

O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

Celso Antonio Pacheco Fiorillo ()*

*Marcelo Abelha Rodrigues (**)*

*Rosa Maria Andrade Nery (***)*

INTRODUÇÃO

Também denominado de direito das massas, direito metaindividual, transindividual, e, *lege lata*, direitos difusos, segundo terminologia determinada pelo artigo 81, § único, I do CDC, o direito ambiental, ou ciência que cuida dos bens e valores de natureza ambiental é irremediavelmente colocado como o direito do século XXI. Preferimos ir adiante e dizermos que não se trata de um direito novel, muito menos contemporâneo, ou ainda, restrito a uma faixa temporal que se possa delimitar a sua incidência ou importância. Isto porque, o fato de sua importância só estar sendo reconhecida a partir do terceiro quarto deste século, não lhe retira a idade e importância vital desde que existe vida em nosso planeta.

Assim, sob o indubitado manto de que os valores ambientais são íntima e simbioticamente correlacionados com a vida em todas as suas formas, e, ainda mais, com a vida com qualidade, procuraremos tecer singelos comentários a respeito da tutela processual de tais valores, a partir dos parâmetros principiológicos constitucionais que constituem os rumos-norte do Direito Ambiental.

Como a proposta deste trabalho é ater-se à utilização das liminares em sede de direito ambiental, será inevitável a maior dissecação do princípio da prevenção e a sua relação com a tutela das probabilidades.

() Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado/Mestrado) da PUC/SP, Vice-Diretor da Faculdade de Direito da PUC/SP, Membro Titular da Academia Paulista de Direito, Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP, Advogado.*

*(**) Professor Auxiliar de Ensino da Faculdade de Direito da PUC/SP, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo, Mestre em Direito pela PUC/SP, Advogado.*

*(***) Professora da Faculdade de Direito da PUC/SP, Chefe do Departamento VI (Direitos Difusos e Coletivos) da Faculdade de Direito da PUC/SP, Mestra em Direito pela PUC/SP, Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.*

PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

A independência do Direito Ambiental como ciência não é um fim a ser alcançado, mas ao contrário, trata-se de uma realidade incontestável, na medida que a referida disciplina e ciência possui os seus próprios princípios diretores¹, insculpidos, inclusive, na carta constitucional.²

Assim, quando o texto maior, no seu artigo 225 diz que...

“Todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

§ 1º. Para assegurar a efetividade deste direito, 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 essencialmente 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 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;

§ 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º. A floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro das condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º. São indisponíveis as terras ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais;

§ 6º. As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.”

é exatamente porque podemos antever, em diversos pontos deste artigo, a presença dos megaprincípios³ que norteiam o direito ambiental.

Na verdade, ocorre que com o advento da CF/88, a recepção da lei 6938/81 em quase todos os seus aspectos pelo texto maior, e a criação de competências legislativas concorrentes (e inclui-se aí a competência complementar e suplementar dos Municípios) para as matérias pertinentes ao artigo 24 e incisos, deu-se prosseguimento à Política Nacional de Defesa Ambiental. Tal política vem explicitamente destacada no artigo 225 que, usando da expressão ecologicamente equilibrado, pressupõe harmonia em todos os aspectos facetários que indelevelmente compõem o meio ambiente. Ora, neste ponto vale gizar que não foi despropositado o uso da palavra ‘política’ pela lei 6938/81, na medida que pressupõe a existência de princípios norteadores da referida Política Ambiental, mesmo porque, esta, juntamente com a economia e o Direito Ambiental, compõe o que os alemães denominam de proteção ambiental ou *Umweltrchutz*.⁴

Tais princípios, que são pedras basilares dos sistemas político-jurídicos dos Estados Civilizados⁵, são internacionalmente adotados (fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada), e, indicam por assim dizer o caminho protetor das normas ambientais adequadas à realidade e valores culturais de cada Estado.

Percebe-se, pois, a existência de princípios de Política Nacional do Meio Ambiente e princípios relativos a uma Política Global do Meio Ambiente. Tais princípios moldam a concepção fundamental e a política procedimental de racionalidade de

proteção do meio ambiente⁶. Os princípios da política global do meio ambiente, inicialmente formados na Conferência de Estocolmo de 1972 e ampliados na ECO-92, são fundamentos genéricos e diretores aplicáveis à proteção do meio ambiente, enquanto que os princípios da política nacional do meio ambiente são o *enforcement* ou implementação destes princípios globais, adaptados à realidade cultural e social de cada país, sempre tendo por escopo final a defesa e proteção do meio ambiente, na acepção mais ampla que o vocábulo comporta. É, pois, um prolongamento e continuação dos princípios globais, na medida que os submete à realidade dos aspectos culturais brasileiros, exatamente para poder, sob pano de fundo, proteger o meio ambiente como um todo. Assim, segundo Kiss:

*“Entre as resoluções não obrigatórias e textos assimiláveis – notadamente aqueles que emanam de conferências internacionais – lugar especial deve ser dado às declarações de princípios. Essas diferem das resoluções diretivas, por não preverem ações precisas para serem empreendidas, fixando a linha geral que devem seguir os Estados a que elas se destinam. Dessa forma, sua influência sobre a formação das regras jurídicas pode ser importante”.*⁷

Insculpidos na Constituição Federal de 1988, no referido artigo 225 da CF/88, destacam-se os seguintes princípios da política global do meio ambiente⁸: (a) princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal (caput e parágrafo primeiro); (b) princípio da prevenção e da precaução (caput e v.g., § 1º, inciso IV, com a exigência do EIA/RIMA); (c) princípio da informação e da notificação ambiental (caput e § 1º, VI); (d) princípio da educação ambiental (caput e § 1º, VI); (e) princípio da participação (caput); (f) princípio do poluidor pagador (§ 3º); (g) princípios da responsabilidade da pessoa física e jurídica (§ 3º); (h) princípio da soberania dos Estados para estabelecer sua política ambiental e de desenvolvimento com cooperação internacional. (§ 1º do artigo 225 combinado com as normas constitucionais sobre distribuição de competência legislativa); (i) princípio da eliminação de modos de produção e consumo e da política demográfica adequada; (j) princípio do desenvolvimento sustentado: direito intergerações⁹(caput).

Enfim, após a delimitação do nosso campo de atuação, qual seja, depois de deixar demonstrado que o direito ambiental é uma ciência própria e não uma mera ramificação do Direito Público¹⁰ (até porque houve uma fratura na dicotomia Público/Privado¹¹), poderemos debruçar-nos na dissecação, ainda que, do princípio da prevenção no Direito Ambiental, com a finalidade de que, adiante, possamos, com tranqüilidade e segurança, analisar os instrumentos processuais constitucionais que sejam aptos à tutela deste Direito constitucionalmente garantido.

PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO

“*Mieux prévenir que guérir*”.¹² “*La evitación de la incidencia de riesgos es superior al remedio*”¹³. “O modelo ‘reaja e corrija’ deveria ser complementar de uma abordagem ‘preveja e previna’”¹⁴.

Em sede principiológica de Direito ambiental, não há como escapar do preceito fundamental da prevenção. Esta é e deve ser a palavra de ordem, já que os danos ambientais, tecnicamente falando, são irreversíveis¹⁵ e irreparáveis. Por exemplo, como recuperar uma espécie extinta? Como erradicar os efeitos de Chernobyl? E as gerações futuras que serão afetadas?; ou uma floresta milenar que é devastada, que abriga milhares de ecossistemas diferentes, com cada um possuindo o seu essencial papel na natureza? Assim, diante da impotência do sistema, e, face a impossibilidade lógico-jurídica de voltar a uma situação igual a que teria sido criada pela própria natureza, adota-se, com inteligência e absoluta necessidade, o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como verdadeira chave-mestra, pilar e sustentáculo da disciplina ambiental, dado o objetivo fundamentalmente preventivo do Direito Ambiental.¹⁶

Desde a Conferência de Estocolmo, em 1972¹⁷, que este princípio vem sendo içado à categoria de megaprincípio do Direito Ambiental. Assim ocorreu na Conferência de Nairobi, no Tratado de Roma, no Fórum de Siena¹⁸, e, posteriormente, na Rio-92. Compartilhando com a vanguarda jurídica, bem se posicionou a nossa CF/88, quando expressamente adotou o princípio da prevenção, como fundamento do Direito Ambiental. Isso porque diz o artigo 224, *caput* da CF/88 que cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Ora, extrai-se daí um significativo aspecto já denunciado por Canotilho & Vital Moreira¹⁹, que é o chamado efeito negativo resultante do referido dever de tutelar o meio ambiente. “O direito ao ambiente é, desde logo, um direito negativo, ou seja, um direito à abstenção, por parte do Estado e por parte de terceiros, de ações ambientalmente nocivas. E nesta dimensão negativa, o direito ao ambiente é seguramente um dos ‘direitos fundamentais de natureza análoga’ à que se refere o artigo 17, sendo-lhe portanto aplicável o regime constitucional específico dos ‘direitos, liberdades e garantias’. (...) Ao atribuir essa dupla dimensão ao meio ambiente (depois de explicitar a sua faceta positiva), este preceito reconhece e garante expressamente a dupla natureza implícita na generalidade dos chamados direitos sociais, simultaneamente direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados”.

Para prevenir e preservar o objeto do Direito Ambiental, é um mister, antes de tudo, a tomada de uma consciência ecológica, fruto, pois, de um dos flancos de atuação do Direito Ambiental: a educação ambiental. É a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. Todavia, como ainda estamos longe dessa realidade, somos obrigados a nos utilizar do aparato instrumental para complementar

o referido princípio, explicitamente insculpido na CF/88. Dentre os instrumentos de tutela ambiental, os mais afetos ao princípio da prevenção são, sem dúvida: o EIA/RIMA²⁰, o manejo ecológico, o tombamento, as liminares, as sanções administrativas, etc. Portanto, o denominado Fundo de Recuperação do Meio Ambiente deve ser visto senão como um mal necessário, pois a certeza de destinação de uma condenação, para o referido fundo, é de que o princípio da prevenção do meio ambiente não foi respeitado.

Outra importante consideração a ser feita, em sede de efetivação da prevenção do dano ao meio ambiente, é o papel exercido pelo Estado em punir, e em punir corretamente o poluidor do meio ambiente, pois, só assim, é que o arsenal e aparato legislativo protetivo do meio ambiente poderão servir como estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente.

É, pois, resultado de uma legislação mais severa, com maiores benefícios às atividades que utilizem tecnologias limpas, com incentivos fiscais às atividades que atuem em parceria com o meio ambiente, que apliquem a incidência do poluidor-pagador impondo multas e sanções mais pesadas e levando em consideração o poder econômico do poluidor, juntamente com o seu benefício e lucro às custas da agressão ao meio ambiente, juntamente com o dano que é suportado pelo meio ambiente e pela coletividade em virtude do lucro do poluidor, sem esquecer que tudo isso sempre deve ser cumulado com a recuperação do meio ambiente *in natura*. Não se quer com isso inviabilizar a atividade econômica, mas tão somente excluir do mercado aquele poluidor que ainda não entendeu que os recursos ambientais são escassos, que não são só dele (mas sim difusos) e que a sua utilização encontra o limite da utilização do próximo, tal qual determina o princípio da solidariedade do Direito Ambiental.

Sob o prisma da Administração, na medida em que atua vinculada ou discricionariamente, com a função ambiental, ou seja, dentro da legalidade, cumprindo o seu papel de administração e guarda do Direito Ambiental, seja atuando positivamente ou negativamente na implementação dos princípios constitucionais de Direito Ambiental, por via das licenças, sanções administrativas, fiscalização, autorizações, etc.

À ótica do judiciário, o princípio em tela encontra aplicação efetiva, na medida que leva em consideração a aplicação apriorística da jurisdição civil coletiva²¹, a aplicação do princípio do real e efetivo acesso à justiça, o princípio da igualdade real, da paridade de armas, etc., enfim, o **juízo das probabilidades (liminares)**, tudo isso com vistas a salvaguardar o meio ambiente e sua própria qualidade de vida.

OS DIREITOS 'COLETIVOS' E A NOVA ORDEM PROCEDIMENTAL - A JURISDIÇÃO CIVIL COLETIVA

Segundo o artigo 5º, XXXV, o Estado está obrigado a prestar a tutela jurisdicional, sempre que exercido o direito constitucional de ação pelos seus

jurisdicionados. É, pois, princípio constitucional a indeclinabilidade da jurisdição, o que significa que, quando provocado, o judiciário está obrigado a dizer o direito. No processo, a atividade do magistrado, traduz-se na máxima *iuria novit curia*. Por outro lado, ainda como garantia constitucional, se coloca o princípio do devido processo legal, que possui fundamental importância para um ordenamento jurídico como um todo²², mormente quando estamos diante do direito processual civil. Em face disso, e, com o advento da nova temática, originada pela criação-formação dos direitos difusos, conseqüência inevitável da rebelião das massas, como diz Ortega y Gasset²³, ou da multiplicação dos direitos, como diz Bobbio²⁴, ou ainda da massificação social a que alude Cappelletti²⁵, que escapam de qualquer definição do ortodoxo sistema público em contraste com o privado, posto que situado num abismo entre eles, não há mais que se falar sequer na possibilidade de se usar o ortodoxo sistema liberal individualista do Código de Processo Civil e normas afins, para dirimir os conflitos de massa²⁶. Portanto, tratar-se-ia, por certo, se assim fosse, uma hedionda forma de inconstitucionalidade na medida que impede o acesso efetivo à justiça, e, fere, em todos os sentidos, o direito processual do devido processo legal. Isto porque, falar-se em devido processo legal em sede de direitos coletivos lato senso, é, inexoravelmente, fazer menção ao sistema integrado de tutela processual trazido pelo CDC e LACP (L. 7347/85). Assim, hoje, em sede de jurisdição civil, há a existência de dois sistemas de tutela processual: um destinado às lides individuais, cujo instrumento adequado e idôneo é o CPC, e um outro destinado à tutela coletiva, na exata acepção trazida pelo artigo 81, § único do CDC. Assim, quando se fizer uso de qualquer ação coletiva para defender direitos, valores ou interesses ambientais, enquanto cada respectiva ação não possuir seu respectivo e específico aparato instrumental-procedimental, é condição *sine qua non* que se utilize das regras de direito processual estabelecidas pela lei 7.347/85 em sua atuação conjunta com o CDC, dada a perfeita interação-integração entre ambos. Neste ponto merece menção a exposição de Nelson Nery Júnior:

“A tutela em juízo dos direitos difusos e coletivos do consumidor está regulada no CDC 81 a 104. A defesa judicial dos demais direitos e interesses difusos e coletivos se faz pelos mecanismos da LACP, aos quais se aplicam as disposições processuais do CDC (CDC art. 117, LACP art. 21), o que implica a observância dos conceitos legais de direitos difusos e coletivos do CDC 81 par. único I e II”.²⁷

Reafirmando o exposto prossegue o autor:

“O artigo 21 da LACP, nela introduzida pelo art. 117 do CDC, manda aplicar tanto a LACP quanto o CDC à defesa dos

direitos e interesses difusos coletivos e individuais, no que for cabível. Enquanto não for editada a norma que regule o procedimento do Mandado de Segurança Coletivo, a essa ação podem ser aplicados os sistemas do CDC e da LACP (...). Parece-nos que a utilidade imediata desta aplicação é a incidência do sistema dos limites subjetivos da coisa julgada do CDC, que confere regimes distintos às pretensões difusas, coletivas e individuais homogêneas (art. 103 do CDC)".

Assim, por uma conclusão lógica, ou seja, exatamente pelo fato de que o bem ambiental é difuso, temos que toda ação coletiva destinada a tutela do meio ambiente deverá receber tratamento direto e primário das normas procedimentais previstas na jurisdição civil coletiva (CDC + LACP), e, só de forma secundária deverão ser aplicados os demais diplomas²⁸. Inclusive no que pertine a ação popular esta idéia se aplica, ou seja, quando se tratar de uma ação popular ambiental (que protege direito difuso) somente de modo subsidiário e naquilo que não contrariar o procedimento da jurisdição civil coletiva, é que a lei 4.717/65 deverá ser aplicada. Portanto, desde que respeitados os requisitos constitucionais de cabimento de cada remédio processual constitucional, o diploma processual a ser aplicado quando se tratar de ação coletiva para a defesa do meio ambiente é o título III do CDC combinado com o que dispõe a LACP.²⁹

A COGNIÇÃO NO PROCESSO

O problema relacionado à cognição a ser desenvolvida em um processo, caminha de forma mais que simbiótica com aspectos relacionados com a sua efetividade. Com inteiro acerto já se manifestava Carpi:

"Non vi è dubbio che uno dei principali 'letimov' recorrenti nella storia del processo e nella sua evoluzione sia il problema dei rapporti fra l'aspirazione e meditazione della decisione, nello sforzo de evitare l'injustizia, e l'esigenza di rapidità nella conclusione del processo medesimo".³⁰

Como bem disse Calamandrei, o processo é um mal³¹, e, foi justamente com base nesta perda de efetividade da Jurisdição na entrega da tutela jurisdicional, qual seja, devido à demora da prestação da mesma, para que surgisse outro tipo de tutela que, distanciando-se daquela, procurava, com um máximo de urgência, dar um pronto atendimento jurisdicional aos jurisdicionados. Assim, pois, já se falava na dicotomia segurança X efetividade, respectivamente, como derivação de tutelas cognitivas exaurientes e tutelas cognitivas sumárias.

“Como facilmente se verifica da descrição dessas alternativas, nenhuma satisfaz plenamente os interesses dos litigantes, de modo que se pudesse dizer que uma delas seja isenta de inconvenientes. Se suprimíssemos de um determinado ordenamento jurídico a tutela da aparência, impondo ao julgador o dever de julgar somente depois de ouvir ambas as partes, permitindo-lhes a produção de todas as provas que cada uma delas fosse capaz de trazer ao processo, certamente correríamos o risco de obter, no final da demanda, uma sentença primorosa em seu aspecto formal e assentada num juízo de veracidade do mais alto grau que, no entanto, poderia ser inútil, sob o ponto de vista da efetividade do direito reclamado pelo autor vitorioso. (...) Embora caiba ao legislador basicamente fazer a opção entre as duas alternativas indicadas anteriormente, a tendência moderna orienta-se no sentido de dar maior relevância à efetividade dos direitos reconhecidos pela ordem jurídica, com correspondente sacrifício da segurança obtida com o processo ordinário de cognição plena.”³²

Assim, apenas para introduzir o assunto referente à cognição no processo, fizemos estas brevíssimas considerações acerca da efetividade da entrega da tutela jurisdicional.

Em excelente obra, o professor Kazuo Watanabe³³ acabou por cuidar de modo mais pormenorizado do problema atinente à sistematização da cognição no processo civil. Por conta de seus ensinamentos, podemos, pois, dizer que a cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do “judicium”, do julgamento do objeto litigioso do processo. É, pois, uma relação existente entre um sujeito (cognoscente) e um determinado objeto (cognoscível). Perpassa uma idéia de transitividade. Enfim, só é possível aquele relacionamento em face do fenômeno de cognição (conhecimento). Assim, esta poderá, dependendo do grau de intensidade (em relação à verticalidade), ou de amplitude (horizontal), assumir não somente diferentes denominações, mas, principalmente, obter como resultado imediato a sua prática, qual seja, o oferecimento mais efetivo ou menos seguro, ou vice-versa, da prestação da tutela jurisdicional.

Isto posto, teríamos, basicamente, dois planos de conhecimento jurisdicionais: 1) a cognição horizontal, indelevelmente enraizada à extensão desse “relacionamento” entre cognoscente e cognoscível, se dividindo em *plena e parcial*. Em contrapartida,

temos a 2) a cognição vertical que, intimamente ligada à profundidade e intensidade do relacionamento entre o juiz e o objeto litigioso. Esta se reclassifica em: *exauriente e sumária*.

Como para o nosso estudo apenas interessa a cognição vertical, é dela que cuidaremos. No tocante à cognição vertical exauriente podemos dizer que é a espécie onde o magistrado não sofre qualquer tipo de limitação no tocante à intensidade e verticalidade do conhecimento (verticalidade).

Já na cognição vertical sumária ocorre um conhecimento, cujo grau de profundidade é menor em relação àquele. Na verdade a sua verticalidade se coloca de forma contida. É a cognição própria dos juízos de probabilidade. Está intimamente ligada à tutela cautelar e à tutela antecipatória do direito, ou, em outras palavras, as próprias liminares. Podemos dizer, pois, que existem níveis diferentes de sumariedade, já que ora poderá estar ligada à existência de prova inequívoca para convencimento da verossimilhança da alegação, ou ainda, como nos casos do mandado de segurança coletivo ambiental (art. 83, § 3º e art. 12 da LACP) diria respeito à existência de uma afirmação de direito, cujos fatos que o embasam possam ser de planos comprovados.

Assim, vale dizer, neste ponto, que uma coisa é a cognição das liminares (que podem estar inclusive no processo de conhecimento, cuja cognição é exauriente) e outra coisa é a cognição da própria ação em si mesma considerada. Por exemplo, com a reforma do CPC, no seu artigo 273, temos que, quando reclamada a antecipação dos efeitos da tutela com base no referido artigo, apenas neste momento de cognição para a concessão, ou não, da liminar, é que se tratará de cognição sob os diferentes ângulos de prestação da tutela jurisdicional. Se por sentença onde todo o procedimento foi esgotado, com amplo contraditório e instrução probatória, será caso de cognição exauriente. Se, todavia, se tratar de prestação da tutela, por via de liminar, é porque, insofismavelmente, se tratará de cognição sumária.

Face ao exposto, podemos dizer que existem diferentes graus de cognição no juízo das probabilidades, que podem ser isolados, segundo alguns aspectos:

a) a finalidade assecuratória (liminar cautelar) ou satisfativa (antecipatória do direito) da liminar pleiteada;

b) o grau de conhecimento vertical do magistrado, a partir do que deve ser demonstrado pelo legitimado que pleiteia a tutela urgente:

b1) *fumus boni juris* e *periculum in mora* (toda liminar cautelar e liminar antecipatória do direito previstas para as ações de conhecimento das obrigações de fazer e não fazer com base no dispositivo 461 do CPC e 84, § 3º do CDC);

b2) prova inequívoca da verossimilhança da alegação cumulada com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;³⁴

b3) prova inequívoca da verossimilhança da alegação cumulada com a caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu;

b4) prova pré-constituída do direito líquido e certo da ação de mandado de segurança.³⁵

b5) *periculum in mora* e *fumus boni juris* para ação coletiva ambiental com base no artigo 12 da Lei de Ação Civil Pública.

b6) as liminares concedidas nos procedimentos especiais do CPC, com exigência de elementos específicos de comprovação de plano para a tutela sumária do magistrado, como por exemplo nas ações possessórias, em que se exige somente a prova da posse e seu tempo para o caso de força nova, independentemente de perigo da demora.

LIMINARES NA JURISDIÇÃO CIVIL COLETIVA

As ações coletivas, ajuizadas com fundamento na LACP e no CDC, sujeitam-se às regras procedimentais previstas nessas leis, aplicando-se o sistema do Código de Processo Civil quando houver lacuna ou omissão. Assim, as ações de conhecimento poderão ser processadas pelo rito comum (ordinário ou sumário), observadas as particularidades processuais da LACP e do CDC.³⁶

Na verdade, nem precisaria do artigo 90 do CDC para justificar a hipótese de aplicação subsidiária do CPC às ações coletivas processadas com base na LACP e CDC, vez que o CPC é norma fundamental de Direito Processual Civil no nosso ordenamento, de forma que sempre é fonte subsidiária de diplomas processuais específicos naquilo em que não os contrarie. De outra parte, é também aplicável às ações coletivas ambientais, o sistema processual do CDC, por expressa determinação do artigo 21 da LACP. A recíproca é verdadeira, sendo aplicáveis as normas processuais da LACP às ações processuais com base no CDC (art. 117).

A consequência dessa perfeita interação entre os vários sistemas processuais reguladores da tutela, em juízo, dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, é que se admite a cumulação, na petição inicial da ação ambiental, de pedido de mandado liminar, conforme autoriza o artigo 12, *caput*, da LACP. Para a apreciação do pedido liminar, há necessidade de ouvir-se previamente a pessoa jurídica de direito público interessada, que se pronunciará em 72 (setenta e duas) horas, conforme determinado pelo art. 2º da Lei nº 8.437, de 30.06.1992.³⁷

Caso não haja manifestação no prazo legal de setenta e duas horas ou a urgência recomende decisão imediata, poderá o juiz conceder a liminar *inaudita altera parte*.

Os co-legitimados do artigo 5º da LACP poderão ajuizar qualquer ação objetivando proteção aos direitos previstos nesta lei, cumulando na petição inicial pedido de concessão de mandado liminar, que será concedido se presentes os pressupostos do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.

A decisão sobre a liminar, por ser interlocutória, pode ser impugnada pelo recurso de agravo.

Dentro do sistema da Jurisdição Civil Coletiva (LACP + CDC), para as ações coletivas destinadas à defesa de direitos coletivos *lato sensu* é possível a concessão, tanto de liminar cautelar, quanto antecipatória do mérito. Chegamos a esta insofismática conclusão, pelos diversos mecanismos postos à disposição dos jurisdicionados. No artigo 12 da LACP temos a regra geral para a concessão da liminar antecipatória do direito, onde se faz mister o preenchimento dos requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni juris*.^{38 39} Também se configura como liminar antecipatória do direito, aquela prevista no artigo 84, § 3º do CDC (ações que tenham por objetivo o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer), possuindo como requisitos os mesmos mencionados no artigo 12 da LACP. Também há a possibilidade de concessão de liminar antecipatória do direito no sistema da Jurisdição Civil Coletiva, tendo por base o artigo 273 do CPC. Entretanto, como no inciso I do artigo 273 do CPC o grau de cognição para convencimento do juiz (prova inequívoca para que se convença da verossimilhança da alegação) é mais vertical que o previsto no sistema da Jurisdição Civil Coletiva, sendo, pois, mais dificultoso para o requerente convencer o magistrado a conceder a medida, então temos que somente com base no inciso II deste mesmo artigo (fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu) é que será possível a concessão da liminar antecipatória do mérito.

Já com relação a liminar cautelar, podemos citar o próprio artigo 84, § 5º, onde, exemplificadamente, estão arroladas diversas medidas cautelares cabíveis a serem tomadas pelo magistrado. Ainda, o próprio artigo 5º da LACP, onde está prevista a utilização da ação de natureza cautelar, e, ainda, de forma genérica, o próprio artigo 83 do CDC que prevê a possibilidade de utilização de qualquer ação destinada a tutelar os direitos salvaguardados pelo Código.

CONCLUSÃO

Assim, após a análise acima, concluímos que para que se efetive a tutela material ambiental, e, mormente, com a aplicação ampla e irrestrita do princípio da prevenção do dano ambiental, não basta simplesmente que se utilize de ações coletivas ambientais, mas sim que se utilize aprioristicamente do procedimento jurisdicional coletivo, e por conseguinte da tutela urgente disponível, refletida no juízo das probabilidades ou tutela das liminares. Isto porque, é por via da liminar, assecuratória ou satisfativa, que se alcançará, ainda que provisoriamente, a certeza de que o processo não será um mal maior do que já se constitui, na medida que a demora da entrega da tutela jurisdicional não se constituirá um mal maior ou mais nefasta que a própria caracterização do dano ao meio ambiente. Por isso, urge como regra necessária e política, a utilização cada vez maior da tutela liminar em sede de proteção efetiva de direitos difusos como um todo.

NOTAS REMISSIVAS

1. Para uma análise pormenorizada dos princípios norteadores do Direito ambiental é mister a leitura de Fiorillo, Celso Antônio Pacheco & Abelha Rodrigues, Marcelo. *Direito Ambiental e Patrimônio Genético*. Ed. Del Rey, Minas Gerais, 1996, passim; Silva, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. Ed. Malheiros, São Paulo, 1994, p. 36 e segs.; Machado, Paulo Afonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. Ed. Malheiros, São Paulo, 1994, p. 34 e segs.; Antunes, Paulo de Bessa. *Curso de Direito Ambiental*. Ed. Renovar, 2ª ed., 1992, Rio de Janeiro, p. 75 e segs.; Benjamin, Antonio Herman V. “O princípio do poluidor pagador e a reparação do dano ambiental”, in *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*, Ed. RT, São Paulo, 1993, p. 226; Machado, Paulo Afonso Leme. “Princípios gerais do direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira”, in *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*, Ed. RT, São Paulo, 1993, p. 395.; Maddalena, Paolo. “Las transformaciones del Derecho a la luz del problema ambiental: aspectos generales”, in *Revista del Derecho Industrial*, ano 14, nº 41, may/ago 1992, Ed. Depalma, Buenos Aires, p. 356 e segs.; Moreno, José Luis Serrano. *Ecología y Derecho: Principios de Derecho Ambiental e Ecología Jurídica*. Editorial Comares, Granada, 1992, p. 205 e segs.; Veytez, Eduardo Javier Ruiz. *El derecho al ambiente como derecho de participación*. Ed. Ararteko, 1992, Bilbao, p. 33 e segs.; Mateo, Ramón Martín. *Manual de Derecho Ambiental*. Editorial Trivium, Madrid, 1995, p. 39 e segs.; Prieur, Michel. *Droit de l’environnement*. Ed. Précis Dalloz, 2ª ed., Paris, 1991, p. 51 e segs.; Zsögön, Silvia Jaquenod de. *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*. Ed. Dykinson, 3ª 1991, p. 345 e segs.; Rosembuj, Tulio. *Los tributos y la protección del Medio Ambiente*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 09 e segs.; Roca, Guillermo Escobar Roca. *La ordenación Constitucional del Medio Ambiente*. Ed. Dickinson, 1995., p. 15 e segs.; Mateo, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1991, p. 32 e segs.; Kiss, Alexandre Charles. *Droit International de L’Environnement*”, Editions A. Pedone, 1989, Paris, p. 349; Hoppe/Beckmann, *Umweltrecht*, p. 23; Kloepfer, *Umweltrecht*, p. 19, § 1º, 33.
2. O simples fato de o Direito Ambiental poder ser içado à categoria de ciência, portanto não mais um mero apêndice do Direito Administrativo, não lhe retira o caráter e identidade de ser uma disciplina nova, cujos lineamentos vêm sendo mais e mais evidenciados e descobertos. No mesmo sentido preleciona Eduardo Pigretti: “En nuestra infancia, cualquiera de nosotros podía identificar aguas cristalinas, azules intesos y limpios, flora y fauna abundantes o aun exuberantes, y otras delicias que hoy vemos reducidas a pequeñas áreas y regiones”. Pigretti, Eduardo. *Derecho Ambiental*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 02. De acordo também Ernesto

Briganti: "L'interesse per la tutela dell'ambiente è piuttosto recente, essendo legato allo sviluppo della società industriale ed all'inevitabile progressivo impoverimento delle risorse naturali". BRIGANTI, Ernesto. "Dano Ambientale e Responsabilità Oggettiva", in *Dano Ambientale e Tutela Giuridica*, CEDAM, Padova, 1987, p. 75. Também de acordo se coloca PRIEUR: "Si en 1976 nous interroignons sur la place du droit de l'environnement, simple droit de regroupement sans spécificité on peut aujourd'hui considérer que la droit de l'environnement est devenu un droit adulte dont on rechercher les traits particuliers. Etant par essence un droit de superposition à droits préexistants, son allure générale faite de strates sucessives, règles techniques complexes, de double-emploi, de textes épars, n'est pas favorable à l'edification d'un ensemble cohérent ébouchant sur une branche nouvelle du droit". C.F., Op. cit., p.10; Também neste mesmo sentido, assevera acertadamente Ruiz Vieytez quando diz que o direito ao meio ambiente é um direito recente, o que, todavia não elidiam de ser protegido anteriormente por via da tutela da higiene e saúde pública. São suas palavras: "En efecto, pese a tratarse el derecho al ambiente de un derecho reconocido con carácter reciente, la normativa desarrollo del mismo incorpora también normas anteriores a la Constitución, cuyo objeto era la protección del entorno humano, y también puede aludirse a las normas tradicionales de protección de la higiene y salubridad públicas, como prehistoria del derecho ambiental". RUIZ VIEYTEZ, Eduardo Javier. *El Derecho al Ambiente como Derecho de Participación*. Ed. Ararteko, Bilbao, 1992, p.90.

3. Expressão utilizada por Ramón Martín Mateo, catedrático da Universidade de Alicante, in *Manual de Derecho Ambiental*, Op. cit., p. 39.
4. Conforme Hopp/Beckmam. *Umweltrecht*, cit. p.15, § 1º, 37 a 40.
5. Kloepfer, *Umweltrecht*, cit p. 8, § 1º, 12.
6. Hopp/Beckmam. *Umweltrecht*, p. 17, § 1º, 48.
7. Kiss, Alexandre Charles. *Droit International de L'Environnement*", Editions A. Pedone, 1989, Paris, p.349.
8. Presentes do documento da Rio-92 e citados por Paulo Afonso Leme Machado, *Estudos de Direito Ambiental*, p. 34 e segs.
9. Os princípios não foram isoladamente analisados, mas para uma análise detalhada na Constituição Federal e ubiquação com o meio ambiente ver Fiorillo & Rodrigues, Op. cit., passim.
10. No mesmo sentido ver Mateo, Ramón Martín. *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Ed. Trivium, Madrid, 1991, p.84.

11. Sobre a quebra da dicotomia público/privado e a sua falência e o inverso e proporcional “surgimento” dos direitos difusos, assim se posicionam Erika Bechara & Marcelo A. Rodrigues: “Desde 1985, com o advento da lei 7347/85, e, posteriormente com o surgimento da CF/88 e da Lei 8078/90 (CDC) que podemos falar no tratamento, *de lege lata*, de uma terceira categoria de bens no nosso ordenamento jurídico: os bens difusos. Vejam, todavia, que não se está dizendo que estes bens só passaram a existir a partir desta época e também não se quer dizer que só a partir do surgimento da lei 7.347/85 é que tais bens puderam ser tutelados pelo ordenamento como um todo, vez que Barbosa Moreira (“A Ação Popular como Instrumento de Tutela dos Chamados Interesses Difusos”, *in* Temas de Direito Processual, São Paulo, Saraiva, 1977, *passim*), nos idos da década de 70, procurou deixar demonstrado que por um alargamento do conceito de patrimônio público contido na lei 4717/65, esta poderia ser perfeitamente usada como forma de tutelar aquele tipo de bem. Assim, o que podemos dizer é que foi, principalmente, a partir da segunda metade deste século, em decorrência do surgimento dos fenômenos de massa, quando se formou uma sociedade de igual nome, que os bens de natureza difusa passaram a ser objeto de uma maior preocupação do cientista, legislador e aplicador do direito. Portanto, emergiram os denominados bens de natureza difusa, de modo inversamente proporcional à quebra da dicotomia público/privado, na medida que, conforme acentuou Mauro Cappelletti, entre o público e o privado criou-se um abismo preenchido pelos direitos metaindividuais. (Cappelletti, Mauro. “Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil”, *in* Revista de Processo nº 05, 1977, Ed. RT, São Paulo, p.07 e segs.)” Ação Popular Ambiental. Trabalho monográfico apresentado no curso de Mestrado em Direito Ambiental da PUC-SP, *passim*, ministrado pelo Prof. Celso Antonio Pacheco Fiorillo.
12. Prieur, Michel. Op. cit., p.59.
13. Mateo, Ramón Martín. Manual de derecho ambiental, p.55.
14. Machado, Paulo Afonso Leme. “Princípios gerais de direito ambiental internacional e a política ambiental brasileira”, *in* Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. Ed. RT, São Paulo, 1992, p.398.
15. Prieur, Michel. Op. cit., p.730.
16. Mateo, Ramón Martín. Tratado de derecho ambiental, vol. I, Madrid, Editorial Trivium, 1991, p.93.
17. “Este princípio se insere na maioria dos instrumentos jurídicos internacionais, e com especial atenção foi declarado no Primeiro Programa de Ação Comunitária

em matéria ambiental, sendo de particular importância o primeiro princípio, assim como igualmente a Recomendação nº 70 do Plano de Ação adotado pela conferência de Estocolmo”. Zsögön, Silvia Jaquenod de. Op. cit., p.371.

18. “Dividida em cinco itens a aplicação do princípio da prevenção: primeiro: identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação e inventário das fontes contaminantes das águas e do mar, quanto ao controle da poluição; segundo: identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; terceiro: planejamentos ambiental e econômico integrados; quarto: ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com sua aptidão e quinto: estudo de impacto ambiental”. Paulo Afonso Leme Machado. Op. cit., p.398.
19. Canotilho, J.J. Gomes & Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa* anotada. p.348.; no mesmo sentido Rehbinder quando diz que o referido princípio deve “inibir ou limitar mais adiante da margem do perigo, a criação possível de danos ambientais.” Rehbinder, Eckard. “Los principios del derecho ambiental en la Republica Federal Alemana”, in *Ambiente y Futuro*, Buenos Aires, Fundación Manliba, 1987, p.157.
20. “Em que consistirão estes instrumentos preventivos de proteção e restauração do ambiente? (...) Descendo a um plano mais jurídico, especial referência merece a Avaliação de Impacto Ambiental e a Planificação territorial, inobstante as clássicas atividades preventivas de polícia centradas na inspeção por parte dos órgãos administrativos competentes e no submetimento a prévia autorização ou licença das atividades potencialmente poluidoras (...)”. Zsögön, Silvia Jaquenod de. Op. cit., p.226. Em outra passagem (p.372) a autora é felicíssima na seguinte colocação: “A prevenção pretende antecipar-se aos efeitos negativos e assegurar a proteção, conservação e adequada gestão dos recursos”.
21. Ver a este respeito, com profundidade, a obra coletiva citada (Marcelo Abelha Duluyes, Rosa Maria Andrade Nery, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, passim.); ainda, ver dissertação de Mestrado em Direito Ambiental pela PUC de São Paulo, defendida em 1995 (Abelha Rodrigues, Marcelo. “Política urbana e mandado de segurança coletivo: o lixo urbano e a sua agressão aos valores ambientais”). A utilização do mandado de segurança coletivo como forma de tutela desses valores, passim.
22. Queremos dizer que o princípio constitucional do devido processo legal é a fonte mediata ou imediata dos princípios judiciais existentes dentro de um sistema jurídico como um todo. Mais profundamente ver Nelson Nery: “O princípio fundamental

do processo civil que entendemos como a base sobre a qual todos os outros se sustentam, é do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*". in, *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, p.25. Deste modo, em que pesem opiniões contrárias, entendemos que o princípio do devido processo legal se constitui na fonte primária dos princípios do direito processual civil, apesar de não estar atrelado apenas às normas de direito processual. Vale dizer que este princípio está bipartido, de modo que tanto se esgalha para aspectos processuais, como também para aspectos materiais. Cita-se como exemplo de sua atuação no direito público os princípios da legalidade (administrativo) e o princípio do contraditório (eminentemente judicial). Já no tocante ao direito privado, tem-se por exemplo a liberdade de contratar, de crença, etc. Consagra a nossa CF/88 este princípio, insculpido nas garantias fundamentais, no seu artigo 5º, LIV que: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Assim, este princípio é por si só bastante para legitimar e legalizar a existência dos demais princípios processuais arrolados na CF, que deste são espécies. Tomemos por exemplo o direito de ação e defesa consagrado no inciso XXXV deste mesmo artigo. Desde quando a jurisdição trouxe para si o poder-dever de dizer o direito quando provocada, substituindo-se às partes, tornou-se garantia fundamental o direito à justiça. Entretanto, como a jurisdição usa do processo como instrumento idôneo e adequado para que as partes exercitem o direito de ação, vê-se, pois, que o direito a pleitear a tutela jurisdicional está contido no princípio do devido processo legal garantido a todos os cidadãos. "Em suma: a garantia constitucional de direito ao processo (direito à tutela jurisdicional) só será efetiva na medida em que se assegurar o recurso ao devido processo legal, ou seja, aquele traçado previamente pelas leis processuais, sem discriminação de parte, e com garantia de defesa, instrução contraditória, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos, etc..." (Humberto Theodoro Júnior, "Princípios Gerais do Direito Processual Civil", in *RePro* 23/179). Nos parece que o grande equívoco de parte da doutrina que tratou deste princípio, reside na insistência em se manter o devido processo legal atrelado apenas ao aspecto processual (*procedural due process*) não lhe dando a amplitude e extensão que o princípio exige com relação aos aspectos substanciais (*substantive due process*). O devido processo legal, pelo que remonta às suas origens do sistema da *common law*, está genericamente caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, e, do modo mais elástico possível este princípio deve ser interpretado, tal qual o fez a suprema corte americana (Para um estudo mais profundo sobre a Suprema Corte Americana e o seu papel naquele país, ver "A Corte Suprema", in *Aspectos do Direito Americano*, Paul A. Freund, p.62.). "A este propósito, deve ser acentuado que a própria Constituição cria, especialmente, como direito positivo, certos princípios amplos de justiça moral. Assim, a Constituição estabelece que

nenhuma pessoa pode ser privada de vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo de lei - uma frase que significa para um americano o que a frase "Direito Natural" tem significado tradicionalmente, no sentido de igualdade, consistência, imparcialidade, justiça, bondade. Ainda, certas liberdades amplas, tais como liberdade da palavra e de religião, e certos direitos como o de julgamento imparcial, igualdade de proteção da lei, (...)" (Haroldo J. Berman, "Origens Filosóficas do Direito Americano", *in* Aspectos do Direito Americano, p.175). "Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e a maioria dos incisos do art. 5º seriam absolutamente despididos. De todo o modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos do art. 5º, CF, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteando a administração pública, o legislativo e o judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações" (Nelson Nery Júnior, Princípios do Processo na Constituição Federal, p.37.).

23. Ortega y Gasset, ob. cit., *passim*.
24. Bobbio, Norberto. A Era dos Direitos, p.68-69.
25. Cappelletti, Mauro. Acesso à Justiça. *passim*.
26. "Tratar do processo no Código do Consumidor é tarefa de grande responsabilidade, pois, na verdade, não se está diante de um assunto, contido no processo civil a que estamos habituados. Tem-se, isto sim, um tema cuja amplitude causa perplexidade, uma vez que, rigorosamente, se está diante de um novo processo civil, de um outro processo civil, diferentemente daquele com que lidamos no dia-a-dia e que nos é familiar. Assim, só uma mentalidade de certo modo 'conformada' com a necessidade de se abandonarem os padrões tradicionais do processo é capaz de ser receptiva e, portanto, entender este novo processo, engendrado para regular uma outra faceta da realidade, que talvez possa ser eleita como a nota mais marcante das sociedades do nosso tempo". Teresa Arruda Alvim, "Noções Gerais sobre o Processo no Código do Consumidor", *in* Direito do Consumidor 10/248.
27. NERY JÚNIOR, Nelson. & NERY, Rosa Maria Andrade. Ob. cit., p.70.
28. Em sendo uma ação de natureza coletiva (ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, ação coletiva no CDC), que vise tutelar direitos coletivos *lato sensu*, então, a utilização apriorística da jurisdição civil coletiva se torna um mister, sob pena de se ferir, como já foi dito, o princípio do devido processo legal.
29. No mesmo sentido, ver Nery & Nery, Ob. cit, p.1018.; Gidi, Antonio. Ob.cit., p.77. Aliás, este autor, inclusive denomina este sistema de Código de Processo Civil

Coletivo, alertando para o fato de que em breve poderá ser confeccionado um Código com este desiderato; Arruda Alvim, Código do consumidor comentado. Ed. RT, 2ª ed., São Paulo, pp. 512-513.; no mesmo sentido admite Rodolfo de Camargo Mancuso, Ação Popular, p.196.

30. CARPI, Frederico. La Provvisoria Esecutorietà della Sentenza. Milano, Giuffrè, 1979, p.11.
31. "Toma-se consciência cada vez mais clara da função instrumental do processo e da necessidade de fazê-lo desempenhar de maneira efetiva o papel que lhe toca. Pois a melancólica verdade é que o extraordinário progresso científico de tantas décadas não pôde impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer, universal, com o rendimento de justiça civil". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil, in Revista de Processo, São Paulo, vol. 31, jul/set, 1983, p. 199.
32. SILVA, Ovídio A. Baptista. Curso de Processo Civil, vol. III, Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 12.
33. WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil, São Paulo, Ed. RT, 1987, passim.
34. Na verdade, pensamos que em sede de ação coletiva ambiental, não será possível a utilização deste dispositivo, ainda que o artigo 90 do CDC permita a aplicação subsidiária do CPC naquilo que for possível e compatível, posto que careceria de interesse o pedido de liminar com base no 273, I do CPC, já que por meio mais fácil (um grau de cognição mais brando) seria possível a obtenção da tutela liminar satisfativa, provando-se apenas o *fumus e periculum*, como deixa claro o artigo 12 da LACP, aplicável a todas as ações que se utilizam da jurisdição civil coletiva.
35. Quando se alude à expressão "proteção de direito líquido e certo", não se está, obviamente, aludindo-se à existência, de plano, de direito líquido e certo, mas sim, fazendo menção à existência de um momento sumário de cognição do juiz, qual seja, o da possibilidade de concessão de liminar. "Interpretadas ao pé da letra, estas expressões, só raríssimas questões ensejariam o cabimento do Mandado de Segurança, o que faria com que os objetos e a razão de ser do instituto fossem relegados à categoria de preocupações irrelevantes. Do ponto de vista processual, também, pode afirmar-se que toda teoria da moderna processualística gira em torno da idéia de direito "abstrato" da ação, ou seja, não se sabe, no início de qualquer processo, quem tem razão, do lado de quem está o direito. Exigir-se que se tenha o direito quando se propõe a ação, seria, em primeiro lugar, tornar o processo

desnecessário (pois, liminarmente, já se saberia de que lado estaria a lei) e, em segundo lugar, criar inadmissível superposição de juízos de mérito e de admissibilidade: não haveria mandados de segurança julgados improcedentes!”. Wambier, Teresa Arruda Alvim. Mandado de Segurança, Medida Cautelar e Ato Judicial, p. 19.; E prossegue a autora: “Como já dissemos, acreditamos que, quando se pensa no juízo de admissibilidade do mandado de segurança, a expressão direito líquido e certo significa direito (incidência do direito = fato + norma) provável de plano, documentalmente. Admitir o mandado de segurança não leva necessariamente à sua procedência, pois pode haver contra-prova, e o direito líquido e certo, embora provado documentalmente, é, nesta fase, ainda contestável. Entretanto, quando se pensa na concessão da medida, se dá a constatação no sentido de que o direito é de fato incontestável, insuscetível de dúvida.”. Idem, ibidem, p.22.; Que todos temos direito líquido e certo a um meio ambiente nos moldes estabelecidos pela CF/88 e lei 6938/81 não nos resta a menor dúvida. Entretanto, quando se exerce o direito de ação de mandado de segurança ambiental, o que queremos é que fique provado que a nossa afirmação, nascida de uma dada situação fática, provada de plano com liquidez e certeza, possa subsumir-se o direito a um meio ambiente sadio e equilibrado, abstratamente considerado. Dissemos abstratamente não no sentido material, mas sim no sentido processual, qual seja, na necessidade de que o fato que embasa a minha afirmação de direito, possa encaixar-se na norma “abstratamente considerada”. Por fim, vê-se que a liquidez e certeza do direito liga-se não só a uma cognição sumária oriunda da concessão ou não de uma liminar (que é conatural ao *mandamus*), como também no sentido de relacionar-se com a incidência do fato em relação à norma que se afirma, em juízo, se tratar de um direito.

36. Ao comentar sobre a possibilidade de utilização do rito comum, Édís Milaré (“Tutela jurídica civil do meio ambiente”, in *Direito ambiental*, nº 0 Ed. RT, São Paulo, 1995, p.65) menciona sobre a hipótese de concessão de “medida cautelar satisfatória, ou seja, aquela não condicionada à propositura de qualquer ação principal ulterior”. Data venia, discordamos, inexoravelmente, da expressão utilizada pelo citado autor, ainda que o tenha sido de modo pejorativo, vez que, mormente após o surgimento do art. 273 do CPC, que trouxe a possibilidade de concessão liminar da tutela ou seus efeitos, e, portanto não há mais a necessidade de utilização do rito cautelar para este tipo de tutela, torna-se um equívoco, verdadeira *contradictio in terminis*, a denominação cautelar satisfativa. Neste sentido diz Nelson Nery Júnior: “(...) Com a instituição da tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito no direito brasileiro, de forma ampla, não há mais razão para que seja utilizado o expediente das impropriamente denominadas cautelares satisfativas, que constituem em si uma *contradictio in terminis*, pois as

cautelares não satisfazem: se a medida é satisfativa é porque, *ipso facto*, não é cautelar. Nery Júnior, Nelson. Atualidades sobre o processo civil, Ed. RT, São Paulo, 1995, p.51.

37. Com o advento da Lei nº 8.473/92, restou superada a decisão jurisprudencial que entendeu dispensável a ouvida da pessoa jurídica de direito público interessada: TJSP, Ag. 107829 - 1, 107845 - 1, 2ª Câm., rel. Des. Fortes Barbosa, j. 6.6.1989, v.u.
38. Veja que não é o fato de se exigir como requisitos o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* que irá caracterizar uma liminar como cautelar ou antecipatória do mérito. Este requisitos são apenas graus de cognição sumária do magistrado, vez que o traço distintivo entre uma e outra é que no primeiro caso apenas se cuida de assegurar o fim útil de um processo principal (execução ou conhecimento). Já no segundo caso, é o próprio pedido, mérito da lide que é provisoriamente antecipado. Neste ponto, é importante lembrar que, no mandado de segurança (individual ou coletivo), em decorrência do mister constitucional que alude a direito líquido e certo, mandamentais, é necessário que se comprove, de plano, a liquidez e certeza do fato que é garantidor do direito violado. Neste ponto, vê-se que nestas ações, o grau de cognição para a concessão de liminar, supera, em segurança, uma motivação mais profunda e completa do direito que deseja ser antecipado (sobre o tema ver item 4, do capítulo II, 2ª parte deste trabalho, no específico tópico do mandado de segurança coletivo ambiental).
39. No mesmo sentido ver Nery & Nery, ob. cit, p. 1037.

