

2.4 O DIREITO AMBIENTAL E AS AÇÕES INIBITÓRIA E DE REMOÇÃO DO ILÍCITO

LUIZ GUILHERME MARINONI

Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade Federal do Paraná
Advogado em Brasília e Curitiba

SUMÁRIO: 1. O Direito ao Meio Ambiente Sadio como Direito Fundamental. 2. O Art. 225 da Constituição Federal considerado como Norma Estruturante do Direito Fundamental ao Meio Ambiente. 3. A Atuação das Normas de Proteção que Objetivam um Fazer do Particular. 4. Normas de Proteção que Exigem Controle ou Fiscalização da Administração. 5. Prestações Decorrentes do Dever de o Estado Gerenciar o Meio Ambiente. 6. A Questão do Risco Ambiental. 7. A Importância da Distinção entre Regras e Princípios para a Efetividade da Tutela do Meio Ambiente. 8. Sobre a Exigibilidade do Estudo de Impacto Ambiental. 9. Concessão do Licenciamento em Contrariedade ao Estudo de Impacto Ambiental. 10. Possibilidade da Impugnação da Concessão do Licenciamento que está de Acordo com o Estudo de Impacto Ambiental. 11. O Problema da Incerteza Científica quanto ao Risco Ambiental - a Questão do Risco do Desenvolvimento. 12. A Importância do Princípio da Precaução diante do Risco do Desenvolvimento. 13. O Caso Exemplar dos Transgênicos. 14. A Responsabilidade pelo Dano como Mecanismo de Gerenciamento dos Riscos e dos Benefícios diante do Direito Ambiental. 15. As Ações Inibitória e de Remoção do Ilícito à Luz do Direito Ambiental. 16. Bibliografia.

1. O Direito ao Meio Ambiente Sadio como Direito Fundamental

Como é sabido, nem todos os direitos fundamentais estão previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Há direitos que, por sua imprescindibilidade para a dignidade da vida da pessoa humana, não precisam estar aí definidos. É o que acontece em relação ao direito ao meio ambiente sadio.

O *caput* do art. 225 da Constituição Federal afirma que o meio ambiente saudável é “[...] *essencial* à sadia qualidade de vida” e, assim, que “[...] *todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso *comum do povo*”. Por esse motivo, ressalta, em sua parte final, que o poder público e a coletividade têm o “*dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. Ora, isso é suficiente para qualificá-lo como direito fundamental.

Se o direito ao meio ambiente constitui direito fundamental, resta saber como esse direito deve se enquadrar diante das *funções* dos direitos fundamentais. O direito ambiental obviamente se impõe contra o Estado, que fica impedido de violá-lo. Porém, é claro que isso não basta. A efetividade do direito ambiental *depende de prestações* do poder público para a proteção e a prevenção do bem ambiental. Essas prestações podem ter por objeto um simples fazer do poder público, *sem qualquer repercussão*

perante terceiros, ou se constituírem em normas e atividades que têm por meta *proteger o meio ambiente contra terceiros*. Além disso, porque o poder público deve ser controlado pela sociedade – que, como visto, tem o “[...] dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” – o direito ambiental não pode se desligar do *direito à participação*, ou melhor, do dever de o Estado criar condutos para a participação da sociedade na gestão do poder, o que acontece, por exemplo, quando se pensa na ação popular e nas ações coletivas.

2. O Art. 225 da Constituição Federal considerado como Norma Estruturante do Direito Fundamental ao Meio Ambiente

Segundo o art. 225, §1º, da Constituição Federal, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente, incumbe ao poder público:

- I) *preservar e restaurar* os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II) *preservar* a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e *fiscalizar* as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III) *definir*, em todas as unidades da federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV) *exigir, na forma da lei*, para instalação de obra ou atividade *potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente*, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V) *controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente*;
- VI) *promover* a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII) *proteger a fauna e a flora*, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Como se vê, embora todas essas normas tenham o *poder público como destinatário*, para algumas a prestação pode se exaurir em ato *estatal* e, para outras, objetiva-se, com a prestação estatal, impedir ato de *particular*.

Note-se, por exemplo, que o dever de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (art. 225, §1º, V, CF), assim como o dever de proteger a fauna e a flora (art. 225, §1º, VII, CF), depende de prestações normativas e fáticas

dirigidas contra os particulares. No caso da exigência do estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, §1º, IV, da Constituição Federal, cabe ao *legislador definir* o que é “obra ou atividade *potencialmente* causadora de significativa degradação do meio ambiente”, e à administração pública *exigir* esse “estudo”, lembrando-se que a enumeração das obras e atividades potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, realizada pelo art. 2º da Resolução n.º 001/86 do Conama, é *meramente exemplificativa* (como não poderia deixar de ser)¹, e que assim o administrador tem o dever de, diante do caso concreto, analisar o impacto da obra ou da atividade para a qual se pede o licenciamento.²

A razão dessa distinção decorre do fato de que, quando é necessária a imposição de norma ou de atividade administrativa que exija um ato do particular, o que deve ser analisado, à luz do direito fundamental ao meio ambiente, é a *repercussão do ato do poder público sobre o particular*. Ao contrário, quando a realização da prestação se exaure em um ato do próprio poder público, *sem recair sobre o particular*, somente poderá ser analisado, com base no direito fundamental, o *ato devido pelo Estado*.

3. A Atuação das Normas de Proteção que Objetivam um Fazer do Particular

Se é inegável que o meio ambiente depende de normas de direito material de proteção, é preciso frisar que essas normas impõem condutas negativas (proibição de construção em certo local) ou positivas (obrigação da adoção de determinada medida de prevenção).

Quando uma dessas normas é inobservada, o processo civil assume a responsabilidade de atuá-las. Nessa linha, o juiz deverá impor um não-fazer ou um fazer, conforme a norma de direito material preveja uma omissão ou uma ação. Contudo, alguém poderia imaginar que a função preventiva do processo civil se resumiria à imposição do não-fazer. Essa visão, como é óbvio, reflete a época em que não se pensava em normas impositivas de condutas positivas destinadas a evitar a violação dos direitos.

Entretanto, a norma de direito material não perde a sua natureza no caso em que a jurisdição é acionada para obrigar o particular a atendê-la. Ora, no caso de norma destinada à proteção, não importa o conteúdo do que deve ser feito pelo particular – ou seja, se a conduta exigida é positiva ou negativa. Ocorrendo violação de qualquer dessas normas, a atuação da jurisdição – na hipótese de reconhecimento da violação – será de realização do desejo preventivo da norma violada, pouco importando se ela impõe um não-fazer ou um fazer.³

¹ Ver Silva (1997, p. 199) e Machado (2003, p. 135).

² Como já dissemos, ao tratar desse assunto no livro “Tutela Inibitória”, há violação de legalidade na hipótese em que o órgão licenciador do meio ambiente dispensa o estudo de impacto ambiental perante obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, ainda que não conste no rol do art. 2º da Resolução 001/86 do Conama (MARINONI, 2003, p. 99).

³ Não é suficiente a edição da norma, sendo imprescindível torná-la efetiva. Por esse motivo, quando ela se dirige diretamente contra o particular, defere-se legitimidade coletiva (p. ex., ao Ministério Público) à ação judicial para que o particular a observe. Ai será prestada tutela preventiva, não importando se a norma impõe um não-fazer ou um fazer.

Dizer que o processo civil, em um caso como esse, apenas obriga a observância de um dever de fazer significa retirar da norma que impõe a prestação de fazer *todo o seu conteúdo valorativo*. Ou seja, transformar as normas que exigem um fazer do particular em simples tutela jurisdicional dos deveres de fazer é, para se utilizar poucas palavras, neutralizar o direito material – ou dissolver os diferentes valores que estão nas normas.

Uma norma que impõe um fazer, para evitar a violação do meio ambiente, tem óbvio fim preventivo. Não é possível esquecer-se do objetivo da norma de direito material no momento em que a jurisdição é chamada a atuar, sob pena de o processo deixar de cumprir sua função instrumental. Percebe-se que uma norma voltada à prevenção do meio ambiente não pode ser tratada como uma simples norma que exige um fazer, pois se assim acontecer o próprio juiz ficará impossibilitado de compreender a situação concreta. Note-se, por exemplo, que a tutela antecipatória deve ser pensada de modo particular diante da necessidade de atuação de norma de caráter preventivo.

Tudo isso, aliás, é bastante claro aos estudiosos do direito ambiental (MACHADO, 2003). Afirma-se, com base nas convenções internacionais de proteção ao meio ambiente, que as medidas de prevenção ou de precaução não podem ser postergadas (assim, por exemplo, a Declaração do Rio de Janeiro, de 1992). Não podem ser postergadas quando previstas em lei, quando impostas em acordos administrativos ou realizados com o Ministério Público e, como é óbvio, quando decorrentes de decisões judiciais. É por isso que, no caso desses acordos, o adiamento das medidas de precaução é visto com muito rigor. Como ressalta Machado (2003, p. 67), “[...] a necessidade do adiamento das medidas de precaução em acordos administrativos ou em acordos efetuados pelo Ministério Público deve ser exaustivamente provada apelo órgão público ambiental ou pelo próprio Ministério Público”. Na dúvida, adverte esse autor, “[...] opta-se pela solução que proteja imediatamente o ser humano e conserve o meio ambiente”.

Desse modo, no caso de afirmação de violação de norma que impõe ao particular a adoção de medida de prevenção ou de precaução, o juiz, porque tem o dever de se comportar conforme o desejo do direito material, não pode esquecer-se dos princípios que lhe são próprios, deixando de observar os princípios da prevenção e da precaução, e, especificamente no que diz respeito à interpretação da situação concreta, os princípios do *in dubio pro natura* e do *in dubio pro salute*. Eis o motivo da impossibilidade de se pensar a norma dirigida à prevenção como simples norma que impõe um fazer.

4. Normas de Proteção que Exigem Controle ou Fiscalização da Administração

Quando o poder público edita uma norma de proteção, é necessário o controle ou a fiscalização estatal; é claro, portanto, que o dever do Estado não pára na realização da norma. Com efeito, ao lado de uma norma de proteção, pode ser necessária a atuação concreta da administração pública. Nesse caso, havendo omissão da administração, a ação deverá ser proposta contra o Estado, pois aí o ilícito omissivo é estatal.

Nessa situação – é importante que se esclareça – o Estado cumpriu *apenas em parte* o seu dever de proteção, deixando de atuar concretamente para a efetivação da norma. Assim, nessa perspectiva, a omissão é do Estado, e não do particular.

Porém, diante de uma norma que requer atuação da administração para ser observada, é comum que, diante da omissão estatal, o particular esteja agindo sem lhe dar cumprimento. Nessa situação, a ação judicial deve se preocupar não apenas com a omissão estatal, mas também em inibir a continuação do ilícito decorrente da violação da norma.

5. Prestações Decorrentes do Dever de o Estado Gerenciar o Meio Ambiente

Maior dificuldade existe em relação às prestações que, da mesma forma que as anteriores, são devidas pelo Estado, mas não se destinam a atuar sobre os terceiros. Mais precisamente: importa aqui a prestação estatal que não atua sobre os terceiros, mas que é necessária, independentemente do comportamento do particular, para que o Estado cumpra o seu dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Se essa prestação é dirigida a evitar a violação do direito ao meio ambiente, é óbvio que o seu objetivo é de dar-lhe prevenção. A grande diferença entre essa situação e a da proteção normativa contra terceiros está em que, quando se pensa nessa última, embora exista um dever de prestação estatal, *essa prestação (a lei) incide sobre o particular* – ainda que possa ser considerada *com base no direito fundamental* –, ao passo que no caso de prestação fática de proteção em que não importa a vontade do particular, a única coisa a ser analisada é o fazer devido pelo próprio Estado, e não uma norma, uma atividade administrativa, um acordo ou uma sentença. No caso de prestação fática de proteção *que não incide sobre o particular*, o conteúdo dessa prestação deve ser analisado a partir do direito fundamental, enquanto que, no caso de proteção que repercute sobre o particular, o que deve ser verificado, com base no direito fundamental, é o ato do poder público *diante do sujeito privado*.

Contudo, isso não quer dizer que a prestação fática destinada a assegurar a inviolabilidade do direito ambiental, quando não preocupada com um ato do particular, não possa ser qualificada de preventiva. No caso em que a administração não atua, omitindo-se em seu dever de adotar medidas fáticas para a inviolabilidade do direito ambiental, deixa de lhe dar prevenção, negando sua própria natureza.

Como está escrito no art. 225 da Constituição Federal, o poder público tem o *dever de defender e preservar o meio ambiente* para as presentes e *futuras* gerações. Como está claro, atribuiu-se ao poder público⁴ o dever de conservar a integridade do meio ambiente, para que seja evitada a sua degradação.

⁴ E também à coletividade.

Acontece que esse dever de conservação (ou de proteção) imposto ao poder público não pode ser realizado apenas mediante normas e atividades administrativas concretas dirigidas a impedir que os sujeitos privados agredam o meio ambiente. O Estado também tem o dever de realizar prestações fáticas necessárias a evitar a degradação ambiental. Isso em decorrência do *princípio da obrigatoriedade da intervenção do Poder Público na conservação do meio ambiente* – hoje posto em várias convenções internacionais voltadas à proteção ambiental. Os limites e as condições dessa intervenção ou atuação, quando definidos pelo direito, geram um evidente direito de se exigirem do Estado tais prestações fáticas.

É assim, por exemplo, em relação ao art. 208 da Constituição do Estado de São Paulo, que estabelece o dever de o poder público tratar dos esgotos urbanos ou industriais. Tal prestação decorre da necessidade de se *conservar o meio ambiente, impedindo a poluição dos rios*. O não-tratamento dos esgotos faz com que, dia após dia, os rios sejam poluídos. Ou seja, o não-cumprimento da prestação, no caso, permite a poluição ambiental. *Note-se que essa prestação não se destina à recuperação ou a recomposição ambiental, mas sim a evitar a poluição, de modo que a natureza preventiva da tutela jurisdicional que a ela se refere é pouco mais do que evidente.*

Mas, por que é importante frisar a natureza preventiva dessa tutela jurisdicional? Em primeiro lugar, porque a compreensão da natureza preventiva da prestação é fundamental para a formação de um juízo adequado. Em segundo lugar, pelo motivo de que a não-constatação da natureza preventiva da prestação impede a percepção da função que a tutela jurisdicional (inclusive a antecipatória) pode assumir em relação a ela.

Contudo, o que mais importa é que uma prestação do poder público, *quando imprescindível para evitar a violação de um direito expressamente afirmado pela Constituição Federal como inviolável*, obviamente não pode ser negada sob o argumento de indisponibilidade orçamentária. Ora, se diante de um direito definido como *inviolável* pela Constituição Federal, a lei determina a *necessidade* de uma prestação estatal, é evidente que o poder público não pode negá-la, ou mesmo adiá-la ou postergá-la. As alegações de *conveniência e oportunidade*, aqui, são pouco mais do que descabidas. Por outro lado, a mera alegação de indisponibilidade orçamentária não pode servir para obstaculizar a exigibilidade da prestação, sob pena de se admitir que o poder público pode entender que não deve dispor de dinheiro para evitar a degradação de um direito dito inviolável pela própria Constituição Federal.⁵

6. A Questão do Risco Ambiental

O risco é algo ineliminável na sociedade contemporânea e, por consequência, assim deve ser compreendido especialmente diante do direito ambiental. Por isso, ao invés

⁵ É no mesmo sentido a conclusão de Mirra (1995, p. 56): “Nunca é demais repetir que existe, na matéria ora em exame, um dever de o Poder Público agir para alcançar o fim previsto na norma, ação esta precipuamente preventiva. E tal atividade não pode ser postergada por razões de oportunidade e conveniência nem mesmo sob a alegação de contingências de ordem financeira e orçamentária”.

de se pretender eliminá-lo através de um desejo incapaz de ser atingido, a única saída possível é encontrar as formas adequadas para o seu gerenciamento.

Deve-se partir da idéia de que o desenvolvimento traz, a um só tempo, benefícios e riscos à coletividade. Diante da periculosidade ou nocividade de uma atividade, a norma deve proibi-la, ou admiti-la apenas em determinados locais. Mas, nos casos em que o risco pode ser reduzido a uma situação de *suportabilidade*, a norma deve estabelecer as medidas preventivas que devem ser adotadas. É o que ocorre diante de atividades que, embora potencialmente perigosas, podem ser aceitas quando tomadas determinadas medidas de prevenção. Assim, por exemplo, as normas que exigem a adoção de medidas preventivas por parte do empresário que deseja instalar um posto de gasolina. Como é óbvio, se um posto de gasolina colocasse em risco a vida das pessoas, ele não poderia ser instalado. Porém, a observância das regras técnicas destinadas à prevenção torna possível a sua instalação ainda que em locais centrais das cidades.

Observe-se, contudo, que o fato de uma atividade não estar definida, em norma infraconstitucional, como proibida não a torna, somente por isso, lícita. Tal não seria possível pelo simples motivo de que a evolução da sociedade sempre estará apta a apresentar novas situações de risco intolerável, que então devem ser obstaculizadas com base no próprio art. 225 da Constituição Federal. Nesses casos, sempre deverá ser tomado em conta o direito fundamental ao meio ambiente, isto é, a necessidade de sua proteção e prevenção para a digna sobrevivência da pessoa humana, mas sem que seja esquecida a idéia de que a tutela do bem ambiental sempre deverá ser feita através do meio menos gravoso ao empresário, especialmente quando da atividade dependerem vários empregos.

Isso significa que, se for possível manter a atividade, eliminando-se o perigo ao meio ambiente, devem ser determinadas medidas de prevenção capazes de extirpá-lo. Não há como deixar de preferir a medida de prevenção em relação à suspensão da atividade, uma vez que, se duas imposições são igualmente idôneas para dar proteção ao meio ambiente, deve ser determinada, por uma questão de racionalidade, aquela que elimine o perigo sem retirar o benefício dado ao empresário e à coletividade.

Porém, nesse ponto deve ser feito um esclarecimento. Quando se fala em eliminar o perigo, imagina-se aquele que é *inerente* a uma atividade. Por exemplo, o perigo decorrente da venda de combustível deve ser eliminado através da adoção de medidas preventivas estabelecidas em normas técnicas. Não se está aludindo ao perigo de dano que pode decorrer, *acidentalmente*, de uma atividade, ou que pode ser o resultado de uma atividade *não consentida* (ou que não pode ser consentida) ou da *não-observância de uma medida de prevenção*. Nessa última hipótese, não basta considerar o perigo da atividade, mas sim o perigo que, diante de uma *situação concreta*, ameaça o meio ambiente – resultado de um acidente, do exercício de uma atividade proibida (ou que deve ser inibida) ou da não-observância do dever de adoção de certa medida. Nesse sentido, é possível dizer que essa última espécie de perigo, por não ser inerente a uma

atividade, deve ser pensada como o *perigo do caso concreto*.

Porém, e voltando ao perigo decorrente de uma atividade não considerada por lei – que nada tem a ver, como demonstrado, com o *perigo do caso concreto* –, cabe frisar que, nessa situação, não há outra saída senão dar à administração a possibilidade de *controle do risco*. Nesses casos, com efeito, o administrador – ou o juiz, quando necessário – deverá levar em conta o direito fundamental ao meio ambiente, tal qual delineado no art. 225 da Constituição Federal.

7. A Importância da Distinção entre Regras e Princípios para a Efetividade da Tutela do Meio Ambiente

Considerando-se a natureza do direito ambiental e, particularmente, a impossibilidade de se dar conta, através das regras, da necessidade de sua preservação e proteção, torna-se relevante, agora, a distinção entre princípio e regra.

Para os direitos fundamentais, não bastam apenas princípios ou somente regras. Por isso, é possível pensar na norma como gênero e nos princípios e nas regras como espécies. Como já dito, da norma do art. 225 da Constituição Federal decorre o direito fundamental ao meio ambiente sadio, do qual são consequências os princípios da preventividade, da precaução, do poluidor-pagador, da informação e da participação. Acontece que o legislador, através da norma do art. 225, deve responder aos deveres que foram impostos ao Poder Público e, para tanto, editar regras de proteção, de procedimento e de organização voltadas à efetividade desse direito fundamental.

As regras devem ser pensadas à luz dos princípios, pois devem concretizá-los. Os princípios constituem os fundamentos das regras, expressando os valores que devem servir como elos e bases para sua compreensão e interpretação. Porém, as regras de proteção, como já foi dito, são naturalmente limitadas, uma vez que não podem prever, em determinado momento histórico, as situações que configurarão atos contrários ao meio ambiente sadio ou quais serão as medidas de prevenção ou precaução adequadas às novas situações concretas. Diante do acelerado desenvolvimento da tecnologia e da sociedade, não há como a regra se adiantar aos fatos e, portanto, não há como imaginar sua suficiência à tutela do meio ambiente.

É por isso que o art. 225, §1º, IV, da Constituição Federal obriga a administração pública a “[...] exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

A função preventiva do estudo de impacto ambiental é evidente, destinando-se a permitir a aferição, por parte do poder público, do impacto ambiental de determinadas obras ou atividades. Isso para que se verifique se determinada obra ou atividade pode ser licenciada, ou mesmo se são necessárias determinadas medidas de prevenção ou de precaução para o licenciamento.

Porém, na definição de *obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente*, não é possível deixar de se atentar para o direito fundamental ao meio ambiente sadio e, por consequência lógica, aos princípios que lhe dão conteúdo. Vale dizer: o conceito de significativa degradação ambiental deve ser preenchido à luz dos princípios da preventividade, da precaução e do poluidor-pagador.

Lembre-se que as regras obedecem à lógica da validade, pois são válidas ou não, submetendo-se aos critérios cronológicos da hierarquia ou da especialidade, enquanto que, entre os princípios, ao invés de conflito, pode existir colisão, já que, diante deles, não há que falar em um princípio válido e outro inválido⁶. Dois princípios podem colidir e, como entre eles não existe hierarquia, a solução somente pode ser encontrada a partir das circunstâncias do caso concreto, através da regra da proporcionalidade (ALEXY, 2002).

8. Sobre a Exigibilidade do Estudo de Impacto Ambiental

O procedimento de licenciamento ambiental é complexo, apresentando três tipos de licença: I) Licença Prévia (LP); II) Licença de Instalação (LI); e III) Licença de Operação (LO). Nesse procedimento, o estudo de impacto ambiental assume a figura de requisito procedimental e, assim, de pressuposto de validade do ato administrativo de licenciamento.⁷

Como visto, a Resolução n.º 001/86 do Conama, no seu art. 2º, enumera as obras e atividades consideradas capazes de causar significativa degradação do meio ambiente, embora essa enumeração, como também já dito, seja meramente exemplificativa. De qualquer maneira, considerado o teor do art. 225, 1º, IV, que diz que o poder público deve *exigir* o estudo de impacto ambiental, é fácil concluir que não existe nenhuma discricionariedade para a administração pública quanto a exigir ou não esse estudo.

Na verdade, sempre que o administrador se encontrar diante de pedido de licença para atividade ou obra “[...] potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, não haverá espaço para nenhuma subjetividade de sua parte quanto a exigir ou não o estudo (MARINONI, 2003, 96-99), pois essa atividade administrativa tem conteúdo vinculado.⁸

Se a norma constitucional regula de forma vinculada o conteúdo da atividade da administração, resta discricionariedade ao administrador quanto ao motivo do ato administrativo. Deixe-se claro, porém, que não se trata de discricção *quanto à escolha*

⁶ Dworkin (1978, p. 70) afirma que as regras obedecem à lógica do tudo ou nada, enquanto que os princípios são de peso ou da importância. Ver, ainda, Alexy (2002, p. 81); Queiroz (2002, p. 127); Espíndola (2002, p. 69); Barcellos (2002, p. 77). Sobre o Direito como sistema de regras e princípios na obra de Dworkin, ver Souza Neto (2002, p. 220). A respeito dos princípios como supernormas de Direito, ver Britto (2003, p. 178).

⁷ Sobre o tema, ver Freitas (1993, p. 56-64).

⁸ Ver Mello (1996, p. 220-221).

do motivo do ato administrativo, mas apenas e tão-somente discricção *quanto à identificação desse pressuposto fático*. A discricionariedade, no caso, é decorrência do caráter indeterminado do conceito “[...] obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente” (MELLO, 1996, p. 559)⁹. Esse conceito sempre supõe a existência de uma zona de certeza positiva – na qual certamente se dá o conceito – e de uma zona de certeza negativa – na qual certamente não se dá o conceito (MORENO, 1976). Nessas duas zonas de certeza, não se pode pensar em existência de discricionariedade, pois caso se dê o conceito “[...] obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, a administração terá o dever de *exigir* o estudo de impacto ambiental, enquanto que na outra hipótese esse dever inexistirá. Será apenas naquela zona intermédia entre as duas zonas de certeza, o chamado halo do conceito ou zona de penumbra, que existirá discricionariedade. Como diz Mello (1996, p. 560), “[...] a discricionariedade fica, então, acantonada nas regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito ou sobre o alcance da vontade legal é ineliminável”.

Mas, como é evidente, essa discricionariedade somente existirá em relação às atividades e obras não expressamente contempladas no art. 2º da Resolução n.º 001/86 do Conama. Presente uma das situações que, segundo essa regra, configura “[...] obra ou atividade potencialmente causadora de *significativa degradação do meio ambiente*”, não há como a administração deixar de exigir o estudo. É apenas quando o administrador tiver, diante de certo caso concreto, que definir se um empreendimento é potencialmente causador de “[...] significativa degradação do meio ambiente” *que poderá haver discricionariedade*. Mas, como já explicado, essa discricionariedade somente existirá na chamada zona intermédia entre as duas zonas de certeza, isto é, no local que está fora daquele em que certamente se dá o conceito (significativa degradação do meio ambiente) e daquele em que esse conceito certamente não se dá.

⁹ Mello (1996) reconhece a existência de discricionariedade administrativa nos supostos normativos vazados através de conceitos indeterminados, contrariando a orientação da moderna doutrina alemã. Para essa corrente, à qual adere Garcia de Enterría (1996), a inicial indeterminação do conceito, existente ao nível da norma, sempre se dissiparia no momento de sua aplicação ao caso concreto, pois se tais conceitos referem-se a realidades concretas, quando de sua aplicação o conceito ou se verifica ou não se verifica. *Tertium non datur*, diz Garcia de Enterría, que sustenta que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados permite somente uma unidade de solução justa em cada caso. Esse ponto seria, enfim, o ponto de discriminar dos conceitos indeterminados com a discricionariedade, pois essa última consistiria numa liberdade de eleição entre várias alternativas, todas elas igualmente. Esse ponto de vista, não obstante a respeitabilidade intelectual de seus defensores, não parece merecer os melhores encômios. De fato, como ensina Mello (1993, p. 22) “[...] seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam (os conceitos imprecisos), ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não”. Daí concluir que, “[...] se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nessa conformidade, não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o direito. E se não violou a lei, se não lhe trau a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade do direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava” (MELLO, 1993, p. 23), que outra coisa não é senão a discricionariedade administrativa. É preciso que reste claro, contudo, que a pura e simples utilização de conceitos indeterminados pela lei não autoriza que, aprioristicamente, afirme-se existir uma hipótese de discricionariedade. Na verdade, a presença de conceitos indeterminados nas normas que regulam a atuação da administração significa apenas a existência de uma discricionariedade que pode ser dita potencial, latente. Uma coisa é a discricionariedade abstratamente vista, no nível da norma; outra, a discricionariedade no caso concreto.

Assim, caso se considere o conceito “[...] obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, a administração deverá exigir o estudo de impacto ambiental. Se o órgão licenciador do meio ambiente dispensar o estudo de impacto ambiental perante obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, esteja a obra ou a atividade contida ou não¹⁰ no rol do art. 2º da Resolução n.º 001/86 do Conama, ocorrerá violação de legalidade.

Frise-se, embora isso deva ser óbvio, que o estudo de impacto ambiental não pode ser substituído por nenhuma outra pesquisa. Não importa saber se determinado colegiado tem, ou não, capacidade técnica para emitir um laudo sobre o assunto. A obrigatoriedade do estudo de impacto ambiental, embora também considere a capacidade técnica, não se funda apenas nisso.

Se o Estado tem o *dever de proteção*, não como há como dele se *retirar* o poder de licenciamento. Mas a Constituição Federal *foi além*, obrigando o Estado – *para bem cumprir* o seu dever de proteção – *a exigir* o estudo de impacto ambiental (art. 225, §1º, IV, CF). Além disso, a norma constitucional, ao obrigar o Estado a exigir o estudo de impacto ambiental, ressaltou a necessidade de sua *publicidade*. Isso em razão de que existe plena consciência de que a *participação* da coletividade é *indispensável para a legitimidade do exercício do poder*.

Por isso, não há como pensar que dar publicidade ao estudo é simplesmente colocá-lo à disposição do público. Caso se desejasse apenas garantir essa mínima idéia de publicidade, bastaria se dizer que o estudo não pode ser secreto – o que, aliás, nem precisaria ser dito. O que se pretende, justamente em razão de que uma decisão relativa ao meio ambiente não pode prescindir da possibilidade de *participação*, é efetivamente abrir à coletividade a possibilidade de discutir se uma obra ou atividade deve, ou não, ser proibida. Assim explica Paulo Affonso Leme Machado:

[...] a possibilidade de a população comentar o estudo de impacto ambiental foi – desde a concepção deste instrumento de *prevenção do dano ambiental* – um de seus mais importantes aspectos. Pode não ocorrer efetiva participação do público pela ausência de comentários; contudo, *não se concebe estudo de impacto ambiental sem a possibilidade de serem emitidas opiniões por pessoas e entidades que não sejam o proponente do projeto, a equipe multidisciplinar e a Administração*. (MACHADO, 2003, p. 233)

Registre-se, ainda, que a competência da Comissão Técnica Nacional de Biosseguran-

¹⁰ “A Resolução 1/86-Conama merece apoio ao apontar diversas atividades para cujo licenciamento se fará necessária a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental. E o elogio estende-se pelo fato de essas atividades serem mencionadas exemplificativamente, pois o art. 2o, caput, da resolução mencionada fala em ‘atividades modificadoras do meio ambiente, tais como...’. A expressão ‘tais como’ merece ser logicamente entendida no sentido de que não só as atividades constantes da lista deverão obrigatoriamente ser analisadas pelo Estudo de Impacto Ambiental, mas outras poderão ser acrescentadas à lista. A expressão ‘tais como’ não pode ser lida, contudo, como uma sugestão para a Administração Pública cumprir se quiser. Seria eliminar-se o verbo ‘exigir’, que começa o inc. IV do § 1o do art. 225 da CF.” (MACHADO, 2003, p. 215)

ça - CTNBio (Lei n. 8974/95, art. 1º, D, IV), para proceder à avaliação “do risco, caso a caso, relativamente a atividades e projetos que envolvam organismos geneticamente modificados (OGM), a ela encaminhados”, obviamente não dispensa o estudo de impacto ambiental, em caso de probabilidade de significativa degradação ambiental. Diante do princípio da precaução, não há como não se exigir o estudo de impacto ambiental quando há incerteza a respeito do risco. Como adverte Machado (2003, p. 954), “[...] os Conselheiros da CTNBio são responsáveis, civil, criminal e administrativamente, para decidir, com a devida motivação, se o grau de risco é significativo ou não. Um dos critérios que deve ser levado em conta é o princípio da precaução. Havendo dúvida da dimensão ou da qualidade do perigo ou do risco, deve-se optar pelo estudo prévio de impacto ambiental”. Saliente-se, de todo modo, que o parecer conclusivo da CTNBio não dispensa a autorização dos órgãos de fiscalização dos Ministérios da Saúde, da Agricultura e do Abastecimento e do Meio Ambiente, no campo de suas respectivas competências – que podem decidir de forma contrária a esse parecer –, bem como o licenciamento ambiental (Lei n.º 8974/95, art. 7º) (MACHADO, 2003).

Assim, nos casos de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, o Estado não pode deixar de exigir o estudo de impacto ambiental, não só em razão do seu dever de dar proteção ao meio ambiente, mas também porque esse estudo – vale dizer, a definição a respeito do impacto ambiental de determinado empreendimento – somente tem legitimidade quando tomada pelo poder público mediante a participação da sociedade. Portanto, a dispensa do estudo, ou a infundada e absurda tentativa de sua substituição, configura inescusável ilegalidade.

Nessa hipótese, estando, por exemplo, uma obra ou atividade para iniciar, cabe ação inibitória cumulada com a ação de desconstituição do ato administrativo. E, se essa atividade ou obra já estiver iniciada, a ação inibitória, também cumulada à ação desconstitutiva, deverá ser utilizada para impedir a continuação das atividades.

Sublinhe-se que Machado (2003, p. 213), ao tratar da questão, lembra que na França a ausência do estudo de impacto ambiental “[...] obriga o juiz à concessão da suspensão da decisão administrativa atacada em juízo”. Afirma que “[...] a ausência desse estudo deve ser constatada no procedimento de urgência”, e que a *medida liminar* não está no “[...] campo da discricionariedade judicial”.

No Brasil não há que se pensar em ação cautelar, mas sim em ação inibitória, com pedido de tutela antecipada, cumulada com ação desconstitutiva. Porém, a procedência dessas ações, como é óbvio, não gera apenas a suspensão do ato de licenciamento, mas sim a sua desconstituição e a proibição da realização da obra ou da atividade. Caso o empreendedor deseje realizar uma ou outra, deverá submeter o estudo de impacto ambiental ao administrador, requerendo a instauração de novo procedimento de licenciamento.

9. Concessão do Licenciamento em Contrariedade ao Estudo de Impacto Ambiental

O estudo de impacto ambiental *não vincula a administração*, podendo o administrador conceder, ou não, o licenciamento, ainda que o estudo tenha concluído de maneira contrária.

O estudo de impacto ambiental é um *requisito procedimental* do ato administrativo de licenciamento, tendo grande relevância para a sua motivação, pois contém as razões que devem ser levadas em conta pelo administrador no momento do licenciamento (MARINONI, 2003). Por isso, se o administrador divergir da conclusão do estudo de impacto ambiental, assume o ônus de demonstrar os fundamentos que o levaram a optar por solução diversa.

Frise-se que o administrador pode contrariar a conclusão do estudo de impacto ambiental, mas deve motivar seu ato de licenciamento com fundamentos que sejam aptos a evidenciar o equívoco do resultado do estudo. A motivação do ato de licenciamento não pode esquecer o objetivo do próprio procedimento de licenciamento, bem como a natureza do direito ambiental, ignorando que a atividade do administrador, no caso, tem por escopo proteger o meio ambiente, já que, se isso acontecer, o ato administrativo concessivo da licença ficará marcado por vício de desvio de poder.¹¹

Assim, se uma obra ou atividade está para iniciar, ou já foi iniciada, com base em ato administrativo acoimado de vício de poder, deverá ser proposta ação inibitória cumulado com ação para a desconstituição do ato administrativo.

10. Possibilidade da Impugnação da Concessão do Licenciamento que está de Acordo com o Estudo de Impacto Ambiental

Apesar do que aqui se afirmou, o fato de o licenciamento se fundar nas razões do estudo de impacto ambiental não torna o ato administrativo imune ao controle judicial.

A Resolução n.º 001/86 do Conama estabelece:

Art. 5º. O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I – contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execu-

¹¹ A lição de García de Enterría (1996, p. 530) é bastante esclarecedora: “*Al configurar la potestad, la norma, de manera explícita o implícita, le asigna un fin específico, que por de pronto es siempre un fin público, pero que se matiza significativamente en cada uno de los sectores de actividad o institucionales como un fin específico. El acto administrativo, en cuanto es ejercicio de una potestad, debe servir necesariamente a esse fin típico, e incurrirá en vicio legal si se aparta de él o pretende servir una finalidad distinta aun cuando se trate de outra finalidad pública*”.

ção do projeto;

II – identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;

III – definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

IV – considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade. Parágrafo único. Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental, o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para conclusão e análise dos estudos.

Art. 6º. O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

I – diagnóstico ambiental da área de influência do projeto [com] completa descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, tal como existem, de modo a caracterizar a situação ambiental da área, antes da implantação do projeto, considerando:

a) o meio físico – o subsolo, as águas, o ar e o clima, destacando os recursos minerais, a topografia, os tipos e aptidões do solo, os corpos d’água, o regime hidrológico, as correntes marinhas, as correntes atmosféricas;

b) o meio biológico e os ecossistemas naturais – a fauna e a flora, destacando as espécies indicadoras da qualidade ambiental, de valor científico e econômico, raras e ameaçadas de extinção e as áreas de preservação permanente;

c) o meio sócio-econômico – o uso e ocupação do solo, os usos da água e a sócio-economia, destacando os sítios e monumentos arqueológicos, históricos e culturais da comunidade, as relações de dependência entre a sociedade local, os recursos ambientais e a potencial utilização futura desses recursos;

II – análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais;

III – definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas;

IV – elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento (os impactos positivos e negativos), indicando os fatores e parâmetros a serem considerados. Parágrafo único. Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município fornecerá as instruções adicionais que se fizerem necessárias, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área.

Assim, se um desses pontos for *ignorado ou inadequadamente explicitado* no Estudo de Impacto Ambiental, existirá um *estudo* que não se presta a formar a motivação do ato administrativo de licenciamento. Ora, um estudo que não pode ser visto como íntegro para o controle do risco ambiental evidentemente não pode servir de base para a motivação do licenciamento.

Note-se que o mesmo ocorrerá se o estudo apresentar contradições diante das análises efetuadas, e essas forem reafirmadas ou reproduzidas no ato administrativo de licenciamento. A reprodução das contradições do estudo significa que a motivação do ato administrativo de licenciamento não pode ser aceita.

Além disso, o art. 19 da Resolução n.º 237/97 do Conama determina:

[...] o órgão ambiental competente, mediante decisão motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer:

I – violação ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais;

II – *omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença*;

III – superveniência de graves riscos ambientais e de saúde.

Como está claro, o próprio administrador pode modificar, suspender ou cancelar a licença ambiental, nos casos de “[...] omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença”. Nessas hipóteses, a atuação do administrador, destinada a corrigir a sua ação anterior, deriva do seu dever de proteção. Se é assim, havendo omissão ou falsidade de informações, é claro que o juiz pode anular a licença e inibir a obra ou atividade, pois o dever de proteção não é, evidentemente, apenas do administrador, mas sim do Estado e, dessa forma, também do juiz.

11. O Problema da Incerteza Científica quanto ao Risco Ambiental – a Questão do Risco do Desenvolvimento

Porém, o grande problema da definição de risco intolerável advém do fato de que a ciência, diante da constante geração de novas tecnologias, freqüentemente não tem

condições de estabelecer os seus riscos. Ou melhor: quando a ciência não pode, em determinado momento histórico, precisar se determinada atividade pode gerar danos ao meio ambiente, não há motivo para o meio ambiente suportar o risco quando não há outro bem, *essencial à vida do homem*, que permita acreditar que esse risco necessariamente deva ser enfrentado.

Nessa linha, *não importa mais perguntar sobre o risco da atividade – pois este é inegável –, mas sim se há necessidade de se correr o risco*. Se não há motivo para se correr o risco, e se ele não pode ser minimizado a partir da adoção de medidas de precaução que possam torná-lo *suportável*, o exercício da atividade deve ser impedido. Porém, quando o risco puder ser minimizado de modo a se tornar *suportável*, a administração deverá impor as medidas que necessariamente deverão ser adotadas para que o exercício da atividade seja possível.

Adverta-se que o benefício econômico não pode prevalecer sobre o direito ambiental, ou legitimar um risco de dano sério ao meio ambiente. A atividade econômica apenas deve ser considerada no caso em que, através de certas medidas de precaução, o risco possa se tornar suportável. Nessa hipótese é que deverá ser levada em conta a regra da medida menos gravosa ou menos custosa. Ou seja, se existem duas medidas de precaução igualmente adequadas e idôneas *para tornar a atividade viável*, não há racionalidade em se exigir a adoção da mais gravosa ou da mais custosa.

12 A Importância do Princípio da Precaução diante do Risco do Desenvolvimento

Como dito, embora o risco ambiental seja algo que não possa ser eliminado, mas apenas gerenciado, há situações em que nem sequer se sabe qual o risco que determinada atividade pode trazer ao meio ambiente.

É aí que entra em cena o *princípio da precaução*¹². Esse princípio se relaciona às hipóteses de incerteza científica quanto aos riscos de uma atividade. Foge, assim, da tradicional idéia de que a restrição ou conformação da atividade empresarial somente pode ocorrer no caso em que se pode aferir a probabilidade de um dano.

A probabilidade de dano deve merecer socorro em face de qualquer direito ameaçado, e por isso tem vinculação com o *princípio da preventividade*, que assume particular importância no direito ambiental, diante de sua natureza inviolável.

Assim, porque o *princípio da preventividade* sempre foi ligado à probabilidade de dano, ou melhor, a um temor objetivo de dano que possa ser mensurado a partir de uma situação concreta, é importante que se agregue algo mais.

É preciso evidenciar que, se o desenvolvimento de novas atividades e tecnologias não

¹² Ver, no direito brasileiro, Morato (2002, p. 61); Derani (1997, p. 165); Rodrigues (2002, p. 149).

pode ser obstaculizado, isso não significa que elas devam ser admitidas impunemente, apenas porque a ciência não tenha a capacidade de elucidar, em determinado momento, quais são os seus reais riscos. Nessas situações, se o risco – que evidentemente deve ser capaz de produzir dano grave – *não pode ser suportado*, a atividade obviamente deve ser proibida. No caso em que determinadas medidas podem minimizar o risco, de forma a que ele possa ser *tolerado*, a administração deve impor as medidas que necessariamente deverão ser tomadas para que o exercício da atividade seja consentido.

Pois bem: a legitimidade da proibição e da imposição de medidas de precaução, porque formuladas a partir da indefinição quanto aos riscos da atividade, *funda-se no princípio da precaução*. Esse princípio encontra guarida na Declaração do Rio de Janeiro, decorrente da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, realizada em 1992, que assim preceitua: “De modo a proteger o meio ambiente, *o princípio da precaução* deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. *Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental*” (Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro). Também na Convenção (Internacional) de Diversidade Biológica, de 1998, foi dito 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 esta ameaça*”.¹³

13. O Caso Exemplar dos Transgênicos

Muito tem se discutido a respeito dos alimentos transgênicos e, especialmente, da soja transgênica. Não existe ainda definição científica acerca da sua nocividade ao meio ambiente. Porém, diante do seu baixo custo de cultivo, ela vem sendo preferida pelos agricultores.

Entretanto, a discussão em torno da liberação do seu plantio e comercialização vem sendo deturpada. Alguns afirmam que não há demonstração de que a soja transgênica possa trazer prejuízos ao meio ambiente ou à saúde do consumidor, como se a sua liberação não tivesse que considerar justamente o contrário, isto é, a prova da falta da sua nocividade.

Quando não há definição científica acerca da nocividade de uma atividade, a sua liberação, considerado o já exposto princípio da precaução, somente pode ser admitida

¹³ Cf. Tessler (2003). Essa estudiosa também se refere à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança de Clima, que afirma: “As partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar, as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar as mudanças do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível”.

se absolutamente necessária para proteger outro bem fundamental, digno de tutela diante do bem que será colocado sob risco – no caso, o meio ambiente e a saúde das pessoas.

Portanto, o argumento de que o cultivo da soja transgênica é mais barato somente pode se basear em uma das seguintes alternativas: I) ou é fruto da *ingenuidade* de alguns, que se *acostumaram* com valores que colocam em primeiro lugar o dinheiro e depois a dignidade da pessoa humana; II) ou então é resultado de estratégias bem montadas, estabelecidas por setores que *conscientemente* desejam beneficiar o capital em detrimento do meio ambiente e da saúde.

Note-se que não se está – e isso aqui obviamente não seria possível – afirmando que a soja transgênica é nociva, mas sim que, diante da *incerteza científica* sobre a sua nocividade, o *princípio da precaução* impõe a sua proibição.

Nem se diga que a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) já emitiu parecer favorável ao cultivo da soja transgênica, uma vez que, no caso de “[...] atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, não basta a chamada “avaliação de risco”, de sua competência em razão do art. 1º, D-IV, da Lei n.º 8.974/95. *Em tal caso, não é possível deixar de exigir o estudo de impacto ambiental*. De qualquer forma, como o parecer da CTNBio não dispensa a autorização da parte dos órgãos de fiscalização dos Ministérios da Saúde, da Agricultura e do Abastecimento e do Meio Ambiente – no campo de suas respectivas competências – bem como o licenciamento ambiental (Lei n.º 8.974/95, art. 7º), não há como supor que a CTNBio, que não tem poder para tanto, licenciou o cultivo da soja transgênica.

Já concluiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (1999):

[...] o uso de técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado *depende (I) de autorização do poder público federal (Ministérios da Saúde, do Meio Ambiente, da Agricultura e da Reforma Agrária) e de (II) licenciamento pelo órgão ambiental competente* (art. 7º da Lei Federal n.º 8.974/95 e art. 11 do Decreto n.º 1.752/95).

[...] o parecer técnico conclusivo sobre registro, uso, transporte, armazenamento, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado ou derivados, da competência da CTNBio – órgão do Ministério da Ciência e da Tecnologia – *destina-se a instruir o pedido de autorização dirigido aos Ministérios da Saúde, do Meio Ambiente e da Agricultura, não suprimindo a exigência do licenciamento ambiental a cargo da autoridade competente*. Por isso, o parecer conclusivo

favorável da CTNBio não *faculta o exercício de atividade relacionada com organismo geneticamente modificado* (art.7º, III e IV, da Lei Federal n.º 8.974/95 e art.2º, XII, do Decreto n.º 1.752/95, Lei nº 6.938/81 e Resolução 237/97 do Conama.

Nessa linha, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (2001), através da sua 2ª Turma, decidiu [...] que a liberação do plantio de soja geneticamente modificada não pode prescindir do prévio estudo de impacto ambiental, repelindo a tese de que a CTNBio poderia autorizar o plantio e a comercialização de soja transgênica sem a realização desse *estudo*. Consta da ementa do julgado – que se tornou célebre na matéria – que:

[...] o art. 225 da CF erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado a ‘bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações’, incumbindo ao poder público, para assegurar a efetividade desse direito, ‘*exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental*, a que se dará publicidade.

14. A Responsabilidade pelo dano como Mecanismo de Gerenciamento dos Riscos e dos Benefícios diante do Direito Ambiental

Como já foi afirmado, se os riscos são inevitáveis diante do desenvolvimento da tecnologia e do direito ambiental, também é certo que eles trazem benefícios aos empresários, aos trabalhadores e à coletividade (MILLARÉ, 2000).

Por isso, os riscos, quando previsíveis, devem ser tratados pelo direito através da proibição do exercício de atividades, ainda que apenas em determinados locais, e da obrigação da observância de medidas preventivas. Quando imprevisíveis, diante da falta de definição da ciência, o risco não pode ser admitido apenas em razão da necessidade de desenvolvimento tecnológico. Quando esse risco puder ser eliminado através de medidas de precaução, cabe ao empresário adotá-las e custeá-las¹⁴, frisando-se sempre que, diante de dois meios igualmente idôneos para a proteção do meio ambiente, deve ser preferido aquele que acarretar menor gravame ao empresário.

Porém, essa lógica *não é suficiente* para dar tratamento adequado à questão do risco. O dano não é desejado, muito embora a sua produção, como é óbvio, não possa ser eliminada pelo direito, pois a atividade, mesmo que permitida, pode trazer danos ao meio ambiente, até mesmo em razão da observância inadequada das medidas de prevenção e precaução.

Quando um dano é resultado de atividade não permitida, ou ainda da falta de ob-

¹⁴ No que concerne às medidas de prevenção e precaução, o empresário, ao custeá-las, estará pagando para não poluir.

servância de medida de prevenção ou de precaução, é fácil concluir que aquele que violou a norma deve responder pelo dano. Porém, maior dificuldade existe no caso em que a atividade produziu um dano, ainda que tenha sido permitida ou mesmo que as medidas de prevenção ou precaução tenham sido perfeitamente observadas. Lembrese que a liberação de uma atividade, ou sua admissão desde que adotadas medidas de prevenção ou precaução, não elimina – nem poderia eliminar – a possibilidade de danos. A questão é saber quem deve arcar com os danos em tais hipóteses.

A solução deve ser encontrada no princípio do poluidor-pagador¹⁵. Para tanto, deve desde logo ser fixada a premissa de onde se deve partir: o raciocínio deve ser realizado na perspectiva da economia. Nessa perspectiva, sabe-se que a atividade produtiva pode gerar efeitos secundários, que podem significar perdas ou benefícios que não foram previamente considerados. Quando esses efeitos são sinônimos de prejuízos, há o que se chama de *externalidades negativas*.¹⁶

Porém, as *externalidades negativas* devem ser vistas como custos da produção, já que alguém estará sendo por elas prejudicado. A poluição, considerada como efeito secundário da atividade empresarial, constitui uma espécie de *externalidade negativa*, cujo custo deve ser suportado pelo empresário, que é quem auferir lucros através da atividade que expõe o meio ambiente a riscos. Ora, se o dano decorrente da atividade empresarial tivesse que ser suportado pelo Estado, e assim pela sociedade, o cidadão é que teria que pagar a conta, enquanto que o empresário, que apostou na atividade para obter lucros, estaria imune ao risco da sua atividade.

Assim, o custo para o ressarcimento do dano ambiental deve ser *internalizado* pelo empresário. Trata-se de fenômeno lógico, pois se há risco não há racionalidade em admitir que o empresário obtenha os lucros e a sociedade pague pelos prejuízos (TESSLER, 2003). Fala-se, nessa linha, no dever de o Estado *corrigir o mercado*, pois, se pode oferecer subvenções ou incentivos às atividades geradoras de benefícios (*externalidades positivas*), não deve esquecer de atuar (corrigir o mercado) diante das *externalidades negativas*.

Frente às *externalidades negativas*, o Estado pode atuar, por exemplo, mediante a imposição de impostos. Porém, em relação ao que aqui interessa, não é possível esquecer que o empresário, ao exercer sua atividade, está se valendo de um recurso ambiental que não é dele, mas sim da coletividade. Assim, cabe a ele pagar pela utilização de tais recursos, seja custeando as medidas de prevenção ou de precaução (*pagando para não poluir*), seja respondendo pela poluição que a sua atividade produziu (*pagando porque poluiu*).

O Tribunal de Justiça do Paraná (2002) deu expressiva contribuição à compreensão

¹⁵ Sobre esse princípio, ver Morato Leite e Ayala (2002); Benjamin (In: Benjamin, 1993, p. 18); Derani (1997); Tessler (2003); Prieur (1991); Centi (1997); Dias (1997).

¹⁶ Ver Maugeri (1997).

desse princípio ao julgar ação coletiva relativa ao lixo resultante das embalagens plásticas dos refrigerantes (tipo PET – Polietileno Tereftalato), concluindo que “[...] se os avanços tecnológicos induzem o crescente emprego de vasilhames de matéria plástica tipo PET, propiciando que os fabricantes que delas se utilizam aumentem lucros e reduzam custos, *não é justo que a responsabilidade pelo crescimento exponencial do volume do lixo resultante seja transferida apenas para o governo ou para a população*”.

Além disso, para a efetivação da sua decisão, ordenou à apelada o cumprimento de obrigação de fazer, “[...] de recolhimento das embalagens dos produtos que vier a fabricar, *após o consumo, quando deixadas em parques e praças, ruas, lagos, rios e onde forem encontradas*. Para tanto, deverá dar início imediato a esse recolhimento em todas as localidades nas quais distribuir seus produtos”. Essa decisão, como não poderia deixar de ser, *consistiu em ordem sob pena de multa*, mas o Tribunal fez questão de deixar expresso que o seu valor, no caso de não-cumprimento, *deveria ser carreado para o Fundo* previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública.

Ainda que a atividade seja permitida, ou mesmo que tenham sido observadas as medidas impostas para a prevenção ou para a precaução, a ocorrência do dano não pode liberar o empresário da sua responsabilidade, pouco importando se houve, ou não, culpa. É que, nesse caso, há negavelmente um dano, ainda que ninguém o tenha desejado ou, por culpa, contribuído para a sua produção. Ora, esse dano, que é algo inafastável, deve ser custeado por aquele que utiliza o meio ambiente para exercer a sua atividade, e não pelos cidadãos, que já arcam, através do consumo, com os custos dos produtos ou dos serviços do empresário, gerando-lhe lucros. Se o custo desse dano tivesse que ser arcado pela sociedade, o consumidor estaria pagando duas vezes pela atividade empresarial: uma vez pelo consumo do produto ou do serviço (que já é suficiente para gerar lucros) e outra pelo estrago que a atividade gerou ao meio ambiente.

Como se vê, *o princípio do poluidor-pagador deve ser pensado como algo que traz ao empresário o dever de pagar para não poluir e o dever de pagar por ter poluído*¹⁷. Quando se pensa nessa última hipótese, ou seja, no dever de pagar pela poluição, não

¹⁷ Veja-se a lição de Prieur (1991, p. 123) sobre o princípio do poluidor-pagador: “Ce principe, bien que largement utilisé dans les discours et déclarations, est entendu dans des sens souvent différents et n’a pas reçu de consécration juridique véritable en droit français. Il relève tout au plus d’une sorte de ‘normativisme philosophique’. Il est inspiré par la théorie économique selon laquelle les coûts sociaux externes qui accompagnent la production industrielle (dont le coût résultant de la pollution) doivent être internalisés c’est-à-dire pris en compte par les agents économiques dans leurs coûts de production. L’énoncé d’un tel principe aux allures de slogan publicitaire ne peut que satisfaire le défenseur de l’environnement. Mais sa simplicité cache des problèmes économiques et juridiques complexes. Dans une acception large ce principe vise à imputer au pollueur le coût social de la pollution qu’il engendre. Cela conduit à entraîner un mécanisme de responsabilité pour dommage écologique couvrant tous les effets d’une pollution non seulement sur les biens et les personnes mais aussi sur la nature elle-même. C’est en termes économiques l’internalisation des coûts externes ou théorie des externalités. Dans une acception plus limitée, qui est celle retenue par l’OCDE et la CEE, le principe pollueur-payeur vise à faire prendre en charge les dépenses de lutte contre la pollution par le pollueur. Le principe s’analyse alors comme une internalisation partielle qui permet d’imposer des taxes ou redevances de dépollution aux pollueurs sans faire supporter la dépollution par l’ensemble de la collectivité. Dans un tel système la subvention de l’Etat aux pollueurs pour les aider à financer les investissements anti-pollution est contraire au principe pollueur-payeur”.

se pretende, como é óbvio, justificar a possibilidade de o empresário poluir. Ao contrário, são proibidas determinadas atividades, ou mesmo o exercício de certas atividades em determinados locais. Além disso, algumas atividades somente são liberadas em razão do dever de observância de medidas de prevenção e precaução. Acontece que, mesmo quando permitidas e adotadas as medidas de prevenção e precaução, as atividades podem gerar danos. É aqui que aparece a importância de se dizer que o empresário deve pagar por ter poluído, *o que significa que deve pagar por ter assumido, com a sua atividade lucrativa, o risco de causar dano ao meio ambiente.*

Se a culpa, aqui, não tem importância alguma, não é correto falar em responsabilidade pelo risco, uma vez que a responsabilidade, no caso de culpa ou risco, será sempre pelo dano. Trata-se, assim, de responsabilidade pelo dano *fundada no risco*. Note-se, aliás, que essa forma de pensar a responsabilidade civil também assume importância preventiva, visto que, se o empresário tem consciência da sua responsabilidade, certamente tomará os devidos cuidados. Ao contrário, se dele for retirada toda e qualquer responsabilidade, surgirá naturalmente a idéia de que vale a pena correr qualquer risco, pois, se dano houver, a responsabilidade será do Estado. Vale dizer: estará se admitindo a privatização dos lucros e a socialização das perdas (TESSLER, 2003, p. 129). Esse seria, realmente, o paraíso de todo empresário que quer lucrar sem ter responsabilidade.

Aliás, aquele que se beneficia de uma atividade que gera poluição não deve arcar apenas com os prejuízos que podem ser a ele diretamente atribuídos, em razão de uma causalidade perfeita. A sua responsabilidade vai além, pois o Estado deve dele exigir, através da via fiscal, uma compensação. Sim, porque, se a atividade impõe um prejuízo à sociedade, o benefício ocasionado pela atividade somente será legítimo caso ocorra uma devida compensação, através de impostos, taxas etc. Nessa linha, propõe-se, na doutrina portuguesa, que o preço dos combustíveis seja pensado nessa perspectiva, devendo penalizar os combustíveis mais poluentes – como o óleo diesel e a gasolina com chumbo – para incentivar os combustíveis *mais amigos do ambiente*, e assim “[...] contribuir para uma correta ponderação do fator ecológico nas escolhas racionais dos sujeitos econômicos” (SILVA, 2001, p. 213-214).

15. Análise das Ações Inibitória e de Remoção do Ilícito à Luz do Direito Ambiental

A presente seção tem o objetivo de deixar clara a relação entre as ações inibitória e de remoção do ilícito¹⁸ e as várias situações de direito ambiental há pouco analisadas. As ações inibitória e de remoção do ilícito *constituem ações de conhecimento e, assim, apesar de terem natureza preventiva, não se confundem com a tradicional ação cautelar*. Tais ações são consequências necessárias do novo perfil do Estado e das novas situações de direito substancial. Ou seja, a sua estruturação, ainda que dependente de teorização adequada, *tem relação com o dever de proteção do Estado e com as novas*

¹⁸ Sobre o tema, ver Marinoni (2003); Arenhart (2003); Morato Leite, 2003, p. 124-145).

regras jurídicas de conteúdo preventivo.

A dificuldade de se compreender tais ações advém da falta de distinção entre ato ilícito e dano. Quando se associa ilícito e dano, conclui-se que toda ação processual voltada contra o ilícito é ação ressarcitória ou de reparação do dano. Acontece que há ilícitos cujos efeitos se propagam no tempo, abrindo as portas para a produção de danos. Isso demonstra que o dano é uma consequência eventual do ilícito, mas que não há cabimento em ter que esperar pelo dano para invocar a prestação jurisdicional.

Para que o direito fundamental ao meio ambiente e as normas que lhe conferem proteção possam ser efetivamente respeitados é necessária uma ação que: I) ordene um não-fazer ao particular para impedir a violação da norma de proteção e o direito fundamental ambiental; II) ordene um fazer ao particular quando a norma de proteção lhe exige uma conduta positiva; III) ordene um fazer ao Poder Público quando a norma de proteção dirigida contra o particular requer uma ação concreta; IV) ordene um fazer ao Poder Público para que a prestação que lhe foi imposta pela norma seja cumprida; V) ordene ao particular um não-fazer quando o estudo de impacto ambiental, apesar de necessário, não foi exigido; VI) ordene ao particular um não-fazer quando o licenciamento contraria o estudo de impacto ambiental sem a devida fundamentação, ressentido-se de vício de desvio de poder; VII) ordene ao particular um não-fazer quando o licenciamento se fundou em estudo de impacto ambiental incompleto, contraditório ou ancorado em informações ou fatos falsos ou inadequadamente explicitados.

A ação adequada, em todos esses casos, é a inibitória, pois voltada, mediante um não-fazer, a impedir a prática ou a continuação do ilícito, ou dirigida, através de um fazer, a realizar o desejo preventivo da norma de proteção. Contudo, no caso de *ilícito de eficácia continuada – ou seja, na hipótese de um agir já esaurido, mas cujos efeitos ilícitos ainda se propagam, abrindo oportunidade a danos* –, é necessária apenas a remoção do ilícito, vale dizer, a ação de remoção do ilícito.

Essas duas ações – a inibitória e a de remoção do ilícito – têm base, em termos de instrumental processual, no art. 84 do CDC. Esse artigo permite que o juiz ordene um não-fazer ou um fazer sob pena de multa, na sentença ou em sede de tutela antecipatória. Além disso, o § 5º do art. 84 do CDC exemplifica as medidas executivas que podem ser requeridas pelo autor, incluindo entre elas a busca e apreensão.

Tal artigo, apesar de inserido no CDC, *abre oportunidade para a proteção de qualquer espécie de direito difuso*, como deixa claro o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública. Assim, os legitimados à ação coletiva, previstos no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, podem propor ação coletiva inibitória e ação coletiva de remoção do ilícito, conforme o caso.

Em relação às normas que estabelecem *um não-fazer*, é fácil perceber que a ação inibitória pode ser usada para impedir a prática (p. ex., construção de obra em local

proibido) ou a *continuação de um ilícito* (p. ex., poluição de um rio). No caso em que a norma já foi violada, e o ato contrário ao direito *possui eficácia continuada*, deve ser utilizada a *ação de remoção do ilícito* (p. ex., guarda de lixo tóxico em local inadequado). A dúvida que pode existir, nessa hipótese, diz respeito à diferença entre *continuação de um ilícito* (ou *ação ilícita continuada*) e *ilícito cuja ação material já se exauriu*, mas que tem efeitos ilícitos continuados. Portanto, cabe esclarecer: quando se teme uma atividade ou um agir continuado ilícito (poluição ambiental), é possível pensar em inibir a sua continuação; porém, quando uma ação ilícita já se exauriu como *ação* ou *agir*, mas os seus efeitos ilícitos continuam no tempo, não há como pretender impedir ou inibir a *ação* que abriu ensejo para a produção dos efeitos ilícitos, pois essa, como já dito, já se exauriu. Melhor: quando não se pretende impedir a continuação de um agir, pois o que incomoda são os efeitos ilícitos do ato já praticado, basta a remoção do ilícito. Note-se que, no caso de *atividade ou agir continuado*, é temido um agir que pode prosseguir, e por isso há racionalidade em atuar *sobre a vontade* do demandado para *convencê-lo a não continuar* a sua ação, o que não acontece na hipótese em que o *agir já se exauriu*, mas os seus efeitos ilícitos prosseguem, pois aí é suficiente um *ato executivo capaz de remover o ilícito*.

Quando a norma, para evitar a violação do meio ambiente, exige *um fazer* do particular, ela tem – como antes demonstrado – natureza preventiva, uma vez que esse fazer é imprescindível para evitar a degradação ambiental. Assim, se o particular viola regra dessa natureza, abre-se oportunidade para uma ação inibitória em que se pode pedir a imposição do fazer negado. Essa ação não pode ser considerada uma simples e neutra *ação para o cumprimento de obrigação de fazer*, uma vez que a necessidade desse fazer deve ser pensada à luz da inviolabilidade do direito e, assim, de forma rente ao direito material, até mesmo para que se possa trabalhar com a técnica processual de maneira adequada, já que essa não pode perder de vista a situação concreta a que deve servir.

Quando é preciso a atuação concreta da administração para evitar a agressão do meio ambiente *pelo particular*, o juiz pode ordenar, através da ação inibitória, a necessária atuação da Administração. E o caso, por exemplo, em que a Administração tem o dever de fiscalizar determinada área de preservação permanente. A omissão da Administração, na hipótese, nada mais é do que uma negação do dever de tutela ou de proteção do Estado ao direito ambiental. Como esse dever, que se concretizará no fazer imposto pela Administração, tem nítida natureza preventiva, é lógico que a tutela jurisdicional, na perspectiva de tutela do direito material, é uma tutela inibitória, *pois destinada a evitar a violação do direito ambiental*.

No caso em que o Estado é devedor de uma prestação fática destinada a evitar a degradação ambiental, mas essa não impõe ao particular uma proibição ou uma conduta ativa – ou seja, *não incide sobre o particular* –, não há como negar, também, que a prestação devida pelo Estado tem natureza protetiva.

Como dito, se o direito ambiental é afirmado inviolável pela própria Constituição

Federal, e há norma definindo uma prestação fática estatal imprescindível para se evitar a degradação ambiental – como acontece, por exemplo, na hipótese do art. 208 da Constituição do Estado de São Paulo, que estabelece o dever de o poder público tratar dos esgotos urbanos e industriais – o poder público não pode deixar de cumpri-la. Eventuais alegações de conveniência e oportunidade, diante da natureza inviolável do meio ambiente e da definição legal da prestação, não podem ser consideradas. A questão da indisponibilidade orçamentária – que aparentemente poderia trazer maiores problemas – também não pode ser vista como empecilho à exigibilidade da prestação – sob pena de se imaginar que a Administração, pelo fato de constituir um Poder, pode concluir que não deve dispor dinheiro para evitar a violação de um direito, como afirmado pela própria Constituição Federal, deve ser preservado para as presentes e futuras gerações (art. 225, CF).¹⁹

Assim, ainda que o juiz, no caso, deva ordenar um fazer, a ação é inibitória, uma vez que a prestação devida, como visto, objetiva impedir a degradação ambiental. Ou seja, se o poder público devia um fazer de natureza preventiva, a imposição desse fazer, pelo juiz, não perde essa natureza.

Frise-se que nem toda pretensão de prestação fática estatal abre ensejo para tutela inibitória, mas apenas aquela que se destina a evitar a violação de um direito, como a voltada a impedir a degradação do meio ambiente. Quando se exige judicialmente prestação estatal, sem que se objetive evitar a violação de um direito, a ação não pode ser pensada na perspectiva da preventividade. Nesse caso, a questão da reserva orçamentária, embora possa não obstaculizar a concessão da tutela jurisdicional de fazer, não pode ser vista – à luz da idéia de inadiabilidade – como se o caso envolvesse uma prestação que, se não for realizada imediatamente, pode gerar danos irreversíveis.

Pense-se, agora, na atividade ou obra potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, e, nessa linha, na exigibilidade do estudo de impacto ambiental. No caso em que o estudo não poderia ter sido dispensado, e uma obra ou uma atividade deve iniciar em poucos dias, cabe ação inibitória cumulada com ação de desconstituição do ato de licenciamento que entendeu ser desnecessário o estudo. Se a obra ou a atividade já foi iniciada, ao lado da ação desconstitutiva do licenciamento que indevidamente dispensou o estudo de impacto ambiental, pode ser proposta ação inibitória para impedir a continuação das atividades. Sublinhe-se, no entanto, que a procedência dessas ações não gera apenas a suspensão do ato de licenciamento, mas sim a sua desconstituição e a proibição da obra ou da atividade sem o prévio estudo de impacto ambiental.

Quando o administrador concedeu o licenciamento em desacordo com o estudo de impacto ambiental e deixou de demonstrar as suas razões à luz do fim protetivo do procedimento de licenciamento, praticou ato administrativo maculado por vício de desvio de poder. Nesse caso, se uma obra ou atividade está para iniciar, ou já foi ini-

¹⁹ Ver Mirra (2002, p. 366).

ciada, poderá ser proposta ação inibitória cumulada com ação para a desconstituição do ato administrativo.

Por outro lado, também como visto, nada impede o questionamento de licença concedida de acordo com o estudo de impacto ambiental. Lembre-se que o administrador pode modificar, suspender ou cancelar a licença ambiental nas hipóteses de “[...] omissão ou falsa descrição de informações relevantes que subsidiaram a expedição da licença” (Res. n.º 237/97 do Conama, art. 19). Pelos mesmos motivos, e ainda por outros antes revelados, o juiz pode desconstituir a licença e inibir o início ou a continuação da obra ou da atividade.

Cabe aludir, ainda, à questão da incerteza científica quanto ao risco, que bem pode ser expressa através do recente caso da soja transgênica. Tratando-se de incerteza científica sobre o risco, não há como deixar de se exigir o estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal. Deixar de exigir o estudo de impacto ambiental, em um caso como esse, significa negar, de uma só vez, o referido art. 225 e o princípio da precaução. Por isso, cabe ação inibitória para impedir o início ou a continuação de atividade licenciada ao arrepio da necessidade de exigência do estudo de impacto ambiental.

Como é óbvio, não é o caso de se utilizar, aí, ação cautelar, pois o juiz, através de uma só ação, pode atender ao desejo de prestação jurisdicional, sendo completamente irracional pensar em duas ações, como se existissem duas pretensões no plano do direito material. Ora, o que se pretende, como tutela jurisdicional final, é a inibição da atividade em razão da ausência do estudo de impacto ambiental. Se essa tutela, diante da urgência, pode ser antecipada, isso deve ocorrer, como é óbvio, na própria ação inibitória, sendo inadequado pensar em instaurar uma ação (cautelar, que então seria autônoma ou satisfativa?) apenas para esse fim.²⁰

Deixe-se claro que, em qualquer dos casos em que uma atividade foi indevidamente praticada, a sua eventual produção é ilícita, e assim, quando puder colocar em risco a saúde dos consumidores, deve ser destruída. Perceba-se que, nessa hipótese, a produção já ocorreu, e dessa forma não há que se raciocinar em termos de tutela inibitória. Mas, tal produção não significa *dano*. Tal produção constitui somente *ilícito*, que deve ser removido ou destruído antes que cause dano a alguém. Note-se que, por não existir dano, não há motivo para se pedir ressarcimento.

Da mesma forma, quando, por exemplo, o lixo tóxico foi depositado em local proibido, não há como se atuar sobre a vontade do demandante para ele não fazer, uma vez que o agir ilícito já foi cometido. O problema é que, apesar do ilícito já ter sido praticado, os seus efeitos são continuados, e assim constituem uma fonte aberta para o dano ambiental. Nessa situação, porém, também não cabe ação ressarcitória ou de reparação do dano, pois o despejo de lixo tóxico em local proibido não configura dano, mas ape-

²⁰ Sobre a ação coletiva na proteção do direito ambiental, ver Morato Leite, 2003, p. 201-229).

nas ato contrário ao direito (ou ilícito). Tanto é verdade que, em um caso desse tipo, a sanção pecuniária sempre será punitiva, pois a sanção ressarcitória, ao contrário, deve tomar em consideração a dimensão do dano já produzido.

Como o processo civil não pode ignorar o ato contrário ao direito que não produziu dano, há que se permitir uma ação coletiva de remoção do ilícito ambiental, a ser proposta por um dos legitimados do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública.

16. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*. v. 217.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. O princípio poluidor-pagador e a reparação do dano ambiental. In: _____. (Org.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (1. Região). Apelação Cível nº 200001000146611. Relator: Des. Assusete Magalhães. Brasília, 15 de março de 2001.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CENTI, Jean Pierre. Le prix de l'environnement, Une approche par l'analyse économique du droit. In *Droits de propriété et environnement*. Paris: Dalloz, 1997.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. Reflexos da nova reforma do CPC na ação civil pública ambiental. In: MORATO LEITE, José Rubens; DANTAS, Marcelo Buzaglo. (Org.). *Aspectos processuais do direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

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

DIAS, José Eduardo de Figueiredo. *Tutela ambiental e contencioso administrativo (da legitimidade processual e das suas consequências)*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 2002.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Direito administrativo e meio ambiente*. Curitiba: Juruá, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 7. ed. Madrid: Civitas, 1996. v. 1.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAUGERI, Maria Rosaria. *Violazione delle norme contro l'inquinamento ambientale e tutela inibitória*. Milano: Giuffrè, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MILARÉ, Edis. *Direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Responsabilidade ética em face do meio ambiente, *Revista de Direito Ambiental*, v. 2.

MIRRA, Alvaro Luiz Valery. Limites e controle dos atos do poder público em matéria ambiental. In: _____. *Ação civil pública*. São Paulo: RT, 1995.

_____. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Jurez de Oliveira, 2002.

MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patryck. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 118.652-1. Relator: Des. Ivan Bor-
toleto. Curitiba, 5 de agosto de 2002.

PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Dalloz, 1991.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais* (Teoria Geral). Coimbra: Coimbra Edi-
tora, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 70000027425.
Relator: Des. Maria Isabel de Azevedo Souza. Porto Alegre, 6 de outubro de 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max
Limonad, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros,
1997.

SILVA, Vasco Pereira da. Como a Constituição é Verde. In: NOS 25 anos da Cons-
tituição da República Portuguesa de 1976 – Evolução constitucional e perspectivas
futuras. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição constitucional, democracia e raciona-
lidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: inibitó-
ria, de remoção do ilícito e do ressarcimento na forma específica*. 2003. Dissertação
(Mestrado)– Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2003.

_____. Ação inibitória na proteção do direito ambiental. In: MORATO LEITE, José
Rubens; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Org.). *Aspectos processuais do direito ambien-
tal*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.