**, possuindo, como características básicas, a **indeterminação dos sujeitos**, a **indivisibilidade do objeto**, a **intensa conflituosidade** e a sua **duração efêmera e contingencial**”²¹⁷.

2.1.2.2 Direitos coletivos *stricto sensu*

Esta espécie de direitos transindividuais é conceituada pela Lei nº 8.078/1990, como sendo “de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”²¹⁸.

Desta conceituação legal, depreende-se que os direitos coletivos *stricto sensu* foram conceituados de maneira semelhante aos difusos, pois, outrossim, são

²¹⁴ CARDOSO, G. de O. S. **A tutela inibitória coletiva e o direito fundamental ao meio ambiente sustentável**. In: GOMES JUNIOR, L. M.; CRUZ, L. P. de F. (coord.) Coleção Ada Pellegrini Grinover. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. v. 1, p. 15.

²¹⁵ GIDI, A. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: Un modelo para países de derecho civil. Universidad Nacional Autónoma de México: 2004, p. 57. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=903775. Acesso em: 03 set. 2019.

²¹⁶ CARDOSO, op. cit., p. 15.

²¹⁷ PADILHA, N. S. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 180.

²¹⁸ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 15 out. 2019.

definidos como transindividuais de natureza indivisível. Contudo, a determinabilidade dos seus titulares, realizada por meio da relação jurídica base que os une, é o fator que os distingue dos direitos difusos, os quais, ante a ausência de uma base jurídica comum, não tem titulares determináveis.

Assim, percebe-se que, embora os titulares dos direitos difusos apresentem uma ligação por circunstâncias fáticas, como assistir a uma mesma propaganda na televisão, morar em uma mesma cidade ou bairro, comprar o mesmo produto, entre outras coisas, os detentores de direitos coletivos *stricto sensu* estão unidos uns aos outros ou com a parte contrária, pelo fato de existir uma relação jurídica prévia, já que serão membros de um grupo, categoria ou classe em comum, como, por exemplo, os sócios de um clube ou os estudantes de determinada escola.

No tocante as duas formas que pode ocorrer a relação jurídica base, destaco a doutrina de Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior²¹⁹:

Nesse particular, cabe salientar que essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo "*affectio societatis*" ou pela sua ligação com a "parte contrária". No primeiro caso temos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (ou qualquer associação de profissionais); no segundo, os contribuintes de determinado imposto. Os primeiros ligados ao órgão de classe, configurando-se como "classe de pessoas" (advogados); os segundos ligados ao ente estatal responsável pela tributação, configurando-se como "grupo de pessoas" (contribuintes).

Em termos práticos, imagine que determinado plano de saúde se recusa a realizar um dado tipo de cirurgia. *In casu*, temos uma relação jurídica preexistente de cunho contratual que une todos os clientes (grupo de consumidores) com o fornecedor de serviços (empresa de plano de saúde). Desta forma, qualquer associação de consumidores poderá propor uma demanda coletiva, a qual, sendo julgada procedente, beneficiará, não apenas os associados, mas todo o grupo de clientes (pessoas determináveis) que mantêm um vínculo contratual com a empresa.

2.1.2.3 Direitos individuais homogêneos

Os direitos individuais homogêneos, por seu turno, são conceituados pelo Código de Defesa do Consumidor, simplesmente como os decorrentes de origem

²¹⁹ DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. **Curso de processo civil**: processo coletivo. 3. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2007. v. 4, p. 74.

comum, ou seja, todos os direitos advindos de uma mesma ação danosa, sem que haja uma relação jurídica preexistente entre seus titulares. Além disso, diferentemente dos direitos difusos e coletivos, apresentam natureza divisível e titulares plenamente identificáveis.

“Os direitos individuais homogêneos são direitos individuais que recebem tratamento coletivo para fins de tutela, em razão da *homogeneidade* e da *origem comum*”²²⁰. São, portanto, os tradicionais direitos subjetivos, sobejamente conhecidos no âmbito do direito civil, os quais, por serem decorrentes de uma mesma origem, receberam nova abordagem para atender as demandas de uma sociedade de massa, mediante uma tutela coletiva que seja capaz de fornecer um tratamento unitário para as demandas individuais provenientes da mesma fonte.

De acordo com Leonardo Roscoe Bessa²²¹, a tutela dos direitos individuais homogêneos, instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, foi inspirada na *class action for damages* do direito norte-americano, com o objetivo de ressarcir danos pessoalmente sofridos por um mesmo fato gerador. Desta forma, podemos evidenciar a economia processual, a segurança jurídica, ao evitar decisões contraditórias, e o acesso à justiça como as principais vantagens de tutelar direitos individuais de forma coletiva. Nessa esteira de raciocínio, temos a lição de Grasielly de Oliveira Spínola Cardoso²²²:

Os direitos individuais homogêneos receberam tratamento coletivo com o intuito de prestigiar o princípio da isonomia já que, ao resolver molecularmente as causas repetitivas, evita-se que sejam julgadas de forma contraditória em diferentes jurisdições.

Além disso, foram concebidos de forma a prestigiar o acesso à Justiça e a celeridade. Com apenas uma decisão, o Judiciário é capaz de atender inúmeros jurisdicionados, de forma mais ágil e eficaz, como idealiza nosso projeto constitucional.

Explicando o que seria *origem comum*, Antonio Gidi²²³ esclarece que essa locução está relacionada com a expressão *common question of law or fact*, utilizada

²²⁰ CARDOSO, G. de O. S. **A tutela inibitória coletiva e o direito fundamental ao meio ambiente sustentável**. In: GOMES JUNIOR, L. M.; CRUZ, L. P. de F. (coord.) Coleção Ada Pellegrini Grinover. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. v. 1, p. 17.

²²¹ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 549.

²²² CARDOSO, op. cit., p. 18.

²²³ GIDI, A. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil: Un modelo para países de derecho civil**. Universidad Nacional Autónoma de México: 2004,

pelo direito norte-americano, e que para os direitos individuais serem considerados homogêneos é determinante que tenham a mesma ou semelhante causa de pedir, pois, isto permite um tratamento e uma sentença uniformes. Ademais, o citado autor ressalta que a fonte comum do fato danoso pode ocorrer mediante acontecimentos dispersos no tempo e no espaço:

“Origen común” no significa que el origen de la pretensión sea necesariamente un solo acontecimiento ocurrido en un tiempo determinado, teniendo como resultado lesiones comunes, como sería el caso de una explosión, un accidente de aviación o la destrucción de un edificio. El acontecimiento que es el “origen común” de los derechos individuales homogéneos de hecho puede estar disperso en el tiempo y el espacio, en tanto que los hechos estén relacionados tan estrechamente, que puedan llegar a ser considerados legalmente uno mismo. En el caso de la contaminación de una bahía, el daño puede haber sido causado durante años de interminables desperdicios nocivos que se esparcían, y no por un acto aislado. En el caso de un anuncio publicitario engañoso, no importa si algunos individuos fueron engañados durante una transmisión y otros por otra o en una ciudad diferente, siempre y cuando exista suficiente vínculo entre los anuncios.

Todavía, uma compreensão holística desta categoria de direitos exige um estudo do Capítulo II, do Título III, do Código de Defesa do Consumidor, concernente às ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, que se desenvolve entre os artigos 91 a 100, da lei consumerista.

Em breve síntese, depreende-se dos mencionados dispositivos legais, que a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos se dá em duas etapas. A primeira, proposta pelos legitimados coletivos indicados no art. 82, do CDC²²⁴, em que se busca uma sentença genérica, que reconheça e declare o dever do réu de indenizar pelos danos causados. Por último, na segunda etapa, todos os titulares (vítimas) deverão se habilitar nos autos principais, individualmente, para promoverem a liquidação e execução da sentença, provando a condição de vítima, o dano causado e o *quantum debeat*.

p. 62. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=903775. Acesso em: 03 set. 2019.

²²⁴ Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Por derradeiro, cabe registrar que pequena parcela da doutrina não considera os individuais homogêneos como direitos coletivos em sentido lato, pois, embora passíveis de serem tutelados de modo coletivo, continuariam ser direitos puramente individuais. Como representante deste entendimento, destaco a doutrina de Teori Albino Zavascki²²⁵:

(...) a afirmação segundo a qual os direitos individuais homogêneos assumem, às vezes, a “roupagem” de direito coletivo e, como tal, podem ser classificados como “acidentalmente coletivos”, ou, ainda, como “subespécie dos interesses coletivos”, deve ser entendida com reservas. É classificação decorrente não de um enfoque material do direito, mas sim de um ponto de vista estritamente processual. O “coletivo”, conseqüentemente, diz respeito apenas à “roupagem”, ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tutelados. Porém, é imprescindível ter presente que o direito material – qualquer direito material – existe antes e independentemente do processo. Na essência e por natureza, os direitos individuais homogêneos, embora tuteláveis coletivamente, não deixam de ser o que realmente são: genuínos direitos subjetivos individuais.

No entanto, conforme assinalado por Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior²²⁶, “esta visão mostra-se excessivamente restritiva e afastaria os DIH dos princípios gerais da tutela coletiva, aplicáveis ao rol expressamente criado pelo CDC, (...) relegando-os a personagem de segunda categoria na proteção coletiva”. Ademais, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário nº 163.231-SP, declarou que os “direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos”²²⁷.

2.1.3 A efetividade do processo e a escolha da tutela adequada

Hodiernamente, a problemática da efetividade do processo é a principal questão sobre a qual se debruçam os processualistas, pois, “não é ética ou

²²⁵ ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

²²⁶ DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. **Curso de processo civil**: processo coletivo. 3. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2007. v. 4, p. 80.

²²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 163.231**. Relator Ministro Maurício Corrêa. DJe 29.06.2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28163231%2E%2E+O+U+163231%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5sop4gv>. Acesso em: 18 out. 2019.

logicamente aceitável que o Direito reconheça a alguém um direito, mas não seja capaz de assegurá-lo”²²⁸. Tal assertiva nos remete à própria razão de existir do Direito, tendo em vista que, como processo de adaptação social criado para garantir segurança e justiça, o Direito nasce em função de uma necessidade. “Este se justifica na medida em que logra efetiva adaptação, que não se obtém por qualquer conteúdo normativo”²²⁹.

Desta forma, “dada a natureza cambiável da sociedade, o Direito deve acompanhar as transformações que nela se operam”²³⁰. No entanto, como cediço, essa tarefa é por demais árdua e complexa, tendo em vista o ritmo acelerado pela qual as diversas facetas da sociedade se desenvolvem. A cada dia surgem novos interesses que necessitam ser tutelados pelo Direito, em razão da lacuna existente entre as novas realidades sociais e as fronteiras do Ordenamento Jurídico.

Ora, mister se faz ressaltar que estas considerações dizem respeito ao direito material, pois, quando passamos a analisar o direito processual, verificamos que este se encontra ainda mais distante da realidade fática, já que o “processo existe para dar conta da impossibilidade de aplicação voluntária do direito material”²³¹. Sendo assim, verifica-se a morosidade do direito processual em adaptar-se às necessidades da sociedade, visto que necessita primeiro esperar que o direito material se atualize, para, posteriormente, atuando como instrumento de concretização deste, alcançar o fim a que se destina.

É por esta razão que, nesse ínterim de atualização processual, muitas vezes a efetividade do processo não é alcançada, pois o aplicador da norma utilizou-se de uma tutela completamente inadequada para garantir a proteção de um direito assegurado pelo Estado. Nessa esteira de raciocínio, Sérgio Cruz Arenhart aduz que “reconhecer um direito e não lhe dar a tutela adequada é o mesmo que não oferecer tutela ao direito em questão”²³².

No entanto, antes de estudarmos como a escolha da tutela adequada pode influenciar a garantia e a proteção do direito tutelado, precisamos entender o que é e ao que corresponde a efetividade do processo. Segundo Augusto Marcacini, a

²²⁸ ARENHART, S. C. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 32. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 2)

²²⁹ NADER, P. **Filosofia do direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 44.

²³⁰ *Ibid*, p. 43.

²³¹ ARENHART, *op. cit.*, p. 21.

²³² *Ibid*, p. 33.

efetividade é “a realização prática, real, dos fins a que o processo se propõe”²³³, ou seja, é a maior conformidade possível entre os fins almejados pelo direito material e o resultado prático obtido pelas normas processuais.

De acordo com a célebre lição de Giuseppe Chiovenda, citada nas principais pesquisas científicas sobre a efetividade processual, “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de conseguir”²³⁴. Nessa mesma linha de pensamento, Sérgio Cruz Arenhart esclarece que a efetividade do processo ocorre mediante uma “*adequada* proteção aos interesses tutelados pelo direito objetivo estatal”²³⁵.

Depreende-se, portanto, destes ensinamentos que o direito processual deve gerar resultados idênticos, ou com a maior conformidade possível, aos que seriam alcançados pelo cumprimento voluntário e natural das normas jurídicas de direito material. Por esta razão, podemos dizer que a ideia de efetividade do processo orienta o jurista a interpretar a norma processual de modo a lhe garantir a maior eficácia possível, além de inspirar o legislador na criação de novas tutelas ou no aperfeiçoamento das já existentes.

Além do mais, levando-se em consideração que “a ausência de tutela para um determinado direito vale pouco mais do que o seu não reconhecimento pelo ordenamento”²³⁶, podemos afirmar que o direito fundamental à efetividade do processo está intrinsecamente relacionado com a garantia do acesso à justiça, podendo, em determinados casos, serem considerados o mesmo instituto. Pois, caso o Estado não disponha de normas processuais para garantir o direito prescrito ou as tenha de modo inadequado, significa dizer uma negativa de tutela, retirando do cidadão, na prática, o acesso à justiça. Ademais, ambos, exigem do ente estatal uma atuação em um lapso temporal adequado e um provimento jurisdicional capaz de garantir o interesse protegido.

Resta, portanto, bastante evidenciado a necessidade de se escolher uma tutela adequada para garantir a efetividade do processo e nesse diapasão muito se

²³³ MARCACINI, A. T. R. **Estudo sobre a efetividade do processo civil**. Edição Create Space/Kindle publicada em 2013. *E-book*.

²³⁴ Texto original: “Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire”. CHIOVENDA, G. **Saggi di diritto processuale civile**. Roma: Societa Editrice Foro Italiano, 1930, v. 1, p. 110. (tradução livre)

²³⁵ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 22. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

²³⁶ *Ibid.*, p. 32.

tem discutido, nas últimas décadas, sobre a busca por tutelas jurisdicionais diferenciadas que sejam capazes de suprir as particularidades dos sujeitos envolvidos e aptas a garantir o que o interesse protegido requer. Nessa esteira de pensamento, destaco a doutrina de Sérgio Cruz Arenhart:

No campo da efetividade do processo, destaca-se o movimento pela busca das tutelas jurisdicionais diferenciadas. Quer-se a construção de mecanismos de tutela adequados à realidade de cada direito material sustentado no processo. O processo, se é uma ferramenta a fazer atuar concretamente o direito material, deve estar apto a cumprir essa sua missão sempre que isso se mostre necessário. Deve, por isso mesmo, estar em harmonia com a realidade concreta e com o direito material, desenhado que é para atender a essas situações, sempre atento a eventuais mutações nesses planos e sempre aberto a receber novas informações e novas dimensões de possibilidades deles²³⁷.

Esta busca por tutelas jurisdicionais diferenciadas que estejam habilitadas a salvaguardar a efetividade do processo se deu em virtude do reconhecimento de que “a tradicional visão individualista do processo se tornou insuficiente e deficitária, forçando o estabelecimento de novas regras para a tutela dos direitos coletivos”²³⁸ em sentido lato, como é o caso do meio ambiente.

Seguindo esta linha de raciocínio, destacamos a lição de Andreza Cristina Stonoga:

O processo civil tradicional é, por seu individualismo, muitas vezes, incapaz de tutelar, de forma efetiva, o meio ambiente, tornando-se ineficaz. A efetividade do processo busca não apenas a entrega de uma prestação jurisdicional rápida, mas também adequada ao interesse tutelado. Não se quer abolir o tempo que todo o processo deve ter para se desenvolver e atingir o seu fim, mas este espaço temporal não pode ser tão longo a ensejar na sociedade profunda sensação de impunidade e injustiça²³⁹.

Sendo assim, é preciso remodelar a clássica estrutura do processo civil que foi elaborado e pensado para tratar com demandas individuais, não tendo, portanto, eficácia no plano coletivo para lidar com direitos metaindividuais, os quais são próprios das sociedades de massa da atualidade. Desta forma, “importa, em especial, estudar

²³⁷ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

²³⁸ DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. **Curso de processo civil**: processo coletivo. 3. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2007. v. 4, p. 49.

²³⁹ STONOGA, A. C. **Tutela inibitória ambiental**: a prevenção do ilícito. Curitiba: Juruá, 2003, p. 135.

uma categoria dessas tutelas, em que se fundem duas necessidades: a tutela coletiva e a tutela preventiva”²⁴⁰.

Tendo em consideração o alto teor de irreversibilidade do dano ambiental e o fato do meio ambiente ser um direito fundamental e difuso de terceira dimensão e, portanto, pertencente a uma coletividade de pessoas indeterminadas, temos a tutela inibitória, tratado no plano coletivo, como a escolha adequada e capaz de proteger e manter íntegro o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Corroborando esse pensamento, segue a lição de Grasielly de Oliveira Spínola Cardoso:

Levando-se em conta, portanto, as prerrogativas conferidas ao juízo pelo art. 84 do CDC, a instrumentalidade do processo e o acesso à Justiça como método de pensamento, é possível afirmar que, nos casos de lide ambiental, a tutela inibitória deve ser aplicada prioritariamente, em razão da magnitude do direito tutelado (direito difuso fundamental e transgeracional), do potencial danoso advindo de sua violação, da impossibilidade de se restabelecer o *status quo ante* na imensa maioria dos casos e, principalmente, da insuficiência da tutela meramente reparatória²⁴¹.

Vê-se, assim, na tutela inibitória coletiva um instrumento adequado para se alcançar a efetividade do processo, no tocante à proteção do meio ambiente, pois garante um procedimento, um provimento jurisdicional e os meios executórios apropriados às peculiaridades desse direito transindividual, já que esse tipo de tutela garante que os fins almejados pelo direito material sejam alcançados na prática.

2.2 TUTELA INIBITÓRIA

2.2.1 Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito

Inicialmente, insta verificar a diferença existente entre tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. Ambas são espécies do gênero tutela contra o ilícito. Contudo, se diferenciam quanto ao momento de aplicação. Enquanto a primeira irá atuar em um momento anterior ou concomitante à prática do ato ilícito, a segunda somente

²⁴⁰ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 34. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

²⁴¹ CARDOSO, G. de O. S. **A tutela inibitória coletiva e o direito fundamental ao meio ambiente sustentável**. In: GOMES JUNIOR, L. M.; CRUZ, L. P. de F. (coord.) Coleção Ada Pellegrini Grinover. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. v. 1, p. 72.

poderá ser utilizada após a ocorrência do ato contrário ao direito, com o intuito de remover ou eliminar os efeitos deletérios do feito praticado.

Tal diferenciação se encontra consolidada no parágrafo único, do art. 497, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 497 (...)

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo²⁴².

Exemplificando a tutela de remoção do ilícito, basta imaginar uma ação que tenha o objetivo de demolir um edifício construído em faixa de praia que desrespeitou o plano diretor da cidade e foi erguido sem a devida autorização dos órgãos ambientais competentes. Observe que não se trata de uma ação inibitória para impedir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, pois o mesmo já fora praticado. Igualmente, não se confunde com uma ação ressarcitória, pois a demolição da obra não tem o condão de reparar os danos que porventura tenham sido causados, muito embora possa haver um pedido cumulativo de indenização pelas lesões provocadas ao meio ambiente.

Ademais, da leitura do dispositivo legal acima mencionado, infere-se uma importante distinção entre *ilícito* e *dano*, a qual precisa estar bastante hialina para a correta compreensão da tutela inibitória. Perceba que o texto legal foi bastante claro ao mencionar que se trata de tutela *contra o ilícito* e que a demonstração da ocorrência do dano é irrelevante.

Neste ponto, o legislador foi bastante preciso ao delinear os contornos da tutela inibitória, pois a prática de um ato ilícito nem sempre vem acompanhada de um dano. Com o intuito de melhor compreender esta situação, imagine que determinado laboratório farmacêutico ponha em circulação um medicamento proibido, porém que ninguém venha a consumi-lo. Nesse caso, estaria configurado a prática de um ato contrário ao direito que não causou danos. Afinal, como bem asseverou Luiz Guilherme Marinoni, o “dano é requisito indispensável para o surgimento da obrigação

²⁴² BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 dez. 2019.

de ressarcir, mas não para a constituição do ilícito”²⁴³. Endossa, ainda, o referido doutrinador:

A partir do momento em que se faz a distinção entre dano e ilícito, deixando-se claro que este último, e não o primeiro, é pressuposto das ações inibitória e de remoção, fica fácil concluir que o dano não constitui objeto da cognição do juiz nestas ações, e assim deve ficar longe da produção probatória²⁴⁴.

Contudo, como cediço, não podemos olvidar que, na grande maioria dos casos, a prática do ilícito ocorre concomitantemente à ocorrência do evento danoso, sendo impossível separá-los cronologicamente. Nesses casos, embora a tutela contra o ilícito prescindia da demonstração do dano, este poderia “ser invocado até mesmo para se estabelecer com mais evidência a probabilidade do ato contrário ao direito”²⁴⁵.

Por derradeiro, o parágrafo único, do art. 497, do CPC, estabelece ser irrelevante, outrossim, a existência de culpa ou dolo. Ora, apenas faria sentido indagar se houve culpa ou dolo, ou mesmo qual seria o tipo de responsabilidade, se objetiva ou subjetiva, na tutela ressarcitória que visa reparar o dano. Tratando-se, pois, de tutela inibitória, voltada contra o ato contrário ao direito, estas indagações não podem ser suscitadas pelo juiz ou qualquer das partes.

2.2.2 Fundamento

Como cediço, o Estado avocou para si o monopólio da atividade jurisdicional, impedindo, conseqüentemente, que o jurisdicionado exerça a autotutela. Desta forma, qualquer cidadão que esteja envolvido em um conflito, caracterizado por uma pretensão resistida, necessariamente deverá se socorrer do Poder Judiciário para dirimi-lo. Em contrapartida, a Administração Pública não poderá se esquivar de dizer o direito ao caso concreto.

Nesse sentido, temos a lição de Leonardo Silva Nunes²⁴⁶:

Ao assumir o monopólio da jurisdição e, assim, proibir a autotutela privada, o Estado avocou para si o dever de tutelar de maneira efetiva

²⁴³ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 20.

²⁴⁴ Ibid., p. 109.

²⁴⁵ Ibid., p. 22.

²⁴⁶ NUNES, L. S. **Tutela inibitória coletiva**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2013, p. 97.

todas as situações de conflito cujas soluções dele são demandadas. O Estado tem, portanto, o dever de dar resposta (prestação jurisdicional e, eventualmente, também a tutela jurisdicional) adequada aos direitos por ele mesmo proclamados.

Deste raciocínio, exsurge o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição encartado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Portanto, o Estado tem o dever de assegurar a tutela adequada que seja capaz de reparar com efetividade qualquer direito que tenha sido lesado ou resguardar aquele que esteja sendo ameaçado de ser violado.

Sendo, pois, a tutela inibitória voltada para o futuro, com a finalidade de evitar a prática do ato ilícito e a única capaz de lidar com efetividade com riscos, temos que a expressão “ameaça a direito” prevista no dispositivo constitucional mencionado acima, configura o fundamento constitucional da tutela inibitória.

Afinal, negar a existência da tutela inibitória ou não aceitar sua aplicação prática, seria o mesmo de tornar o texto constitucional letra morta, sem nenhuma eficácia na vida do cidadão. Pois, agir somente após a concretude do ato ilícito, limitaria o Estado-Juiz a conferir à parte lesada apenas uma pecúnia reparatória, que em muitos casos é incapaz de ser mensurada e de estabelecer o *status quo ante*. Além de conferir ao agressor uma nefasta noção de que ele pode agredir a honra alheia, violar a intimidade de outrem ou mesmo poluir o meio ambiente mediante o pagamento de uma indenização.

Seguindo essa linha de raciocínio, temos a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni²⁴⁷:

Quando se pensa nos direitos de conteúdo não patrimonial, há de se admitir que a impossibilidade da concessão da tutela inibitória significa a aceitação da expropriação desses direitos, transformando-se o direito ao bem em direito ao ressarcimento ou, em outras palavras, em simples pecúnia.

Em termos infraconstitucionais, podemos citar o art. 497, do Código de Processo Civil²⁴⁸, como o fundamento da tutela inibitória individual, e o art. 84, do

²⁴⁷ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 53.

²⁴⁸ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Código de Defesa do Consumidor²⁴⁹, como o fundamento da tutela inibitória coletiva. Ambos os dispositivos conferem ao magistrado, em ações que versem sobre obrigação de fazer ou não fazer, a possibilidade de conceder a tutela que seja mais adequada ao caso concreto ou de determinar providências que garantam um resultado equivalente ao cumprimento espontâneo do direito material.

Luiz Guilherme Marinoni²⁵⁰, ao analisar com profundidade o tema ora em estudo, aduz que o “verdadeiro fundamento das tutelas jurisdicionais inibitória e de remoção, assim, é o direito à tutela contra o ato contrário ao direito, ou ainda, o direito à tutela que faça valer a norma de direito”. De acordo com o referido doutrinador, o simples fato de o indivíduo ter direitos lhe confere o direito à tutela inibitória que seja capaz de impedir o ato ilícito. Por esta razão, podemos, outrossim, afirmar que a tutela inibitória se funda na própria razão de existir do direito processual, que é garantir a efetividade do direito material, mediante meios preventivos que sejam capazes de evitar a concretude do ato ilícito.

Ademais, para Marinoni a tutela inibitória igualmente encontra fundamento no direito de acesso à justiça, pois,

(...) o direito de acesso à justiça garante a tutela jurisdicional capaz de fazer valer o direito material e, por consequência, o direito à técnica processual capaz de viabilizá-la. Não há dúvida de que o direito de acesso à justiça, previsto na Constituição Federal brasileiro como direito fundamental (art. 5º, XXXV), garante o direito à efetiva tutela jurisdicional e, assim, o direito à técnica processual capaz de viabilizar o exercício do direito à tutela inibitória. É possível afirmar até mesmo que a inserção da locução "ameaça a direito" na verbalização do princípio da inafastabilidade (art. 5º, XXXV, da CF) teve por fim garantir a possibilidade de qualquer cidadão requerer a tutela inibitória²⁵¹.

De fato, não é suficiente que o jurisdicionado tenha acesso ao Poder Judiciário. É necessário lhe garantir tutelas adequadas e eficazes para que seu direito seja efetivamente resguardado e não apenas proclamado em diversos textos legais. “Não basta dizer que todos podem afirmar, perante o Judiciário, um direito à tutela,

²⁴⁹ Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

²⁵⁰ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 56.

²⁵¹ Ibid., p. 55.

mas é preciso garantir ao cidadão o direito à técnica processual capaz de viabilizar a sua obtenção²⁵². Inere-se, portanto, que o direito de acesso à justiça confere ao jurisdicionado um direito à adequada tutela jurisdicional, o qual é constitucionalmente assegurado.

2.2.3 Espécies de tutela inibitória

As espécies de tutela inibitória, como visto no item 2.2.1, foram elencadas no parágrafo único, do art. 497, do CPC. No entanto, já haviam sido consagradas pela doutrina de Luiz Guilherme Marinoni muito antes da vigência do atual Código de Processo Civil.

Luiz Guilherme Marinoni é o maior expoente da doutrina brasileira, na atualidade, sobre o estudo da tutela inibitória. Em sua obra intitulada *Tutela inibitória: individual e coletiva*²⁵³, na quinta edição publicada no ano de 2012, cuja primeira edição ocorreu em 1998, o referido doutrinador já afirmava que a tutela inibitória poderia ser aplicada para impedir a prática, a continuação ou a repetição do ilícito.

2.2.3.1 Tutela contra a continuação do ilícito

A tutela contra a continuação do ilícito pode ser utilizada quando existe um contínuo ato contrário ao direito, que embora tenha começado no passado, continua a ser praticado no presente. Portanto, a tutela inibitória, a qual é sempre voltada para o futuro, terá como objetivo inibir que a prática ilícita se perpetue no tempo. Em esclarecedora lição, Grasielly de Oliveira Spínola Cardoso²⁵⁴ nos ensina que

A tutela inibitória contra continuação do ilícito faz-se necessária quando há um ato continuado de descumprimento da legislação. Desta forma, o infrator pratica não apenas um ato ilícito, mas mantém-se num estado de permanente violação da ordem jurídica. Pode-se citar como exemplo desta situação uma empresa que é flagrada despejando, diariamente, dejetos químicos num curso d'água. O Ministério Público irá requerer não só o ressarcimento do dano causado, também uma tutela inibitória

²⁵² MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 57.

²⁵³ Id. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*.

²⁵⁴ CARDOSO, G. de O. S. **A tutela inibitória coletiva e o direito fundamental ao meio ambiente sustentável**. In: GOMES JUNIOR, L. M.; CRUZ, L. P. de F. (coord.) *Coleção Ada Pellegrini Grinover*. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. v. 1, p. 18.

materializada em uma obrigação de fazer consistente em cessar a atividade de poluição.

Pelo exemplo citado acima, podemos perceber que no caso de tutela contra a continuação do ilícito será normal sua cumulação com a tutela ressarcitória tendente a reparar os danos já ocasionados pelo ato contrário ao direito. Ocorrendo esta situação, o magistrado deverá ficar atento à redação do art. 356, do Código de Processo Civil, segundo o qual o juiz estará autorizado a resolver parcialmente o mérito quando um ou mais pedidos mostrarem-se incontroversos ou quando estiverem aptos para julgamento. Assim, “é possível requerer o julgamento antecipado parcial dos pedidos inibitório e de remoção quando restar para ser esclarecido apenas o tema relativo ao pedido de ressarcimento”²⁵⁵.

2.2.3.2 Tutela contra a repetição do ilícito

A tutela inibitória contra a repetição do ilícito poderá ser utilizada quando se estima que determinado ato ilícito se encontra na iminência de ser praticado novamente. Neste caso, diante da existência de uma prática anterior e mediante uma análise de fatores de tempo ou espaço, por exemplo, pode-se chegar a um juízo de intensa verossimilhança que o referido ato seja repetido. Com a finalidade de exemplificar esta possibilidade, imagine um produtor rural que todo ano, na mesma época, efetua práticas de desmatamento com o intuito de aumentar a área de produção. Nesse caso, o simples aluguel ou compra de máquinas pesadas, que são capazes desmatar áreas florestais, já seria suficiente para formar um juízo de verossimilhança capaz de autorizar a concessão da tutela inibitória.

Muito embora a análise desta tutela perpassa pela análise de um ato contrário ao direito já consumado, sua essência continua sendo preventiva e voltada para o futuro. “A relação da inibitória com um ilícito já praticado não compromete a sua natureza, que é tão preventiva quanto a da tutela que objetiva impedir a prática de um ato sem que antes algum ilícito já tenha sido praticado”²⁵⁶.

²⁵⁵ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 89.

²⁵⁶ Ibid., p. 59.

2.2.3.3 Tutela contra a prática do ilícito

A tutela inibitória contra a prática do ilícito, também conhecida como tutela inibitória pura, é voltada exclusivamente para o futuro, prescindindo de qualquer análise de eventos passados, pois visa inibir a prática do ato contrário ao direito sem que tenha havido qualquer fato anterior por parte do sujeito passivo da ação preventiva.

Diz-se pura por ser a forma de tutela inibitória que melhor atende sua finalidade preventiva, deixando incólume o bem da vida proclamado pela norma de direito material. Nessa esteira, temos a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni:

O que importa, porém, é justamente o fato de a doutrina entender que a melhor definição legislativa de inibitória é aquela que admite a tutela na "forma pura" e não apenas para impedir a continuação ou a repetição do ilícito. Isto revela a sensibilidade da doutrina para a imprescindibilidade de uma tutela inibitória antecedente a qualquer ilícito²⁵⁷.

Para o estudo desta pesquisa, levando-se em consideração o alto teor de irreversibilidade dos danos ambientais, temos que este tipo de tutela inibitória é o que melhor se coaduna com o escopo do Direito Ambiental, que é garantir a higidez do meio ambiente. Pois, obtendo-se êxito na demanda judicial, a ocorrência do ato ilícito será impedida, mantendo-se, conseqüentemente, incólume o meio ambiente.

Para realçar a importância da tutela inibitória em sua forma pura, podemos aplicar o mesmo raciocínio, exposto acima, nos casos de ofensa à honra ou intimidade, por exemplo. Afinal, em todos os direitos não patrimoniais, que são impossíveis de serem mensurados com a medida da pecúnia, o mais importante é manter intacto o bem da vida resguardado constitucionalmente, tendo em vista que evitar a continuação ou a repetição do ilícito pressupõe uma anterior mácula, a qual seria indesejada.

Diante da importância da tutela ora em análise, Sérgio Cruz Arenhart²⁵⁸ aduz que diante do fato dos direitos personalíssimos, considerados uns dos mais fundamentais, não poderem ser compensados pelo ressarcimento em pecúnia, o

²⁵⁷ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 61.

²⁵⁸ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 219. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

ordenamento jurídico pátrio tem o dever de não apenas proclamá-los, mas, por meio da tutela adequada, garanti-los, tornando-os efetivos e reais.

2.2.4 Tutela inibitória negativa e tutela inibitória positiva

Ao contrário do que se possa supor, a tutela inibitória nem sempre terá por finalidade uma obrigação de não fazer, uma abstenção. Algumas vezes, para se evitar a ocorrência do ato contrário ao direito, é necessária uma obrigação de fazer, ou seja, uma conduta comissiva que seja capaz de inibir o ato ilícito. Portanto, a referida tutela tanto se dará na forma negativa quanto na forma positiva.

Desta forma, diante de um ato ilícito comissivo teremos como solução uma tutela inibitória negativa, para que o agente da conduta se abstenha de realizá-la. Outrossim, frente a um ato omissivo que seja contrário ao direito, quando a Administração Pública ou o particular tem o dever de agir, será utilizada uma tutela positiva para obrigá-lo a cumprir com o ônus que lhe foi imposto.

Nessa esteira, temos a lição de Luiz Guilherme Marinoni:

Não há qualquer razão para restringir a inibitória ao não fazer. Deve-se admitir, em nome da efetividade da tutela dos direitos, a inibitória negativa e a inibitória positiva. Note-se, por exemplo, que nos casos em que se constata uma omissão do Estado-Administração, como a relativa à falta de ação no tratamento de efluentes, não há motivo para não admitir uma inibitória positiva. Se há dever positivo (destinado a evitar a violação do direito ao meio ambiente), não há dúvida de que cabe a inibitória positiva. Por outro lado, em hipóteses que, em princípio, são de inibitória negativa, como as que dizem respeito a um dever de não poluir, é plenamente admissível o requerimento de uma tutela inibitória positiva quando se percebe que, por exemplo, a instalação de uma determinada tecnologia pode prevenir a poluição²⁵⁹.

Percebe-se, portanto, que poderá uma tutela inibitória negativa ser convertida em uma positiva, ou seja, em uma obrigação de fazer, quando assim ficar demonstrado sua eficácia em conter o ato ilícito, pois o que importa é inibir a prática do ato contrário ao direito. Para tanto, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, como será mais detalhado no próximo capítulo, resta evidenciado que é mais aceitável

²⁵⁹ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 65-66.

a colocação de um filtro em determinada indústria, quando este é capaz de cessar a poluição, do que exigir a paralisação das atividades da empresa.

Para Sérgio Cruz Arenhart²⁶⁰ é possível obter a tutela inibitória mediante três tipos de prestações, sendo a primeira uma prestação de abstenção (não fazer algo); a segunda uma prestação de tolerar (deixar que alguém faça algo); e, por último, um ato positivo de ação (fazer algo). As duas primeiras seriam exemplos de tutela negativa, enquanto que esta seria de positiva.

2.2.5 A fungibilidade da tutela inibitória

O princípio da congruência, também conhecido como da correlação ou adstrição, consagrado nos arts. 141 e 492, do Código de Processo Civil²⁶¹, estabelece que a decisão judicial ficará adstrita ao pedido da parte autora, não podendo julgar diferente ou a mais do que foi pleiteado. Contudo, o próprio CPC, em seus arts. 497 e 536, bem como a Lei Consumerista, em seu art. 84, fazem uma exceção a esta regra, declarando que “nas demandas que tenham como objeto uma obrigação de fazer e/ou não fazer, o juiz pode conceder tutela diversa da pedida pelo autor, desde que com isso gere um *resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação*”²⁶².

Nota-se, portanto, a partir desta exceção, a característica da fungibilidade da tutela inibitória, que permite ao juiz atuar de ofício para conceder tutela diferente da que foi pleiteada pelo autor, desde que apta a produzir um resultado prático equivalente àquele que seria alcançado caso a parte ré cumprisse com seu dever originário.

A fungibilidade da tutela contra o ilícito pode ocorrer de duas formas²⁶³. A primeira é caracterizada pela concessão de coisa diversa da pleiteada; e a segunda se configura quando o juiz, embora concedendo exatamente o que foi solicitado, utiliza-se de outros métodos executórios para atingir o desiderato pretendido. Assim,

²⁶⁰ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 223. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

²⁶¹ **Art. 141**. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

²⁶² NEVES, D. A. A. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 819.

²⁶³ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 75.

por exemplo, imagine que o Ministério Público ingressa com uma ação civil pública para obrigar determinada indústria a instalar uma nova tecnologia, que seja capaz de eliminar a emissão de poluentes, sob pena de multa. O juiz, porém, determina que essa nova tecnologia seja instalada, no entanto, por um terceiro. *In casu*, o magistrado concedeu o que foi requerido, mas utilizou-se de um meio executório diverso.

Segundo Sérgio Cruz Arenhart apenas existiria a fungibilidade quanto ao método executório, pois o pedido inibitório sempre seria o mesmo, consistente na proibição da violação da norma. Vejamos, portanto, seus argumentos:

Na verdade, quando se trata da tutela preventiva, é necessário distinguir o pedido (inibitório) formulado pela parte da técnica empregada para atingir aquele objetivo. O pedido depende da iniciativa da parte, mas o mecanismo utilizado para satisfazê-lo, não. O pedido inibitório se limita à exposição da pretensão à proibição da ocorrência ou da repetição do ilícito (pede-se a proibição da violação da regra por alguém); todo o restante é elemento externo ao pedido, compondo a forma pela qual será atingida a satisfação daquela pretensão. Assim, em uma ação coletiva, que busque proibir a uma empresa a violação de regras ambientais relativas à poluição de certo manancial, o pedido restringe-se à proibição da violação da regra; se isso será atingido por meio da proibição da implantação da empresa naquele lugar, ou por meio da ordem para utilização de filtros depuradores, ou ainda limitando-se a espécie de atividade que ali pode ser desenvolvida (ou, quiçá, por qualquer outro meio que se pudesse reputar adequado para o caso específico), é questão externa ao pedido, atinente à técnica empregada para satisfazê-lo. Somente o pedido precisa ser formulado pela parte e é limite para a atuação judicial; o método utilizado para realizá-lo fica atribuído ao critério discricionário do magistrado, que deve escolher aquele mais adequado para o caso concreto²⁶⁴.

Com a devida vênia, ousamos discordar do entendimento de Arenhart, exposto acima, para nos filarmos ao posicionamento de Marinoni, já apresentado, porque nem sempre a parte autora irá formular um pedido genérico consistente na proibição do ato ilícito, pois, em determinadas situações, o promovente considerará como a única tutela possível, por exemplo, o fechamento da empresa. Assim, se o magistrado entender que a instalação de uma nova tecnologia seja suficiente para inibir o ato contrário ao direito, teremos a concessão de um pedido diverso do pleiteado. Desta forma, “além da fungibilidade dos meios de coerção, há franca mitigação da congruência entre o pedido e o provimento jurisdicional”²⁶⁵.

²⁶⁴ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 337. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

²⁶⁵ NUNES, L. S. **Tutela inibitória coletiva**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2013, p. 104.

Com o intuito de verificarmos a abrangência e os limites da fungibilidade da tutela inibitória, passemos a analisar alguns exemplos. Se o *Parquet* ajuíza uma ação contra uma fábrica têxtil, que despeja dejetos químicos em um rio responsável pelo abastecimento de água da cidade, requerendo a cessação de suas atividades, o magistrado poderá de ofício determinar a realização de uma perícia com o intuito de verificar se o fechamento da empresa é a única forma de solucionar a degradação ambiental ou se existe um meio alternativo para alcançar a finalidade pretendida. Dependendo do resultado da vistoria técnica, haverá a possibilidade de utilização de uma nova tecnologia ou filtro que permita eliminar as toxinas nocivas ao meio ambiente, ou de modo inverso, restará constatado a impossibilidade de funcionamento da indústria.

Da mesma forma, se o Ministério Público tivesse solicitado a utilização de uma nova tecnologia, ou seja, se pleiteasse um resultado equivalente ao do adimplemento, ao invés de requerer a obrigação originária de não poluir, o juiz entendendo que o novo método é incapaz de cessar a poluição, embasado na prova pericial, poderá determinar a paralisação das atividades da fábrica.

Ainda utilizando o exemplo acima, se a parte autora tivesse requerido a instalação de um equipamento moderno, porém bastante dispendioso, e a perícia constatasse que a utilização de uma máquina mais simples poderia causar o mesmo efeito inibidor da poluição, o magistrado igualmente poderia determinar a aplicação do aparelho mais acessível.

“É preciso perceber, em outras palavras, que essas normas, ao darem ao juiz poder decisório para a conversão de uma obrigação em outra, objetivam permitir a concessão da tutela jurisdicional adequada ao caso concreto”²⁶⁶, em conformidade com o direito à adequada tutela jurisdicional, o qual se fundamenta no direito de acesso à justiça, concordes já explicitado no item 2.2.2, e no princípio da efetividade. Nestes moldes, exemplifica Marinoni,

(...) o juiz pode fugir do pedido formulado pelo autor para, em vez de ordenar a instalação de um filtro, ordenar a cessação da atividade ilícita. Aliás, se o juiz verifica que a necessidade da cessação do ilícito é premente, não comportando a dúvida sobre ter ou não a multa influência suficiente para convencer a ré a adimplir, pode ele determinar o

²⁶⁶ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 77.

fechamento ou a interdição da indústria ré, inclusive mediante o auxílio de força policial²⁶⁷.

“Em resumo, a partir do art. 84, CDC, a mitigação ao princípio da congruência se volta ao fim pretendido, qual seja, a obtenção da tutela adequada, e não mais ao exato pedido formulado na inicial”²⁶⁸. Portanto, o magistrado, se valendo do princípio da efetividade, irá utilizar o meio que se mostre mais adequado para solucionar a questão posta pela parte promovente.

Contudo, não podemos olvidar que a atuação do juiz encontrará seu limite no princípio da necessidade, segundo o qual o julgador deverá encontrar uma maneira que cause o menor gravame possível na esfera jurídica da parte demandada, porquanto, “a alta conflituosidade pode indicar a necessidade de harmonização de interesses de mesma natureza, obrigando a autoridade judicial à busca de um ponto de equilíbrio que atenda, tanto quanto possível, a ambos”²⁶⁹.

O princípio da necessidade, que se desdobra nos princípios do meio mais idôneo e da menor restrição possível, será abordado de forma pormenorizada no próximo capítulo.

2.2.6 A prova nas ações inibitórias

Ao falarmos em prova, surge, naturalmente, entre outras coisas, o desafio de encontrarmos a verdade, além do questionamento de como ocorrerá a distribuição de seu ônus. Tema de grande importância no âmbito do processo civil, a prova conduzirá as partes a empreenderem todos os seus esforços com o intuito de esclarecer os fatos constitutivos do direito alegado ou a existência de acontecimentos que possam desconstituí-lo. Afinal, serão as provas coligidas aos autos que conduzirão o raciocínio do juiz e determinará qual parte sagrar-se-á vencedora da lide.

Outro não poderia ser o raciocínio, pois, muito embora não seja a única, a função mais importante da prova é formar o convencimento do juiz, já que este é um de seus destinatários²⁷⁰. Com base no princípio da cooperação, positivado no art. 6º,

²⁶⁷ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 79.

²⁶⁸ NUNES, L. S. **Tutela inibitória coletiva**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013, p. 105.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 103.

²⁷⁰ Sobre o tema, recomenda-se a leitura do Enunciado n.º 50, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

do CPC²⁷¹, todas as partes envolvidas na relação jurídica processual são os destinatários da prova e devem cooperar entre si para que o provimento jurisdicional seja ofertado com celeridade e efetividade.

Com relação às tutelas inibitórias, os dois principais pontos probatórios a serem analisados se debruçam sobre como descobrir se ocorrerá a prática, repetição, ou continuação de ato contrário ao direito, bem como em saber se o ato que está prestes a ser praticado, repetido ou prosseguido configura um ilícito.

Note-se, conforme já explicitado no item 2.2.1, que na tutela inibitória não haverá instrução probatória acerca da probabilidade de ocorrência de dano, pois, o que importa constatar é se haverá ou não a prática de um ato ilícito, que pode causar ou não danos. Nesse sentido, valendo-nos aqui das lições de Luiz Guilherme Marinoni:

Na ação inibitória não é necessária a alegação de probabilidade de dano, nem a sua prova. Ou seja, se uma norma proíbe a prática de determinado ato ou atividade, e se esta violação é provável, bastará a sua alegação e demonstração, não sendo necessário afirmar e provar que, ao lado desta provável violação, ocorrerá um possível dano. Do ponto de vista probatório, é muito mais fácil provar a probabilidade da prática, repetição, ou continuação de ato contrário ao direito, do que a probabilidade de dano²⁷².

Com relação à distribuição do *onus probandi*, temos que a parte autora deverá “apontar dados concretos, específicos e objetivos capazes de tornar plausível sua suposição de futura lesão”²⁷³, ou seja, mediante uma manifestação de uma probabilidade razoável de ocorrência de violação da norma jurídica, a parte que propõe a demanda terá o dever de fornecer indícios suficientes do vindouro ato ilícito.

No entanto, tratando-se de ação inibitória, cuja finalidade é evitar atos ilícitos que sejam prováveis de acontecer, o magistrado não poderá exigir provas robustas como se estivesse julgando uma ação ressarcitória, que analisa um acontecimento já exaurido e que apresenta fartos meios de comprovação. Mister se faz ressaltar que em uma tutela voltada para o futuro, que visa inibir a prática de um ato, o qual, no momento presente, é apenas temido, os meios probatórios que a parte promotora

²⁷¹ Art. 6º: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

²⁷² MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 109.

²⁷³ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 254. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

dispõe são escassos e carentes de plena certeza. Nesse ponto encontramos o maior obstáculo a essa tutela, “já que somente o magistrado capaz de compreender que a prova não se destina (ao menos sempre) a produzir certeza estará habilitado a manejar adequadamente com esse instrumento de proteção, voltado para o futuro”²⁷⁴.

Em outras palavras, é preciso ter consciência de que nas ações inibitórias o julgador só poderá exigir provas sobre fatos que atestem a probabilidade de ocorrência do ilícito. “Nesse sentido, há uma redução da convicção necessária para a formação do juízo de procedência (redução da exigência de prova) – quando consideradas as hipóteses ‘normais’”²⁷⁵.

O bom senso do magistrado, sempre necessário na condução do processo, será fundamental para saber flexibilizar a carga probatória, pois, quanto mais relevante for o bem que se pretende proteger, mais o juiz deverá tornar flexível o ônus da prova e aceitar os fatos indiciários postos em juízo pelo autor da demanda, sob pena de ocasionar danos irreversíveis, a depender da espécie da demanda. Na esteira da doutrina de Sérgio Cruz Arenhart, cumpre esclarecer e ratificar que

quanto mais relevante é o interesse jurídico (segundo os parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico em abstrato), menor o grau de prova suficiente que se deve exigir para sua tutela; inversamente, quanto menos relevante é o interesse jurídico - em especial se contrastado com o outro interesse, a ser sacrificado -, maior o grau de prova que deve o magistrado exigir para a sua proteção²⁷⁶.

Em obra intitulada *Prova e convicção*, Marinoni e Arenhart explicitam os critérios que o magistrado deverá levar em consideração quando da análise da antecipação da tutela inibitória:

Como a efetividade da tutela inibitória requer, muitas vezes, a sua antecipação, e nesses casos, dada a urgência para a concessão da tutela jurisdicional, a produção da prova pode ser extremamente difícil, não resta outra saída ao juiz a não ser considerar: (i) a urgência; (ii) a dificuldade de se provar sumariamente a ameaça, especialmente em face da situação de direito material; (iii) a credibilidade das alegações, diante das circunstâncias do caso e do comportamento das partes envolvidas; (iv) o valor do bem material a ser protegido; e (v) a interferência que a tutela ocasionará sobre a esfera jurídica do demandado. Desconsiderar esses critérios, e insistir no exame da prova como se não importasse o caso a

²⁷⁴ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 269. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

²⁷⁵ MARINONI, L. G; ARENHART, S. C. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 283.

²⁷⁶ ARENHART, op. cit., p. 258.

que deve servir, talvez seja uma opção cômoda, mas certamente não proporcionará ao processo a possibilidade de realizar a justiça²⁷⁷.

Da mesma forma, deverá haver flexibilização do *onus probandi* com relação aos tipos de tutela inibitória. Ora, muito menos oneroso será para a parte requerente demonstrar que o demandado pretende continuar com a prática do ato contrário ao direito ou repeti-la, do que comprovar que o réu tenciona realizar o ato ilícito pela primeira vez.

Exemplificando essa questão, suponhamos um caso de tutela contra a repetição do ilícito, em que um pescador, todo ano, no mesmo mês, desconsiderando o período de reprodução de determinada espécie de peixe, bem como ignorando a capacidade de reposição da espécie explorada, realiza pesca predatória, em desrespeito às normas ambientais. *In casu*, basta a comprovação das reiteraões anteriores para que se obtenha um provimento jurisdicional favorável no sentido de inibir a reiteração do ato contrário à norma ambiental, já que as reincidências constituem fortes indícios da futura possibilidade de nova lesão. Nesse sentido, temos a doutrina de Marinoni e Arenhart:

Quando se teme a repetição ou a continuação do ilícito, o fato indiciário é o ilícito já praticado ou iniciado. Se o autor não pode fazer o juiz chegar à probabilidade da repetição ou da continuação a não ser demonstrando a violação passada, é claro que isso é suficiente para formar a convicção do juiz. Nesse caso, a dúvida que pode persistir não pode ser paga pelo autor, pois quem viola um direito mostra, por meio do seu comportamento, que, além de não respeitar o direito do demandado, tem um interesse muito provável em repetir ou continuar o ilícito²⁷⁸.

Por outro lado, a tutela voltada contra a prática do ilícito, sem que tenha havido um ato anterior, é considerada a mais laboriosa de se provar. *In casu*, “a prova da ameaça diz respeito a atos preparatórios, ou a fatos objetivos que, sem constituírem atos da mesma natureza que o temido, podem indicá-lo como provável”²⁷⁹. Além do mais, na grande maioria das vezes, os atos preparatórios apenas podem ser encontrados na psique do agente, quando este apresenta a intenção de realizá-lo. Em casos como este, os fatos indiciários serão determinantes para formar o

²⁷⁷ MARINONI, L. G; ARENHART, S. C. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 288.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 283.

²⁷⁹ *Ibid.*, loc. cit.

convencimento do julgador, porquanto, do contrário, estaríamos a exigir do demandante uma prova diabólica, ou seja, impossível de ser provada materialmente.

Explicando como podemos utilizar os fatos indiciários como meios de prova aptos a influir na convicção do julgador, Sérgio Cruz Arenhart nos ensina:

Realmente, a idéia das presunções judiciais (indícios) parte do exame de que o conhecimento de certos fatos pode ser induzido da verificação de um outro fato, ao qual, normalmente, aquele primeiro está associado. Ou seja, partindo-se da convicção de ocorrência de um certo fato (indício), pode-se, por raciocínio lógico, inferir a existência de outro fato (objeto a ser provado), já que, comumente, um decorre do outro ou devem, ambos, acontecer simultaneamente. Com base nessa raiz é que se admite a utilização de um fato para a prova de outro²⁸⁰.

Como exemplo de indícios que podem ser utilizados para aferir, mediante raciocínio lógico, que um fato serve de prova para outro, podemos citar a conduta do agente na sociedade. Para tanto, imaginemos que uma empresa internacional, conhecida em seu país de origem por desrespeitar a legislação ambiental, pretende instalar uma filial no Brasil. Se esta empresa, responsável pela fabricação de plásticos e derivados, utiliza como principal componente químico em seus produtos uma substância proibida em nosso território, esse fato indiciário poderá ser considerado apto a formar a convicção do julgador, para se obter uma tutela antecipada favorável a não instalação da fábrica, até que a mesma prove que utilizará substância diversa e permitida no fabrico de suas mercadorias.

Por derradeiro, endossamos o entendimento de que a busca de uma absoluta certeza deverá ser rechaçada, visto que a probabilidade de ocorrência do ato contrário ao direito, atestada mediante fatos indiciários, deverá ser suficiente a formar a convicção do julgador para que o autor da demanda obtenha a medida inibitória pleiteada, em respeito ao princípio da efetividade processual.

2.2.7 A execução da tutela inibitória

Para garantir a eficácia das tutelas inibitórias, o nosso Ordenamento Jurídico goza de mecanismos de coerção, direta e indireta, que são postos à disposição do magistrado, para que este, de forma fundamentada, possa assegurar o cumprimento

²⁸⁰ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 263-264. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

de suas decisões, e, assim, garantir a efetividade das tutelas jurisdicionais. Afinal, “seria, de fato, imprestável toda a construção teórica a respeito de uma ‘ação inibitória’ se não houvesse, no sistema processual, instrumentos capazes de impor a ordem judicial aos envolvidos, compelindo-os a agirem na forma esperada pelo Estado”²⁸¹.

No âmbito das tutelas inibitórias individuais, temos o art. 536, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional²⁸².

Por sua vez, no contexto das tutelas inibitórias coletivas, temos o art. 84, do Código de Defesa do Consumidor, *ipsis litteris*:

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

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

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

§ 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 após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º e na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou

²⁸¹ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 343. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

²⁸² BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 dez. 2019.

compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial²⁸³.

Exsurge da leitura dos dispositivos legais, acima transcritos, que o juiz poderá, de ofício ou a requerimento da parte autora, aplicar as *medidas necessárias* para assegurar o cumprimento da tutela específica ou o resultado prático correspondente ao adimplemento. Tais providências devem ser capazes de provocar no demandado uma real intenção de colaborar com a atividade jurisdicional e, conseqüentemente, se abster de praticar o ato contrário ao direito.

Para tanto, o magistrado dispõe de mecanismos de coerção indireta e direta, os quais serão aplicados de acordo com o seu livre convencimento, que diante da fungibilidade das medidas executivas, não estará vinculado ao pedido do autor, devendo, após justificação prévia, impor a medida que melhor se coadune ao caso concreto.

Os mecanismos de coerção indireta são aqueles que causam na esfera íntima do agente demandado um temor que seja capaz de inibi-lo a praticar o ato ilícito, ou seja, são aptos a forçar o réu a fazer ou não fazer algo em consonância com a legislação vigente. A multa coercitiva é o principal meio de coerção indireta utilizado nos tribunais de nosso país para se obter o êxito da tutela jurisdicional.

Por seu turno, temos, outrossim, os mecanismos de coerção direta, os quais não almejam convencer o executado a cumprir com seu dever, pois, irão atuar independentemente da vontade do agente causador do ato ilícito. Exemplificando, “pode ser referido o caso em que o juiz, objetivando tutelar contra o ilícito continuado, impõe a interdição de fábrica que está poluindo o meio ambiente, determinando que o oficial de justiça realize o lacre dos seus portões de entrada”²⁸⁴.

Diante destes mecanismos de coerção, o magistrado goza de um poder discricionário para escolher a medida executiva que seja mais adequada ao direito tutelado. Contudo, essa discricionariedade não é ilimitada, pois, encontra seus limites no princípio da necessidade, o qual impõe ao julgador a utilização do meio mais idôneo

²⁸³ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 28 dez. 2019.

²⁸⁴ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 242-243.

e que cause a menor restrição possível ao réu. Para tanto, com base no princípio da motivação das decisões judiciais, o julgador terá que fundamentar pormenorizadamente o porquê que a medida executória escolhida é a mais apropriada ao caso concreto.

Ocorre que a prática forense tem demonstrado ser a multa coercitiva a medida de coerção mais comum aplicada no âmbito das tutelas inibitórias, razão pela qual faremos um estudo mais detalhado de suas nuances processuais. Tanto o §4º, do art. 84, do CDC, quanto o art. 537, do CPC, estabelecem que a multa poderá ser aplicada pelo juiz, de ofício, desde que se demonstre razoável com a obrigação tutelada e que se determine justo prazo para cumprimento espontâneo da decisão judicial. Ademais, a “multa, em sua essência, tem natureza nitidamente coercitiva, porque se constitui em forma de pressão sobre a vontade do demandado, destinada a convencê-lo a adimplir a ordem do juiz”²⁸⁵.

A primeira observação que devemos fazer diz respeito à diferença entre multa e indenização por perdas e danos. Pois, antes de tudo, é necessário não confundir essas duas espécies de pecúnia. Note-se que a primeira é decorrente de um descumprimento de uma decisão judicial, enquanto que esta última advém dos prejuízos suportados pelos danos causados.

Além do mais, a multa não guarda relação com o dano, pois, como já visto, pode existir a configuração de um ato ilícito sem a ocorrência de um prejuízo. Desta forma, frise-se que a *astreinte*²⁸⁶ tem a função de compelir o réu a cumprir o comando judicial, enquanto que a indenização visa ressarcir os danos suportados. Por este motivo, o §2º, do art. 84, do CDC, esclareceu que a *indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa*. Da mesma forma, em idêntico teor temos o art. 500, do diploma processual civil.

Uma segunda ponderação cabível a respeito da multa coercitiva diz respeito ao seu valor. Segundo a legislação pertinente, seu *quantum* deve ser *suficiente e compatível com a obrigação*. Portanto, o montante arbitrado pelo magistrado precisa ser hábil para garantir a efetividade da tutela jurisdicional, causando uma vigorosa pressão no demandado, sem, contudo, ser exorbitante. Em outras palavras:

²⁸⁵ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 235.

²⁸⁶ A multa cominatória de nosso Ordenamento Jurídico ficou conhecida como “astreinte”, em virtude de ser semelhante, porém não idêntica, a um mecanismo de coerção indireta do direito francês.

Com efeito, a cominação de valor excessivamente pequeno na decisão judicial acarretará certamente a frustração da função intimidatória que a figura deve desempenhar; se, de fato, for mais rentável para o sujeito passivo da ordem desobedecê-la e arcar com a multa do que cumpri-la, então perde totalmente o sentido a ameaça que se desejaria gerar. De outro lado, se o valor arbitrado for extremamente elevado, então também a sua condição intimidatória restará frustrada, já que o sujeito passivo, antevendo a impossibilidade de solver a multa com seu patrimônio - induzindo-o a um estado de insolvência civil ou de falência -, imaginará prontamente a expectativa de que esse valor jamais venha a ser exigido, porque impossível o seu adimplemento²⁸⁷.

Depreende-se, portanto, que a multa coercitiva deve ser hábil a causar uma pressão psicológica no promovido, que seja capaz de compeli-lo a cumprir o comando judicial. Do contrário, se o agente demandado achar que pode ser melhor pagar a *astreinte*, em razão de se tornar economicamente mais viável, ou mesmo não adimpli-la, em função do valor ser impossível de ser executado, o magistrado deverá modificar o valor anteriormente estipulado, de modo a torná-lo apto ao fim a que se destina. “Somente, pois, com a interpretação dessa figura sob a égide desse norte é que adquire ela sua função e realiza seu papel, sendo, pois, esse objetivo que deve reger toda opção hermenêutica feita a respeito da medida”²⁸⁸. Nesse sentido, cabe destacar que “a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a multa cominatória não integra a coisa julgada, sendo apenas um meio de coerção indireta ao cumprimento do julgado, podendo ser cominada, alterada ou suprimida posteriormente”²⁸⁹.

Por esta razão, é que de acordo com §1º, do art. 537, do CPC, o magistrado poderá, além de modificar o valor da multa ou sua periodicidade, excluí-la, caso constate que: “I – se tornou insuficiente ou excessiva; II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento”. Como já estudado, a possibilidade de modificação da multa em caso de insuficiência ou onerosidade excessiva no parágrafo anterior, cabe-nos, agora, analisarmos essa possibilidade em decorrência do inciso II, da norma processual exposta.

²⁸⁷ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 355. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 353.

²⁸⁹ CAVALCANTE, M. A. L. **Principais julgados do STF e STJ comentados**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 625.

Assim, caso o réu demonstre cumprimento parcial em momento superveniente, nada mais justo que o juiz diminua o valor da multa de forma proporcional ao adimplemento da obrigação, para que a noção de justa medida seja preservada. “Já no caso de justa causa para o descumprimento, vejo com dificuldade diminuir o valor da multa, porque não sendo materialmente possível cumprir a obrigação, a multa simplesmente não pode ser aplicada”²⁹⁰. Nesse passo, seria o caso de o juiz excluir a *astreinte*. Nessa linha de raciocínio, temos a lição de Marinoni:

Diante dos termos do inciso II do § 1.º do art. 537, esse poder de exclusão da multa não considera apenas o futuro, pois é um poder para atuar retroativamente sobre a multa. Portanto, embora o juiz tenha óbvio poder para alterar o valor da multa ou mesmo excluí-la com os olhos no futuro, o seu poder também se estende para o passado ou para a multa acumulada em virtude do descumprimento. O valor passado, acumulado em razão do descumprimento, pode ser excluído se o obrigado demonstrar “cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento” (art. 537, § 1.º, II, CPC). Quando há justa causa para o descumprimento, a multa obviamente não tem razão para ser cobrada²⁹¹.

No entanto, com relação à exclusão da multa coercitiva, a questão se torna mais controversa, pois, antes da vigência do atual Código de Processo Civil, em 18/06/2013, o Superior Tribunal de Justiça, fixou o entendimento de que “o cumprimento da obrigação após o transcurso do prazo judicialmente fixado não exime o devedor do pagamento da multa cominatória arbitrada”²⁹².

Entendemos que este posicionamento do Superior Tribunal de Justiça restou parcialmente superado com o advento do atual Código de Processo Civil, o qual acrescentou a possibilidade de o juiz excluir a multa, já que o §6º, do art. 461, do CPC/1973, apenas continha a previsão de modificar o valor ou a periodicidade da *astreinte*. Desta forma, o *quantum* arbitrado, a título de coerção indireta, apenas se tornará exigível, em caso de cumprimento da obrigação após o transcurso do prazo judicialmente fixado, se o magistrado não excluir a multa cominatória, já que este poderá entender que o atraso no adimplemento ocorreu por justa causa.

²⁹⁰ NEVES, D. A. A. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 952.

²⁹¹ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 242.

²⁹² CAVALCANTE, M. A. L. **Principais julgados do STF e STJ comentados 2013**. Manaus: Dizer o Direito, 2014, p. 514.

Podemos ainda fazer outra ponderação acerca da multa, no que diz respeito a sua periodicidade. Pois, seja no âmbito do direito individual ou coletivo, fica a critério do magistrado fixar a *astreinte* da maneira que melhor se coadune com o caso concreto, podendo fixá-la em horas, dias, semanas, de forma progressiva ou até mesmo de forma fixa em um só momento.

Assim, analisando as minúcias do caso *sub examine*, o juiz empregará a multa da forma mais adequada às necessidades do bem tutelado. Imagine-se, por exemplo, um caso de tutela inibitória negativa pura, ou seja, contra a prática do ato ilícito, em que se exige uma abstenção da parte demandada. *In casu*,

em que a prevenção da conduta é fundamental e em que, em certos casos, a ocorrência do ato torna completamente inútil a tutela jurisdicional adequada - pode-se fixar uma multa coercitiva única, incidente não de forma periódica, mas em um só momento, para a violação do comando judicial. Em tais casos, a multa periódica não desempenha nenhuma função relevante (distinta da sanção única), uma vez que, violada a ordem judicial, qualquer outro provimento torna-se inapropriado²⁹³.

Já diante de uma tutela contra a repetição do ato contrário ao direito, o magistrado poderia fixar a multa de forma progressiva, ou seja, a cada reiteração do ato ilícito, a multa aumentaria de valor, com o intuito de desestimular a conduta do agente demandado.

Por sua vez, em face de uma tutela contra a continuação do ilícito, em que, por exemplo, uma empresa de entretenimento publica em seu sítio eletrônico fotos íntimas de um ator de novela, poderíamos fixar a multa em horas, diante da urgência que se apresenta a situação. Enfim, será responsabilidade do magistrado analisar qual será a melhor periodicidade, de acordo com a situação específica posta em juízo.

Por fim, mister se faz tecer algumas críticas ao §2º, do art. 537, do CPC, o qual determinou que o valor da multa será devido ao exequente. Embora a “multa, ainda que mediatemente tenha por fim tutelar o direito do autor, visa garantir a efetividade das decisões do juiz”²⁹⁴. Portanto, configura-se em uma ferramenta do Estado para fazer valer seu poder decisório, utilizada, muitas vezes, de ofício, sem que haja requerimento da parte autora.

²⁹³ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 361. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

²⁹⁴ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 237.

Ademais, como já explicitado em linhas pretéritas, a multa não se confunde com a indenização por perdas e danos. Desta forma, caso o autor venha a sofrer algum prejuízo, será devidamente ressarcido pela indenização correspondente. Portanto, quando se atribui ao requerente o valor da multa, a “parte tem um ganho patrimonial em detrimento do patrimônio da parte contrária, sem nenhum respaldo jurídico para legitimar tal locupletamento”²⁹⁵.

Nos filiamos ao entendimento de Marinoni, para quem a solução estaria presente no direito alemão, em que o valor da multa cominatória será destinado exclusivamente ao Estado. “Não parece que o fato de o Estado poder ser o próprio devedor da multa possa se constituir em argumento favorável à tese de que a soma resultante da sua aplicação deva ser dirigida ao autor”²⁹⁶. Pois, em casos como esse, bastaria a criação de um fundo específico, que teria destinação própria, como o criado pela Lei da Ação Civil Pública.

2.2.8 A tutela inibitória no plano coletivo

José Carlos Barbosa Moreira, considerado o precursor das tutelas preventivas no Brasil, em livro publicado em 1980, já nos alertava da imperiosa necessidade do Direito prevenir a lesão a alguns bem jurídicos, como a higidez do meio ambiente, afirmando o caráter insatisfatório da tutela reparatória. Observe-se:

Considere-se por um instante o caso do interesse na sanidade do meio ambiente, ou na preservação das belezas naturais e do equilíbrio ecológico, ou na honestidade das mensagens de propaganda; o do interesse em que não se ponham à venda produtos alimentícios ou farmacêuticos nocivos à saúde, em que funcionem com eficiência os serviços de utilidade pública, prestados pela Administração ou por particulares, e assim por diante. Se a Justiça civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia²⁹⁷.

²⁹⁵ NEVES, D. A. A. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 951.

²⁹⁶ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 239.

²⁹⁷ MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 24.

Em 1985, com o advento da Lei nº 7.347/85, também conhecida como a Lei da Ação Civil Pública (LACP), - responsável por tutelar direitos transindividuais e, portanto, de natureza coletiva -, o ordenamento jurídico brasileiro contemplou apenas um tipo de tutela inibitória, qual seja, aquela voltada contra a continuação do ato ilícito. Vejamos, pois, o teor do art. 11, da referida lei:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a **cessação da atividade nociva**, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor²⁹⁸. (negrito nosso)

Perceba-se, assim, que ao mencionar a expressão *cessação da atividade nociva*, este dispositivo deixou de abarcar a tutela inibitória pura, voltada contra a prática do ilícito, pois, pressupõe-se a continuação de um ato contrário ao direito. No máximo, utilizando-se de uma interpretação mais extensiva, poderíamos colocar sob o manto desta lei a tutela contra a repetição do ilícito, a qual subentende a prática de uma lesão anterior.

No entanto, em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, os conselhos de José Carlos Barbosa Moreira foram finalmente seguidos, pois, a partir de então, todas as espécies de tutelas inibitórias genéricas foram contempladas pela legislação pátria. Isso, porque o Diploma Consumerista inseriu na Lei da Ação Civil Pública o art. 21, *in verbis*: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”²⁹⁹.

No mesmo norte, o art. 90, do Código de Defesa do Consumidor, previu a aplicação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Processo Civil, à lei consumerista, formando, assim, o microssistema brasileiro de ações coletivas.

Portanto, como o art. 84, do CDC, que contempla todos os tipos de tutela inibitória, não faz a restrição que o aludido art. 11, da LACP, perpetra, temos uma complementação entre os referidos diplomas legislativos que permite ao Ministério

²⁹⁸ BRASIL. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

²⁹⁹ BRASIL. Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

Público, por exemplo, ajuizar uma ação civil pública voltada contra a prática de um ilícito que ainda não se concretizou, mas que é temido de ocorrer. Desta forma, podemos concluir que “não há dúvida de que o art. 84 do CDC sustenta a possibilidade da tutela inibitória destinada a proteger os direitos difusos e coletivos contra qualquer espécie de ilícito”³⁰⁰.

Ademais, o art. 83, do CDC, que complementa o mencionado art. 84, do mesmo diploma legislativo, aduz que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”³⁰¹, consagrando, desta forma, os princípios da tutela jurisdicional adequada e da efetividade. Temos, portanto, expressa autorização legal para escolher o tipo de tutela que seja mais adequado ao caso concreto para alcançarmos a efetividade processual.

Nesse sentido, cumpre destacar a doutrina de Kazuo Watanabe:

A todos esses textos legais, constitucionais e infraconstitucionais, soma-se agora um dispositivo de natureza processual (art. 83 do Código) para deixar estreme de dúvidas, definitivamente, que o nosso sistema processual para a tutela dos interesses e direitos dos consumidores (e também de outros direitos e interesses difusos e coletivos – art. 90, Código) é dotado de “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”³⁰².

Além do mais, esse microssistema brasileiro de ações coletivas, formado pela LACP e pelo CDC, quando necessário, ante o teor do art. 90, do Diploma Consumerista, pode-se valer subsidiariamente do Código de Processo Civil, quando suas normas não forem capazes de lidar com todas as nuances do caso concreto. Exemplo disso, é a plasticidade da aplicação da multa cominatória que lhe permite ser aplicada de forma única, periódica ou progressiva, já que, por uma interpretação literal da lei consumerista, só poderia ser aplicada em dias.

Por fim, guiando-se pela busca da tutela jurisdicional adequada que seja capaz de garantir a efetividade do processo, faremos no próximo tópico uma

³⁰⁰ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 92.

³⁰¹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 30 dez. 2019.

³⁰² GRINOVER, A. P. *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

comparação entre a tutela ressarcitória e a inibitória, quando a finalidade da norma seja proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

2.3 TUTELA RESSARCITÓRIA *versus* TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA NO ÂMBITO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

Segundo preleciona Luiz Guilherme Marinoni³⁰³, a ideia de que a tutela ressarcitória seria a única tutela contra o ilícito é de origem romana. Além do mais, para o referido doutrinador, o embaraço entre as categorias da ilicitude e da responsabilidade civil percorreu a história do direito, com mais ênfase no direito processual civil, sem causar estranheza aos juristas, chegando ao ponto de se confundir o ato contrário ao direito com o ressarcimento em pecúnia.

Podemos comprovar tal raciocínio com o código civil francês de 1804, também conhecido como Código de Napoleão, segundo o qual “toda obrigação de fazer ou não fazer, resolve-se em perdas e danos em caso de descumprimento pelo devedor”³⁰⁴. Percebe-se, assim, um reflexo do ideal liberal, em que o Estado não poderia imiscuir-se na vida privada dos cidadãos. Nessa época não havia tutelas preventivas genéricas contra atos contrários ao direito, pois a única forma de combater o ilícito seria a reparação do dano em momento posterior a sua ocorrência.

Nesse sentido, cumpre destacar a doutrina de Marinoni:

A confusão entre tutela contra o ilícito e tutela ressarcitória pelo equivalente, portanto, tem raízes na monetização dos direitos, acentuada pelos valores do Estado liberal antigo, em que o equivalente em pecúnia, sem pôr em risco a liberdade, mantinha em funcionamento os mecanismos do mercado. A tutela jurisdicional não tinha qualquer preocupação de fazer valer o desejo das normas ou de tutelar os direitos - garantindo a sua integridade ou repriminção - mas apenas de prestar um equivalente ao sinal da lesão, o que significa dizer que a jurisdição não tinha como meta primária a tutela dos direitos. A sanção do faltoso pressupunha a intangibilidade da sua vontade e a equivalência dos bens, a evidenciar a liberdade individual e o equilíbrio do mercado como limite e justificativa de uma tutela jurisdicional de natureza negativa³⁰⁵.

³⁰³ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 13.

³⁰⁴ Art. 1.142, do Código de Napoleão. Tradução livre do autor. Disponível em: http://files.libertyfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf. Acesso em: 30 dez. 2019.

³⁰⁵ MARINONI, op. cit., p. 15.

Além do mais, afora esta questão advinda do pensamento liberal da época, outro entrave encontrado era a confusão que se fazia entre *ilícito* e *dano*. Após a superação por parte da doutrina civilista desse embaraço epistemológico, a tutela inibitória, sendo uma espécie de tutela contra o ato contrário ao direito, pode, finalmente, se desenvolver.

De fácil constatação, a diferença existente entre a tutela ressarcitória e a tutela inibitória se baseia no fato desta atuar preventivamente para evitar a ocorrência de um ato ilícito, enquanto que aquela apenas pode agir *a posteriori*, quando restar constatado a ocorrência de um dano.

Assim, a finalidade da tutela inibitória consiste em evitar a prática, repetição ou continuação do ato contrário ao direito, sem se questionar a respeito da ocorrência de uma lesão, enquanto que a ressarcitória visa reparar/ressarcir os danos eventualmente suportados.

Com relação à questão da proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal consagrou o princípio da responsabilização integral ao estabelecer que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”³⁰⁶. Exsurge, portanto, que a proteção ambiental irá agir, concomitantemente, nas áreas civil, administrativa e penal, atuando de forma preventiva, reparatória e repressiva.

Embora a tutela ressarcitória tenha atendido aos anseios liberais de sua época, atualmente, como será demonstrado a partir de agora, ela é insatisfatória para solucionar “as questões atuais relacionadas a direitos individuais indisponíveis e, principalmente, com relação a direitos transindividuais, notoriamente à questão ambiental, que interessa não só às presentes como às futuras gerações”³⁰⁷.

Como já esboçado em linhas pretéritas, o dano ambiental apresenta alto teor de irreversibilidade, chegando, em determinados casos, a ser totalmente irreversível. Nesse aspecto, encontramos a primeira dificuldade da tutela ressarcitória em proteger o meio ambiente, já que a reparação do ecossistema degradado ao *status quo ante* é, na grande maioria das vezes, impossível. “Por isso, indenizações e compensações

³⁰⁶ Art. 225, §3º, da Constituição Federal.

³⁰⁷ CARDOSO, G. de O. S. **A tutela inibitória coletiva e o direito fundamental ao meio ambiente sustentável**. In: GOMES JUNIOR, L. M.; CRUZ, L. P. de F. (coord.) Coleção Ada Pellegrini Grinover. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. v. 1, p. 32.

serão sempre mais simbólicas do que reais, se comparadas ao valor intrínseco da biodiversidade, do equilíbrio ecológico ou da qualidade ambiental plena”³⁰⁸.

Um segundo obstáculo que a tutela ressarcitória encontra, e que decorre indiretamente do anterior, é a dificuldade de valoração dos bens ambientais. Ora, não se alcançando a reparação integral do ecossistema degradado, é preciso estabelecer uma quantia monetária que seja suficiente e adequada para reparar o prejuízo causado. Contudo, “o meio ambiente, além de ser um bem essencialmente difuso, possui em si valores intangíveis e imponderáveis que escapam às valorações correntes (principalmente econômicas e financeiras)”³⁰⁹.

Afinal, como mensurar monetariamente a extinção de determinada espécie de animal? Quanto vale, em termos pecuniários, devastar uma área de proteção ambiental para se construir um hotel de luxo? Qual o montante necessário para a remediação de um rio poluído por uma indústria têxtil? Podemos fazer essas e muitas outras perguntas para evidenciar a impossibilidade de se valorar monetariamente a degradação do meio ambiente.

Portanto, resta evidenciado a ineficácia da tutela ressarcitória no âmbito de proteção do meio ambiente, já que esta tutela não visa impedir o dano, mas apenas remediá-lo e, mesmo assim, de modo insatisfatório, seja pela irreversibilidade da lesão ambiental, seja pela impossibilidade de acurar pecuniariamente o valor da degradação provocada. Contudo, havendo a ocorrência do dano ambiental, é imprescindível repará-lo. Para isso, faz-se necessário entender como a tutela ressarcitória atuará. Passemos, desta forma, em breves linhas, a analisar o modo de atuação desse tipo de ação.

A tutela ressarcitória tem como objetivo pleitear a restauração natural ou *in specie* da biota degradada e/ou uma indenização pecuniária para sua recomposição e pelos prejuízos causados à coletividade. No âmbito dessa tutela, o Estado-Juiz deve buscar prioritariamente reparar *in natura* o bem afetado e, não sendo possível restabelecer o *status quo ante*, buscará, cumulativamente, uma pecúnia que seja capaz, mesmo que de forma aproximada ou por ficção, compensar as perdas ecológicas sofridas pela natureza e mensurar os benefícios auferidos da degradação pelo agente.

³⁰⁸ MILARÉ, E. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 322.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 323.

Não importa o quão oneroso seja tentar restabelecer o estado anterior à degradação do meio ambiente, esse deve ser sempre o principal objetivo do Estado-Juiz. Neste ponto, cabe mencionar as ponderações de Annelise Monteiro Steigleder acerca da dificuldade de reconstituir o *status quo ante* da biota afetada:

A reparação não objetiva ripristinar o *status quo ante*, pois, além da impossibilidade de substituir os componentes naturais do ambiente por outros idênticos, emergem diversas dificuldades científicas e técnicas. Em primeiro lugar, dificilmente se conhece o estado inicial do meio ambiente degradado, por inexistirem inventários ou estudos científicos globais realizados antes da degradação. Em segundo lugar, é indispensável dispor de critérios científicos capazes de calcular o grau de reconstituição do meio ambiente danificado, de tal forma que o standard de reparação estabelecido para cada caso em concreto corresponda ao standard de qualidade ambiental legalmente previsto. Finalmente, há que se considerar as dúvidas relativas à própria existência do dano ambiental, pois é difícil prever os efeitos futuros do fato lesivo em cotejo com a capacidade de regeneração natural³¹⁰.

Contudo, mesmo que a reparação natural do local afetado se torne inviável ou impossível em algumas situações, antes de buscar uma indenização pecuniária, deve-se tentar conseguir uma compensação ecológica, que seja capaz de substituir, de forma equivalente, o bem degradado. Exemplificando, para fins didáticos, imagine-se uma floresta que foi desmatada. Em não sendo possível reflorestar a área afetada, imperioso se faz buscar a expansão dessa floresta em outra direção e na mesma proporção geográfica do desmatamento.

Assim, somente em caso de insuficiência da reparação *in specie* ou de sua compensação ecológica de forma equivalente, ou mesmo diante da impossibilidade de ambas, deve-se pleitear uma indenização pecuniária para compensar ou suportar os prejuízos advindos da lesão. Ademais, cumpre ressaltar que a possibilidade de cumulação de obrigações positiva e negativa com indenização pecuniária, já foi consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 629: “Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar”³¹¹.

³¹⁰ STEIGLEDER, A. M. Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 36, p. 42-57, out./dez. 2004.

³¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 629**. Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2018_48_capSumulas629.pdf.

De acordo com o art. 13, *caput*, da Lei nº 7.347/1985³¹², os valores auferidos a título de indenização pecuniária deverão ser revertidos em favor de um fundo gerido por um conselho, federal ou estadual, com a participação obrigatória do Ministério Público, o qual terá a finalidade de reconstituir os bens lesados.

No entanto, embora seja necessário reparar o dano ambiental suportado, mediante a utilização da tutela ressarcitória, não podemos olvidar que esse tipo de tutela é incapaz de evitar o ilícito e, conseqüentemente, a lesão. Portanto, em matéria de proteção à higidez do meio ambiente, temos que privilegiar o uso da tutela inibitória para que o dano seja evitado. Do contrário, estaríamos a admitir um sistema maléfico, que ampararia o pensamento hipócrita que afirma *poluo, mas pago*. Nessa linha de raciocínio, cumpre destacar a lição de Grasielly de Oliveira Spínola Cardoso:

No caso de direitos que não podem ser ressarcidos, negar a existência de um Princípio Geral de Prevenção que oriente e conduza a tutela jurídica, é o mesmo que negar-lhes vigência e validade, “é admitir a expropriação desses direitos, transformando-se o direito ao bem em direito ao ressarcimento”³¹³.

Prosseguindo com esse raciocínio, em síntese, Maria Luiza Machado Granziera nos ensina que, em primeiro lugar, devemos buscar a prevenção, para só depois pleitearmos a reparação necessária e apenas “quando já tiver ocorrido o dano e este tiver um caráter irreversível, é que deve caber a indenização, sempre cumulada com a reparação, se não houver meio de reparar integralmente o dano ocorrido”³¹⁴. Afinal, “não é social e ecologicamente adequado deixar-se de valorizar a responsabilidade preventiva, mesmo porque há danos ambientais irreversíveis”³¹⁵.

Discorrendo sobre a importância da tutela inibitória como sendo o único meio realmente efetivo para garantir a higidez do meio ambiente, Grasielly de Oliveira Spínola Cardoso leciona que,

³¹² **Art. 13.** Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm. Acesso em: 02 jan. 2020.

³¹³ CARDOSO, G. de O. S. **A tutela inibitória coletiva e o direito fundamental ao meio ambiente sustentável.** In: GOMES JUNIOR, L. M.; CRUZ, L. P. de F. (coord.) Coleção Ada Pellegrini Grinover. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. v. 1, p. 48.

³¹⁴ GRANZIERA, M. L. M. **Direito ambiental.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 726.

³¹⁵ MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro.** 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 421.

Por óbvio, para alcançar a proteção efetiva do meio ambiente e com isso assegurar a qualidade de vida e desenvolvimento sadio da sociedade, são necessárias medidas de prevenção que devem ser largamente aplicadas pelos particulares e, principalmente, pelo poder público. Dentre essas medidas de prevenção, destaca-se no âmbito judicial, a utilização da tutela inibitória, como único instrumento processual capaz de salvaguardar o direito em abstrato, a fim de se evitar o ilícito (tutela inibitória pura). No caso de o ilícito já ter ocorrido ou estar ocorrendo, a tutela inibitória também será o mecanismo adequado para se evitar a sua continuação ou repetição³¹⁶.

A nossa Constituição Federal consagrou expressamente em seu art. 225 o dever do Poder Público e da coletividade de garantir a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações e tendo a tutela inibitória, em sua razão de existir, a finalidade de evitar os atos que são contrários ao direito e, conseqüentemente, os danos ambientais, podemos concluir que a utilização dessa tutela é capaz de salvaguardar a norma constitucional com eficiência. Principalmente, se for concedida a tutela de urgência nos casos necessários.

³¹⁶ CARDOSO, G. de O. S. **A tutela inibitória coletiva e o direito fundamental ao meio ambiente sustentável**. In: GOMES JUNIOR, L. M.; CRUZ, L. P. de F. (coord.) Coleção Ada Pellegrini Grinover. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. v. 1, p. 68.

3 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FUNDAMENTO DA TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA

3.1 IMPLEMENTAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ÂMBITO DA TUTELA INIBITÓRIA COLETIVA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Retomando as ideias explicitadas no item 1.2.5, quando rebatíamos as críticas de Cass Robert Sunstein, as quais, como restou devidamente demonstrado, residem não sobre o princípio da precaução em si, mas na sua aplicação indiscriminada, mister se faz explicar, nesse momento, como o princípio da proporcionalidade guiará a implementação do princípio da precaução no âmbito da tutela inibitória coletiva.

Atendendo a fins didáticos, com o intuito de melhor elucidar o objeto desta pesquisa, iremos analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade de forma separada. Primeiramente estudaremos como esse princípio será o fio condutor para implementação do princípio da precaução, para, posteriormente, analisarmos sua utilização no âmbito da tutela inibitória coletiva.

Esta separação na análise do princípio da proporcionalidade se faz necessária em virtude de estarmos estudando de forma sistêmica um instituto do direito material (princípio da precaução) e outro do direito processual (tutela inibitória coletiva), pois sua aplicação, embora siga o mesmo raciocínio conceitual, seguirá por nuances diferentes, como será demonstrado a seguir.

Porém, antes abordaremos o princípio da proporcionalidade de forma genérica e sem vinculação, explicando sua divisão nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, bem como os aspectos das proibições de excesso e de proteção insuficiente.

3.1.1 Princípio da proporcionalidade

Segundo leciona Paulo Bonavides³¹⁷, o princípio da proporcionalidade é antiquíssimo, sendo primeiramente redescoberto pelo Direito Administrativo há aproximadamente 200 anos e, posteriormente, incorporado pelo Direito Constitucional na segunda metade do século XX.

³¹⁷ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 407.

Ressalta o referido constitucionalista brasileiro que o país onde primeiro ocorreu a migração do princípio da proporcionalidade para o Direito Constitucional foi a Suíça. Contudo, esclarece que foram os alemães que desenvolveram e aprofundaram, em termos epistemológicos, seu conteúdo, chegando ao ponto de afirmar que “sem eles o princípio da proporcionalidade no direito continental europeu dificilmente teria logrado a dignidade de um princípio da Constituição, do Estado de Direito e da salvaguarda dos direitos fundamentais”³¹⁸.

Embora não consagrado de forma expressa pela Constituição Federal do Brasil, o princípio da proporcionalidade é reconhecido por nosso Ordenamento Jurídico como sendo um princípio geral de direito “e, portanto, positivado em nosso Direito Constitucional”³¹⁹ de forma implícita. Tal reconhecimento, outrossim, é embasado pela doutrina alemã, como podemos verificar nas lições de Robert Alexy, segundo o qual a proporcionalidade faria parte da própria natureza dos princípios:

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela³²⁰.

Conforme consolidado no Direito alemão e aceito, quase de forma unânime, pela doutrina nacional e internacional, concordes podemos verificar nas obras do brasileiro Paulo Bonavides³²¹, do alemão Robert Alexy³²² e do português José Joaquim Gomes Canotilho³²³, que o princípio da proporcionalidade se subdivide nos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.

O subprincípio da adequação, também denominado por alguns de conformidade ou pertinência, “impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”³²⁴. Em outras palavras, podemos dizer que se trata de uma análise entre

³¹⁸ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 416.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 445.

³²⁰ ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 116.

³²¹ BONAVIDES, op. cit., p. 405-406.

³²² ALEXY, op. cit., p. 116-117.

³²³ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 262-263.

³²⁴ *Ibid.*, p. 262.

a medida escolhida e o fim almejado, com o intuito de verificar se aquela logrará êxito em atingir o desiderato pretendido.

“Por sua vez, *necessidade* não é uma análise linear, mas comparativa. O intérprete compara a solução dada pela lei restritiva com outras alternativas que poderiam ser menos lesivas ao direito fundamental violado”³²⁵. Aqui, a intenção é alcançar o fim almejado de forma a causar a menor restrição possível. Para tanto, o meio escolhido não poderá exceder os limites necessários à conservação da finalidade pretendida.

Nesse diapasão, Paulo Bonavides delineia que “de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão”³²⁶. É por essa razão, que afirmamos no item 2.2.5, que a *necessidade* se desdobra nos subprincípios do meio mais idôneo e da menor restrição possível, os quais serão melhores explicitados no item 3.1.3.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, segundo José Joaquim Gomes Canotilho³²⁷, deve ser entendido como um princípio da *justa medida*, em que é feito um juízo de ponderação entre meios e fim, para avaliar se o meio utilizado foi ou não proporcional. Em outros termos, “consiste na ponderação de interesses em conflito. Verifica-se o peso entre o direito violado pela norma restritiva e o direito por ela tutelado”³²⁸.

Desta forma, a proporcionalidade *stricto sensu*, irá sopesar os direitos envolvidos na lide e analisar se a restrição imposta a determinado direito fundamental é ou não mais importante que o direito que foi resguardado mediante a limitação prescrita.

Ademais, conforme preceitua Flávio Martins Alves Nunes Júnior³²⁹, o Tribunal Constitucional alemão estabeleceu ainda dois aspectos de caráter impeditivo do princípio da proporcionalidade, a proibição de excesso e a proibição de proteção insuficiente. São, na verdade, desdobramentos desse axioma jurídico, os quais serão utilizados como ferramentas de interpretação para guiar a correta aplicação do princípio da proporcionalidade.

³²⁵ NUNES JÚNIOR, F. M. A. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

³²⁶ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 406.

³²⁷ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, 263.

³²⁸ NUNES JÚNIOR, op. cit. *E-book*.

³²⁹ *Ibid.*. *E-book*.

De acordo com a proibição de excesso, é vedado ao Estado impor uma proteção excessiva a determinado direito fundamental em detrimento de outros, bem como é proibido impor limitação exorbitante a determinadas normas constitucionais, pois, em sendo permitidas tais condutas, haveria flagrante desrespeito ao princípio da proporcionalidade.

Por seu turno, a proibição de proteção insuficiente visa resguardar a própria efetividade dos direitos fundamentais, pois não é suficiente que a Constituição Federal se limite a proclamar a existência de normas fundamentais, é necessário garantir uma adequada proteção a tais direitos.

Portanto, concluindo esta análise abstrata do princípio da proporcionalidade, podemos afirmar que seu objetivo é resguardar a constitucionalidade dos atos dos poderes legislativo, executivo e judiciário, e garantir a adequada proteção dos direitos fundamentais. Desta forma, esse axioma constitucional pode ser considerado na atualidade como “corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade”³³⁰.

Resta-nos, agora, examinar o princípio da proporcionalidade de maneira concreta, ou seja, como este axioma jurídico guiará a correta implementação do princípio da precaução, bem como de que modo resguardará a constitucionalidade das decisões judiciais proferidas em sede de tutela inibitória coletiva.

3.1.2 Implementação do princípio da precaução de acordo com o princípio da proporcionalidade

O conceito do princípio da precaução, estabelecido no tópico 1.2.2, preceitua que esse axioma é uma norma que impõe o dever de uma conduta proporcional e economicamente viável. Afinal, “a *precaução* não é mais do que um juízo de ponderação da necessidade, adequação e equilíbrio da medida administrativa tomada num cenário de incerteza”³³¹. Portanto, o princípio da proporcionalidade, conceitualmente incutido, deverá atuar como fio condutor na implementação da precaução, com o intuito de proibir uma proteção insuficiente e um amparo em

³³⁰ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 446.

³³¹ GOMES, C. A. **Direito ambiental**: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. Curitiba: Juruá, 2010, p. 136.

excesso ao meio ambiente, já que ambas as condutas são consideradas inconstitucionais, além de auxiliar o princípio da precaução na gestão dos riscos no momento da análise do custo-benefício do empreendimento que está sendo proposto. Nesse contexto, Ana Gouveia e Freitas Martins³³² assinala que

o princípio da proporcionalidade joga aqui um papel fundamental, garantindo a ponderação dos diversos interesses envolvidos ao exigir que as medidas adoptadas no âmbito de um política guiada pela precaução se revelem economicamente viáveis, com ponderação dos custos e ganhos decorrentes da sua adopção.

Desta forma, o implementador do princípio da precaução deverá realizar uma análise exauriente do custo-benefício da atividade que está sendo proposta, seja pelo poder público ou por um particular. Este balanço deve envolver três aspectos: I) os benefícios que irão surgir com o desenvolvimento do empreendimento; II) uma avaliação dos riscos que estão sendo enfrentados; III) os gastos que serão suportados pela sociedade para eliminar totalmente os perigos ou para minimizar as ameaças mediante o estabelecimento de margens de segurança para a população.

No primeiro aspecto, o aplicador tem a obrigação de verificar as vantagens da atividade proposta, como, por exemplo, a geração de empregos, o desenvolvimento econômico local e regional e as benesses que podem surgir para facilitar e melhorar a qualidade de vida dos seres humanos, entre outros fatores. O segundo tópico a ser analisado envolve a questão ponderada e discutida no item 1.1.2 sobre quais seriam os riscos aceitáveis e inaceitáveis. Por fim, o terceiro e último quesito de análise lida com a escolha da estratégia que seja menos onerosa para os contribuintes. Para tanto, caso o aplicador pretenda extinguir completamente a ameaça encarada, deverá escolher o meio que seja considerado economicamente viável, ou, na hipótese de atenuar os riscos de consequências negativas, incumbirá o responsável pelo empreendimento de utilizar as melhores técnicas e a melhor tecnologia disponível, ou o obrigará a fazer adaptações no projeto original, de modo a tornar a atividade mais sustentável. Em suma, valendo-nos aqui das lições de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer³³³, o princípio da proporcionalidade impõe que seja feita uma confrontação entre a “importância da realização do fim e a intensidade da restrição

³³² MARTINS, A. G. F. **O princípio da precaução no direito do ambiente**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002, p. 27.

³³³ SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 186.

aos direitos fundamentais, examinando, em síntese, se as vantagens produzidas pela adoção do meio superam as desvantagens advindas da sua utilização”.

Neste sentido, é importante mencionar que a implementação do princípio da precaução, caso ultrapasse os limites legais da discricionariedade, bem como, não observe a proporcionalidade, é passível de controle administrativo e jurisdicional³³⁴. Razão pela qual é vedado ao juiz, quando provocado pelo Ministério Público no âmbito de uma ação civil pública, impedir empreendimentos, públicos ou privados, com fulcro na precaução diante de riscos infundados ou inverossímeis, pois, o princípio da proporcionalidade tanto veda a inoperância como o excesso de proteção.

Na esteira da doutrina do professor Juarez Freitas, cumpre destacar que o princípio da proporcionalidade atuará como um fator legitimador da implementação do princípio da precaução, pois, de acordo com o referido doutrinador:

São, com efeito, de elevada monta os custos sociais, econômicos e ambientais da inatividade. Importa, desse modo, realçar que o bom equacionamento, aqui como na prevenção, só se faz lícito em harmonia com o princípio da proporcionalidade. Este é que permite ver se foram cumpridos, ou não, os requisitos de fato e de direito (motivação) a embasar a escolha das medidas interventivas, sem exacerbação ou falta de diligência³³⁵.

Assim, “uma decisão proporcional não poderá ser a de, na simples dúvida, nada fazer ou tudo impedir, muito menos aceitar as falsas evidências produzidas por pressões momentâneas”³³⁶. Desta forma, podemos observar que o Estado tem o dever de implementar o princípio da precaução, sempre com observância ao princípio da proporcionalidade, sob pena de violar a cláusula de vedação de inoperância ou de excesso, caso as providências necessárias não sejam concretizadas ou na hipótese de aplicação indiscriminada, respectivamente³³⁷.

³³⁴ SILVA, R. F. T. da; DIZ, J. B. M. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.15, n.32, p.39-66, mai./ago. 2018. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1317/24595>. Acesso em: 07 jul. 2019.

³³⁵ FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 125.

³³⁶ *Ibid.*, p. 127-128.

³³⁷ WEDY, G. J. T. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 126.

3.1.3 A tutela inibitória coletiva e o princípio da proporcionalidade

Conforme analisado no item 2.2.5, correspondente à fungibilidade da tutela inibitória, ao magistrado é ofertado uma grande variedade de meios coercitivos para tutelar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. No entanto, para que essa discricionariedade não se converta em arbitrariedade, o juiz deverá se valer do princípio da proporcionalidade para escolher o meio coativo que seja mais adequado ao caso concreto.

Sérgio Cruz Arenhart preceitua que o julgador deve orientar-se por “dois critérios: a efetividade do resultado e o menor sacrifício ao demandado”³³⁸. Temos, assim, que o critério da efetividade estaria abrangido pelo subprincípio da adequação, pois, concordes já explicitado em linhas anteriores, essa faceta da proporcionalidade busca analisar qual seria a medida mais apropriada para se alcançar o fim almejado. Enquanto que o parâmetro do menor sacrifício corresponde a um dos desdobramentos do axioma da necessidade, concordes consolidado na doutrina alemã³³⁹ e confirmado pelos juristas brasileiros, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni:

A aplicação do princípio da necessidade, que se desdobra nos princípios do meio idôneo e da menor restrição possível, destina-se a conter os eventuais excessos no uso da tutela inibitória. Se o juiz está autorizado, em face de uma ação inibitória, a conceder providência de conteúdo diverso da requerida, não há como negar que ele está submetido ao princípio da necessidade e, desta forma, impedido de conceder uma tutela jurisdicional que - embora apropriada para fazer cessar o ilícito - mostre-se excessiva em relação ao réu, por ser viável o uso de um meio capaz de trazer um menor gravame a sua esfera jurídica³⁴⁰.

Desta forma, mesmo possuindo poder discricionário no ato da escolha do meio coercitivo para tutelar a higidez do meio ambiente, o magistrado deverá optar dentre as medidas apropriadas por aquela que cause a menor restrição possível na esfera jurídica do demandado, mediante a opção do meio mais idôneo. Percebe-se,

³³⁸ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 399. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

³³⁹ “O princípio da necessidade, que por sua vez se pode desmembrar no do meio mais idôneo e no da menor restrição possível, representa uma modalidade especial do princípio da proporcionalidade”. LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 685.

³⁴⁰ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 80.

assim, que o subprincípio da necessidade atuará como um “fio condutor metodológico da concretização judicial da norma”³⁴¹.

Exemplificando o modo de atuação dos subprincípios do meio mais idôneo e da menor restrição possível, imagine-se que a única fábrica de um pequeno Município, com alto índice de desemprego, implementou na fabricação de seus produtos um elemento químico que causa a poluição do ar e a má formação de fetos, quando inspirado por gestantes. *In casu*, o Ministério Público ingressou com uma ação inibitória contra a continuação do ilícito, requerendo o encerramento das atividades da empresa. Embora o fechamento da empresa seja uma medida apropriada para cessar a degradação do ambiente, não representa o meio mais idôneo, pois sendo comprovado, mediante exame pericial, que a colocação de um filtro é uma solução apta a interromper a contaminação do ar, haveria uma restrição exorbitante e desnecessária na esfera jurídica do réu.

No citado exemplo, o fechamento da empresa apenas seria considerado o meio adequado e necessário se essa fosse a única solução capaz de cessar a poluição ambiental e resguardar a integridade física dos nascituros. Observe-se, ainda, que neste caso também houve a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois, com a colocação do filtro, os empregos gerados pelo funcionamento da fábrica igualmente foram preservados. Portanto, tanto o direito fundamental a viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado quanto os direitos ao trabalho e à livre iniciativa foram respeitados, já que não houve a exclusão de um direito em benefício de outro, mas sim a ponderação de interesses em conflito.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, o subprincípio da necessidade também orienta o magistrado a escolher a instalação de uma tecnologia menos onerosa ao demandado, caso esta seja capaz de cessar a degradação ambiental da mesma forma que o equipamento mais dispendioso.

O que não pode ocorrer é o juiz determinar um meio coercitivo que cause ao réu intensa restrição, quando existe outro meio, igualmente eficaz, que importe em uma limitação irrisória ao demandado. Pois, nesse caso, embora respeitado o princípio constitucional da efetividade da tutela jurisdicional, haveria flagrante afronta à proporcionalidade, considerado princípio geral de direito e que, por isso, deve atuar como fio condutor dos demais axiomas jurídicos.

³⁴¹ LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 586.

3.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Antes de nos debruçarmos sobre o estudo do princípio da precaução como fundamento da tutela inibitória coletiva ambiental, ou seja, em momento anterior à análise desse princípio sob um enfoque jurídico, iremos examinar as diferentes formas de tratamento que são conferidas a esse axioma ambiental por parte da comunidade internacional.

Feita a análise aludida no parágrafo anterior, faremos um estudo de um *leading case* do Supremo Tribunal Federal, para constataremos que o nosso ordenamento jurídico consagrou o princípio da precaução por meio de um enfoque jurídico, que nos permite utilizá-lo no âmbito dos tribunais.

Por fim, vamos estudar o princípio da precaução como meio de fundamentação que seja capaz de autorizar o uso da tutela inibitória coletiva nas lides que envolvam questões relacionadas à saúde e equilíbrio do meio ambiente.

3.2.1 Os enfoques do princípio da precaução

Para analisarmos as formas de como o princípio da precaução vem sendo tratado pelos Estados e pela comunidade acadêmica, mister se faz destacar os estudos de Dominique Bourg e Jean-Louis Schlegel³⁴², os quais destacaram quatro tipos de enfoques que foram conferidos a esse axioma ambiental, que são o simples, o administrativo, o jurídico e o político.

3.2.1.1 O enfoque simples

De acordo com Dominique Bourg e Jean-Louis Schlegel³⁴³, o primeiro enfoque conferido ao princípio da precaução seria o denominado de *simples*, em que a precaução atuaria apenas como se fosse uma norma de natureza *soft law*, ou seja,

³⁴² BOURG, D; SCHLEGEL J. L. **Parer aux risques de demain**: le principe de précaution. Seuil: Éditions du Seuil, 2001.

³⁴³ Ibid., p. 150.

“normas de caráter não obrigatório e não vinculante, mas que são amplamente aceitas e aplicadas por diversas organizações em todo o mundo”³⁴⁴.

Considerado sob este aspecto, o princípio da precaução apenas seria utilizado para inspirar e influenciar o Poder Legislativo na criação de leis ambientais, no âmbito nacional, ou os Estados na formulação de tratados internacionais sobre o meio ambiente. Nesse caso, “não se trata, todavia, de uma norma jurídica que um juiz poderia opor a um Estado, e menos ainda a um particular”³⁴⁵ (tradução livre). Nesse sentido, conforme precisa lição de Salem Hikmat Nasser, os instrumentos *soft law*

participam de forma incontestável da construção da ordem internacional e da governança anteriormente discutidos. Alguns se destinam a influenciar o comportamento dos Estados e das organizações internacionais, inspirando inclusive a sua produção normativa, outros regulam o comportamento dos diversos atores em áreas novas das relações sociais e outros ainda regem as atitudes dos seus próprios produtores³⁴⁶.

Exemplificando esta espécie de enfoque dado ao princípio da precaução, temos o já mencionado Princípio 15 da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento no Rio de Janeiro (CNUMAD), o qual consiste em uma norma de caráter não obrigatório, ou seja, não cogente que funciona como um guia de conduta apto a influenciar a tratativa ambiental dos Estados e organizações.

Cumpra ainda destacar que este tipo de enfoque, para os Estados Unidos da América, é o único admitido no âmbito internacional econômico, principalmente perante a Organização Mundial do Comércio, conforme já relatado no item 1.2.1, pois apenas admite uma simples abordagem de precaução, já que para esse país a precaução não seria um princípio.

³⁴⁴ LIMA, L; GONÇALVES. A. Normas socioambientais privadas: instrumentos para a governança global da sustentabilidade. **Caderno de Relações Internacionais**, vol. 8, nº 14, p. 5-31, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.faculdedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/583/495>. Acesso em 13 jan. 2020.

³⁴⁵ Texto original: “Il ne s’agit pas encore d’une norme juridique qu’un juge pourrait opposer à un État, encore moins à un particulier”. BOURG, D; SCHLEGEL J. L. **Parer aux risques de demain**: le principe de précaution. Seuil: Éditions du Seuil, 2001, p. 151.

³⁴⁶ NASSER, S. H. **Fontes e normas do Direito Internacional**: Um estudo sobre a *soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 138.

3.2.1.2 O enfoque administrativo

Sob o aspecto administrativo, o princípio da precaução evoluiu de uma simples *soft law* para regular medidas administrativas que envolvam políticas públicas. “Torna-se então possível, em nome do princípio da precaução, tomar medidas legais contra o Estado ou uma de suas administrações”³⁴⁷ (tradução livre), caso haja violação do referido axioma ambiental.

Juarez Freitas conceitua políticas públicas como sendo

aqueles programas que o Poder Público, nas relações administrativas, deve enunciar e implementar de acordo com prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva. Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras³⁴⁸.

“Assim, políticas públicas, no Brasil, são todas aquelas atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 3º da Constituição Federal”³⁴⁹. Desta forma, a Administração Pública, sob o enfoque administrativo, está obrigada a respeitar o princípio da precaução não apenas em questões ambientais que envolvam concessões de licenças, alvarás ou autorizações, mas, igualmente, em todos os programas de Estado³⁵⁰ que incluam a promoção e satisfação de todos os direitos humanos fundamentais.

³⁴⁷ Texto original: “Il devient alors possible, au nom du principe de précaution, d’attaquer en justice l’État ou telle de ses administrations.” BOURG, D; SCHLEGEL J. L. **Parer aux risques de demain**: le principe de précaution. Seuil: Éditions du Seuil, 2001, p. 151.

³⁴⁸ FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 32.

³⁴⁹ CANELA JUNIOR. O. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo**: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. Tese (Doutorado em Direito - USP. São Paulo: 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/publico/Arquivo_completo_pdf.pdf. Acesso em: 12 jan. 2020.

³⁵⁰ Sobre a diferença entre programas de Estado e programas de governo, cabe destacar a preciosa lição de Juarez Freitas: “Nada colabora, nesse ponto, serem vistas as políticas públicas como meros programas governamentais, não de Estado. Trata-se de uma noção seriamente deficitária. Em primeiro lugar, peca ao tratar as políticas públicas como se não fossem também implementáveis pelo Estado-Legislator, pelo Estado-Juiz (no exercício da tutela específica), entre outros atores políticos. Em segundo lugar, equivoca-se ao tratar as políticas públicas como se tornassem parte do reino da discricionariedade imperial, no qual cada governante eleito poderia formular, ad hoc, o rol de suas prioridades personalistas. Nada mais incompatível com o planejamento e com o regime de

Cumpra consignar que esta abordagem administrativa do princípio da precaução, em nosso ordenamento jurídico, encontra-se perfeitamente pacificada, pois, conforme já explicitado no item 1.2.1, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a aplicação desse axioma constitui um dever de agir da Administração Pública, no exercício de seu poder de polícia.

Ademais, conforme salienta Osvaldo Canela Junior, o controle jurisdicional das políticas públicas em nosso ordenamento jurídico é perfeitamente admitido pela própria Constituição Federal:

Como toda atividade exercida pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo deve compatibilizar-se com a Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado (CF, art. 5º, XXXV), a constitucionalidade respectiva. Aquilo que se convencionou chamar de “ato de governo” ou “questões políticas” deverá ser examinado pelo Poder Judiciário sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (CF, art. 3º)³⁵¹.

Em resumo, podemos afirmar que este enfoque administrativo do princípio da precaução visa, primordialmente, evitar a concretização dos riscos na vida das pessoas e no meio ambiente, ou seja, busca impedir a ocorrência de danos, quando da implementação das políticas públicas governamentais, além de aplicar os melhores métodos e as melhores tecnologias disponíveis na satisfação dos direitos fundamentais.

3.2.1.3 O enfoque jurídico

O terceiro enfoque a ser abordado, e sobre o qual se baseia a presente pesquisa, é o aspecto jurídico do princípio da precaução. Conforme elucidado por Dominique Bourg e Jean-Louis Schlegel³⁵², esta abordagem confere ao princípio um status de norma de direito fundamental de aplicação direta e que permite ao magistrado fundamentar suas decisões com base em seus preceitos.

responsabilidade centrado na proteção efetiva de direitos individuais e coletivos”. FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33.

³⁵¹ CANELA JUNIOR, O. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário**. Tese (Doutorado em Direito - USP. São Paulo: 2009. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/publico/Arquivo_completo_pdf.pdf. Acesso em: 12 jan. 2020.

³⁵² BOURG, D; SCHLEGEL J. L. **Parer aux risques de demain: le principe de précaution**. Seuil: Éditions du Seuil, 2001, p. 153-154.

Desta forma, esta abordagem permite que o autor da demanda ingresse em juízo, com a ação correspondente, para atacar diretamente o empreendedor que pretende realizar uma atividade que cause ameaças de danos graves ou irreversíveis ao meio ambiente.

Contudo, Dominique Bourg e Jean-Louis Schlegel³⁵³ consideram este enfoque como ampliado e que pode causar problemas, pois conduziria ao abuso. Para os referidos autores, sempre que uma nova descoberta científica comprovasse que determinada substância, antes considerada inofensiva, causa danos ao meio ambiente ou ao ser humano, haveria a possibilidade de responsabilização dos produtores ou fornecedores.

No entanto, cumpre destacar que esta interpretação dada ao enfoque jurídico não respeita a própria essência do princípio da precaução, que consiste em evitar a concretização de danos no futuro. Afinal, o axioma ambiental que visa a responsabilização do causador do dano é o princípio do poluidor-pagador, e não o da precaução.

Além do mais, como o princípio da precaução visa evitar a ocorrência do dano, esse axioma apenas se justifica para fundamentar tutelas jurisdicionais que apresentem o mesmo objetivo, como, por exemplo, a tutela inibitória. Desta forma, esta interpretação do enfoque jurídico, realizada por Dominique Bourg e Jean-Louis Schlegel, de que haveria uma utilização abusiva desse axioma, em sede de tutela ressarcitória, encontra-se equivocada.

No mais, cumpre observar, como será detalhado no item 3.2.2, que o próprio Supremo Tribunal Federal já consolidou a abordagem jurídica do princípio da precaução no julgamento do Recurso Extraordinário nº 627.189/SP, o qual teve repercussão geral reconhecida.

3.2.1.4 O enfoque político

Por fim, temos o enfoque político, que ultrapassa o âmbito dos tribunais, além de atingir e exigir a participação de toda a sociedade, mediante uma “extensão

³⁵³ BOURG, D; SCHLEGEL J. L. **Parer aux risques de demain**: le principe de précaution. Seuil: Éditions du Seuil, 2001, p. 154.

máxima da precaução”³⁵⁴. De acordo com esta abordagem, teríamos um controle de precaução no âmbito de todo o desenvolvimento tecnológico do país, com o intuito de averiguar os possíveis riscos advindos das novas tecnologias.

Embora ainda não aplicado por nenhum país, este enfoque demandaria rígidos e padronizados controles de implementação do princípio da precaução, os quais, até este momento, não foram desenvolvidos pela ciência, pois, do contrário, correríamos o risco de retardar, de forma considerável, o necessário desenvolvimento tecnológico.

3.2.2 *Leading case* do Supremo Tribunal Federal e seu atual entendimento sobre o princípio da precaução

No julgamento do recurso extraordinário nº 627.189/SP³⁵⁵, realizado em 08/06/2016, o Supremo Tribunal Federal consolidou o enfoque jurídico do princípio da precaução, exposto no item 3.2.1.3, bem como estabeleceu o seu conteúdo jurídico, especificando os critérios de implementação e aplicação do mesmo. Passemos, portanto, a analisar qual é o atual posicionamento do STF sobre esse princípio, mediante a análise da mencionada decisão.

Cinge-se sobre o julgamento de um recurso extraordinário interposto pela ELETROPAULO Metropolitana – Eletricidade de São Paulo S/A, com fundamento no art. 5º, *caput* e inciso II, e art. 225, ambos, da Constituição Federal, contra acórdão emanado da Câmara Especial do Meio Ambiente do Egrégio Tribunal de Justiça paulista, consubstanciado no princípio da precaução, o qual determinou que a concessionária de energia elétrica reduzisse seu campo eletromagnético da linha de transmissão para 01 (um) µT (microtesla), no prazo de 03 (três) anos.

Em 23/09/2011, o STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, dando origem ao tema de nº 479, conforme consta no endereço eletrônico do Tribunal³⁵⁶.

³⁵⁴ BOURG, D; SCHLEGEL J. L. **Parer aux risques de demain**: le principe de précaution. Seuil: Éditions du Seuil, 2001, p. 155.

³⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 627.189/SP**. Relator Ministro José Antônio Dias Toffoli. DJe 03/04/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919438>. Acesso em: 15 jan. 2020.

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 479**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3919438&numeroProcesso=627189&classeProcesso=RE&numeroTema=479#>. Acesso em: 15 jan. 2020.

A parte recorrente, em suas razões recursais, argumentou que o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) violou os arts. 5º, *caput* e inciso II, e 225, da Constituição Federal, os princípios da separação de poderes e da legalidade, além de aplicar o princípio da precaução de forma indevida.

Em síntese, o cerne do julgamento gravitou em torno do princípio da precaução, com o intuito de verificar seu conteúdo jurídico, possibilidade e pertinência da invocação desse princípio e, principalmente, sobre a forma como a Câmara Especial do Meio Ambiente do TJSP realizou sua implementação. De logo, adianto que o STF fixou a seguinte tese:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 479 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para o fim de se julgarem improcedentes ambas as ações civis públicas, sem a fixação de verbas de sucumbência, firmando a seguinte tese: “No atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009”, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Impedido o Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente). Falaram, pela recorrente Eletropaulo Metropolitana - Eletricidade de São Paulo S/A, o Dr. Rodrigo Kaufmann; pelas recorridas Sociedade Amigos do Bairro City Boaçava e Sociedade Amigos dos Altos de Pinheiros, o Dr. Fernando Netto Boiteux; pelo amicus curiae União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União, e, pelo amicus curiae Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADDEE, o Dr. Henry Lummertz. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 08.06.2016³⁵⁷. (sublinhado nosso)

Nesse ponto, mister se faz analisar como cada Ministro do Supremo Tribunal Federal entendeu as questões que gravitavam em torno do princípio da Precaução. Começamos, portanto, com o voto do relator, o Ministro José Antônio Dias Toffoli.

O brilhante voto do Ministro Dias Toffoli foi efusivamente elogiado por todos os seus pares e teceu com maestria todo o conteúdo jurídico do princípio da precaução, o qual nos cumpre destacar:

O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um

³⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 627.189/SP**. Relator Ministro José Antônio Dias Toffoli. DJe 03/04/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311525374&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o Estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais³⁵⁸.

No entanto, embora tenha definido com perfeição o conteúdo jurídico do princípio da precaução e considerado pertinente sua invocação, diante da incerteza que os campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos causem malefícios à saúde humana e ao meio ambiente, utilizando o aspecto da proibição de excesso do princípio da proporcionalidade, o Ministro Dias Toffoli entendeu por não implementar o princípio da precaução ao caso concreto. Contudo, deixou sedimentado que inexistente vedação ao controle jurisdicional das políticas públicas pela aplicação do referido axioma ambiental.

Primordialmente, Dias Toffoli ponderou que a parte recorrente, no âmbito infraconstitucional, vinha respeitando os limites à exposição humana a campos eletromagnéticos oriundos de empresas fornecedoras de energia elétrica.

Tal ponderação pode ser comprovada mediante a análise conjunta da lei nº 11.934, de 05 de maio de 2009³⁵⁹, que dispôs sobre limites à exposição humana a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos, e da resolução normativa nº 398, de 23 de março de 2010³⁶⁰, da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que regulamentou a referida lei.

A lei nº 11.934/2009, em seu art. 4º, a fim de proteger a saúde e o meio ambiente, estabeleceu a adoção dos limites recomendados pela Organização Mundial de Saúde (OMS) para exposição “a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por estações transmissoras de radiocomunicação, por terminais de usuário e por sistemas de energia elétrica que operam na faixa até 300 GHz”³⁶¹. Por sua vez, a resolução normativa nº 398/2010, conforme estabelecido pela Comissão Internacional de Proteção Contra Radiação Não Ionizante (ICNIRP) e recomendado pela OMS, a época dos fatos, estabeleceu o limite de 83,33 µT (microteslas).

³⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 627.189/SP**. Relator Ministro José Antônio Dias Toffoli. DJe 03/04/2017. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311525374&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

³⁵⁹ BRASIL. **Lei nº. 11.934, de 05 de maio de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11934.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

³⁶⁰ BRASIL. Agência Nacional de Energia Elétrica. **Resolução normativa nº 398, de 23 de março de 2010**. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2010398.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

³⁶¹ BRASIL. **Lei nº. 11.934, de 05 de maio de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11934.htm. Acesso em: 15 jan. 2020.

Ocorre que as medições realizadas nas dependências da parte recorrente constataram o valor de 7,5 μ T (microteslas), ou seja, bem inferior ao limite máximo considerado seguro. Ademais, em 2014 houve uma alteração da referida resolução para aumentar ainda mais o limite de tolerância, desta vez para 200 μ T (microteslas). Fazendo, desta forma, considerar, em termos proporcionais, o valor de 7,5 μ T (microteslas) ainda mais seguro.

Além disto, salientou o Ministro Dias Toffoli:

A Organização Mundial de Saúde, portanto, ratifica que as diretrizes internacionais desenvolvidas pela ICNIRP estão baseadas em uma cuidadosa análise de toda a literatura científica e que os limites fixados pela ICNIRP se encontram dentro de margens aceitas como não causadoras de efeitos adversos à saúde e, portanto, dentro de margens de risco aceitáveis, razoáveis e proporcionais³⁶².

No mais, salientou que a legislação brasileira já adotou medidas de precaução ao se guiar pelas orientações da Organização Mundial de Saúde e que não seria razoável se pautar pela legislação da Suíça, quando a grande maioria dos países, inclusive os europeus, se baseiam pelos padrões da OMS e da ICNIRP. Além disto, salientou a possibilidade de revisão desta decisão em caso de novas descobertas científicas que justifiquem a alteração pleiteada. Por estas razões, deu provimento ao recurso extraordinário.

Por sua vez, o Ministro Edson Fachin, em dissonância com o voto do relator, entendeu que por existir uma dúvida razoável, ou seja, uma incerteza científica acerca do potencial cancerígeno dos campos eletromagnéticos nas populações circunvizinhas, deveria ser aplicado o princípio da precaução. Razão pela qual votou por negar provimento ao recurso extraordinário e manter íntegro o acórdão recorrido.

O Ministro Luís Roberto Barroso, em sucinto voto, acompanhou o relator por entender que os argumentos utilizados por Dias Toffoli administram os riscos envolvidos de maneira adequada e proporcional.

Por seu turno, o Ministro Teori Zavascki, falecido em 19 de janeiro de 2017, igualmente acompanhou o relator por entender adequada a forma que foi abordada o

³⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 627.189/SP**. Relator Ministro José Antônio Dias Toffoli. DJe 03/04/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311525374&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

princípio da precaução. Apenas ressaltou a possibilidade de revisão deste julgamento ante a produção de novos conhecimentos científicos que gerem resultados diferentes.

Já a Ministra Rosa Weber, discordando de Dias Toffoli e acompanhando o voto do Ministro Edson Fachin, destacou:

Na verdade, o princípio da precaução - todos sabemos - pressupõe a possibilidade do dano coletivo, e esse aspecto é primordial: a falta de evidência científica, a incerteza a respeito da existência desse dano que é temido. Ou seja, a noção com a qual se lida aqui é justamente a desse risco, que não é um risco mensurável, é uma mera possibilidade, é um risco potencial. Se existisse certeza científica quanto ao nexo de causalidade entre esses campos eletromagnéticos e o câncer, ou todas essas doenças descritas, não haveria como acionar o princípio da precaução. Não se trata - e o Ministro Fachin muito bem destacou - de uma hipótese de prevenção ou de reparação de dano, esta sim a exigir a certeza científica. Aqui, não³⁶³.

Desta forma, Rosa Weber entendeu pela aplicação do princípio da precaução e votou por negar provimento ao recurso extraordinário.

O Ministro Luiz Fux, acompanhou integralmente o relator, porém, em seu voto, desconsiderou o poder normativo do princípio da precaução, bem como seu conteúdo jurídico, acertadamente fixado por Dias Toffoli, demonstrando um positivismo exacerbado e arcaico e olvidando que esse axioma ambiental pode, inclusive, atuar no controle jurisdicional de políticas públicas, conforme entendimento já consagrado do próprio Supremo Tribunal Federal.

Posteriormente, a Ministra Cármen Lúcia, outrossim, acompanhou o relator, em breve voto, ressaltando apenas a gravidade do caso posto em análise e que não havia comprovação acerca da existência do risco, a justificar a aplicação do princípio da precaução.

Dando continuidade ao julgamento, o Ministro Gilmar Mendes salientou que o legislador brasileiro tomou as cautelas necessárias e, de forma confortável, seguiu o voto do relator, dando provimento ao recurso.

Já o Ministro Marco Aurélio, divergindo do voto do relator, ressaltou que o princípio da precaução demanda prudência, não timidez. Teve o zelo de citar vários trechos do caderno processual onde atesta a existência de indícios que corroboraram

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 627.189/SP**. Relator Ministro José Antônio Dias Toffoli. DJe 03/04/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311525374&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

a relação de doenças cancerígenas com os campos eletromagnéticos. Diante dos fatos indiciários elencados, desproveu o recurso.

Por último, o Ministro Celso de Mello, igualmente em dissonância com o relator, elaborou extenso voto para fundamentar sua decisão em negar provimento ao recurso extraordinário. Discorreu sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ressaltando sua consagração em âmbito constitucional, explicitou a importância e a abrangência do princípio da precaução. Após, dissertou sobre esse axioma ambiental como sendo um instrumento de proteção à saúde e à higidez dos ecossistemas. Por fim, concluiu *in dubio pro securitate*.

O Ministro Ricardo Lewandowski não proferiu seu voto, pois se declarou impedido em virtude do fato de ter julgado três agravos regimentais e um embargo de declaração, tendo se imiscuído no mérito da demanda em várias oportunidades. Em assim sendo, por seis votos a quatro, houve o provimento do recurso extraordinário e, conseqüentemente, a não aplicação do princípio da precaução ao caso *sub examine*.

No entanto, mister se faz ressaltar que restou consignado o conteúdo jurídico do princípio da precaução e o seu poder normativo para atuar no controle jurisdicional das políticas públicas em nosso ordenamento jurídico.

Infere-se do voto condutor do Ministro Relator José Antônio Dias Toffoli, que não houve a implementação do princípio da precaução ao caso posto para apreciação do Supremo Tribunal Federal em virtude da proibição do amparo em excesso, conforme preceitua o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a radiação emitida pelos campos eletromagnéticos da empresa recorrente, se encontrava bem inferior ao limite máximo recomendado pela Comissão Internacional de Proteção Contra Radiação Não Ionizante (ICNIRP).

Desta forma, restou comprovado por este julgamento, conforme exaustivamente defendido no item 3.1, que o princípio da proporcionalidade será o fio condutor da implementação do princípio da precaução, além de atuar como fator legitimador de sua aplicação.

3.2.3 O princípio da precaução como fundamento da tutela inibitória coletiva ambiental

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer o porquê da necessidade de usarmos um fundamento para a tutela inibitória coletiva ambiental. Nesse ponto, nos valem, de

forma subsidiária, do Código de Processo Civil, o qual aponta em seu art. 319, inciso III, o fato e os fundamentos jurídicos como sendo requisito de qualquer petição inicial. Portanto, incumbe ao autor da ação “descrever não só o fato material ocorrido como atribuir-lhe um nexos jurídico capaz de justificar o pedido constante da inicial”³⁶⁴.

Em outras palavras, é obrigatório conter na petição inicial a causa de pedir, que corresponde aos fatos e os fundamentos jurídicos. Desta forma, é dever da parte autora expor o arcabouço fático mínimo necessário à obtenção do objeto pleiteado e indicar “qual a guarida judicial que entenda deva incidir na espécie, estabelecendo uma relação de causa e efeito entre o fato e a sua qualificação jurídica”³⁶⁵.

Logicamente, em face dos brocardos jurídicos *iura novit cúria* (o juiz é quem conhece o direito) e *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos que te darei o direito) não é obrigatório indicar o dispositivo legal aplicável ao caso concreto, porém, é preciso deixar claro o suporte jurídico sobre o qual se funda os fatos. Afinal, como bem leciona Fredie Didier Júnior, “não se deve confundir (qualificação jurídica; enquadramento jurídico), com fundamentação legal, essa dispensável”³⁶⁶.

Desta forma, o princípio da precaução será aplicado para dar respaldo jurídico à ação inibitória, ajudando-a a lograr êxito em inibir a prática do ilícito ambiental. Portanto, o referido axioma, sendo utilizado como fundamento (qualificação jurídica), terá como função potencializar a efetividade da tutela jurisdicional.

Neste tópico, finalmente chegamos ao ponto culminante de nossa pesquisa, pois, conforme preceitua José Carlos Barbosa Moreira, se baseando nos ensinamentos de Chiovenda, qualquer tutela deve “atuar de maneira que, em toda a extensão da possibilidade prática, venham as coisas a passar-se exatamente como se deveriam passar, de acordo com os preceitos do ordenamento”³⁶⁷. Portanto, em nome da efetividade da tutela jurisdicional, a tutela inibitória, com fundamento no princípio da precaução, atuará para garantir a concretização do direito material invocado, que corresponde a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

³⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. *E-book*.

³⁶⁵ MONTENEGRO FILHO, M. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 306.

³⁶⁶ DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2010. v. 1, p. 425-426.

³⁶⁷ MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 24.

Muito embora, este raciocínio seja uma conclusão lógica sobre o que já foi exposto e debatido até o presente momento, é importante ressaltarmos as características convergentes entre o princípio da precaução e a tutela inibitória coletiva ambiental, que tornam possível fundamentar uma ação inibitória com a precaução.

A primeira característica comum ao princípio da precaução e a tutela inibitória coletiva ambiental diz respeito ao caráter antecipatório, seja na prevenção de danos, seja em evitar o ato ilícito. O princípio da precaução, atuando como um sistema de gestão de riscos, tem como objetivo agir antes da concretização de um dano ambiental. Por sua vez, a tutela inibitória tem em sua *ratio* evitar a prática, repetição ou continuação de um ilícito.

Em decorrência lógica da análise da primeira característica, encontramos uma segunda, que consiste em ter um olhar voltado para o futuro, pois, ambos os institutos agem antecipadamente para inibir um acontecimento vindouro. O princípio da precaução, em face de sua função antecipatória, busca impedir danos futuros. Da mesma forma, conforme salientado por Daniel Amorim Assumpção Neves, “a tutela inibitória é sempre voltada para o futuro, com o porvir, tendo como objetivo impedir a prática de um ato ilícito”³⁶⁸.

A terceira característica comum a ambos os institutos analisados nesta pesquisa é a proteção ambiental. Tanto a norma principiológica de direito material quanto a norma processual visam defender a higidez do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, mediante a adoção de medidas necessárias e proporcionais ao desiderato pretendido.

O único fator, que à primeira vista poderia ser destacado para impedir a utilização do princípio da precaução como fundamento da tutela inibitória ambiental, seria a distinção entre *ilícito* e *dano*. Pois, conforme destacado no item 2.2.1, a demonstração da ocorrência do dano é irrelevante *para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito*. E, por seu turno, o princípio da precaução atua na gestão dos riscos ambientais com o intuito de prevenir ameaças de danos sérios ou irreversíveis.

Contudo, trata-se de uma incongruência inexistente, pois, sempre que ocorrer danos sérios ou irreversíveis ao meio ambiente, igualmente estará ocorrendo um ilícito

³⁶⁸ NEVES, D. A. A. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 830.

ambiental, pois o dever de preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado insculpido no art. 225, *caput*, da Constituição Federal, terá sido violado. Obviamente, nem todo ato contrário ao direito vem acompanhado de um dano, porém todo dano ambiental pressupõe um ato ilícito.

Ademais, conforme já explicitado em linhas anteriores, ameaças de danos sérios ou irreversíveis podem ser invocadas “até mesmo para se estabelecer com mais evidência a probabilidade do ato contrário ao direito”³⁶⁹. Desta forma, a utilização do princípio da precaução seria mais um argumento favorável à concessão da tutela pleiteada.

Assim, estabelecido o nexo existente entre o princípio da precaução e a tutela inibitória, no âmbito de proteção ao meio ambiente, cumpre-nos exemplificar as linhas gerais de aplicação conjunta desses institutos. Portanto, em face de uma ameaça de ocorrência de danos sérios ou irreversíveis, mesmo que não haja certeza científica sobre sua concretização, o Ministério Público, por exemplo, pode se valer da tutela inibitória pura para impedir ou neutralizar as atividades causadoras dos riscos, mediante a solicitação de adoção de medidas necessárias e proporcionais. *In casu*, o julgador, guiado pelo princípio da proporcionalidade, poderá, dentre outras medidas, determinar a cassação da licença de instalação ou suspender seus efeitos enquanto não se faz um exame pericial, bem como, sendo de comprovada eficácia, ordenar a utilização de tecnologia específica e adequada à neutralização do risco.

Ademais, nada impede que o magistrado, mediante juízo de cognição sumária, conceda tutela de urgência, ante a gravidade do risco que se pretende evitar. Aliás, na grande maioria dos casos, o princípio da precaução apenas será aplicado se a ameaça de dano grave ou irreversível for neutralizada mediante a antecipação da tutela requerida. Pois, de nada adiantaria a observação desse axioma ambiental apenas na decisão final de mérito, quando já houver ocorrido a concretização da degradação ambiental.

A concessão da tutela de urgência em sede de ação inibitória pura, quando da aplicação do princípio da precaução, se justifica pela necessidade de ampla produção probatória, que acarreta um duradouro trâmite processual, já que diante de incertezas científicas a respeito de danos ambientais, é necessário a realização de um exame pericial, por uma equipe técnica multidisciplinar, e, em algumas situações,

³⁶⁹ MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 22.

a realização de uma audiência pública envolvendo diversos atores da sociedade. Portanto, esperar pelo provimento final, nessas situações, seria o mesmo que negar proteção ao meio ambiente.

Além do mais, não podemos olvidar que o magistrado, respeitando os limites do princípio da proporcionalidade, tem o dever de zelar pela efetividade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, temos a lição de Sérgio Cruz Arenhart:

O que deve ser tornado como prumo para a avaliação do provimento mais adequado deve ser a "efetividade da proteção jurídica" e o princípio da menor interferência. Dentro desses extremos, é livre o juiz para conceder a medida que lhe pareça a mais conveniente para a situação material apresentada. São estes, e a existência de pedido de antecipação de tutela, os limites à atuação discricionária judicial³⁷⁰.

Exsurge, desta forma, que o enfoque jurídico concedido ao princípio da precaução é essencial para que o Poder Judiciário possa lidar com situações que envolvam riscos de danos graves ou irreversíveis, em que, muitas vezes, houve conduta negligente, ao até mesmo procedimento fraudulento, da Administração Pública no ato de concessão da licença ambiental.

Por esta razão, o agir da justiça deve ocorrer de forma imediata para obstar o procedimento de licenciamento em sua fase inicial, que consiste na licença prévia. Assim, evita-se a fase de instalação, que é comumente utilizada pelos empreendedores de atividades poluidoras para tentar criar uma situação fática de irreversibilidade, diante dos elevados gastos já despendidos, constringendo o juiz diante da sociedade e dificultando a proteção ambiental.

Por fim, cumpre, ainda, esclarecer que o objeto de nossa pesquisa visou, antes de tudo, contribuir, no âmbito judicial e acadêmico, com a proteção de um meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações. Para tanto, o êxito desse trabalho é alcançado quando contribuímos com a efetividade da tutela jurisdicional, mediante a utilização do princípio da precaução para fundamentar a ação inibitória.

³⁷⁰ ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 320. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)

CONCLUSÃO

O presente estudo teve como problematização a utilização do princípio da precaução para fundamentar a tutela inibitória coletiva ambiental, levando-se em consideração a atual sociedade de risco em que vivemos e a questão relacionada à efetividade da tutela jurisdicional.

No âmbito deste cenário jurídico, nossa dissertação se defrontou com as seguintes questões: 1) A adoção do princípio da precaução imobilizaria o desenvolvimento econômico ou resguardaria os direitos das presentes e futuras gerações a um meio ambiente sustentável? 2) Entre as tutelas ressarcitória e inibitória, qual dessas seria a mais eficaz para se proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado? 3) O princípio da precaução pode ser utilizado como fundamento da tutela inibitória coletiva?

O Primeiro Capítulo respondeu de forma satisfatória o questionamento inicial, corroborando a hipótese mencionada na introdução, segundo a qual o princípio da precaução, além de contribuir com o desenvolvimento econômico e tecnológico, contribui de modo significativo com a proteção do meio ambiente, resguardando-o para as presentes e futuras gerações.

Para tanto, o capítulo inicial constatou que vivemos em uma sociedade de risco em que os avanços tecnológicos podem ocasionar, a qualquer momento, catástrofes ambientais. Nesse tipo de sociedade, a distribuição dos riscos ocorre de forma indiscriminada, alcançando todas as classes sociais, inclusive seu próprio causador. No entanto, foi observado que certos riscos endossam a sociedade de classes, concentrando-se nos indivíduos menos favorecidos.

Acerca da análise dos riscos aceitáveis e inaceitáveis, foi comprovado que qualquer risco que ameace o meio ambiente ecologicamente equilibrado, torna-se inaceitável à luz da Constituição Federal. No entanto, foi verificado que os limites de tolerância impostos pela Administração Pública, acabam por legalizar certos tipos de poluição e envenenamento, ao afirmar que determinada substância tóxica é aceitável e/ou inofensiva em uma quantidade inferior a certa medida. Porém, foi ponderado que, antes de analisarmos se determinado risco é permissível, devemos nos perguntar que tipo de sociedade desejamos para o futuro dos nossos descendentes.

Neste contexto social de análise dos riscos surge o princípio da precaução como o axioma ambiental mais efetivo para lidar com o controle das ameaças em

nossa sociedade. Pois, foi demonstrado que o núcleo central do risco é o futuro e que esse princípio atua na gestão dos riscos com o intuito de evitar os futuros danos ao meio ambiente.

Após extensa pesquisa na doutrina nacional e internacional, foi verificado que o princípio da precaução surgiu no Direito Ambiental alemão, mediante as bases epistemológicas do Vorsorgeprinzip, entre as décadas de 60 e 70 do século XX. E que seu primeiro reconhecimento internacional ocorreu em 1982, na Carta Mundial da Natureza da Organização das Nações Unidas (ONU). No entanto, sua consolidação ocorreu na década de 90, do século passado, mediante sua adoção em massa nas convenções e tratados internacionais.

No âmbito interno de nosso ordenamento jurídico, observamos que os nossos tribunais têm o dever de adotar o princípio da precaução, pois, além dos acordos e tratados internacionais ratificados e promulgados pelo nosso país, o Direito positivo brasileiro igualmente consagrou esse princípio em diversas normas, fazendo com que o mesmo se tornasse um poder-dever de agir da Administração Pública, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Com relação à conceituação do princípio da precaução, embora apresente uma ampla tratativa a respeito, que varia de acordo com o objeto do tratado ou convenção, foi averiguado que o conceito mais aceito pela comunidade internacional foi aquele cunhado no princípio 15 da Declaração do Rio.

Ademais, independentemente do conceito adotado ou do tratado internacional que esteja sendo analisado, a doutrina é unânime em citar a incerteza científica, o risco de dano e a inversão do ônus da prova como os três elementos centrais do princípio da precaução, os quais caracterizam e distinguem este princípio dos demais axiomas ambientais.

Restou ainda evidenciado que o princípio da precaução, embora apresente semelhanças com o princípio da prevenção, com este não se confunde, pois aquele age na incerteza científica acerca da ocorrência de danos, enquanto que este atua quando há certeza científica comprovada acerca dos danos ambientais provenientes de determinado empreendimento.

Encerrando o Primeiro Capítulo, concluímos que as críticas ao princípio da precaução não se sustentam, pois são apoiadas em sua aplicação indiscriminada, sem o uso do princípio da proporcionalidade. Além do mais, restou claro que este princípio não paralisa o desenvolvimento econômico, ao contrário, nos assegura um

futuro digno com qualidade ambiental e incentiva o desenvolvimento tecnológico ao exigir a melhor prática ou tecnologia disponível na realização da atividade almejada.

Por sua vez, o Segundo Capítulo, corroborando a hipótese trazida no exórdio deste estudo, atestou, de forma convincente e clara, que a escolha da tutela inibitória, para tutelar a higidez do meio ambiente, é a mais adequada, pois, diante do alto teor de irreversibilidade dos danos ambientais, devemos buscar, prioritariamente, evitar as degradações ambientais. Para tanto, foi realizado um estudo holístico sobre esse tipo de tutela.

Inicialmente foi estudado a relação entre o meio ambiente e a tutela inibitória coletiva. E nesta pesquisa, foi visto que o meio ambiente é um direito difuso fundamental de terceira dimensão, o que nos permite concluir que o mesmo se configura em um direito de solidariedade universal entre as presentes e futuras gerações, cujos titulares são pessoas indeterminadas, pois corresponde a toda a humanidade já nascida e a vindoura, e cuja natureza é indivisível.

Sendo assim, nasceu a tutela inibitória para proteger os direitos não patrimoniais de terceira dimensão, cujo meio ambiente é o principal representante, tendo em vista a busca por tutelas diferenciadas que fossem capazes de assegurar a efetividade do processo, ou seja, que fossem aptas a garantir os direitos proclamados em nosso ordenamento jurídico.

Tendo o Estado monopolizado a atividade jurisdicional, encontramos no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, o fundamento da tutela inibitória, pois, segundo esse dispositivo, nada ou ninguém poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário a análise de qualquer tipo de ameaça a direito.

Foi explicitado e, posteriormente, comprovado, por meio do art. 497, do Código de Processo Civil, que a tutela inibitória apresenta três espécies, que se classificam em tutelas contra a prática, a repetição ou continuação do ilícito. Das três, a primeira, conhecida como tutela inibitória pura, demonstrou ser a mais eficaz no âmbito de proteção ao meio ambiente, pois age antes da ocorrência de qualquer ato contrário ao direito.

Ao contrário do que se possa conjecturar, a tutela inibitória nem sempre será negativa, exigindo uma obrigação de não fazer, pois, em determinadas situações, para se evitar a ocorrência do ato contrário ao direito, é necessária uma obrigação de fazer, ou seja, uma conduta comissiva que seja capaz de evitar a prática do ato ilícito.

Uma das principais características da tutela inibitória é a sua fungibilidade, segundo a qual o magistrado pode atuar de ofício para conceder tutela diferente da que foi pleiteada pelo autor, desde que apta a produzir um resultado prático equivalente àquele que seria alcançado caso a parte ré cumprisse com seu dever originário.

Tema de grande importância no direito processual civil, a prova, no âmbito das ações inibitórias, será baseada em fatos que atestem a probabilidade de ocorrência do ilícito. Haverá, portanto, uma flexibilização do ônus probatório, no sentido de reduzir a convicção necessária para o entendimento do juízo de procedência, pois, não estamos lidando com uma ação ressarcitória, em que o fato já se encontra consumado e que apresenta robustos meios de comprovação.

Com relação às formas de garantir a eficácia das tutelas inibitórias, foi detectado que o nosso Ordenamento Jurídico goza de mecanismos de coerção, direta e indireta, que são postos à disposição do magistrado, para que este, de forma motivada, possa assegurar o cumprimento de suas decisões e, assim, garantir a efetividade do processo. Diante destes mecanismos de coerção, o julgador goza de um poder discricionário para escolher a medida executiva que seja mais adequada ao direito tutelado. Contudo, essa discricionariedade não é ilimitada, pois encontra seus limites no princípio da necessidade, o qual impõe ao julgador a utilização do meio mais idôneo e que cause a menor restrição possível ao réu. Foi asseverado, ainda, que, dentre todos os meios de coação, a multa cominatória é a medida mais comum aplicada pelos tribunais.

Ainda acerca das tutelas inibitórias, em se tratando de um direito difuso coletivo como o meio ambiente, é necessário, portanto, se valer da tutela inibitória em sua forma coletiva, assegurada pelo microssistema brasileiro de ações coletivas, o qual é formado pela Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, no Segundo Capítulo, foi constatado a ineficácia da tutela ressarcitória para lidar com os danos ambientais, pois, na grande maioria dos casos, é impossível restabelecer o *status que ante* do ecossistema degradado. Além do mais, verificou-se que essa tutela só pode atuar após a configuração da degradação, sendo inapta para prevenir o ato ilícito. Por outro lado, foi concluído que a tutela inibitória é capaz de salvaguardar o meio ambiente com eficiência, já que demonstrou-se ser apta a inibir o ato contrário ao direito.

Por derradeiro, o Terceiro Capítulo, outrossim, verificou a hipótese sustentada no início deste estudo e concluiu que o princípio da precaução pode ser utilizado para fundamentar a tutela inibitória coletiva ambiental, pois a implementação do princípio da precaução constitui um poder-dever de agir da Administração Pública, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

No âmbito de implementação do princípio da precaução, foi compreendido que o princípio da proporcionalidade deve atuar como um fio condutor de sua aplicação. Para tanto, os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, bem como os aspectos das proibições de excesso e de proteção insuficiente, serão fundamentais para guiar o magistrado diante da análise de um caso concreto.

Diante da profunda pesquisa empreendida, foi constatado que o princípio da precaução pode ser abordado por quatro diferentes enfoques, segundo a doutrina internacional, que são o simples, o administrativo, o jurídico e o político. Ademais, conforme análise de um *leading case* do Supremo Tribunal Federal, foi constatado que a nossa Suprema Corte adotou o enfoque jurídico do princípio da precaução, segundo o qual, lhe é conferido um status de norma de direito fundamental de aplicação direta e que permite ao magistrado fundamentar suas decisões com base em seus preceitos.

Portanto, segundo o enfoque jurídico, a parte autora da demanda pode ingressar em juízo, com a ação correspondente, para atacar diretamente, com fulcro no princípio da precaução, o empreendedor que pretende realizar uma atividade potencialmente poluidora.

Por esta razão, concluímos que o princípio da precaução pode ser utilizado como fundamento da tutela inibitória coletiva ambiental, com a finalidade de potencializar a efetividade da tutela jurisdicional e resguardar um meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ARAGÃO, A. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- ARENHART, S. C. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 2)
- ARENHART, S. C. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 6)
- BECK, U. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BECK, U. **Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida**. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. *E-book*.
- BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BOURG, D; SCHLEGEL J. L. **Parer aux risques de demain: le principe de précaution**. Seuil: Éditions du Seuil, 2001.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.
- BRASIL. **Decreto n. 5.300, de 7 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5300.htm.
- BRASIL. **Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm.
- BRASIL. **Lei nº. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm.
- BRASIL. **Lei nº. 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm.

BRASIL. **Lei nº. 11.428, de 22 de dezembro de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11428.htm.

BRASIL. **Lei nº. 11.934, de 05 de maio de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11934.htm.

BRASIL. **Lei nº. 12.187, de 29 de dezembro de 2009.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm.

BRASIL. **Lei nº. 12.305, de 02 de agosto de 2010.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp: 1311669/SC.** Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJe 06/12/2018. JusBrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661793697/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1311669-sc-2018-0146910-3?ref=serp>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 618.** A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 629.** Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2018_48_capSumulas629.pdf.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 163.231.** Relator Ministro Maurício Corrêa. DJe 29.06.2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28163231%2EENUME%2E+OU+163231%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y5sop4gv>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 627.189/SP.** Relator Ministro José Antônio Dias Toffoli. DJe 03/04/2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3919438>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 479.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3919438&numeroProcesso=627189&classeProcesso=RE&numeroTema=479#>.

CANELA JUNIOR. O. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo:** o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. Tese (Doutorado em Direito - USP. São Paulo: 2009).

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional português e da União Europeia. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARDOSO, G. de O. S. **A tutela inibitória coletiva e o direito fundamental ao meio ambiente sustentável**. In: GOMES JUNIOR, L. M.; CRUZ, L. P. de F. (coord.) Coleção Ada Pellegrini Grinover. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016. v. 1.

CATALAN, Marcos. **Proteção constitucional do meio ambiente e seus mecanismos de tutela**. São Paulo, Método, 2008.

CAVALCANTE, M. A. L. **Principais julgados do STF e STJ comentados**. Salvador: JusPodivm, 2018.

CAVALCANTE, M. A. L. **Principais julgados do STF e STJ comentados 2013**. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

CNUMAD. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1992. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento.pdf.

DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 12. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2010. v. 1.

DIDIER JUNIOR, F.; ZANETI JUNIOR, H. **Curso de processo civil: processo coletivo**. 3. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2007. v. 4.

ESTADO DE SÃO PAULO. Secretaria de Estado do Meio Ambiente. **Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e Protocolo de Montreal sobre Substâncias que destroem a Camada de Ozônio**. Entendendo o meio ambiente. Vol. 5. São Paulo: SMA, 1997, p. 8. Disponível em: https://cetesb.sp.gov.br/prozonesp/wp-content/uploads/sites/16/2014/04/convencao_viena.pdf.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*.

FRANÇA. **Code Napoleon**. London: Law Bookseller, 1987. Disponível em: http://files.libertyfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf.

FREESTONE, D.; HEY, E. Implementando o princípio da precaução: Desafios e oportunidades. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREITAS, J. **Direito fundamental à boa administração pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GIDI, A. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil**: Un modelo para países de derecho civil. Universidad Nacional Autónoma de México: 2004, p. 57. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=903775.

GODARD, O. O princípio da precaução frente a dilema da tradução jurídica das demandas sociais. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 184.

GOMES, C. A. **Direito ambiental**: o ambiente como objeto e os objetos do direito do ambiente. Curitiba: Juruá, 2010.

GOUVEIA, N. da C; SETZER, J. Princípio da precaução rima com ação. In: MACHADO, P. A. L.; MILARÉ, E. (Org.). **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrina essenciais; v. 1)

GRANZIERA, M. L. M. **Direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRINOVER, A. P. *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

HAMMERSCHMIDT, D. O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental. In: MACHADO, P. A. L.; MILARÉ, E. (Org.). **Direito ambiental: fundamentos do direito ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrina essenciais; v. 1)

JORDAN, A; O'RIORDAN, T. The precautionary principle in contemporary environmental policy and politics. In: RAFFENSPERGER, C; TICKNER, J. (Org.). **Protecting Public Health and the Environment**. Washington, D.C.: Island Press, 1999.

KISS, A. Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, J. R. M. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

LIMA, L; GONÇALVES, A. Normas socioambientais privadas: instrumentos para a governança global da sustentabilidade. **Caderno de Relações Internacionais**, vol. 8, nº 14, p. 5-31, jan./jun. 2017. Disponível em:

<https://www.faculdededamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/583/495>.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MACHADO, P. A. L. Princípio da precaução no direito brasileiro e no direito internacional e comparado. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. Tradução de Fulvio Lubisco. 2. ed. São Paulo: Jardim dos Livros, 2013. *E-book*.

MARCACINI, A. T. R. **Estudo sobre a efetividade do processo civil**. Edição Create Space/Kindle publicada em 2013. *E-book*.

MARINONI, L. G. **Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, L. G. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. *E-book*.

MARINONI, L. G; ARENHART, S. C. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARTINS, A. G. F. **O princípio da precaução no direito do ambiente**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

MARTINS JUNIOR, W. P. Princípios jurídicos de direito administrativo, ambiental e urbanístico e o princípio da precaução. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 16, n. 88, p. 205-225, nov./dez. 2014.

MILARÉ, E. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MONTENEGRO FILHO, M. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, G. B. de A. **O princípio da precaução no direito internacional do meio ambiente**. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) - USP. São Paulo: 2011.

MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NADER, P. **Filosofia do direito**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NADER, P. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NASSER, S. H. **Fontes e normas do Direito Internacional**: Um estudo sobre a *soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, D. A. A. **Novo código de processo civil comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NUNES, L. S. **Tutela inibitória coletiva**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.

NUNES JÚNIOR, F. M. A. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

OLIVEIRA, B. P. G.; LAZARI, R. **Manual de direitos humanos**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

[ONU] Organização das Nações Unidas. **Carta Mundial da Natureza**. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Carta_Mundial_para_Natureza.pdf.

[ONU] Organização das Nações Unidas. Comissão sobre Governança Global. **Nossa comunidade global**. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

[ONU] Organização das Nações Unidas. Comissão Mundial para o Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

[ONU] Organização das Nações Unidas. **Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudança do Clima**. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm.

PADILHA, N. S. **Fundamentos constitucionais do direito ambiental brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

VARELLA, M. D. A dinâmica e a percepção pública de riscos e as respostas do direito internacional econômico. In: VARELLA, M. D. (Org.). **Governo dos riscos**. Brasília: UniCEUB, 2005, p. 80. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/11335/1/GovernodosRiscos.pdf>.

VARELLA, M. D. Variações sobre um mesmo tema - O exemplo da implementação do princípio da precaução pela CIJ, OMC, CJCE e EUA. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RAFFENSPERGER, C; TICKNER, J. (Org.). **Protecting Public Health and the Environment**. Washington, D.C.: Island Press, 1999.

RUIZ-FABRI, H. A adoção do princípio da precaução pela OMC. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SADELEER, N. de. O Estatuto do princípio da precaução no direito internacional. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANDS, P. O princípio da precaução. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANDS, P.; PEEL, J.; FABRA, A.; MACKENZIE, R. **Principles of international environmental law**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. *E-book*.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Direito constitucional ambiental**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SEM, A. K. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Bolso, 2010. *E-book*.

SILVA, J. A. da. **Direito ambiental constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, S. T. da. Princípio da Precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, R. F. T. da; DIZ, J. B. M. Princípio da precaução: definição de balizas para a prudente aplicação. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.15, n.32, p.39-66, mai./ago. 2018. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1317/24595>.

SIRVINSKAS, L. P. **Manual de direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STEIGLEDER, A. M. Medidas compensatórias para a reparação do dano ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 36, p. 42-57, out./dez. 2004.

STONOGA, A. C. **Tutela inibitória ambiental**: a prevenção do ilícito. Curitiba: Juruá, 2003.

SUNSTEIN, C. R. **Laws of fear**: beyond the precautionary principle. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1. *E-book*.

ZAVASCKI, T. A. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *E-book*.

WEDY, G. J. T. **O princípio constitucional da precaução**: como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

WOLFRUM, R. O princípio da precaução. In: PLATIAU, A. F. B.; VARELLA, M. D. (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.