

# TUTELA DE URGÊNCIA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DO MEIO AMBIENTE\*

Katia Dal Moro\*\*

## 1 INTRODUÇÃO

O direito ambiental é uma área relativamente nova do direito que se relaciona intimamente com vários outros ramos da ciência jurídica, como por exemplo, o direito constitucional, administrativo, penal e processual civil, e suas normas têm como principal objetivo a preservação do meio ambiente e dos recursos naturais.

Embora o meio ambiente saudável e a preservação dos recursos naturais sejam de suma importância, deve-se ter em mente que a necessidade de desenvolvimento econômico não permite tornar a natureza um bem intocável, sendo imprescindível às gerações futuras que se encontre um equilíbrio entre o progresso e a preservação das riquezas naturais.

Nesse contexto, nas diversas áreas de atuação e de conhecimento são desenvolvidos esforços para compatibilizar o crescimento econômico e social com a preservação dos recursos naturais, estando o direito a desempenhar papel de grande relevância nessa busca.

Antigamente, o direito tratava os bens resguardados pelo direito ambiental como *res nullius*, ou seja, bens não pertencentes a ninguém. Sendo que o Direito Romano oferecia como exemplos dos mesmos a água dos rios e oceanos, o ar atmosférico, dentre outros. Tais bens por não pertencerem a ninguém eram de livre acesso, não havendo responsáveis pela sua degradação. Hoje esses bens são considerados *res omnium*, pertencentes a todos, sendo bens de uso comum do povo (art. 225 da CF), merecendo a proteção da sociedade, cabendo a todos sua preservação.

O sistema jurídico clássico era centralizado na visão individualista do processo, utilizando um modelo, fundamentalmente, voltado para solução de situações de conflito entre interesses individuais, não possuindo capacidade para responder adequadamente aos anseios da sociedade moderna.

As profundas mudanças sociais e econômicas, ocorridas, principalmente, nas últimas décadas do século XX, com a crescente urbanização e industrialização, criaram uma sociedade de massa, aumentando a complexidade das relações de produção e de consumo e as agressões ao meio ambiente, com isso obrigando o sistema jurídico a se adaptar aos novos fenômenos sociais surgidos.

---

\*O artigo tem como base a monografia apresentada no Curso de Especialização em Processo Civil - Processo e Constituição da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

\*\*Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Processo Civil.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 65-87, jan./jun. 2005

Diante dessa nova realidade, a ordem jurídica passou a proteger de forma diferenciada os direitos metaindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos), criando novas formas de tutela ou aperfeiçoando o sistema, para torná-lo capaz de atender aos diferentes conflitos sociais criados.

Com essa visão, a partir da década de 1980, a legislação para tutela do ambiente passou a se desenvolver, primeiramente com a edição da Lei 6.938/81, a qual ao definir a Política Nacional do Meio Ambiente, estabeleceu pela primeira vez no País uma hipótese de ação civil pública ambiental.

Posteriormente foi promulgada a Lei 7.347/85, a qual cria um mecanismo de defesa dos interesses transindividuais, trazendo, sem dúvida, uma evolução ao nosso sistema jurídico, permitindo-se o acesso à justiça de certos interesses (coletivos, difusos e individuais homogêneos) que de outra forma permaneceriam num certo “limbo jurídico”, pois não possuíam um instrumento processual adequado para sua defesa.

A Constituição Federal de 1988, também é um marco nas reformas ocorridas, haja vista ter consagrado definitivamente vários direitos sociais, sendo para este trabalho importante destacarmos, o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental, essencial à sadia qualidade de vida, impondo sua preservação.

A efetivação desse direito constitucionalmente estabelecido deve ser buscada através da utilização de todos os meios jurídicos e processuais disponíveis, nesse contexto, destaca-se a ação civil pública que é o mais importante meio processual de defesa ambiental.

O manejo da ação civil pública, em particular para defesa do meio ambiente, revelou-se de inegável alcance e conteúdo social, bem como de grande efetividade, tornando maior a vinculação do direito processual ao direito material, haja vista que instrumento típico de efetivação do direito material conferido pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, resta demonstrado que a ação civil pública se coaduna perfeitamente com o princípio constitucional de acesso ao Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, garantindo a proteção aos interesse transindividuais, destacando-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e incluindo-se a defesa quando da ameaça de lesão ao direito. Com o acolhimento, expresso, da possibilidade de tutela do judiciário em caso de ameaça de lesão, é possível, o ajuizamento de demandas visando a evitar que o dano ocorra, o que no caso do direito ambiental, diante da freqüente irreparabilidade dos mesmos, é de suma relevância.

O fato de os danos ambientais serem reconhecidamente de difícil ou, em alguns casos, como no de extinção de espécies, de impossível reparação torna necessária a tutela desses interesses de forma preventiva e eficaz, sendo que essa efetividade da prestação jurisdicional é somente alcançada, muitas vezes, através da concessão de tutela antecipatória ou asseguratória de forma urgente, daí advindo a importância das tutelas de urgência na defesa do meio

ambiente.

A rapidez na prestação jurisdicional, mesmo que provisória, é de grande significância para a proteção do meio ambiente e efetivação do direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado.

Deve-se mencionar que o presente trabalho analisará somente as medidas de urgência em sede de ação civil pública para defesa do meio ambiente, sendo que a restrição do tema se deve a relevância dos interesses postos em causa, os quais face a sua indisponibilidade e imprescindibilidade, necessitam de uma intervenção rápida e efetiva conseguida por meio das tutelas cautelares e antecipatórias.

Nas ações civis públicas para defesa do meio ambiente, os provimentos antecipatórios e cautelares assumem peculiar importância, diante da possibilidade de prestação jurisdicional efetiva, alcançada através da rápida atuação do ordenamento jurídico.

Assim, as medidas de urgência são de grande utilidade porque fazem cumprir com um dos princípios basilares do direito ambiental, o princípio da prevenção, onde mais vale prevenir o dano ambiental que remediá-lo, haja vista que em muitos casos este pode ser irreparável.

Nesse contexto, o presente trabalho será dividido em uma análise das tutelas de urgência (medida liminar, ação cautelar e antecipação de tutela) em sede de ação civil pública para defesa do meio ambiente, suas características distintivas e assemelhadas, bem como a possibilidade de fungibilidade entre essas medidas, no entanto não se objetiva esgotar o assunto, mas apenas iniciar o estudo de alguns tópicos relevantes ao tema.

## **2 TUTELAS DE URGÊNCIA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **2.1 Ação Cautelar (art. 4º da Lei 7.347/85)**

A lei da ação civil pública prevê em seu texto duas possibilidades de obtenção de tutela de urgência, uma pleiteando-se a medida cautelar (art. 4º), inclusive de cunho satisfativo, como se verá a seguir, e também a liminar (art. 12), a qual adianta os resultados práticos da futura sentença, ambas com idêntica finalidade de salvaguarda dos interesses postos em juízo. No entanto, deve-se frisar que são situações diversas, pois “a ação cautelar será proposta, de regra, quando o risco de lesão que se pretende evitar necessite de medida de urgência que não poderia esperar pela preparação mais criteriosa que exige a petição inicial da ação principal (ação civil pública), seja porque os elementos de prova ainda não estejam à disposição do titular da ação, seja porque demanda a sua propositura maiores estudos. Ao revés, se o titular já tiver todos os dados suficientes para a propositura da ação, presente a situação de urgência, deverá requerer a liminar que alude o art. 12 da Lei 7.347/85. O que pode parecer verdadeiro malabarismo para justificar a previsão legal de uma espécie cautelar

---

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 65-87, jan./jun. 2005*

satisfativa – de trânsito restrito na doutrina - acaba se justificando ante a impossibilidade de se propor de imediato a ação principal, quando se poderia requer a liminar antecipatória (satisfativa)”<sup>1</sup>.

A medida cautelar terá, ao contrário do que possa parecer, grande utilidade mesmo com a previsão de antecipação de tutela, pois existirão casos em que esteja sendo praticada ou exista ameaça de prática de conduta lesiva ao meio ambiente e o representante do Ministério Público, por exemplo, ainda não tenha concluído o inquérito civil. Nessa hipótese para não obrigar o autor a promover, de forma açodada, a ação principal, é mais conveniente a propositura de ação cautelar objetivando a paralisação de determinada atividade, sendo nesse caso medida cautelar típica, porque asseguratória e não satisfativa.

A ação civil pública embora seja, em verdade, uma ação de rito ordinário, admite a suspensão liminar do ato ou fato impugnado, podendo ser precedida ou acompanhada de medida cautelar nominada ou inominada, visando a impedir ou minimizar o dano ecológico. Contudo em virtude do advento da antecipação de tutela, e principalmente com o reconhecimento da fungibilidade entre os pedidos cautelares e antecipatórios, as cautelares incidentais perderam sua utilidade.

A tutela cautelar, conforme afirma Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>2</sup>, há de ser muito utilizada no campo dos interesses metaindividuais, em que muitas vezes o que interessa é a prevenção do dano e não sua reparação, esta tornada às vezes impossível ou ineficaz, como, por exemplo, na extinção de espécies. Essa ênfase dada à tutela judicial preventiva, em especial aos interesses relativos ao meio ambiente, é devida ao princípio da prevenção ou precaução, o qual é basilar nessa matéria.

As medidas cautelares “são providências que o juiz determinará, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, fruste a efetividade do mandamento jurisdicional principal, assim causando no direito da outra lesão grave ou de difícil reparação”<sup>3</sup>.

Entre as diferenciações da tutela cautelar e da tutela antecipada se pode afirmar que as cautelares se prestam a garantir o resultado útil de um processo que ainda será ajuizado (processo cautelar antecedente) ou a um processo já em curso (processo cautelar incidental), sendo assim, a ação cautelar é instrumental, não se justificando por si mesma. Nessa ação não há correspondência entre a liminar e o conteúdo da sentença que será proferida no processo principal.

Outra diferenciação está no grau do juízo de probabilidade para concessão da medida, pois o requisito do *fumus boni iuris* é bem mais tênue, menos intenso do que o requisito de prova inequívoca capaz de convencer da verossimilhança do direito alegado, exigido para a tutela antecipatória, sendo

<sup>1</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual de tutela antecipada: doutrina e jurisprudência de acordo com as leis nº 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 57.

<sup>2</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9.ed. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 262.

<sup>3</sup> FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In *Ação civil pública – lei 7.347/85 – 15 anos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 830.

que basta a visualização de um contorno do direito alegado para o deferimento de medida cautelar.

A principal nota de diferenciação da tutela cautelar para a tutela antecipada, no entanto é a satisfatividade da antecipação de tutela, na qual se antecipa total ou parcialmente os efeitos da sentença de mérito, enquanto a medida cautelar visa apenas assegurar a fruição futura de um direito, tendo função conservativa, pois está exclusivamente a serviço de viabilizar condições para a efetivação do comando sentencial a ser proferido no processo principal. Entretanto, o que deve ser considerado é a satisfação do direito objeto da lide (principal), o atendimento da pretensão de direito material vertida pelo autor. Sendo que a satisfatividade a que se alude é a de fato, não a jurídica, pois esta está intimamente relacionada com a definitividade do provimento. Se considerada a ausência de definitividade, tanto a tutela cautelar como a tutela antecipatória não seriam satisfativas, mas não se pode negar que a fruição do direito pelo autor, como decorrência da tutela antecipada, representa a satisfação, ainda que provisória, deste direito. De concluir-se, pois que a satisfatividade insita à tutela cautelar está atrelada à situação de perigo, não ao direito material posto em juízo, que somente alcançará satisfação na ação principal<sup>4</sup>.

Deve-se ter em mente que a afirmação de existência de cautelares satisfativas é uma contradição em termos, pois as medidas cautelares têm como uma de suas principais características estarem vocacionadas a assegurar o resultado útil do processo principal, conservando e garantindo o bem da vida em conflito, com aspecto meramente preventivo, não antecipando no plano substancial os efeitos da sentença. Portanto, é comum encontrar na jurisprudência e na doutrina a afirmação de que as medidas cautelares não podem ser satisfativas, no entanto esse fenômeno da satisfatividade esteve e está intimamente ligado às cautelares<sup>5</sup>.

A simples coincidência material não pode obstaculizar a concessão da medida cautelar, tendo em vista sua raiz constitucional, como forma de garantir o direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva e eficaz. Portanto, não se conceder a medida cautelar somente porque o efeito prático perseguido poderia coincidir com o decorrente do julgamento do mérito da causa, sem dúvida, conflitaria com o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, pois algumas vezes se faz necessário antecipar para, com isso, acautelar, ou seja, tornar possível a plena eficácia do processo principal.

Sérgio Ferraz reconhece a existência em sede de ação civil pública da possibilidade de cautelares satisfativas:

Logo em seu artigo 4º a lei 7.347/85 já alarga o âmbito de ação cautelar, fazendo-a mais profunda, no campo da ação civil pública.

<sup>4</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual de tutela antecipada: doutrina e jurisprudência de acordo com as leis nº 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 97.

<sup>5</sup> ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 97, p. 51-106, jan./março de 2000.

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 65-87, jan./jun. 2005*

É o que se colhe desenganadamente de sua previsão no sentido de que a ação cautelar possa, aqui, ter o fito de *evitar o dano*, cuja reparabilidade (este é o alvo principal consagrado no art. 1º do diploma), ao lado da recomposição do *status quo ante* (este o alvo basilar no art. 2º), constituem as metas desse precioso instrumento. É dizer, a ação cautelar na ação civil pública, em razão do ora examinado art. 4º se reveste inclusive de feição satisfativa, de regra de se repelir nas medidas dessa natureza<sup>6</sup>.

Arruda Alvim<sup>7</sup>, corroborando o pensamento de que nosso sistema admite medidas que acautelam satisfazendo, aí incluídas as prescritas nas disposições dos arts. 4º e 12º da Lei 7.347/85, afirma que mesmo sendo desaconselhável que, como regra, se concedessem medidas de natureza cautelar satisfativas, ou seja, que representassem providências práticas irreversíveis no mundo empírico, ainda assim, em casos extremos, justamente em virtude da raiz constitucional das cautelares, é que se deve ter presente e ser utilizado como auxílio para ponderadamente decidir, o princípio da proporcionalidade.

Elucidativa, nesse ponto, a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>8</sup>, ressaltando que:

[...] o art. 4º contém uma peculiaridade: a cautela não é apenas *preventiva*, como seria curial, mas pode conter um comando, uma determinação para um *non facere*, ou mesmo para um *facere*, tudo em ordem a 'evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor...' etc.; quer dizer, em nível preventivo, já se pode obter um provimento de conteúdo executório, v.g., o fazendeiro que ameaça atear fogo à floresta para implantar o seu *soi disant* 'projeto agropecuário' será impedido de fazê-lo; o industrial cuja empresa lança dejetos na atmosfera será constrangido, desde logo, a instalar os equipamentos antipoluentes; a companhia de pesca que recalitra em desrespeitar o período de desova dos peixes será proibida de fazê-lo, tudo em nível cautelar.

Poder-se-á dizer que nos casos acima apresentados a tutela cautelar se apresenta descaracterizada, colorida com matizes de uma ação de conhecimento, de conteúdo mandamental ou preponderantemente executivo. Não será de todo equivocada tal impressão, mas superiormente se dirá que se trata de uma cautelar cuja força coercitiva se faz necessária, a fim de que a tutela pretendida seja eficaz. É preciso que não se olvide que estamos em sede de proteção a interesses metaindividuais, não intersubjetivos: sendo assim, o que conta é evitar o dano, pois a reparação pecuniária não tem o condão de restituir ao *status quo ante*.

<sup>6</sup> FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In *Ação civil pública – lei 7.347/85 – 15 anos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 831-832.

<sup>7</sup> ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 97, p. 51-106, jan./março de 2000.

<sup>8</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9.ed. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 265.

Sendo por esse motivo muitas vezes imperioso que a cautelar possua cunho satisfativo<sup>9</sup>.

## 2.2 Medida Liminar Antecipatória (art.12 da Lei 7.347/85)

Os interesses postos em juízo através da ação civil pública, por sua relevância e diante da dificuldade de reparação ou recomposição, despertaram no legislador a necessidade de dotar o sistema de instrumentos de defesa que pudessem tornar a prestação jurisdicional o mais eficaz e efetiva possível, diante desse quadro, estabeleceu-se a possibilidade de concessão de liminar antecipatória.

Dispõe o art. 12 da Lei 7.347/85 que poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo, ou seja, o magistrado, em verdade, concede medida liminar, providência *in limine litis*, objetivando impedir ou paralisar a conduta ofensiva ao direito cuja proteção é perseguida. Deve-se entender esse dispositivo como autorizador de se conceder a liminar dentro da ação cautelar ou da ação civil pública principal<sup>10</sup>.

A medida liminar objetiva realizar, em vista das peculiaridades do interesse tutelado e do custo do procedimento comum, antecipadamente um direito. Tendo em vista que a demora na obtenção da tutela definitiva do direito, em muitos casos pode tornar o provimento judicial inócuo, os direitos que podem, *prima facie*, serem evidenciados devem ter uma tutela imediata, reputando-se injusta a espera do procedimento de cognição exauriente. Existem, ainda, como no caso da ação civil pública, procedimentos que são construídos com previsão expressa de tutela antecipatória, por se supor que os direitos que através deles devem ser tutelados, por sua própria natureza não podem suportar a demora da ordinaryidade, isto é necessitam de uma tutela preventiva<sup>11</sup>.

O disposto no art. 12 da Lei 7.347/85 deverá ser interpretado conjuntamente com o § 3º do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que exige para o deferimento de liminar a conjugação de dois requisitos, “a relevância do fundamento da demanda e o justificado receio de ineficácia do provimento final”, equivalentes ao *fumus boni iuris* e ao *periculum in mora*, essa interpretação conjunta se deve ao fato do art. 21 da Lei 7.347/85 estabelecer ser aplicável à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for cabível, o disposto no Título III da Lei 8.078/90, sendo esse título composto dos artigos 81 ao 104.

Essa liminar, embora possua requisitos mais brandos e diversos dos exigidos pelo art. 273 do Código de Processo Civil, constitui uma inequívoca modalidade de antecipação de tutela, constituindo-se em esforço do legislador

<sup>9</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9.ed. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 266.

<sup>10</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigos lei 7.347, de 24.07.85*. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 334.

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. E a efetividade do direito de ação? *Revista forense*, Rio de Janeiro, v. 336, p. 137-143, out.-nov.-dez. 1996.

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 65-87, jan./jun. 2005*

de 1985 em disciplinar modalidades de provimento jurisdicional de urgência para melhor tutelar o direito material<sup>12</sup>.

O texto legal afirma que o juiz *poderá* conceder mandado liminar, no entanto tal expressão não deve ser entendida como faculdade do juiz, pois presentes os pressupostos da medida deverá este concedê-la, não havendo discricionariedade a respeito.

Deve ser registrada, ainda, a possibilidade levantada por Galeno Lacerda<sup>13</sup>, defendida também por Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>14</sup>, de ser concedida a medida liminar *ex officio*, em virtude da natureza indisponível dos direitos da sociedade tutelados por ação civil pública, mais uma diferenciação com relação a antecipação de tutela prevista no art. 273 do CPC, que exige pedido expresso da parte para concessão da medida. Essa posição é contrariada por Hugo Nigro Mazzilli<sup>15</sup>, que afirma poder o juiz nas ações coletivas e na ação civil pública impor multa para assegurar o cumprimento da decisão independente de pedido, mas depender de requerimento do autor para conceder liminar ou antecipação de tutela.

Embora possa o juiz, salvo posições em contrário, conceder a medida liminar independentemente de pedido da parte, sua decisão deverá obrigatoriamente ser fundamentada, respeitando ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, possibilitando a parte prejudicada recorrer da decisão.

Merece uma pequena nota o disposto no § 1º do art. 12 da Lei 7.347/85, o qual estabelece a possibilidade de suspensão da execução da medida liminar. Condicionando a suspensão a necessidade de evitar “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”, no entanto para que o Presidente do Tribunal efetive essa suspensão mister exista prova robusta, concreta da ocorrência das situações amparadas pela norma, principalmente tomando por base os interesse em conflito.

Sérgio Ferraz<sup>16</sup> considera “altamente criticável a previsão da possibilidade de suspensão da liminar pelo Tribunal em ação civil pública”, assim se manifestando:

a suspensão da liminar, por autoridade diversa da que a concedeu, é constitucionalmente inadmissível, à vista dos princípios norteadores da função jurisdicional, bem como das garantias do contraditório, da ampla defesa e, particularmente, do devido processo legal. O fato de estar esse tremendo poder nas mãos solitárias do presidente da Corte para a qual o feito deverá subir em recurso, aliado à circunstância de decidir ele sem audiência de qualquer interessado na manutenção do decisório cuja suspensão

<sup>12</sup> VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. 5.ed. São Paulo: Editor Atlas S.A., 2001. p. 79.

<sup>13</sup> LACERDA, Galeno. Ação civil pública e meio ambiente. *Revista AJURIS*, v. 43, julho de 1988, Porto Alegre.

<sup>14</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 339

<sup>15</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos* coletivos. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 259.

<sup>16</sup> FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In *Ação civil pública – lei 7.347/85 – 15 anos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 836-837.



se requer, somente torna mais aguda a inaceitabilidade dessa espúria ablação da função jurisdicional regular. Se a liminar for deferida com desprezo a outros interesses supostamente mais relevantes, o remédio não é sua cassação de cima para baixo imposta, mas seu ataque, seja pela via recursal, seja por mandado de segurança, seja, enfim, por outra ação, eventualmente apta para o fim colimado.

A possibilidade de aplicação subsidiária à tutela antecipatória em ação civil pública das disposições contidas no art. 273 do Código de Processo Civil é indubitável, face ao disposto nos artigos 19 da Lei 7.347/85, 90 da Lei 8.078/90 e 272 do Código de Processo Civil. No entanto, deve-se mencionar que não haveria qualquer vantagem ou interesse do autor da ação civil pública em pleitear a tutela antecipada com base no inciso I do art. 273 do CPC, cujos requisitos são mais rigorosos dos que os exigidos pela Lei 7.347/85.

Relativamente à tutela antecipatória punitiva, prevista no inciso II do art. 273 do CPC, por não haver previsão expressa nem no Código de Defesa do Consumidor, nem na lei da ação civil pública seria perfeitamente possível sua aplicação sempre que houver abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Interessante mencionar, ainda, que embora as disposições do CPC sejam aplicáveis subsidiariamente, o disposto no art. 461, § 3º, do CPC, o qual contém previsão de antecipação de tutela relativamente às obrigações de fazer e não fazer, é inaplicável a ação civil pública, devendo ser utilizado, se for o caso, a disposição contida no art. 84, § 3º, do CDC, o qual em verdade é a matriz do dispositivo do CPC. A aplicação primeiramente do CDC às ações civis públicas (e somente subsidiária do CPC) se deve ao fato de o CDC ter como objetivo a defesa de interesses transindividuais, através de ações coletivas, enquanto a base do CPC são os conflitos individuais.

### **2.3 Antecipação de Tutela (art.273 do CPC)**

Interessante lembrar que a antecipação de tutela surgiu, embrionariamente, em dois textos legislativos voltados para a defesa de interesses metaindividuais, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 84) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, art. 213), o que demonstra a aplicação desse instituto na defesa dos direitos transindividuais, haja vista que se baseou em normas voltadas a garantia de interesses outros que não os meramente individuais.

A antecipação de tutela, introduzida pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, passou a integrar todo o sistema jurídico pátrio e constituiu-se na mais expressiva modificação legislativa ocorrida na época.

Antes da universalização da antecipação de tutela, através da reforma ocorrida em 1994, conforme bem analisado por Kazuo Watanabe<sup>17</sup>, a inexistência de instrumento processual adequado para a tutela dos direitos não patrimoniais, somada a lentidão da Justiça, estimulou a criatividade dos operadores do direito, que se utilizavam intensamente da ação cautelar inominada como meio de obtenção da tutela antecipada postulada ou a ser postulada na ação principal, dessa forma ocorreu um desvio e exagero na utilização da ação cautelar inominada, que passou a ser usada para obtenção de provimento satisfativo, e não meramente acautelatório.

A diferenciação da tutela antecipada para a medida cautelar está na natureza das liminares, pois a antecipação dos efeitos da tutela, ainda que fundada na urgência (art. 273, inciso I, do CPC) tem como finalidade adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, dispondo sobre o direito material objeto da lide.

A disposição contida no art. 273 do CPC, trata-se de provimento que antecipa efeitos executivos que poderão decorrer da futura sentença de procedência, ou seja, antecipa a fruição, mesmo que em caráter provisório, do bem da vida que o autor visa obter com a demanda proposta<sup>18</sup>, sendo que seu conteúdo deve guardar identidade com o conteúdo da tutela definitiva, ainda que parcialmente. Tendo como possibilidades de sua aplicação quando houver prova capaz de convencer da verossimilhança do direito alegado e existir fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (inciso I) ou ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II).

Relevante, no entanto, é a questão da aplicação do instituto da antecipação de tutela, como previsto no art. 273 do CPC, nos casos em que o procedimento legal já estabeleceu a possibilidade de concessão de liminar antecipatória, como é o caso da ação civil pública. Tendo a lei 7.347/85 previsto em seu art. 12 a liminar antecipatória, conforme anteriormente explicitado, pelo princípio da especialidade deve prevalecer a lei extravagante, exceto no concernente aos pontos em que a lei especial não cogita da liminar antecipatória ou quando ausentes os requisitos específicos autorizadores da medida.<sup>19</sup>

Aplicável que seja a antecipação de tutela no âmbito da ação civil pública, essa técnica processual, no entanto, deverá ser empregada com cautela e moderação, pois se está em campo diverso do plano da jurisdição singular, em que as partes trazem posições jurídicas individuais, atuando no campo da jurisdição coletiva, na qual o autor da ação na verdade é o representante adequado de certas “massas de interesses”, concernentes a segmentos da sociedade civil e onde os efeitos do julgado se projetam, conforme o caso, *ultra partes* ou

<sup>17</sup> WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 e 461 do CPC). *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 66, p. 160-190, março de 1996.

<sup>18</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 88, p. 173-178, out./dez. 1997.

<sup>19</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual de tutela antecipada: doutrina e jurisprudência de acordo com as leis nº 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 49.

*erga omnes* (art. 16 da Lei 7.347/85 com redação dada pela lei 9.494/97)<sup>20</sup>.

No que tange à aplicação do instituto da tutela antecipada à ação civil pública, alguns autores, como, por exemplo, José dos Santos Carvalho Filho<sup>21</sup>, fazem uma diferenciação afirmando que é necessário distinguir entre pedido condenatório e pedido constitutivo, sendo neste último cabível a tutela antecipada. Relativamente aos pedidos de natureza condenatória, de regra, seria incabível a antecipação de tutela, pois, para o autor citado, embora possam estar presentes os requisitos da presunção de veracidade, o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso do direito de defesa, se afigura praticamente impossível preencher o requisito da prova inequívoca, haja vista que as controvérsias que dizem respeito à interesses difusos e coletivos, dentre eles os relativos à proteção do meio ambiente, são caracterizadas pela complexidade, exigindo significativo suporte probatório para possibilitar ao juiz formar seu convencimento objetivando à solução do litígio. Devendo ser dada, ainda, maior ênfase à observância dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Além disso, deve-se mencionar que será incabível a antecipação dos efeitos da tutela quando houver o risco de ser irreversível eventual dano à outra parte, podendo ocorrer situação inversa, ou seja, o juiz tentando evitar o dano a uma das partes, antecipando a tutela causaria dano irreversível à outra, devido a isso deve o julgador cuidar para que a antecipação de tutela não seja causa de dano irreversível à parte.

A diferenciação acima não pode ser considerada com a finalidade de indeferimento de antecipação de tutela em ações civis públicas, pois primeiramente, o requisito da “prova inequívoca” não deve ser interpretado de forma tão rígida devendo ser considerada a que baste para o convencimento a respeito da verossimilhança da alegação, conforme bem esclarecido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>22</sup> quando se refere à tutela antecipada:

Nesta, impõe-se a prova inequívoca, vale dizer, clara, sem jaça, evidente, mas quanto baste para o convencimento da *probabilidade* da alegação e não de sua certeza (a certeza, aliás, em direito processual é sempre relativa, como sabido). Assim, tanto pode atender ao modelo legal um começo de prova por escrito, como a justificação prévia. A cognição, portanto, continua sendo incompleta, não exauriente: nada impede, por exemplo, que no curso do processo venha a ser provado que aquela determinada alegação fática, a princípio considerada evidente, não corresponda exatamente à realidade.

<sup>20</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 9.ed. São paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 126.

<sup>21</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigos – lei 7.347, de 24.7.85*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 107-108.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Aspectos da reforma do Código de Processo Civil: alcance e natureza da tutela antecipatória. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 84, p. 11-17, out./dez. de 1994.

Teori Albino Zavascki<sup>23</sup>, também, esclarece que o requisito da prova inequívoca, presente no art. 273 do CPC, deve ser analisado conjuntamente com a verossimilhança da alegação, ou seja:

[...] a antecipação de tutela de mérito supõe *verossimilhança* quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) *certeza* quanto à verdade dos fatos. [...] Assim, o que a lei exige não é, certamente, prova de verdade absoluta - , que sempre será relativa, mesmo quando concluída a instrução – mas uma prova robusta, que, embora no âmbito de cognição sumária , aproxime, em segura medida, o juízo de probabilidade do juízo de verdade.

Importante ressaltar que a necessidade de prova robusta para propiciar ao julgador formar sua convicção para conceder a tutela antecipada em matéria ambiental, embora, em alguns casos, seja de difícil elaboração, deve ser levado em consideração o princípio da prevenção ou da precaução, tendo como uma de suas características, apontada por Paulo Afonso Leme Machado<sup>24</sup>, que:

[...] em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica, expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção.

Portanto, a dificuldade de apontar provas seguras da existência de risco para o meio ambiente em determinado caso, não pode ser utilizada como empicílio à concessão de antecipação de tutela.

No que concerne a irreversibilidade do provimento antecipatório, este, também, não deve ser tido como um entrave à concessão da antecipação de tutela de mérito em matéria ambiental, pois os interesses protegidos devem ser sopesados, haja vista que a “tutela jurisdicional que chega quando o dano ambiental já ocorreu perde, no plano da garantia dos valores constitucionalmente assegurados, muito, quando não a totalidade de sua relevância ou função social”<sup>25</sup>.

Transcreve-se, também, elucidativa lição de Teori Albino Zavascki<sup>26</sup> quando se refere a determinação contida no § 2º do art. 273 do CPC, que veda a concessão da antecipação de tutela se houver perigo de irreversibilidade da medida:

[...] a vedação inscrita no citado § 2º deve se relativizada, sob pena de comprometer quase por inteiro o próprio instituto da antecipação de tutela. Com efeito, em determinadas circunstâncias, a reversibilidade corre algum risco, notadamente quanto à

<sup>23</sup> ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 76.

<sup>24</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 62.

<sup>25</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glosário*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, p. 879.

<sup>26</sup> ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação de tutela*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 97.

reposição *in natura* da situação fática anterior. Mesmo nestas hipóteses, é viável o deferimento da medida desde que manifesta a verossimilhança do direito alegado e dos riscos decorrentes da sua não fruição imediata. Privilegia-se, em tal situação, o direito provável em relação ao improvável.

Acresça-se, ainda, a relevância dos direitos em juízo, e a conseqüente necessidade de o julgador avaliar, no caso concreto, se a irreversibilidade do provimento é motivo suficientemente forte para que deixe de conceder a tutela.

Deve-se ter em mente, também, que nem sempre os bens jurídicos em disputa são qualitativamente iguais, possuindo mesma valoração. Diante dessa, desigualdade valorativa e com base no princípio da proporcionalidade é permitido ao magistrado ponderar, no caso concreto, estando presentes os pressuposto de concessão da medida, da não aplicação do disposto no § 2º do art. 273 do CPC, mesmo que isso signifique proteger uma das partes colocando em situação de irreversibilidade a outra<sup>27</sup>.

Para Sérgio Ferraz<sup>28</sup> a tutela antecipada possui superioridade, em termos de conveniência para o interesse público, sobre a medida cautelar e o mandado liminar, pois através desse pronunciamento podem ser adotadas providências mais consistentes do que as ensejadas por uma decisão liminar ou cautelar. Dando o seguinte exemplo:

Pense-se, por exemplo, em ação civil pública voltada à cessação de uma atividade de desmatamento de uma floresta de preservação permanente, na qual se busque, também, a imposição de uma obrigação de replantio. A execução desta, por força da tutela antecipada, gozará de uma feição de utilidade bem mais estável do que a tutela de efeitos idênticos que se obtivesse por liminar (na própria ação civil pública ou em cautelar a ela conectada) ou em medida cautelar.

Destaca-se, ainda, que no plano da ação civil pública o raciocínio dos operadores do direito deve ser pautado, primordialmente, pela imperiosidade de uma efetiva tutela ao interesse transindividual objetivado, sendo cabível a antecipação de tutela.

### 3 FUNGIBILIDADE DAS MEDIDAS DE URGÊNCIA

A partir do momento em que foi proibido ao particular a autotutela de seus direitos, o Estado tomou para si a titularidade da prestação jurisdicional, comprometendo-se a de forma imparcial solucionar os conflitos existentes, buscando a pacificação social.

<sup>27</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 60

<sup>28</sup> FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In *Ação civil pública – lei 7.347/85 – 15 anos*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 837.

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 65-87, jan./jun. 2005*

A substitutividade, com ânimo de imperatividade, é uma das características mais marcantes da tutela jurisdicional e consequência imediata do monopólio da jurisdição exercida pelo Estado, dessa forma se faz necessário que a atuação do Estado-juiz não signifique qualquer forma de perda ou de prejuízo para a expectativa que o jurisdicionado tem, legitimamente, no direito material.

Em verdade um dos grandes adversários da efetividade processual é o tempo, pois muitas vezes o lapso temporal necessário para o desenvolvimento normal do processo, até a obtenção do provimento, constitui óbice à tutela do direito. Não sendo admissível que a demora no processo possa vir a tornar ineficaz ou inútil a tutela jurisdicional. Sendo que em muitos casos a justa solução do litígio, conforme José Roberto dos Santos Bedaque<sup>29</sup>, exige atividade urgente do juiz, que terá de dispensar o pleno conhecimento da relação substancial.

No tocante às tutelas de urgência, o que se pretendeu foi distribuir de forma mais eqüanime os ônus do tempo no processo. Como o lapso temporal para solução dos conflitos pode levar a situações de perigo de dano ou de lesão a direitos se buscou através da tutela antecipada e da medida cautelar dar um conteúdo mais concreto ao art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pois o indivíduo quando busca a tutela do Estado com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, objetiva a efetiva e tempestiva proteção aos seus direitos, porquanto a justiça tardia é fonte de injustiça social.

Nosso ordenamento jurídico, tendo por finalidade a convivência harmônica dos princípios da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição, ambos oriundos de disposições constitucionais e sem hierarquia entre si, autoriza a concessão de medidas de caráter provisório, que permitam superar situações de risco de perecimento do direito, com o mínimo sacrifício de ambos os direitos.

Objetivando solver ao conflito pode o juiz se utilizar de duas técnicas distintas, cautelar ou antecipatória, concedendo tutelas de urgência no intuito de minimizar os efeitos negativos do decurso do tempo no processo, harmonizando e dando condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica.

Como corretamente concluiu Teori A. Zavascki<sup>30</sup>:

[...] as medidas antecipatórias e as medidas cautelares têm um objetivo e uma função constitucional comuns: são instrumentos destinados a, mediante a devida harmonização, dar condições de convivência simultânea aos direitos fundamentais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição. E é nesta função instrumental concretizadora que ditas medidas legitimam-se constitucionalmente.

<sup>29</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 115.

<sup>30</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante*. *Revista de Processo*, v. 82, p 53-69.

A tutela de urgência é gênero no qual estão compreendidas as medidas cautelares e as medidas antecipatórias, as quais visam, além de harmonizar direitos fundamentais conflitantes, distribuir os ônus do tempo no processo, mantendo a efetividade do direito, principalmente, no que se refere a direitos não patrimoniais, dentre os quais destacamos o direito ao meio ambiente saudável, pois a estes não pode ser concedida apenas uma tutela reparatória, sendo necessário uma tutela jurisdicional capaz de impedir a ocorrência do dano.

Nesse contexto, surgiu a Lei nº 10.444/2002 que acresceu ao art. 273 do Código de Processo Civil o parágrafo 7º, cuja redação consagra a fungibilidade entre as medidas urgentes. Essa mudança legislativa, aclama a idéia de identidade dessas medidas, sejam elas antecipatórias ou asseguratórias, sendo ambas pertencentes ao gênero de tutelas urgentes, e teve a intenção de evitar que dúvidas relativas à natureza da tutela de urgência a ser requerida, pudessem comprometer a efetividade do processo<sup>31</sup>.

A distinção entre essas duas modalidades de provimentos de urgência (cautelar e antecipatório), embora seja em alguns casos difícil, é de todo evidente, haja vista que a medida cautelar é cabível quando for urgente assegurar o resultado útil do processo, ou seja, que o bem da vida objeto do litígio venha a ser entregue ao interessado, caso esse seja vitorioso na demanda. Já na antecipação de tutela há urgência na satisfação do direito afirmado, sendo coincidente o conteúdo da medida e a consequência jurídica resultante do direito material que o autor veio a juízo buscar.

Outro critério utilizável para a diferenciação entre tutela antecipada e tutela cautelar é verificar em que condições aquilo que se quer antecipar coincide ou não com o que se pretende ao final, havendo uma coincidência total ou parcial, o caso será de tutela antecipada. Não existindo a hipótese é de tutela cautelar<sup>32</sup>.

Desde a introdução da tutela antecipada no ordenamento jurídico, em 1994, a doutrina e a jurisprudência não conseguiram estabelecer um parâmetro objetivo de classificação para distinguir a tutela antecipada da tutela cautelar, não havendo unicidade em determinar quais características diferenciam uma espécie da outra.

Essa incerteza na distinção das medidas urgentes, no dia-a-dia do foro, iniciou por causar prejuízos aos jurisdicionados que passaram a ter seus pleitos indeferidos em virtude de questões meramente técnicas.

O reconhecimento da fungibilidade entre as medidas de urgência é fruto da compreensão, por parte do legislador, de que embora no campo doutrinário seja nítida a diferenciação técnica ou teórica entre as medidas cautelares e a antecipação de tutela, nem sempre o mesmo ocorre nas situações práticas levadas

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.205

<sup>32</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23.

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 65-87, jan./jun. 2005*

ao Poder Judiciário, havendo casos situados em uma zona cinzenta de difícil distinção.

Registra-se aqui valiosa lição de J. C. Barbosa Moreira<sup>33</sup> que assim dispõe:

Não sei se vale a pena, aliás, insistir nessa preocupação de traçar uma linha divisória, absolutamente rígida, que separe esses institutos, como se tratasse de compartimentos estanques, de fronteiras sem nenhum poro. De algum tempo para cá, venho tendendo a convencer-me de que, por vezes esse tipo de preocupação é fútil, porque no Direito, como na vida as distinções nem sempre refletem contraposições; o direito e a vida são realidades que se desenvolvem e se estruturam gradualmente, sem essa obsessão por muros opacos que separem, de maneira radical, um compartimento do outro. A própria ciência processual reconhece hoje que muito do que se tentou fazer em matéria de distinção rigorosa, de quase que separação absoluta entre institutos, na verdade, constituía uma preocupação metodologicamente discutível e, em certos casos, francamente equivocada, porque há sempre uma passagem gradual de uma realidade a outra, e quase sempre se depara uma espécie de zona de fronteira, uma faixa cinzenta, que nem o mais aparelhado cartógrafo saberia dizer com precisão em qual dos dois terrenos estamos pisando.

A intenção do legislador ao criar uma espécie de fungibilidade entre a tutela antecipada e cautelar é clara, objetiva que ninguém mais seja impedido de litigar em função de uma discussão importante no plano teórico, mas de pouca significância no dia-a-dia forense. Em nada diferindo, aliás, do que o art. 12, *caput*, da Lei nº 7.347/85 sempre admitiu, ou seja, a possibilidade de concessão de mandado liminar no bojo da ação, sem prejuízo do ajuizamento de uma ação cautelar preparatória referida no art. 4º do mesmo diploma legal<sup>34</sup>.

A redação dada ao parágrafo 7º é a seguinte: “Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado”.

Diante desse texto, alguns juristas admitem apenas a possibilidade de, caso pleiteada medida cautelar como se fosse tutela antecipada, concedê-la considerando que seus pressupostos ou requisitos constituem um *minus* em relação aos que autorizam a antecipação de tutela, sempre que a medida possa ser examinada com base no poder geral de cautela do juiz, no bojo do processo de conhecimento, não haveria óbice em deferi-la<sup>35</sup>. Tendo em vista que os requisitos para concessão da antecipação de tutela são mais rigorosos (verossimilhança do direito alegado e *periculum in mora*) que os das cautelares

<sup>33</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação de tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. *Revista de Processo*, nº 81, p. 201.

<sup>34</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 123.

<sup>35</sup> VAZ, Paulo Afonso Brum. *Manual de tutela antecipada: doutrina e jurisprudência de acordo com as leis nº 10.352/01, 10.358/01 e 10.444/02*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 100.

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 65-87, jan./jun. 2005*



(*fumus boni iuris e periculum in mora*), vigoraria o princípio de quem pode o mais pode o menos.

Outro argumento utilizado para admitir-se somente a fungibilidade de mão única<sup>36</sup>, seria a inexistência de autorização para a utilização de procedimento cautelar objetivando a obtenção de provimento satisfativo, principalmente em razão das peculiaridades do procedimento cautelar, mais singular do que o procedimento comum de conhecimento, sendo esse incompatível com a pretensão satisfativa<sup>37</sup>.

Essa opinião também é expressada por Humberto Theodoro Júnior<sup>38</sup> quando afirma que não se pode tolerar manobra para transmutar medida antecipatória em medida cautelar, visando alcançar tutela preventiva, sem observar os pressupostos específicos mais rigorosos da antecipação de providências satisfativas do direito subjetivo em litígio.

No entanto, a maioria da doutrina visualiza nesse dispositivo uma “via de mão dupla”, ou seja, também quando feito um pedido a título de medida cautelar, o juiz estará autorizado a conceder a medida a título de antecipação de tutela, se esse for seu entendimento e os pressupostos estiverem satisfeitos. Não havendo fungibilidade em uma só mão de direção. Em direito, se os bens são fungíveis isso significa que tanto se pode substituir um por outro, como outro por um.<sup>39</sup>

Mesmo entendendo-se a fungibilidade expressa no parágrafo 7º do art. 273 do CPC como sendo de duplo sentido vetorial<sup>40</sup>, é necessário, para alguns autores, não se olvidar da necessidade de adaptar-se o procedimento indevidamente escolhido<sup>41</sup>, pois o que reconheceu o Código foi a fungibilidade apenas de pedidos. Ditos autores, entendem que no caso de ser requerida medida antecipatória via processo cautelar, estando, no entender do juiz, preenchidos os requisitos da tutela antecipada, deve ser concedida a medida, desde que este determine a conversão do procedimento para o rito comum, intimando o autor para que realize as devidas adaptações da petição inicial emendando-a antes da citação do réu.<sup>42</sup> Para outros juristas, no entanto, necessário seria somente realizar uma adaptação do requerimento formulado, inclusive para que a parte possa demonstrar a presença dos requisitos legais específicos da medida a ser concedida.<sup>43</sup>

<sup>36</sup> Também é encontrada a expressão fungibilidade “regressiva” se contrapondo a fungibilidade de mão dupla ou fungibilidade “progressiva”.

<sup>37</sup> JORGE, Flávio Cheim. DIDIER JÚNIOR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual: comentários às leis nº 10.317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 83-94.

<sup>38</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela de segurança*. *Revista de Processo*, v. 88. p. 29.

<sup>39</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92.

<sup>40</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 92.

<sup>41</sup> JORGE, Flávio Cheim. DIDIER JÚNIOR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual: comentários às leis nº 10.317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 83-94.

<sup>42</sup> No mesmo sentido DANTAS, Marcelo Busaglo. *Reflexos da nova reforma do CPC na ação civil pública ambiental. Aspectos processuais do direito ambiental*. José Rubens Morato Leite e Marcelo Busaglo Dantas (Coords.) Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 201-229.

<sup>43</sup> NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 653.

Deve ser observada, ainda, a existência de dúvida razoável e fundada quanto à natureza da tutela urgente postulada, ou para alguns a ausência de erro grosseiro na elaboração do pedido, não sendo permitido com a aplicação pura e simples do § 7º, eximir-se o requerente do preenchimento de requisitos indispensáveis a concessão da medida.

A admissão expressa do princípio da fungibilidade, nos casos de requerida a título de antecipação de tutela medida de natureza cautelar, demonstra a possibilidade de ser concedida medida cautelar no bojo do processo de conhecimento, dispensando o ajuizamento de ação própria, com isso, para alguns, denunciando a tendência de nossa legislação de unificação dos “processos”<sup>44</sup>. Isso traz como consequência a provável redução de processos cautelares autônomos, tornando admissível, de forma genérica, atividades cognitivas e cautelares no processo de conhecimento<sup>45</sup>.

Ressalte-se, também, o comentário de Cândido Rangel Dinamarco<sup>46</sup> declarando que a fungibilidade entre as tutelas de urgência:

[...] deve ser o canal posto pela lei à disposição do intérprete e do operador para a necessária caminhada rumo à unificação da teoria das medidas urgentes – ou seja, para a descoberta de que muito há na disciplina explícita das medidas cautelares, que comporta plena aplicação às antecipações de tutela.

Registra-se, ainda, que o disposto no § 7º do art. 273 embora não tenha aptidão para revogar o Livro III do CPC, tem tudo para determinar que suas normas caiam em desuso, pelo menos do ponto de vista prático. No entanto, com relação a ação cautelar prevista na Lei nº 7.347/85, esta permanecerá sendo utilizada de forma preparatória.

O que deve ser bem compreendido é que o equívoco da parte em formular o pedido não pode ser tido como fator para o indeferimento da medida mais adequada a situação em concreto, principalmente porque as tutelas de urgência visam a evitar que o direito fundamental da efetividade da prestação jurisdicional seja subjugado em situações de urgência e de direito aparente, as quais justifiquem a relativização do direito fundamental à segurança jurídica. Nesse aspecto conveniente observar que questões meramente formais não podem obstar à realização de valores constitucionalmente garantidos.<sup>47</sup>

No caso específico da ação civil pública para defesa do meio ambiente, deve ser reconhecido o duplo sentido vetorial da fungibilidade entre as medidas de urgência, principalmente tomando por base os interesses postos em causa, os quais não podem por meros equívocos formais serem prejudicados, devendo-

<sup>44</sup>JORGE, Flávio Cheim. DIDIER JÚNIOR, Fredie. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processual: comentários às leis nº 10.317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 83-94.

<sup>45</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 382

<sup>46</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 91.

<sup>47</sup>BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

se sempre priorizar sua tutela efetiva, com a observância do princípio da prevenção.

Deve-se ressaltar, também, que um dos argumentos levantados para considerar-se inaplicável a fungibilidade de mão dupla – requisitos mais rigorosos para concessão da antecipação de tutela -, no caso da ação civil pública é irrelevante, haja vista que com base nas disposições contidas no art. 12 da lei 7.347/85, os requisitos tanto para a concessão de medida cautelar como de medida antecipatória são os mesmos, ou seja, *fumus boni iuris e periculum in mora*, não havendo gradação com relação a demonstração dos requisitos para a obtenção da tutela de urgência do direito.

No entanto, a tutela antecipada pode ser concedida sem a ocorrência do requisito do *periculum in mora*, bastando que se conjuguem os requisitos da verossimilhança da alegação e do manifesto propósito protelatório do réu ou abuso do direito de defesa (art. 273, inciso II, do CPC) ou que haja, em alguma medida, pedidos, total ou parcialmente incontroversos (art. 273, § 6º, do CPC). Nestes casos, não é necessário que se comprove a urgência no deferimento da medida. Sendo esta a causa de muitos juristas negarem a possibilidade de conversão ou de fungibilidade entre as tutelas cautelar e antecipada.

No caso acima narrado, não há como admitir-se a fungibilidade, pois não existe correspondência de pressupostos, portanto, se uma petição inicial de ação cautelar descrever situação de abuso de direito de defesa do réu, o § 7º do art. 273 não deve ser aplicado. Isso, contudo, não significa que o magistrado não possa “indicar” ao interessado o caminho que deve ser tomado para esse mesmo fim<sup>48</sup>.

A fungibilidade de “mão dupla” existe naquelas situações em que concorrem os pressupostos comuns de uma e da outra, ou seja, há situação de plausibilidade (verossimilhança da alegação e *fumus boni iuri*) e necessidade de prestação jurisdicional urgente (*periculum in mora*).

#### 4 CONCLUSÃO

No presente estudo foram analisadas as tutelas cautelares e antecipada empregadas nas ações civis públicas para defesa do meio ambiente, seus requisitos específicos, diferenças e semelhanças, bem como examinada a fungibilidade entre as medidas de urgência.

Do exposto extrai-se que na ação civil pública para defesa do meio ambiente são de grande valia as tutelas de urgência, tendo em vista a importância dos interesses postos em causa e a necessidade de efetivação desses direitos.

A ação cautelar, prevista no art. 4º da Lei 7.347/85, permanece com sua aplicabilidade, principalmente nos casos em que não seja possível de imediato formular a inicial da ação, por falta de elementos, sendo, no entanto, urgente a atuação do judiciário para preservação dos bens jurídicos. Com a admissão em

<sup>48</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 128.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 65-87, jan./jun. 2005

nosso ordenamento da antecipação de tutela e, mais especificamente, com o reconhecimento da fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipatórias, as cautelares incidentais perderam sua utilidade, caindo em desuso.

No que tange à medida liminar antecipatória (art. 12, *caput*, da Lei 7.347/85), além de se tratar de procedimento especial, esta possui requisitos específicos mais brandos e diversos dos exigidos pelo art. 273 do CPC, sendo sua aplicação vantajosa ao jurisdicionado. Deve-se mencionar, também, outro traço distintivo que é a possibilidade de concessão da medida de ofício pelo juiz, presentes seus requisitos.

A tutela antecipada prevista no art. 273 do CPC é aplicável, subsidiariamente, à ação civil pública, no entanto, relativamente ao disposto no inciso I, não há vantagens em sua utilização, tendo em vista que os requisitos do art. 12 da Lei nº 7.347/85 são menos rigorosos. Quanto à tutela antecipada punitiva, prevista no inciso II do art. 273 do CPC, por não possuir disposição equivalente na lei da ação civil pública é útil e admissível seu emprego.

Em ação civil pública para defesa do meio ambiente é admissível a fungibilidade entre as medidas cautelares e antecipada. Devendo ser reconhecido o duplo sentido vetorial, haja vista que os requisitos estabelecidos para a concessão de mandado liminar são os mesmos utilizados para o deferimento de medida cautelar, ou seja, *fumus boni iuris e periculum in mora*. Além disso, a relevância do direito posto em causa exige uma atuação mais rápida e eficaz do judiciário.

Deve-se destacar que as tutelas de urgência, antecipatórias ou cautelares, têm uma aplicação relevante na ação civil pública para defesa do meio ambiente, pois tornam mais efetiva a prestação jurisdicional, prevenindo os danos e possibilitando a preservação dos recursos naturais.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Fungibilidade das medidas inominadas cautelares e satisfativas. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 272, p. 5-24, jun-2000.

ALVIM, Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. **Revista de Processo**, São Paulo, v.97, p. 51-106, jan-março 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

---

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 65-87, jan./jun. 2005*

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública: comentários por artigos lei 7.347, de 24.07.85**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

DANTAS, Marcelo Buzaglio. **Reflexos da nova reforma do CPC na ação civil pública ambiental. In: Aspectos processuais do direito ambiental**. José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglio Dantas (coords). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 201-229.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERRAZ, Sérgio. Provimentos antecipatórios na ação civil pública. In: **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2.ed. Édis Milaré (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIORILLO, Celso Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de. **Direito administrativo e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2004.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas Técnicas para o trabalho científico: Explicitação das normas da ABNT**. 13.ed. Porto Alegre: 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JÚNIOR, Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A nova reforma processual: comentários às leis n. 10317/2001, 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LACERDA, Galeno. Ação civil pública e meio ambiente. **Revista Ajuris**, Porto Alegre, v. 43, p.14, julho 1988.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

---

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 65-87, jan./jun. 2005*

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

\_\_\_\_\_. A Efetividade e o Direito de Ação? **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 336, p. 137/146, out-nov-dez 1996.

\_\_\_\_\_. Efetividade do processo e tutela antecipatória. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 706, p. 56-60, agosto 1994.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Proteção ambiental e ação civil pública**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 165, p. 1-10, jul-set. 1986.

MILARÉ, Édís. Direito do ambiente. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2000.

\_\_\_\_\_. Tutela jurisdicional do ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 676, p. 48-59, fevereiro 1992.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 81, p. 198-211, jan-março 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo cautelar. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 61, p. 175/182, julho 1994.

\_\_\_\_\_. Alcance e natureza da tutela antecipatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 84, p. 11-17, out-dez 1994.

\_\_\_\_\_. Perfil dogmático da tutela de urgência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 342, p. 13-28, abril-maio-junho 1998.

SANCHES, Sydney. O poder judiciário e a tutela do meio ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 706, agosto 1994.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. **A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia**. In: Aspectos processuais do direito ambiental. José Rubens Morato Leite e Marcelo Buzaglio Dantas (coords). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 230-275.

---

*RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 65-87, jan./jun. 2005*

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutelas de segurança. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 88, p. 9-30, out-dez 1997.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Manual da tutela antecipada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública**. 5.ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

WATANABE, Kasuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (art. 273 e 461 do CPC). **AJURIS**, Porto Alegre, v. 66, p. 160-190, março 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. Medidas cautelares e medidas antecipatórias: técnicas diferentes, função constitucional semelhante. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 82, p. 53-69, abril-junho 1996.

\_\_\_\_\_. Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 88, p. 173-178, out-dez 1997.