

A prova no processo coletivo ambiental e o novo CPC

Renata Alanís Abrahão

A prova no processo coletivo ambiental e o novo CPC

Governo do Estado do Amazonas

Wilson Miranda Lima

Governador

Universidade do Estado do Amazonas

Cleinaldo de Almeida Costa

Reitor

Cleto Cavalcante de Souza Leal

Vice-Reitor

editoraUEA

Maristela Barbosa Silveira e Silva

Diretora

Maria do Perpetuo Socorro Monteiro de Freitas

Secretária Executiva

Síndia Siqueira

Editora Executiva

Samara Nina

Produtora Editorial

Maristela Barbosa Silveira e Silva (Presidente)

Alessandro Augusto dos Santos Michiles

Allison Leão

Isolda Prado de Negreiros Nogueira Maduro

Izaura Rodrigues Nascimento

Jair Max Furtunato Maia

Mário Marques Trilha Neto

Maria Clara Silva Forsberg

Rodrigo Choji de Freitas

Conselho Editorial

Renata Alanís Abrahão

**A prova no processo coletivo
ambiental e o novo CPC**



Jamerson Eduardo Reis
Coordenação Editorial

Síndia Siqueira
Assistência Editorial

André Yukio Tanaka
Erick Cundiff
Samara Nina
Silas Menezes
Projeto Gráfico

Samara Nina
Diagramação

Bianca Vieira
Elise Mendes
Gabriel Lima
Wanessa Ramos
Wesley Sá
Revisão

Samara Nina
Finalização

Todos os direitos reservados © Universidade do Estado do Amazonas
Permitida a reprodução parcial desde que citada a fonte

Esta edição foi revisada conforme as regras do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Estado do Amazonas

A319p
2021

Abrahão, Renata Alanís, A prova no processo coletivo ambiental e o novo CPC
/ Renata Alanís Abrahão. - Manaus : Editora UEA, 2021.

185 p. : il.; 21 cm

ISBN 978-65-87214-88-7

Inclui bibliografias

1. Direito Ambiental - Brasil. . I. Título.

CDU: 349.6(81)

Editora afiliada:



*editora*UEA

Av. Djalma Batista, 3578 – Flores | Manaus – AM – Brasil
CEP 69050-010 | +55 92 38784463
editora.uea.edu.br | editora@uea.edu.br

SUMÁRIO

8	Prefácio
13	Introdução
	unidade 1
17	Direito ambiental como matéria de direitos supraindividuais
19	Crise ambiental e sociedade de risco
22	Estado de direito ambiental
26	O direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado
32	Dano ambiental
40	Princípios ambientais
51	A teoria do diálogo das fontes
	unidade 2
58	A defesa judicial do meio ambiente
61	O acesso à justiça e o meio ambiente
66	O devido processo legal e processo coletivo ambiental
70	A atuação do juiz
74	Aplicação subsidiária ou residual do código de processo civil
79	A prova

unidade 3

108	O ônus dinâmico da prova aplicado ao processo coletivo ambiental
111	Conceito de ônus da prova
118	A regra de distribuição adotada pelo código de processo civil de 1973
121	Inversão do ônus da prova
140	A teoria dinâmica dos ônus probatórios
160	Aplicação da dinamização do ônus da prova na tutela coletiva ambiental a partir da vigência do novo CPC com fundamento no princípio <i>in dubio pro ambiente</i> e na teoria do diálogo das fontes
166	Conclusão
170	Bibliografia
183	Sobre a autora

*Ao meu amado Raphael,
Aos meus filhos, Mário, Amanda e Miguel
Aos meus pais, José (in memoriam) e Célia,
Provas incontestáveis de amor incondicional*

PREFÁCIO

As discussões que permeiam as demandas jurídicas podem situar-se no conhecimento dos fatos ou no das normas.

Temos, assim, as chamadas “*questões de fato*” e “*questões de direito*”: estas últimas dizem respeito à interpretação e aplicação de enunciados jurídicos, ao passo que aquelas primeiras se referem a acontecimentos do “mundo do ser”, versando sobre sua ocorrência ou não.

Para a solução das lides que envolvem as denominadas “questões de fato”, um instituto se afigura como essencial: a *prova*.

Com efeito, nos precisos termos do art. 369 do Código de Processo Civil – CPC (Lei n. 13.105, de 16.03.2015), cabe às partes “provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa”. De nada adiantarão, pois, os argumentos empregados pelos litigantes na petição inicial ou na peça de defesa, se não estiverem sustentados em sólido arcabouço probatório.

A referida assertiva encontra-se consubstanciada no conhecido brocardo latino “*quod non est in actis non est in mundo*” – traduzido como “o que não está nos autos não está no mundo” – que procura traçar os contornos dos limites das provas que podem ser levadas em conta pela autoridade julgadora para proferir sua decisão: as constantes dos autos.

Neste sentido é o disposto no art. 371 do CPC: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido (...)”.

Surge, em tal contexto, a temática da “distribuição do ônus da prova”, que diz respeito à repartição jurídica da incumbência de produzir a estrutura probante relativa a cada evento a ser

demonstrado. Cada uma das partes a quem couber tal ônus deverá dele se desincumbir, trazendo as melhores provas para, nas palavras do art. 369 do CPC, “influir eficazmente na convicção do juiz”.

No direito brasileiro, a divisão do encargo de promover a produção de provas segue, como regra geral, a chamada “teoria estática”, que leva em consideração a posição do litigante da relação processual.

Assim, conforme o art. 373 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de sua pretensão, e ao réu, quanto à existência de fato obstativo –impeditivo, modificativo ou extintivo – do direito do autor¹.

Referida teoria, como se vê, decorre de regras fixadas na lei processual de modo apriorístico e abstrato, isto é, que não levam em consideração as *condições probatórias* de cada uma das partes.

Tal técnica, por conseguinte, tem o inconveniente de desconsiderar que a relação processual tende a ser um reflexo da relação de direito material e que tal circunstância pode acabar produzindo injustiça, ao fazer recair o ônus da prova sobre a parte processual mais vulnerável, assim considerada por não dispor das melhores condições de demonstrar os fatos constitutivos do direito por ela invocado.

Para evitar o quadro acima descrito é que foi concebida a denominada “teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova” – também conhecida como “teoria das cargas probatórias dinâmicas” –, que, em síntese, busca impor o peso do referido ônus a quem se encontre em melhores condições de arcá-lo. Com tal providência, objetiva-se produzir justiça, ao retirar o encargo de produzir determinada prova dos ombros de quem se encontra em manifesta debilidade de suportá-lo.

À luz da teoria da carga dinâmica da prova, atribui-se o ônus probatório a quem pode fazê-lo mais facilmente, retirando-o de quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.

Nesse sentido é o disposto no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078, de 11.09.1990), que, em seu inciso VIII, estatui como um dos direitos básicos do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente,

1 No mesmo sentido já dispunha o art. 333 do anterior Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11.01.1973).

segundo as regras ordinárias de experiências”. A existência de tal norma decorre da circunstância do consumidor, na relação de consumo, encontrar-se em posição de inferioridade econômica em relação ao fornecedor².

Ampliando tal possibilidade para além das demandas envolvendo direitos dos consumidores, o atual CPC dispôs em idêntico sentido no § 1º do seu art. 373, o que fez nos seguintes termos: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”³.

A aplicação da “teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova”, consoante se infere da leitura dos dispositivos legais transcritos, busca permitir maior flexibilização das regras do ônus de produção probatória, de acordo com o convencimento do juiz a respeito da situação particular das partes em relação à determinada prova.

Confira-se, nesse sentido, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, proferido quando ainda vigente o CPC/1973: “(...) a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la” (AgRg no AREsp 216.315/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª, j. em 23.10.2012, *DJe* 06.11.2012)⁴.

2 Por tal razão, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que empresa concessionária de serviço público “não tem direito à inversão do ônus da prova pelo Código de Defesa do Consumidor, porquanto não ostenta a qualidade de consumidor, mas de fornecedor do serviço” (REsp 1135661/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 16.11.2010, *DJe* 04.02.2011).

3 Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça já aplicava tal entendimento mesmo na vigência do CPC/1973, que, ao contrário do CPC/2015, não trazia disposição expressa a respeito: “Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso” (REsp 1286704/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 22.10.2013, *DJe* 28.10.2013). Também admitindo a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova: REsp 1189679/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, j. em 24.11.2010, *DJe* 17.12.2010; REsp 1135543/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. em 22.05.2012, *DJe* 07.11.2012.

4 No mesmo sentido: AgRg no AREsp 844.281/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, j. em 19.04.2016, *DJe* 27.05.2016. Ressalte-se que o STJ “somente tem admitido a aplicação do princípio

E é sobre a citada temática – mas aplicada especificamente ao processo coletivo ambiental – que versa a presente obra, que tenho o orgulho de prefaciar, de autoria da competente pesquisadora Renata Alanís.

Trata-se da adaptação, para o formato de livro, de sua brilhante dissertação de mestrado em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – de cuja banca examinadora tivemos a honra de participar –, elaborada sob a segura orientação do professor Dr. Paulo Fernando de Brito Feitoza, e cujo título original foi “A previsão da teoria dinâmica do ônus da prova no novo Código de Processo Civil e suas implicações ao processo coletivo ambiental”.

A jovem autora inicia sua obra situando, no contexto do direito ambiental, a questão da defesa judicial de interesses supraindividuais. Para tanto, parte da noção de “sociedade de risco” de Ulrich Beck e desenha um Estado de Direito Ambiental, assim caracterizado pela preocupação com a efetiva proteção jurídica do meio ambiente.

Defende Renata Alanís, devidamente amparada no princípio do *in dubio pro ambiente* e na teoria do diálogo das fontes, a necessidade de alteração de institutos eminentemente de direitos individuais para institutos processuais com uma feição publicista.

Sustenta a autora o emprego de mecanismos específicos e adequados para a tutela judicial dos interesses coletivos *lato sensu* em matéria ambiental, notadamente a aplicação da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova à luz do atual Código de Processo Civil, que entrou em vigor recentemente e que, por conseguinte, ainda demanda uma acurada reflexão sobre seus novos institutos.

Em matéria probatória, o vigente CPC pretendeu modernizar o processo brasileiro com a adoção expressa da teoria dinâmica (art. 373, § 1º), com o que se busca trazer justiça quanto ao exercício do direito⁵ à produção de provas, notadamente nos casos de relações – de direito material – desiguais.

da distribuição dinâmica do ônus quando a demanda possuir condições especiais em que o julgador necessitar reduzir as exigências probatórias normalmente reclamadas para formação de sua convicção” (AgRg no AREsp 700.626/RO, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. em 17.09.2015, Dje 24.09.2015).

5 Como bem observa Fabiana Del Padre Tomé, “o direito à prova implica a existência de ônus, segundo o qual determinado sujeito do processo tem a incumbência de comprovar os fatos por ele alegados, sob pena de, não o fazendo, ver frustrada a pretendida aplicação do direito material” (*A prova no direito tributário*. 2005, p. 222).

É nesse contexto que está inserida a presente obra, a qual, por tudo quanto foi aqui exposto, destina-se a ser reconhecida como um importante marco teórico relativamente ao tema da distribuição do ônus probatório no processo coletivo ambiental.

Manaus (AM), 4 de novembro de 2016.

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Doutor em Direito pela PUC-SP
Professor e Vice-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Amazonas

INTRODUÇÃO

Estamos em anos de modificações legislativas, a sanção da Lei 13.105/2015 que instituiu o Código de Processo Civil (CPC), cuja vigência inicia em 2016, trará mudanças substanciais para o âmbito processual.

Não obstante tenhamos o reconhecimento do microsistema processual coletivo, com suas regras processuais próprias, especialmente no que diz respeito ao ônus probatório, incluindo aí a possibilidade de sua inversão com fundamento no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), ou seja, por critério de verossimilhança ou hipossuficiência, e, em matéria ambiental, a possibilidade de inversão justificada pelos princípios da prevenção, precaução ou poluidor-pagador, o novo CPC pode influenciar a estrutura do processo coletivo ambiental a partir do momento em que adotar a teoria dinâmica do ônus da prova.

Embora, classicamente, o CPC seja subsidiário (ou residual) ao microsistema processual coletivo, a partir do princípio do *in dubio pro ambiente*, bem como da teoria do diálogo das fontes, a adoção do novo código como fonte primária ao tema probatório de processo civil pode dar, assim, maior efetivação do direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado. Neste sentido, este livro pode trazer para o direito processual ambiental uma mudança no paradigma probatório.

Na verdade, o maior beneficiário da produção de provas deve ser o meio ambiente, independentemente a quem se incumba o ônus de prová-lo. Surge, a partir dessa ideia, a teoria do “ônus dinâmico da prova”, adotada pelo novo Código de Processo Civil instituído pela Lei n. 13.105/2015. A questão que se abre, portanto, é a seguinte: Quais as implicações da adoção do novo CPC para o processo coletivo ambiental? Como o manejo probatório pode ser influenciado por tais mudanças?

Desvendada a problemática, este livro tentará responder a tais questionamentos, traçando seu estudo sobre a teoria dinâmica do ônus da prova, especialmente no que se refere às implicações, no plano do direito processual coletivo ambiental, de sua adoção pelo novo código de processo civil. Para tanto, construiremos as bases a partir do princípio do *in dubio pro ambiente* e da teoria do diálogo das fontes.

Por este caminho, buscamos com este livro proporcionar à academia jurídica um novo entendimento a respeito da distribuição do ônus probatório no processo coletivo ambiental, em razão da iminente vigência da Lei 13.105 de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil Brasileiro.

Após o capítulo introdutório, o segundo capítulo resgata institutos do direito ambiental, o surgimento da chamada sociedade de risco, atenta à crise ambiental e que representará as bases para a construção do Estado de Direito Ambiental, às vistas da dignidade da pessoa humana e seu desenvolvimento de forma ambientalmente sustentável como direito fundamental dessa nova formatação estatal. Neste mesmo capítulo, trata-se do dano ambiental, cuja observação revela-se preponderante para a matéria probatória, bem como os princípios que de algum modo serão suscitados no decorrer deste volume, quais sejam o princípio da prevenção, da precaução e poluidor-pagador, justificadores da inversão do ônus probatório, o princípio *in dubio pro natura (pro ambiente)*, que, associados à teoria do diálogo das fontes, induzirão o presente trabalho ao propósito final.

Debruça-se, no capítulo 3, sobre o tema da defesa judicial do meio ambiente, que diabos *ab initio* a ligação que a matéria probatória tem com o acesso à justiça, informado pelo devido processo legal, o que pode implicar inclusive nos mecanismos de distribuição do ônus da prova. Encerra-se o capítulo com o estudo do tema da prova em geral, desde o conceito de prova, a consagração do direito à prova como garantia fundamental constitucional, busca-se entender a finalidade, objeto, valoração probatória; abre-se um ponto para analisar o instrumento da tutela de urgência sob a ótica probatória na perspectiva da tutela ambiental, e, por fim, a postura do juiz frente à insuficiência de provas no âmbito do processo coletivo ambiental.

O quarto capítulo é reservado ao tema nuclear da obra. Reservamos algumas linhas para a apresentação do ônus da prova, bem como das regras de distribuições possíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a obra encaminha-se para uma nova

alternativa para a tutela judicial ambiental: a teoria dinâmica do ônus da prova. Primeiro são apontadas suas generalidades, em seguida, passa-se a sua previsão no novo CPC/2015 e, por derradeiro, enfrenta-se o desafio da possibilidade da adoção da teoria dinâmica do ônus da prova em processo ambiental em razão da vigência do novo CPC, ao entender sua adoção de maneira primária e não residual, norteado pelo princípio *in dubio pro natura* e invocando-se a teoria do diálogo das fontes.

Para o acesso à justiça ambiental, é imperativo que se garanta as condições, não só de direito material, mas também de direito processual, adequadas para o desenvolvimento do indivíduo em meio a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Para tanto, é necessária a criação de um ambiente jurídico apto a enfrentar a crescente complexidade e dinâmica dos conflitos jurídico-ambientais.

Em um desprezencioso seminário da disciplina “Defesa Judicial do Meio Ambiente”, ministrada pelo Professor Dr. Paulo Fernando de Britto Feitoza, em que fui incumbida de desenvolver, entre outros temas, a prova no microssistema processual coletivo, o que chamou a atenção foi a repercussão do ônus dinâmico e sua origem nos centros de estudos jurídicos argentinos, sob a liderança de Jorge Walter Peyrano, instigando-me a estudar o tema mais profundamente, e, posteriormente, escolhê-lo como objeto da dissertação, fonte do presente livro.

Possivelmente a perspectiva apresentada incrementará as matérias que envolvem o processo coletivo ambiental, de modo que a adoção da teoria dinâmica da prova pode ser uma terceira via para criar um processo mais favorável para concretização da justiça ambiental.

É importante destacar através desta obra a importância de um meio ambiente adequado no caso da opção da dinamicidade probatória, frente ao risco de dano e impossibilidade de reparação que envolvem geralmente o processo ambiental.

A abordagem, portanto, do tema probatório no processo coletivo ambiental reveste-se de fundamental importância notadamente para o contexto brasileiro, que discute atualmente as implicações da introdução da nova ordem processual civil no ordenamento jurídico brasileiro, ademais, está, ainda, em pauta, a discussão do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (2005) que, por sua vez, também acolhe a teoria como regra, diferentemente do CPC/2015.

Dessa maneira e com estas breves palavras introdutórias, deixa-se plantada a importância e a factibilidade deste livro, sobretudo a atualidade judicial, legislativa e doutrinária que circundam o tema, além da preocupação com uma construção teórica adequada e profunda que subjaz essa questão por vezes controversa, a fim de que sirva de subsídio não apenas para a comunidade acadêmica, mas para operadores do direito e também intérpretes da lei.

1

DIREITO AMBIENTAL COMO MATÉRIA DE DIREITOS SUPRAINDIVIDUAIS

A denominação “supraindividuais” é utilizada para caracterizar os direitos próprios da tutela do meio ambiente, quais sejam os direitos coletivos *sensu lato sensu*, estes constituem o gênero do qual os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são espécies.

Referente à importância de se tutelar esse direito, Ricardo dos Santos Castilho (2004, p. 7) ensina que a partir da sociedade massificada onde o lugar é para o coletivo podendo o homem enquanto indivíduo tratado isoladamente ser absorvido pelos grandes grupos em que se compõe a sociedade, emerge a necessidade de se tutelarem direitos nascidos nesse contexto coletivo, isto é, “os interesses difusos ou direitos de terceira geração que, sem a tutela ou tutelados de modo precário, merecem muita atenção”.

No plano interno, a norma que define os direitos coletivos *lato sensu* é uma norma que, embora contida no Código de Defesa do Consumidor, possui caráter geral:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

- I - Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II - Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990).

Contudo, neste capítulo observar-se-á que para se ter um acesso efetivo à justiça, é necessário o reconhecimento de instrumentos diferenciados a esta categoria, a fim de se garantir uma prestação jurisdicional eficiente, principalmente mecanismos processuais.

Sob o aspecto do direito adjetivo os interesses transindividuais, ou de grupo, são caracterizados não apenas pelo fato de serem compartilhados por diversos titulares individuais reunidos pela mesma situação jurídica ou fática, sobretudo pela circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à justiça seja substituído por um processo coletivo “mais do que isso, é que não apenas deve ser apto a evitar decisões contraditórias, como ainda deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido de uma só vez, em proveito de todo grupo lesado” (MAZZILI, 2006, p. 48).

Portanto, ao se reconhecer a existência de direitos supra individuais, é necessária a implementação de instrumentos adequados a fim de se imprimir efetividade à prestação jurisdicional.

CRISE AMBIENTAL E SOCIEDADE DE RISCO

O direito processual tem passado por reformas justificadas pelo uso que o legislador faz do instrumento processual para combater os novos riscos surgidos a partir da pós-modernidade, especificamente aqueles que atentam contra o meio ambiente.

Afirma-se, neste ponto, que a sociedade atual é caracterizada como uma sociedade de risco, expressão cunhada por Ulrich Beck (1998) em sua publicação *La Sociedad del Riesgo Hacia una nueva modernidad*⁶. Os riscos, para Beck, norteiam os principais instrumentos da sociedade pós-moderna no tocante ao controle das consequências do industrialismo e do capitalismo.

Na doutrina brasileira, José Rubens Morato Leite e Patrick de Araújo Ayala trazem para o debate jurídico e ambiental nacional a questão do risco. Para Leite (2012, p. 157- 158), a Teoria da Sociedade de Risco representa “a tomada de consciência do esgotamento do modelo de produção, sendo esta marcada pelo

⁶ Utilizamos, aqui, a edição espanhola. Na versão original, em alemão, a obra intitula-se *Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne*.

risco permanente de desastres e catástrofes”. Portanto, segundo Leite (2012, p. 158), “a Sociedade de Risco é aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental”.

É no contexto da sociedade de risco que apresentam os conceitos elaborados por Beck: “A irresponsabilidade organizada, o estado de segurança e a explosividade social” (LEITE & AYALA, 2002, p. 12). Somos forçados a lidar com a ameaça conhecida da catástrofe, das situações de perigo, sem que tenhamos responsabilidade, no sentido que somos revestidos por um estado de invisibilidade que impede que se busquem as origens e consequências dos riscos e perigos, o que propulsiona a chamada irresponsabilidade organizada.

O ser humano sempre conviveu com várias ameaças, mas, no decorrer da história da sociedade, vem tentando controlar os riscos possíveis, particularmente no direito ambiental, pode-se observar essa tentativa de controle através dos princípios da prevenção e precaução.

A sociedade de risco, na leitura de Anthony Giddens (2007, p. 453), possui duas dimensões. A primeira tem relação com a extensão da análise da individualização. A segunda é, conforme Giddens (2007, p. 454), “uma das principais fontes dessa insegurança”. Trata-se da escala e da difusão crescentes dos riscos ambientais decorrentes da produção industrial.

Ulrich Beck (2007, p. 4) se concentra nos riscos que foram criados na sociedade moderna:

Os riscos da sociedade de risco não são nem os resultados externos, forças naturais, nem de comportamento desviante, mas da sociedade, geralmente de base tecnológica, possuidora de objetivos legítimos e valorosos. Outros dramas humanos - pragas, fome e desastres naturais, o poder de aparecimento de deuses e demônios - pode ou não ter igualmente o potencial destrutivo de mega-modernas tecnologias em periculosidade. Eles diferem essencialmente dos “riscos” em meu sentido, uma vez que não são baseadas em decisões, ou, mais especificamente, as decisões que incidem sobre as vantagens e oportunidades técnicoeconômicas e aceitar os riscos simplesmente como o lado escuro do progresso. Este é o meu primeiro ponto: os riscos presumem serem industriais, ou seja, técnico-econômico, decisões e considerações de utilidade. Eles

diferem de ‘danos de guerra “por sua” natureza, ou mais precisamente, a sua origem pacífica no centro da racionalidade e prosperidade com as bênçãos dos garantes da lei e da ordem. Eles diferem de desastres naturais pré-industriais por sua origem na tomada de decisões, o que é, naturalmente, conduzido por indivíduos, mas nunca por organizações inteiras e grupos políticos (Tradução livre).

Nesse sentido, os riscos de hoje aparecem como resultados de lutas passadas, e os resultados tornam a sociedade mais complexa. Estes são os diferentes tipos de riscos em comparação com o que era conhecido no passado.

Nesta esteira, em razão dos adventos e conhecimentos da modernidade, a felicidade passou a ser atrelada ao progresso e ao desenvolvimento. O incremento da razão científica, o avanço tecnológico, o progresso da medicina, o aumento da produção, a supremacia do sistema econômico e o hiperconsumo passam a fazer parte do cotidiano humano. Porém, as promessas da evolução tecnológica e científica não foram cumpridas em sua plenitude.

Com a modernidade, e em substituição à promessa infundável de felicidade, houve um significativo aumento nos danos ambientais; novas pragas e doenças passaram a preocupar o homem, propagando-se o individualismo exacerbado e o apego ao materialismo, sem olvidar o crescimento das diferenças socioeconômicas em uma escala nunca antes registrada, entre tantas outras mazelas.

Leite (2012, p. 159) assinala que toda noção do risco nos leva a “pensar o meio ambiente de forma diferente, superando o modelo jurídico tradicional”, do que se deduz que “o risco, atualmente, é um dos maiores problemas enfrentados quando se objetiva uma efetiva proteção jurídica do meio ambiente”.

José Rubens Morato Leite (2012, p. 159) conduz seu raciocínio acrescentando que é possível o dano ambiental projetar suas consequências no futuro sem certeza e controle de seu grau de periculosidade, e cita como exemplos os danos anônimos, os cumulativos, os invisíveis, o efeito estufa, a chuva ácida e muitos outros, não só a geração presente, como também, e principalmente, as gerações futuras, são vitimadas.

Mais além, Annelise Monteiro Steigleder (2011, p. 121), por seu turno, avalia a implicação da sociedade de risco e sua relação com o dano, neste sentido, esclarece que

(...) a preocupação com o futuro e a percepção da existência dos riscos invisíveis que fala Beck, típicos da sociedade de risco, demandam uma ruptura com o requisito da atualidade do dano, presente com relação aos danos individuais impostos por uma degradação ao ambiente. Se naquele âmbito já se revelavam as dificuldades de tais requisitos, com ainda maior intensidade os problemas se evidenciam quanto aos ecológicos, em que vige, como regra, uma situação de irresponsabilidade organizada, definida pela proliferação de normas ambientais com acentuado efeito simbólico, mas pouca potencialidade de implementação.

A respeito da função que o Direito Ambiental exerce na sociedade de risco, Leite (2012, p. 161) esclarece que este finda por exercer um papel representativo, atuando “diante da necessidade de uma efetiva proteção do meio ambiente”, porque é produzida uma realidade figurativa na qual a sociedade é mantida confiante e tranquila em relação aos padrões de segurança existentes, em razão da falsa impressão, criada pela manifestação representativa do sistema jurídico ambiental, de que há uma completa assistência ecologia por parte do Estado.

Por fim, Leite & Ayala (2002, p. 20) sugerem que “o Estado deve lidar com a crise ambiental, ciente das circunstâncias diferenciadas que a caracterizam, a partir de um modelo de riscos”.

A partir destes elementos, Leite & Ayala (2002) apresentam e caracterizam o Estado de Direito Ambiental, ressaltando o imperioso “diálogo transdisciplinar”, que visa recuperá-lo da “solidão comunicacional”, que o posicionou como um “Estado incompleto”, para transformá-lo num “Estado integral”.

ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

A partir da chamada “crise ambiental”, tem-se o nascimento de um novo direito, o chamado “Direito Ambiental”. A construção de um Estado de Direito Ambiental parece ser uma “utopia realista” face às incertezas que atualmente vivenciamos, aparentemente de difícil consecução, dado o antagonismo entre a produção do capital e consumos existentes (LEITE & AYALA, 2002, p. 21).

Para formular um Estado de Direito do Ambiente, este, além de ser de Direito, tomando como indispensáveis as regras e princípios

para se enfrentar os desafios impostos pela sustentabilidade ambiental, deve também ser um Estado democrático, pois implica no diálogo e exige instrumentos de participação, e um Estado Social, com vistas à justiça social; deve também recortar-se como Estado Ambiental (CANOTILHO, 1995, p. 22).

Nos ensinamentos de José Manuel Pureza (1997, p. 15), no Estado Ambiental não há que se falar em mais ou menos intervenção na economia, na dicotomia entre Estado Social e liberal: o Estado Ambiental propõe-se a romper com tal duopólio e assim se define:

É um quadro de mais sociedade, de mais direitos e deveres individuais e mais direitos e deveres coletivos e menos Estado e menos mercantilização. Neste novo contexto, não é prioritário o doseamento entre público e privado, mas sim o reforço da autonomia (logo, dos direitos e as responsabilidades) individual e social frente à mercantilização e à burocratização.

Um “Estado de Direito Ambiental”, nos sentidos acima mencionados, tem a característica de garantir uma proteção do meio ambiente amparada preponderantemente pelo setor não estatal. Como registra Boaventura de Sousa Santos, “essa transformação a que aspira pressupõe a repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania individual e coletiva” (SANTOS, 1999, p. 63).

Corroboram esta linha de pensamento Fensterseifer & Sarlet (2010, p. 20-22), que nomeiam este Estado como sendo Socioambiental, o qual difere em sua essência do Estado Liberal, tendo este principalmente o escopo de assegurar a ordem jurídica, enquanto o Estado Socioambiental propõe-se a um papel ativo e promocional dos direitos fundamentais, especialmente no que diz respeito à tutela ambiental. Prosseguem os autores, concluindo que:

O Estado Socioambiental de Direito, longe de ser um Estado “Mínimo”, é um Estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento humano e social de forma ambientalmente sustentável.

Vicente Bellver Capella (1994, p. 248) acerca do Estado Ambiental defende que este é fundado em valores que incluem a dignidade universal dos direitos humanos, que engloba o reconhecimento e respeito à natureza, e incorpora “entre seus valores superiores o da

solidariedade, sendo estes o marco jurídico adequado para que os valores de liberdade e igualdade possam ser alcançados”.

Para Capella, a aplicação do princípio da solidariedade econômica e social é fator essencial da possibilidade de um Estado Ambiental de Direito, voltado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos mediante o controle jurídico no uso racional do patrimônio natural (CAPELLA, 1994).

Deste pensamento também comunga Javier Gonzaga Valencia Hernández (2011, p. 240-241), em sua tese de doutorado *El Derecho de Acceso a la Justicia Ambiental y sus Mecanismos de Aplicación en Colombia*, defendida na Universidade de Alicante (Espanha):

O Estado de Direito Ambiental se propõe como uma forma política de Estado, onde se reivindicam os valores e direitos que nos modelos políticos de Estado modernos – Estado de direito, Estado de Bem-Estar ou Estado Social -, não foram materializados, e sim, tão somente em favor de certos setores sociais, gerando exclusões e inequidades, entre elas a do proletariado no Estado Liberal de Direito, dos pobres sem propriedade no Estado de Bem-Estar, das mulheres e da natureza em todos eles. O Estado Ambiental, como forma superadora dos Estados Constitucionais de Direito e Estado Social de Direito, aplica os princípios de organização dos seres vivos, das comunidades ecológicas, gerando sinergias e uma rede de relações entre as comunidades humanas e entre elas e os ecossistemas, onde prevaleçam os princípios de solidariedade, cooperação, diversidade e dignidade (Tradução livre).

Vicente Capella (1994, p. 248) complementa que o Estado de Direito Ambiental é uma correção das deficiências do atual modelo: não pretende substituir o sistema axiológico moderno, mas sim, reestabelecer valores que se perderam com a modernidade.

Em consonância com Capella, Gerardo Ruiz-Rico (2000, p. 70-71) explica que o horizonte dado pelas características do Estado ambiental abre o campo a novas exigências constitucionais, sendo o princípio da sustentabilidade um dos seus fundamentos axiológicos basilares e na programação participativa a metodologia essencial de seu funcionamento.

Segundo Ruiz-Rico (2000, p. 70), o Estado Ambiental de Direito seria uma forma de Estado que figuraria em “um corte radical com respeito ao anterior fundamento economicista do Estado liberal-

social, onde tudo se limita à discussão sobre mais ou menos mercado sem presença do Estado” (Tradução livre).

O ponto é que os princípios da solidariedade e do desenvolvimento sustentável dão uma nova feição visando à construção deste Estado de Direito Ambiental e uma ruptura com modelos atuais, já conhecidos por todos, o qual será possível, nas lições de Leite & Ayala (2002, p. 28), a partir da “tomada de consciência global da crise ambiental e em face das exigências, sob pena de esgotamento irreversível dos recursos ambientais, de uma cidadania moderna e participativa”.

Assim, a mudança de comportamento é imperiosa e necessária para a configuração deste Estado, que exige mudanças estruturais em toda a sociedade – o que leva Boaventura de Sousa Santos (1999) a referir-se à sua efetivação como uma “utopia realista”.

Segundo Hernández (2011, p. 241), o Estado de Direito Ambiental abre espaços e mecanismos de decisões democráticas para a construção de consensos em matéria ambiental, envolvendo de maneira permanente, nestes cenários de participação popular, todos os atores (cidadãos, políticos, administradores) com vistas à construção de uma democracia real (não meramente formal).

Para isso, o autor adverte, “são necessárias transformações na estrutura da sociedade, as quais se destacam desde a ampliação do conceito de democracia e cidadania até uma compreensão de participação dos cidadãos de maneira real e efetiva” (HERNANDÉZ, 2011, p. 241).

Patrícia Bianchi (2010, p. 89) alerta que, antes da criação de um Estado de Direito Ambiental, é necessário reforçar a estrutura do Estado constitucional democrático, reconhecendo-se, acima de tudo, a legitimidade dos direitos fundamentais.

Ao tratar do Estado de Direito Ambiental, Bianchi utiliza da perspectiva sistêmica para construção do Direito ambiental: “o meio ambiente apresenta-se como um conjunto de elementos (ecossistemas) que apresentam vínculos ou relações que se desenvolvem, se transformam ao longo dos tempos” (BIANCHI, 2010, p. 82).

Dentre os principais objetivos do Estado de Direito Ambiental, Leite (2012, p. 178-180) destaca a possibilidade de maior compreensão do meio ambiente como objeto de estudo, o desenvolvimento do conceito de Direito Ambiental integrativo, o estímulo à formação de uma consciência ambiental, e o favorecimento à institucionalização de mecanismos mais compatíveis com a natureza frente à cultura da incerteza.

Pode-se adicionar a tais objetivos a juridicização de instrumentos capazes de garantir a efetiva proteção ao meio ambiente, como as técnicas probatórias, a fim de igualar a situação processual das partes.

O Estado de Direito Ambiental, formado a partir da busca pela solução da crise ambiental, tem como base jurídica o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado; sua representação de concepção fundamental de Estado, todavia, requer mudanças na estrutura da sociedade.

O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO

Ao inserir o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como base jurídica do Estado de Direito Ambiental, cabe, neste momento, delinear e estabelecer os contornos acerca do tema.

No que diz respeito aos conceitos do que seriam direitos fundamentais, cumpre destacar, numa síntese feita pelo Professor Paulo Victor Vieira da Rocha (2015, p. 131), que estes devem ser definidos quanto aos aspectos formal, material e procedimental, assim, internamente, “são direitos fundamentais todos aqueles arrolados no art. 5º da Constituição”, acrescidos a “todas as demais posições jurídicas que assegurem direitos subjetivos que sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição”.

Ao tratar de direitos, é necessário que se abra um parêntese para Norberto Bobbio (1992, p. 11-12), que esclarece em suas lições introdutórias que

(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

O direito ao meio ambiente também é reflexo das circunstâncias a que se refere Norberto Bobbio, ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração⁷.

7 Embora a autora particularmente prefira a expressão “dimensões de direito”, seguiu-se, aqui, a nomenclatura utilizada por Norberto Bobbio, na obra “A era dos Direitos”, prevista na bibliografia. Na defesa do termo “dimensão”, recorre-se a Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 55): “Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido

Bobbio (1992, p. 6) chama atenção para a emergência dos chamados direitos de terceira geração, “que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga”, e acrescenta: “O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”:

Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente.

Alexander Kiss (1983, p. 107) expõe que foi apenas nos anos finais da década de 1960 que a opinião pública começou a ter consciência da importância da conservação do meio ambiente, e tal movimento refletiu-se em vários campos, inclusive o jurídico, em tal grau que hoje se pode falar de um direito ao meio ambiente tanto em nível interno como em nível internacional.

Ao tratar da necessidade de se enunciar alguns princípios fundamentais nesta matéria, Kiss (1983, p. 107-108) propõe “o direito reconhecido ao indivíduo de ter um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado”. Ademais, insere a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, celebrada em Estocolmo, em 1972, da qual surgiu a Declaração de Estocolmo como base para a evolução que se iniciou no plano internacional como também em alguns países.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO - Princípio 1: O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente

de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão somente para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’.

para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1972).

Alexandre Kiss (1983, p. 108-109) não dissocia o direito ao meio ambiente dos direitos humanos, para o autor, há um vínculo entre os dois direitos que pode ser percebido neste princípio 1 da Declaração de Estocolmo.

Nos termos de Sandro Nahmias (2004, p. 232), o movimento foi captado pelo art. 225 da CRFB/88 ao estabelecer que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

Nahmias (2004, p. 232) prossegue seu pensamento, numa visão sistêmica do direito, concluindo que o homem, a natureza que o cerca, a localidade em que vive e o local onde trabalha devem ser considerados como parte de um todo e não como “compartimentos fechados”. Assim, o meio ambiente que a Constituição Federal quer ver preservado é aquele ecologicamente equilibrado, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (Art. 225, caput). Tais elementos

(...) não podem ser considerados como compartimentos fechados, senão como “átomos de vida”, integrados na grande molécula que se pode denominar de “existência digna”. Neste sentido, fica evidente o anacronismo da ideia que encara o meio ambiente, em especial o seu aspecto natural, como bem intocável, não passível de relativização mesmo se considerados os interesses do maior destinatário do direito ao seu equilíbrio: o homem (NAHMIAS, 2004, p. 232).

O direito ao meio ambiente sadio e equilibrado se eleva à condição de direito fundamental na medida em que entendemos que os direitos fundamentais não são apenas os dispostos no art. 5º da CRFB/88, na verdade, numa visão material dos direitos fundamentais, eles são pretensões descobertas a partir da perspectiva do valor da dignidade humana.

Luís Roberto Barroso (2002, p. 59), acerca da dignidade da pessoa humana, considera o mínimo existencial e os elementos que o constituem como padrão mínimo para uma existência digna a fim de se estabelecer aquele conceito:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos de direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

É a partir do princípio da dignidade humana que nasce, portanto, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado: o meio ambiente constitui um dos conjuntos de bens para que o homem viva nesse mínimo existencial, o mínimo para viver com dignidade.

O art. 5º, § 2º da CRFB/88 consagra os direitos materialmente fundamentais, através da cláusula de abertura do dispositivo em comento: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 118), ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais por não se incluir o art. 225 no rol do art. 5º da CRFB/88, ratifica seu caráter de direito fundamental:

O direito ao meio ambiente equilibrado integra, na realidade, o rol dos assim denominados direitos de terceira dimensão, cuidando-se de típico direito difuso, inobstante também tenha por objetivo o resguardo de uma existência digna do ser humano, na sua dimensão individual e social.

Através do voto do proferido pelo Ministro Celso Mello, no julgamento da ADI 3.540-MC/DF, em 01/09/2005, o Supremo reconheceu que direito ao meio ambiente é direito fundamental de terceira geração. Profere o voto:

Todos sabemos que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. (...) Dentro desse contexto, Senhor Presidente, emerge, com nitidez a ideia de que o meio ambiente constitui patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando-se como encargo irrenunciável que se impõe – sempre em benefício das presentes e das futuras gerações – tanto ao Poder Público quanto à coletividade em si considerada (ADI 3540 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006)

A doutrina considera tais direitos agregados aos difusos e coletivos, com base também no art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Além de seu caráter de direito fundamental, vale lembrar sua aplicabilidade imediata ou plena no ordenamento jurídico brasileiro, justificada pelo art. 5º, §1º, da CRFB/88, que assim determina: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Nas lições de Sarlet (2009, p. 274):

É necessário ter sempre em mente, por outro lado, que na base de todos os desenvolvimentos que hão de seguir se encontra o postulado otimizador da máxima eficácia possível, bem como a presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plenitude eficaz dos direitos fundamentais, decorrente na norma contida no art. 5º, §1º, da CRFB/88 da nossa Constituição.

Não há nenhum dissenso em reconhecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como integrante do rol de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, como se percebe através do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal:

A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – princípio da solidariedade. O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (Direito Cívico e Político) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF, T. Pleno, MS 22.164/ SP, Rel. Min. Celso de Mello, v. Unân., publicado no DJ 17.11.95, p. 39206).

O Professor Sandro Nahmias (2004, p. 246) promove em suas palavras o direito fundamental ao meio ambiente e como este deve orientar tanto a vida presente como a futura geração:

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado deve ser visto, enquanto direito humano, como elemento integralizador da esfera individual de cada ser ao seu campo político-jurídico, o qual qualifica os termos cidadãos, indivíduos e coletivo, respectivamente, como social, sujeitos de direitos e nação, bases para um futuro contrato social, idealizado na vigência e plenitude dos direitos humanos.

Fundados em um laço de solidariedade e fraternidade, os direitos de 3ª dimensão são constituídos pela proteção ao meio ambiente e todos os outros direitos que apresentam esse vínculo difuso, quase universal, como a paz mundial, patrimônio comum e desenvolvimento econômico.

A importância do reconhecimento ao meio ambiente sadio e equilibrado como direito fundamental é essencial para o cerne deste trabalho, possibilitando a releitura de diversos institutos fundamentais do processo civil clássico, sendo imprescindível a utilização deste sistema nas lides coletivas, posto que se torna o axioma central do processo coletivo ambiental.

DANO AMBIENTAL

Dentre vários aspectos, a prova incidirá sobre os fatos caracterizadores do dano ambiental, que por muitas vezes, podem ter diferentes origens que tornem difícil a demonstração probatória.

No que diz respeito ao meio ambiente, muitas dúvidas surgem. Quando, por exemplo, trata-se de provar o nexo entre o fato e o resultado danoso, demonstrações científicas frequentemente parecem não apresentar ainda uma resposta definitiva, tal como as verdadeiras causas de determinada contaminação de água em rio, o que conspira contra a certeza do dano ambiental. A prova, nesse ponto, terá um papel fundamental.

Conceito de dano

O conceito de dano, portanto, torna-se matéria imprescindível para a questão da prova em processo coletivo ambiental. Sergio Cavaliere Filho (2007, p. 70), a respeito da necessidade do dano em matéria de responsabilidade, preleciona:

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. -, o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haveria o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.

Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 37) ratifica o dano como elemento ou requisito essencial na etiologia da responsabilidade civil, trazendo as lições dos irmãos Mazeaud de que “entre os elementos constitutivos da responsabilidade civil, o prejuízo é o que menos suscita discussões, a tal ponto que a imensa maioria da doutrina se contenta com registrar a regra”.

A palavra dano tem sua origem na expressão latina *damnum iniuria datum*, sendo remetida à Lei Aquilia, aproximadamente no século III a.C.. Segundo Alvin Lima (1999, p. 21), “o *damnum iniuria datum* consistia na destruição ou deterioração da coisa alheia por fato ativo que tivesse atingido a coisa *corpore et corpori* ou escusa legal (injúria)”.

Vigorou por muito tempo a conceituação clássica de dano como sendo o decréscimo do patrimônio, no entanto, esta não é a melhor definição, posto que exclui a amplitude moral do dano, haja vista que, eventualmente, poderá inexistir a diminuição patrimonial.

Luciana Stocco Betiol (2010, p. 127) aborda a evolução do conceito de dano e aponta que, “diante das progressivas e novas circunstâncias sociais, esse conceito foi ampliado, prevalecendo a noção jurídica de dano, entendido como aquele que atinge bem reconhecido e protegido por lei”.

É o que se depreende, também, a partir da análise dos artigos 186 e 927 do Código Civil brasileiro:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (BRASIL, 2002).

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigada a repará-lo (BRASIL, 2002).

Acerca da amplitude da noção jurídica de dano, Luiz Edson Fachin (2001, p. 51), com base no pensamento de Carlos Fernández Sessarego, aponta para uma nova tendência no direito brasileiro; É a pessoa o centro, atualmente, do sistema jurídico, “de modo que se possibilite a mais ampla tutela da pessoa, em uma perspectiva solidarista que se afasta do individualismo que condena o homem à abstração”. O patrimônio perde da sua hegemonia, pois que sempre limitado pela dimensão coexistencial do ser humano, deixa de ser, pois o centro do Direito.

Essa ampliação é facilmente observada através do conceito de Cavalieri Filho (2007, p. 7), nos seguintes termos:

É a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é a lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Paulo de Bessa Antunes (2013, p. 539) conceitua o dano como o “prejuízo injusto causado a terceiro, gerando obrigação de ressarcimento”.

Pode-se observar que o ato ilícito não necessariamente está implicado no conceito de dano. Por esta razão, Fiorillo (2013, p. 57) chama atenção para o fato de “que inexistente, ao nosso ver, relação indissociável entre a responsabilidade civil e o ato ilícito, de forma que haverá dano mesmo que este não derive de um ato ilícito”, contrariando a norma contida no Art. 186 do Código Civil supracitado.

Ademais, Paulo de Bessa Antunes (2013, p. 539) sinaliza no sentido de nem todo dano ser ressarcível. Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 39), valendo-se das palavras de Atilio Anibal Alterini, afirma que “somente o é aquele que preencher certos requisitos: certeza, atualidade e subsistência”.

Afirmar que o dano deve ser certo significa que não deve haver dúvidas sobre sua realidade, conquanto que os fatores que dificultam consideravelmente a prova podem conduzir até mesmo à ausência de qualquer reparação.

O dano ambiental: conceito e dimensões

A partir da perspectiva de que o direito existe para a tutela do bem em todos os seus sentidos, inclusive no sentido moral, e, por outra via, de que o acesso ao meio ambiente sadio e equilibrado é um direito fundamental assegurado constitucionalmente, cabe, portanto, a tutela jurisdicional deste bem.

A Política Nacional do Meio Ambiente – Lei 6.938/1981 – trouxe a definição legal de meio ambiente, conceituando-o como o “Conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (BRASIL, 1981). Entretanto, não há, na legislação brasileira, definição do conceito do dano ao meio ambiente. A partir da noção de meio ambiente é que nascem, na doutrina, os conceitos de danos ao meio ambiente.

No plano do direito comparado, em sentido diverso, os países irmãos, Argentina e Chile, preveem em seu ordenamento o referido conceito. A lei geral do Ambiente da Argentina, “Ley Nacional n. 25.675”, em seu artigo 27, define dano ambiental como toda alteração relevante que modifique negativamente o ambiente, seus recursos, o equilíbrio dos ecossistemas, ou os bens ou valores coletivos (ARGENTINA, 2002). Por seu turno, a lei de bases ambientais chilena, “Ley n. 19.300”, estabelece em seu artigo segundo que, legalmente, deve-se entender por dano ambiental “(...) toda perda, diminuição, detrimento, menoscabo significativo inferido ao meio ambiente a um ou mais de seus componentes” (CHILE, 1994).

O meio ambiente é tutelado especialmente em função dos valores relacionados à qualidade de vida e à dignidade da pessoa humana. Leite (2007, p. 171) conclui no sentido de que “degradação da qualidade ambiental promove, além da lesão aos bens ambientais corpóreos, a violação de interesse difuso de natureza não patrimonial”.

Da ideia do meio ambiente analisado de maneira sistêmica – presente tanto nas definições de meio ambiente, degradação da qualidade ambiental e poluição, presentes na Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), como na Constituição da República, que considera o meio ambiente como bem jurídico autônomo, de titularidade difusa e cuja proteção é indispensável ao respeito da dignidade da pessoa humana – é que decorre, segundo Leite (2007, p. 171), “a caracterização do meio ambiente como macrobem; bem unitário, indivisível e de natureza imaterial, já que não se confunde com os microbens ambientais – estes sim, corpóreos – que o compõem”.

No mesmo sentido, Annelise Steingleder (2011, p. 168 e ss.), segundo a qual o bem jurídico ambiental é autônomo e “o dano ambiental jurídico é um dano contra o bem de uso comum do povo”, conclui que “o dano ambiental será a degradação do meio ambiente, como tal, independentemente das repercussões nas pessoas e nos seus bens”.

Segundo Paulo de Bessa Antunes (2013, p. 539), dano ambiental “é a ação ou omissão que prejudique as diversas condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica que permita, brigue e reja a vida, em quaisquer de suas formas”.

Paulo Affonso Leme Machado (2004, p. 323) traz o conceito de dano inserido na Convenção de Lugano⁸:

Art. 2. 7. Dano significa: a) a morte ou lesões corporais; b) qualquer perda ou qualquer prejuízo causado a bens outros que a instalação ela a mesma ou os bens que se achem no local da atividade perigosa e situados sob controle de quem a explora; c) qualquer perda ou prejuízo resultante da alteração do meio ambiente, na medida em que não seja considerada como dano no sentido das alíneas acima mencionadas, desde que a reparação a título de alteração do meio ambiente, excetuada a perda de ganhos por esta alteração, seja limitada ao custo das medidas de restauração que tenham sido efetivamente realizadas ou que serão realizadas; d) o custo das medidas de salvaguarda, assim como qualquer perda ou qualquer prejuízo causado por essas medidas, na medida em que a perda ou o dano previstos nas alíneas a e c do presente parágrafo originem-se ou resultem das propriedades de substâncias perigosas, de organismos geneticamente modificados ou de microrganismos, ou originem-se ou resultem de rejeitos.

Por fim, destaca-se o conceito trazido por José Rubens Morato Leite (2003, p. 104), o qual enuncia:

(...) o dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem.

O autor identifica três modalidades de dano ambiental quanto à amplitude do bem protegido, sendo: i) o dano ecológico stricto sensu, ou dano ecológico puro, que consiste na perturbação do patrimônio natural; ii) o dano ambiental propriamente dito, identificado na lesão ao meio ambiente lato sensu, relativos a todos os componentes do meio ambiente, inclusive o patrimônio cultural;

8 Convenção sobre a Responsabilidade Civil pelos Danos Resultantes de Atividades Perigosas para o Ambiente. Convenção aberta à assinatura dos Estados membros do Conselho da Europa, dos Estados não membros que participaram na sua elaboração e da Comunidade Econômica Europeia (União Europeia), em Lugano, a 21 de junho de 1993.

e iii) dano ambiental individual que envolve a lesão a interesses individuais, atinentes a microbens ambientais (LEITE, 2013, p. 93).

Com relação aos interesses que se objetiva tutelar, Leite (2003, p. 98) aponta duas dimensões: i) o interesse da coletividade, como titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e ii) o interesse particular individual.

Steingleder (2011, p. 105) atenta para o fato de que a alusão ao caráter público do dano ambiental

(...) não significa titularidade pública sobre os bens ambientais ou legitimação exclusiva do Estado para a propositura de ações em sua defesa, mas sim que se trata de lesão a um interesse público, de natureza difusa, visto que os bens de uso comum do povo restam afetados em sua quantidade e qualidade.

Concernente à extensão dos danos ambientais, Leite (2003, p. 97) assim os classifica: i) “patrimonial, o relativo à reparação ou indenização do bem ambiental lesado”; e ii) “extrapatrimonial, também denominado moral, referente às perdas de natureza não patrimonial suportadas pela coletividade ou indivíduo, em razão da degradação do meio ambiente”.

Steingleder (2011, p. 107 e ss.) trata as figuras anteriormente classificadas por Leite como dimensões material e extrapatrimonial do dano. Na dimensão material, a autora revela que, para reconhecimento do dano ambiental, é necessária a certeza do dano e que este seja pessoal e direto. “São situações que ultrapassam os limites das relações jurídicas de direito privado, pois a vítima é difusa e, frequentemente, a causa da degradação também tem origem difusa” (STEINGLEDER, 2011, p. 107).

A respeito da dimensão extrapatrimonial, Steingleder (2011, p. 139) aponta que a doutrina brasileira vem reconhecendo a existência do caráter extrapatrimonial do dano ambiental, a partir de uma subdivisão do dano moral em subjetivo e objetivo. Outrossim, acrescenta que

(...) o princípio da reparação integral do dano ao meio ambiente impõe a consideração da totalidade dos efeitos determinados pelo dano aos bens corpóreos do ambiente, pelo que deve ser acrescida ao custo das obras de recomposição do ambiente, a compensação in natura ou pecuniária pelo dano extrapatrimonial.

A configuração do dano é, portanto, de grande importância para o instituto da responsabilidade. Sua caracterização é imprescindível para reparação integral dos danos ambientais, tanto patrimoniais (coletivos lato sensu), quanto extrapatrimoniais. Tais institutos serão notadamente o objeto da matéria probatória.

A questão que se instala, no entanto, refere-se às dificuldades quanto às exigências para configuração deste dano, principalmente no quesito do ônus probatório, pois, tratando-se de possíveis danos ambientais, a prova, cuja carga resulta da aplicação do disposto no art. 6º, inciso VIII, da Lei 8078/90, e, subsidiariamente (ou residualmente), da regra estática contida no Art. 333 do Código Civil de 1972, deve ter um tratamento especial de forma a atender a sua finalidade: provar os fatos controvertidos e o nexo entre o dano e o fato.

Dano ambiental e sua difícil caracterização

A questão de comprovação da ocorrência do dano ambiental se coloca como um dos principais entraves para a sua reparabilidade no âmbito civil.

Observamos, na seção “Conceito de dano”, que o dano deve preencher determinados requisitos para ser ressarcível, quais sejam a certeza, a atualidade e a subsistência, sendo este, aliás, o paradigma tradicional da responsabilidade civil, que, nas palavras de Herman Benjamin (1998, p. 85), “pressupõe a possibilidade de o autor definir de maneira clara e precisa, quase matemática, a estrutura quadrangular *dano-nexo causal-causador-vítima*”.

O dano ambiental enquadra-se, no contexto da pós-modernidade, na sociedade de risco, sendo difuso e globalizado. Afirma Steingleder (2011, p. 23) que o dano ambiental “não encontra resposta no esquema tradicional de responsabilidade civil, fundada na culpa, com pressupostos específicos, tais como: a pessoalidade do dano, a sua certeza e atualidade”. Como bem lembra Herman Benjamin (1998, p. 85):

(...) a degradação ambiental tem, não raro, causadores plúrimos, quando não incertos (com múltiplas causas contribuindo para um efeito singular e causas singulares produzindo múltiplos efeitos), vítimas pulverizadas e por vezes totalmente anônimas, e dano de manifestação retardada ou de caráter cumulativo,

atingindo não apenas a integridade patrimonial ou física dos indivíduos, presentes e futuros, mas também interesses da sociedade em geral ou até a realidade abstrata do meio ambiente (dano ecológico puro).

A questão da prova se reveste de fundamental importância sobre o processo coletivo ambiental, posto que a necessidade de demonstrar a ocorrência de um dano certo e atual e a prova de um nexo de causalidade adequado e isento de dúvidas acaba frustrando a reparação das degradações ambientais e ensejando a sensação de “irresponsabilidade” de que trata Ulrich Beck (apud STEINGLEDER, 2011, p. 67). Na mesma esteira se posiciona Herman Benjamin (1998, p. 85):

Na origem desses problemas todos vamos sempre encontrar **obstáculos ligados à prova e ao ônus probatório**: da culpa, do nexo causal, do dano e dos sujeitos envolvidos. Numa dimensão com tal matiz, não deve, pois, conquanto erguido sob bases de um compromisso vitalício com a sorte das vítimas, surpreender a caracterização do Direito Ambiental (e da própria responsabilidade civil ambiental) como disciplina jurídica em eterna busca de formas e fórmulas capazes de superar a chamada prova diabólica, impeditiva da verdadeira justiça (*Grifo nosso*).

Na verdade, o maior beneficiário da produção de provas deve ser o meio ambiente, independentemente de a quem se incumba o ônus de prová-lo. “Diante da hipossuficiência das vítimas e da rigidez do sistema judicial ao exigir prova da certeza do dano, quanto à produção desta prova, o poluidor será beneficiado” (STEINGLEDER, 2011, p. 68).

No que tange ao dano moral (extrapatrimonial), considera-se suficiente à prova a comprovação do fato lesivo – e intolerável – ao meio ambiente. Leite (2007, p. 185) assevera que, frente às evidências fáticas da degradação ambiental intolerável, “deve-se presumir a violação ao ideal coletivo relacionado à proteção ambiental e, logo, o desrespeito ao direito humano fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

Trata-se, outrossim, de um dano *in re ipsa*, que se aperfeiçoa pela própria ocorrência do dano. Leite (2007, p. 185) salienta que “há que se atentar aos elementos que caracterizam o caso concreto e, diante deles, concluir se efetivamente foi lesado o aspecto da personalidade humana relacionado ao equilíbrio ambiental”.

Sendo assim, o problema da prova se concentra mais fortemente na dimensão patrimonial do dano, que, em um primeiro momento, passa pelo reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental, ao passo que um tratamento adequado para o tema da prova propulsiona um grande passo para a matéria da processual ambiental no Brasil, que caminha no sentido da construção do Estado Ambiental de Direito.

O ponto que vamos tratar mais especificamente adiante refere-se ao fato de que os mecanismos já existentes no microsistema processual coletivo em matéria ambiental de valoração dos ônus probatórios já seriam suficientes para a questão da prova na seara ambiental; assim, cumpre também observar quais as implicações do instituto ante a lei n. 13.105/2015, que institui o Código de Processo Civil Brasileiro e que, dentre outras modificações, altera a regra estática atual do âmbito privado e pode, neste sentido, favorecer o meio ambiente.

PRINCÍPIOS AMBIENTAIS

O direito ambiental, em razão de sua autonomia no âmbito da ciência jurídica, tem identificado os seus próprios princípios dirigentes que o fundamentam. Estão eles previstos, internamente, no art. 225 da CRFB/88.

Por uma questão metodológica, limitou-se, aqui, aos princípios que de algum modo serão contributos ao estudo do ônus probatório em sede ambiental – os princípios da prevenção, precaução e poluidor-pagador, que atualmente sustentam a possibilidade da inversão do ônus da prova em matéria ambiental, e também o princípio *in dubio pro ambiente*, cuja compreensão é *conditio sine qua non* para o tema.

A definição e aplicação dos princípios jurídicos

Hodiernamente, a temática que circunscreve o conceito de norma jurídica e a discussão sobre suas espécies (quais sejam regra e princípio) é palco de debates, sendo ainda distante um denominador acerca do objeto de sua disciplina (SILVA, 2003, p. 607).

Dentre os teóricos que abordam os princípios e as regras, destacam-se Ronald Dworkin e Robert Alexy, “representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios” (DWORKIN; ALEXY, 1993, p. 609).

A diferença entre estas duas espécies de normas seria de caráter lógico, em contraponto à teoria mais adotada no Brasil, onde se defende que a distinção entre ambas é de grau, seja ele de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Há, ainda, uma terceira via, cujos defensores alegam que não haveria utilidade em se fazer a distinção entre princípios e regras (DWORKIN; ALEXY, 1993, p. 609).

Luis Roberto Barroso (2013, p. 137) corrobora a distinção entre princípios e regras fundamentada, sobretudo, no critério da generalidade.

Ainda que de forma breve, mas por honestidade acadêmica, faz-se necessário tecer considerações sobre alguns pontos alertados pelo professor da Universidade do Estado de São Paulo, Virgílio Afonso da Silva, acerca de equívocos e impropriedades metodológicas que vêm sendo construídos, principalmente sobre a base teórica difundida por Robert Alexy em sua teoria dos direitos fundamentais (SILVA, 2003, p. 607).

A teoria de Dworkin parte de uma crítica à concepção de seu antecessor na Universidade de Oxford, Herbert Hart, o qual defendia que o Direito é um sistema de regras:

Dizer que uma determinada regra é válida é reconhecer que ela satisfaz todos os requisitos estabelecidos na regra de reconhecimento e, portanto, que é uma regra do sistema. Podemos em verdade dizer simplesmente que o enunciado de que uma regra particular é válida significa que satisfaz todos os critérios estabelecidos pela regra de reconhecimento (HART, 1963, p. 129).

Neste sistema composto exclusivamente de regras, Dworkin estabeleceu os primeiros traços da crítica a Hart ao afirmar que nem todas as normas jurídicas são regras precisas. Para Dworkin, na legislação e na prática jurídica existem, igualmente, princípios que têm estrutura e funcionamento diferentes das regras e que são aplicados diariamente pelos juizes nos casos fáceis e, especialmente, nos difíceis, “o juiz, nesses casos, cria direito novo” (*Apud* SILVA, 2003, p. 610).

As regras, segundo Dworkin, apresentam apenas a característica da validade, operam num sistema de “tudo ou nada”, de lógica binária; já os princípios, além da validade, possuem também a dimensão do “peso”, que será analisado no caso concreto (*apud* SILVA, 2003, p. 610). Portanto, de acordo com Dworkin, a diferença entre princípios e regras se encontra em um nível lógico.

Por sua vez, Robert Alexy (1993, p. 83) segue o raciocínio de Dworkin ao partir da ideia da distinção qualitativa, “lógica” e não de grau; tanto regras quanto princípios, vale dizer, são espécies de normas:

Tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas do mandato, a permissão e a proibição. Os princípios, igualmente às regras, são razões para juízos concretos de dever ser, mas razões de um tipo muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, pois, uma distinção entre dois tipos de normas (Tradução de Alexandre Trivisonno).

Os princípios são, segundo Alexy (2014, p. 87), “mandamentos de otimização” que ordenam que algo, segundo suas possibilidades fáticas e jurídicas, seja realizado na maior medida possível, em consequência, seu cumprimento pode ser verificado em graus diferenciados.

Dentre as diferenças apontadas entre as espécies normativas, destaca-se que as regras seriam de aplicação binária: dentro do tipo normativo, quando as características do antecedente da norma ocorrem, haveria apenas duas possibilidades, sua validade ou não, e, neste último caso, nenhuma medida resolveria o conflito. Já no caso do princípio, quando as características do antecedente da norma não determinariam necessariamente a decisão, e teriam estes princípios uma dimensão de peso (*dimension of weight*), apresentada em caso de colisão (ALEXY, 2014, p. 150).

Na doutrina nacional, sobressaltam as lições de Humberto Ávila. O professor Virgílio Afonso da Silva bem alerta sobre a rejeição de Ávila à ideia de princípios como mandamentos de otimização, “pois, segundo ele, nem sempre os princípios devem ser realizados ‘na máxima medida’” (SILVA, 2003, p. 619).

Humberto Ávila (2009, p. 35) fazendo alusão a Alexy, ensina que “Os princípios jurídicos consistem, apenas, em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas”.

Para Humberto Ávila, os princípios teriam assim uma “dimensão” finalística (ÁVILA, 2009, p. 69), ao contrário da “dimensão de peso” de Dworkin. Neste caminho, os princípios

possuem o atributo de “normas imediatamente finalísticas” (ÁVILA, 2009, p. 71), pois “os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante” (ÁVILA, 2009, p. 71).

José Rubens Morato Leite (2003, p. 184 e 186), apoiado no direito alemão de Alexy, afirma que “os princípios são abertos para serem ponderados e balanceados com outros princípios; as regras servem para ser aplicadas no caso concreto”. E finaliza, no tocante aos princípios, que, “dadas as exigências do Estado e justiça ambiental, não há como fugir de alicerçá-lo com base nos princípios de Direito Ambiental, indispensáveis a sua construção”.

Tais aspectos introdutórios se fazem pertinentes à medida que se deixa clara a adoção pela autora da teoria que divide princípios e regras, inclusive ao se eleger os princípios listados a seguir. No caso concreto, eles podem ter maior ou menor relevância, e sua sobreposição deve ser solucionada através das técnicas de ponderação, uma vez que trabalharemos com tensão de princípios e regras de direito ambiental e processo civil frente ao microsistema processual coletivo.

Princípio da prevenção

O princípio da prevenção, cuja origem remonta à Conferência de Estocolmo de 1972 e que está incluído no rol de princípios ambientais com a Declaração do Rio de 1992, diz respeito a evitar os danos através de instrumentos anteriores ao evento danoso. Enuncia o citado princípio, em sua segunda parte, grifada:

Princípio 15. (...) quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (ONU, 1992).

A Carta Magna brasileira expressamente adotou o princípio da prevenção, ao preceituar, no caput do art. 225, o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (FIORILLO, 2013, p. 60).

Paulo de Bessa Antunes (2013, p. 49) ressalta a importância de se deixar certo que “a prevenção de danos tal como presente no princípio ora examinado, não significa – em absoluto – a eliminação de danos”.

O princípio da prevenção, segundo Steingleder (2011, p. 68),

(...) supõe riscos conhecidos, seja porque previamente identificados no EIA, seja porque os danos já ocorreram anteriormente. Ou seja, o perigo abstrato foi reconhecido, transformando-se em perigo concreto; a decisão pela assunção do risco já foi tomada, impondo-se a adoção de medidas preventivas para evitar a produção do dano ou a sua repetição.

De acordo com Antunes (2013, p. 48), o princípio em comento é aplicado a “impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis”.

Leite & Ayala (2002, p. 62-63), no que concerne à prevenção, consideram que o princípio “se dá em relação ao perigo concreto”, e elencam, como “objetivo fundamental perseguido na atividade de aplicação do princípio da prevenção”, a “proibição da repetição da atividade que já se sabe perigosa”.

A sociedade tem caminhado para uma noção de consciência ambiental no sentido de proteger o meio ambiente, sem esquecer, por outro lado o desenvolvimento sustentável, procurando evitar os riscos oriundos das atividades poluidoras: este é o sentido do princípio da prevenção.

Importa adiantar que os princípios da prevenção e da precaução são utilizados como argumentos no sentido de se inverter o ônus da prova. Segundo Marchesan & Steigleder (2003, p. 23), a “internalização dos custos da atividade deve ser o mais abrangente possível, de molde a também comportar o custeio de provas a serem produzidas nas demandas sofridas pelo poluidor”.

Princípio da precaução

Paulo Affonso de Leme Machado (2004, p. 56) remete o nascimento do princípio da precaução (*vorsorgeprinzip*) ao direito alemão, onde estaria presente desde os anos 1970, ao lado do princípio da cooperação e do princípio do poluidor-pagador.

O princípio da precaução tem seu surgimento em nível internacional atribuído à Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, resultante da Conferência das Nações Unidas realizada no Rio de Janeiro em 1992, nos seguintes termos:

Princípio 15: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (ONU, 1992).

Paulo Affonso Leme Machado (2004, p. 56), mencionando Eckard Reh binder, acentua que “a Política Ambiental não se limita à eliminação ou redução da poluição já existente ou iminente (proteção contra o perigo), mas faz com que a poluição seja combatida desde o início (proteção contra o simples risco) e que o recurso natural seja desfrutado sobre a base de um rendimento duradouro”.

Solange Teles da Silva (2004, p. 78-79) faz uma abordagem a respeito da filosofia da precaução como uma ética da responsabilidade, com o objetivo de minimização e gestão de riscos. Neste sentido, consiste:

Numa ética das relações entre o homem, o meio ambiente, os riscos e a vida, encontra seu fundamento na consciência da ambiguidade da tecnologia e do limite necessário do saber científico. Se, por um lado, a pesquisa científica e as inovações tecnológicas trazem promessas, por outro, trazem também ameaças ou, pelo menos, um perigo potencial. Nesse sentido, algumas indagações podem ser feitas: tudo que é tecnicamente possível deve ser realizado? Há necessidade de se refletir sobre os caminhos da pesquisa científica e das inovações tecnológicas. O princípio da precaução surge, assim, para nortear as ações, possibilitando a proteção e a gestão ambiental, em face das incertezas científicas.

Frente à gestão de riscos e à necessidade do conhecimento a respeito de efeitos a longo prazo das tecnologias desenvolvidas, o princípio da precaução se revela sustentado por esta ética da responsabilidade.

Annelise Steingleder (2011, p. 68) aduz que o referido princípio “recomenda ponderação das preocupações ambientais e cautela diante de perigos desconhecidos, mas prováveis, recomendando estudos científicos que busquem a correta dimensão destes perigos”.

Se o princípio da prevenção se dá com relação ao perigo concreto, o princípio da precaução, por sua vez, é dirigido ao perigo abstrato⁹. Assim, revela-se pertinente fazer a distinção entre estes dois princípios, apesar de muitos autores os tratarem como sinônimos ou equivalentes.

Levando em consideração a relação que o princípio da precaução tem ao afastamento de perigo, à segurança das gerações futuras e, de igual modo, à sustentabilidade, Cristiane Derani (2008, p. 152) sustenta que

Este princípio é a tradução da busca da existência humana, seja pela proteção de seu ambiente como elo asseguramento da integridade da vida humana. A partir desta premissa, deve-se também considerar não só o risco iminente de uma determinada atividade como também os riscos futuros decorrentes de empreendimentos humanos, os quais nossa compreensão e o atual estágio de desenvolvimento da ciência jamais conseguem captar em toda densidade.

A Lei de Biossegurança, Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005, em seu art. 1º, faz referências expressas ao princípio da precaução para a proteção do meio ambiente:

Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, (...) e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente (BRASIL, 2005).

Quanto ao ponto específico deste trabalho, a aplicação do princípio da precaução é projetada pela inversão do ônus da prova, pois “envolve o deslocamento da responsabilidade da produção das provas científicas, através da aplicação do princípio da autorização prévia, para aqueles comportamentos ou atividades reputados a princípio, perigosos ou que inspiram maiores cuidados no controle da liberdade de atuação” (LEITE & AYALA, 2002, p. 69).

9 Celso Antonio Pacheco Fiorillo trata de forma comum os termos “princípio da prevenção” e “princípio da precaução”, não fazendo qualquer tipo de distinção, utilizando apenas a designação “princípio da prevenção”, genericamente.

Princípio do poluidor-pagador

Paralelamente ao crescimento da indústria e da tecnologia, tem-se os potenciais danos ambientais que tal modernização carrega consigo de forma a desequilibrar de algum modo o meio ambiente que habitamos: tal é o paradoxo da sociedade moderna, pautada no risco.

Diante da necessidade de conciliar o progresso e a proteção do meio ambiente, formula-se o princípio do poluidor-pagador. No Brasil, tal princípio está previsto na Lei 6.938/81, artigo 4º, cujo conteúdo prevê que a Política Nacional do Meio Ambiente visa “à imposição, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos” e “à imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de reparar e/ou indenizar os danos causados” (BRASIL, 1981).

Com o advento da Constituição de 1988, o princípio foi incorporado pelos parágrafos 2º e 3º do art. 225 da CRFB/88, que determinam o dever de reparação e obrigação de recuperação do meio ambiente:

§ 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, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 1988).

No âmbito internacional, a instituição do princípio do poluidor-pagador, em 1971, remete-se à atuação da Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico, que determina que os causadores de poluição devem pagar os custos da contaminação por ela provocada, perspectiva esta convalidada, em junho de 1992, com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, expressa no princípio 16 de sua Declaração:

Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar fomentar a internalização dos custos ambientais e o uso de

instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público e sem distorcer o comércio nem os investimentos internacionais (ONU, 1992).

Antunes (2013, p. 53), a respeito do princípio do poluidor-pagador, preleciona que seu objetivo é o de evitar o dano ao meio ambiente ou, ao menos, de diminuir-lhe o impacto, feito através da “imposição de um custo ambiental àquele que se utiliza do meio ambiente em proveito econômico”.

A finalidade do princípio, segundo Cristiane Derani (2008, p. 142), é a “internalização dos custos relativos externos de deterioração ambiental”.

Segundo Paulo Affonso Leme Machado (2004, p. 53), o princípio do poluidor-pagador implica onerar o poluidor pela potencialidade do dano ou pela sua ocorrência:

O uso gratuito dos recursos naturais tem representado um enriquecimento ilegítimo do usuário, pois a comunidade que não usa do recurso ou que o utiliza em menor escala fica onerada. O poluidor que usa gratuitamente o meio ambiente para nele lançar os poluentes invade a propriedade pessoal de todos os outros que não poluem, confiscando o direito de propriedade alheia.

A interpretação do conteúdo do princípio telado, conforme Annelise Monteiro Steigleder (2004, p. 195), deve se dar de modo extensivo, destacando-se sua feição preventiva e excluindo-se interpretações deturpadas de que este seja uma “autorização para poluir”:

O poluidor passa a ser o primeiro pagador, de modo que é obrigado a integrar plenamente, no seu processo de decisão, o sinal econômico que constitui o conjunto dos custos ambientais, de sorte que as subtrações quantitativas e qualitativas do ambiente ficariam a cargo da sociedade seja suportado pelos empreendedores da atividade como verdadeiros custos de produção, de tal modo que suas decisões acerca do nível de poluição situem a atividade num ponto mais próximo do socialmente ótimo.

Ao lado dos princípios da prevenção e da precaução, o princípio do poluidor-pagador também se reveste de fundamento

para a possibilidade da inversão do ônus da prova, posto que o poluidor deve arcar, inclusive, com a prova de que sua atividade não é lesiva ao meio ambiente.

Princípio *in dubio pro ambiente*

A par do que ocorre na seara trabalhista, onde se tem o “*in dubio pro operario*” (*pro misero*), ou no campo consumerista, onde temos “*in dubio pro consumptore*”, no campo do direito ambiental há uma tendência de que, na dúvida, prevaleça o interesse coletivo, o que se constitui no princípio “*in dubio pro ambiente*”, ou “*in dubio pro natura*”.

Dentro dessa concepção, com base em Canotilho, José Rubens Morato Leite e Germana Belchior (2008, p. 89) ensinam:

É viável a utilização do *in dubio pro ambiente* ou interpretação mais amiga do ambiente, expressão esta utilizada por Canotilho, o que não acarreta em uma visão radical na defesa do meio ambiente. Aponta o doutrinador lusitano que o princípio da interpretação mais amiga do ambiente, ‘como expresso ou ratio da maioria das normas jurídicas aplicáveis ao caso, é inatacável, não goza, em termos apriorísticos e abstractos, de uma prevalência absoluta’.

Considera-se, portanto, que o meio ambiente esteja situado numa posição desfavorável, por isso, inclusive para efetivar a isonomia material, é reconhecida a interpretação mais favorável a esse sujeito de direito.

A doutrina ainda não é unânime em citar o referido princípio. Antunes (2013, p. 47), por exemplo, situa o princípio do *in dubio pro natura* como uma variável do princípio da precaução e aponta que a influência do princípio penal “*in dubio pro reo*” é indisfarçável.

Apesar disso, juristas de vanguarda como o professor Paulo José Leite Farias (1999, p. 356), ao abordar a questão telada, ensina: “o princípio *in dubio pro natura* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável ao meio ambiente”.

É de se louvar que a jurisprudência já afirmou o princípio *in dubio pro ambiente* no cenário jurídico brasileiro, tal como é demonstrado por meio de relatoria do Ministro Herman Benjamin, em sede de Recurso Especial:

(...) a legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma. A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio *in dubio pro natura* (STJ - REsp: 1198727 MG 2010/0111349-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 14/08/2012, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 09/05/2013).

No mesmo julgado, em seu voto no Recurso Especial n. 1.198.727 - MG (2010/0111349-9), elucida o Ministro Herman Benjamin:

(...) ao juiz, diante das normas de Direito Ambiental, recheadas que são de conteúdo ético intergeracional atrelado às presentes e futuras gerações, incumbe levar em conta o comando do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que, ao aplicar a lei, deve-se atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Corolário dessa regra é a constatação de que, em caso de dúvida ou outra anomalia técnico-redacional, a norma ambiental demanda interpretação e integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*.

Seguindo este entendimento, é possível deduzir que deve prevalecer a legislação que garanta maior efetividade à tutela ambiental, visando ao direito fundamental ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

O princípio *in dubio pro ambiente* merece sua devida posição de suporte da interpretação jurídica ambiental, com inspiração no arcabouço doutrinário que rege a matéria ambiental que demanda uma interpretação concatenada com os anseios da coletividade, tendo sua dimensão de peso quando na ocorrência de conflitos de normas, numa visão dworkiniana em contraponto ao estado de direito ambiental a que a sociedade está se movendo.

Neste contexto, deve-se atribuir relevância a uma análise que busque a prevalência da norma que mais proteja o meio ambiente. O *in dubio pro ambiente*, ou *pro natura*, em síntese, é espelho dos ideais da solidariedade e fraternidade, características que movem os direitos transindividuais, a fim de que, no caso concreto, as decisões busquem a plena dignidade do ser humano, por meio da preservação ambiental.

A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

A teoria do “diálogo das fontes”, desenvolvida pelo jurista Erik Jayme, tem sua origem na Alemanha, sendo incorporada no Brasil por meio do trabalho de Claudia Lima Marques. A partir da noção da sociedade de risco, cria-se um sistema jurídico complexo, com multiplicidades de fontes, tanto no direito interno como externo, o que demanda a construção de formas para conciliar esses vários direitos na pós-modernidade.

No Brasil, a teoria do diálogo das fontes é exposta por Claudia Lima Marques para dirimir os conflitos entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, buscando a solução mais justa para garantir a eficácia do mandamento constitucional que determina a proteção da parte vulnerável da relação, por meio do diálogo entre fontes que têm campo de aplicação convergente ou coincidente.

A perspectiva de Jayme é adstrita ao plano do direito internacional. O diálogo, sob esse aspecto, deve ser percebido da seguinte maneira, segundo Jayme (1995, p. 259):

(...) a solução dos conflitos das leis emerge como resultado de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas. Os direitos dos homens, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas essas fontes não se excluem mutuamente; elas falam umas às outras. O juiz tem que coordenar essas fontes e ouvir o que elas dizem (Tradução livre).

O núcleo desta teoria é que as várias fontes do direito não mais se excluem, e sim dialogam, conversam, tal como apresenta Herman Benjamin no prefácio da obra de Claudia Lima Marques (2012, p. 5):

Os direitos do homem, as constituições, as convenções internacionais, os sistemas nacionais: todas estas fontes não mais se excluem mutuamente; elas conversam uma com a outra. Os juízes são necessários para coordenar essas fontes, escutando o que elas dizem.

Ressalta-se, nesse marco teórico, a premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico (TARTUCE, 2014, p. 60).

O termo utilizado por Jayme é autoexplicativo, *di-a-logos*, significando duas lógicas, duas leis a seguir e a coordenar um só encontro no “a”, uma coerência, coordenação dos valores deste sistema, desta nova ordem de fontes (MARQUES, 2012, p. 27). Em outro livro, explica Cláudia Lima Marques (2009, p. 89-90):

O uso da expressão do mestre, ‘diálogo das fontes’, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’.

A antinomia jurídica é definida por Norberto Bobbio (1995, p. 88) como “a situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade”; para solução de tais antinomias, o autor sugere como regras fundamentais: a) o critério cronológico; b) o critério hierárquico; c) o critério da especialidade, adotado pela nossa Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

Claudia Lima Marques (2012, p. 20-21) sugere que os critérios tradicionais (clássicos) da Lei de Introdução de 1942 (hierárquico, especialidade e cronológico) não são mais exclusivos ou suficientes para a complexa tarefa do aplicador da lei ao decidir se há ou não revogação ou antinomia entre normas, leis e princípios, sobretudo, com o fenômeno da descentralização da produção normativa, não mais havendo concentração em códigos únicos, a exemplo do Estatuto do Idoso, Estatuto da Criança e do Adolescente.

À primeira vista, temos a funcionalidade como justificadora da aplicação da teoria do diálogo das fontes frente à quantidade de normas jurídicas que hoje possuímos; trata-se de uma das características da sociedade de risco, como enuncia Beck.

Flávio Tartuce (2014, p. 61) posiciona o diálogo das fontes como “leme nessa tempestade de complexidade”. Segundo Claudia Marques (2012, p. 28), essa teoria possibilita a saída do paradigma da revogação ou “monólogo” para uma convivência de normas:

(...) porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) **ou mesmo a opção por uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou a solução mais favorável ao mais fraco da relação** (*Grifo nosso*).

Apoiada em Erik Jayme, Marques alerta que apenas a hierarquia dos valores constitucionais é clara. O diálogo das fontes é informado, segundo a citada autora, “pelos valores constitucionais e os direitos humanos ou fundamentais” (MARQUES, 2012, p. 27-28).

Flavio Tartuce (2014, p. 61), a respeito dos fundamentos filosóficos e sociais da aplicação do diálogo das fontes, traz em sua obra as lições Claudia Lima Marques a partir das ideias de Erik Jayme:

Segundo Erik Jayme, as características da cultura pré-moderna no direito seriam o pluralismo, a comunicação, a narração, o que Jayme denomina de ‘*le retour des sentiments*’, sendo o Leitmotiv da pós-modernidade a valorização dos direitos humanos. Para Jayme, o direito como parte da cultura dos povos muda com a crise da pós-modernidade. O pluralismo manifesta-se na multiplicidade de fontes legislativas a regular o mesmo fato, com a descodificação ou a implosão dos sistemas genéricos normativos (‘*Zersplitterung*’), manifesta-se no pluralismo de sujeito a proteger, por vezes difusos, como o grupo de consumidores ou os que se beneficiam da proteção do meio ambiente, na pluralidade de agentes ativos de uma mesma relação, como os fornecedores que se organizam cadeia e em relações extremamente despersonalizadas. Pluralismo também na filosofia aceita atualmente, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o ‘*double coding*’, e onde os valores são muitas vezes antinômicos. Pluralismo nos direitos assegurados, nos direitos à diferença e ao tratamento diferenciado aos privilégios dos ‘*espaços de excelência*’.

Claudia Lima Marques (2012, p. 30) esclarece que “o diálogo das fontes pode ser usado em várias áreas e disciplinas jurídicas, onde os direitos fundamentais e os valores constitucionais iluminam a aplicação – simultânea e coerente – de várias fontes”.

No campo do direito consumerista, Claudia Lima Marques (2012, p. 32) apresenta três tipos de diálogo das fontes: o diálogo de coerência, de subsidiariedade e de adaptação como instrumentos para a coordenação de fontes no complexo sistema do direito brasileiro.

O diálogo sistemático de coerência consiste na possibilidade de uma lei servir de base para outra; os diálogos de complementaridade e subsidiariedade incidem no caso de uma lei poder vir a complementar a aplicação de outra, a depender do seu campo de aplicação, tanto em suas normas, princípios e

cláusulas gerais; e, por fim, o diálogo de coordenação e adaptação sistemática diz respeito à influência dos conceitos estruturais de uma lei sobre outra.

Ocorre que o trabalho de Claudia Lima Marques se limita a desenvolver o diálogo das fontes como método de interpretação e aplicação das normas do direito do consumidor e do direito civil; assim, a questão que se coloca é se seria o diálogo das fontes um método aplicável às normas em geral.

Para dar uma resposta, Bruno Miragem (2012, p. 78) aponta para a necessidade de se pressupor o reconhecimento das principais características do referido método:

- a) primeiro, que se trata de um método de interpretação sistemático, e que deve ser compreendido segundo as premissas do pensamento sistemático do direito;
- b) segundo, de que propõe uma interpretação orientada por fundamentos axiológicos, com vista ao atendimento da finalidade de realização dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, orientado pelo princípio da dignidade humana.

A teoria do diálogo das fontes tem como objetivo não somente o resultado de sua interpretação, mas também o da aplicação concreta do direito no caso, a partir de suas bases constitucionais (MIRAGEM, 2012, p. 91).

Para Miragem (2012, p. 92), à luz do diálogo das fontes e frente à exigência de critérios formais de vigência da lei (*lex posterior, lex superior e lex specialis*), a atual interpretação sistemática acolhe a sua substituição, estando ausente uma revogação expressa, “pela noção de complementariedade entre leis, e ainda a derrogação parcial em certos casos, visando o resultado concreto da aplicação”.

Há, no entanto, críticas com relação à teoria, uma delas pertinente: haveria violação aos princípios da legalidade e da segurança jurídica? A este respeito, argumenta Bruno Miragem (2012, p. 95), a ocasional sensação de insegurança resultante do método do diálogo das fontes “não decorre da sua utilização, mas possivelmente de uma compreensão estrita do sistema jurídico que desconsidera a eficácia dos direitos e garantias fundamentais na atividade de interpretação e aplicação das leis”.

Principalmente em termos de direito ambiental, a sua própria essência é voltada à proteção do meio ambiente, à saúde e ao equilíbrio ambiental, como uma das maneiras de proporcionar

à coletividade a dignidade humana; portanto, a interpretação e a aplicação das leis têm que estar voltadas a tais direitos fundamentais.

Aplicação da teoria do diálogo das fontes em matéria de direito ambiental

Não restam dúvidas, portanto, a respeito da possibilidade da aplicação da teoria do diálogo das fontes em matéria de direito ambiental, tendo em vista o já estudado reconhecimento ao direito ao meio ambiente sadio e equilibrado a partir do princípio da dignidade humana.

Bem lembrou Herman Benjamin que a jurisprudência brasileira apresenta boa recepção do método do diálogo das fontes em questões que envolvem o processo civil, direito civil, direito ambiental, o direito do consumidor, o direito trabalhista, administrativo e econômico (BENJAMIN apud MARQUES, 2012, p. 7).

Como já elencado na seção “A teoria do diálogo das fontes”, esta fase pós-moderna, marcada pelo pluralismo de fontes legislativas a regular o mesmo fato, também manifesta-se na multiplicidade de sujeitos a proteger, por vezes difusos, como o grupo dos que se beneficiam da proteção do meio ambiente, e tal constatação implica diretamente na necessidade de se aplicar a teoria do diálogo das fontes ao direito ambiental.

Como exemplo da jurisprudência, trago à baila o caso do Processo n. 0006687-77.2013.8.26.0053 – Ação Civil Pública, cujo requerente é o Ministério Público do Estado de São Paulo e o requerido, o Estado de São Paulo.

O Ministério Público, no caso em questão, alegou que o Estado está em mora na implementação do programa de controle da poluição veicular do Estado de São Paulo, incorrendo, assim, em danos ao meio ambiente e à saúde da sociedade por conta de sua conduta omissa.

O titular da 14ª Vara de Fazenda Pública do Estado de São Paulo, ao fazer a análise do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997) – que, em seu artigo 104, determina a inspeção veicular obrigatória na periodicidade estabelecida pelo CONTRAN, para os itens de segurança, e pelo CONAMA, para emissão de gases poluentes e ruído – e, adicionalmente, das resoluções 418/2009 e 426/2010 do CONAMA, afastou o argumento do Estado de São Paulo de que a obrigatoriedade da implantação da inspeção veicular foi substituída pela lei posterior n. 10.203/2001, cujo conteúdo reduz

a obrigatoriedade em mera autorização, por parte dos Estados e municípios, de planos específicos, normas e medidas adicionais de controle da poluição do ar para veículos.

O argumento para tal afastamento foi especificamente a aplicação da teoria do diálogo das fontes. Entende o magistrado que não há incompatibilidade entre o Código de Trânsito Brasileiro e o artigo 12 da Lei 10.203/2001; há, sim, uma coexistência de normas que visa proteger da forma mais eficaz possível o meio ambiente.

Não haveria, pois, revogação do artigo 104 do Código de Trânsito Brasileiro pelo artigo 12 da Lei 10.203/2001 porque nada foi determinado expressamente nesse sentido. Ademais, a coexistência dos diplomas legais seria a melhor interpretação para assegurar e efetivar o mandamento constitucional.

O julgado em tela exemplifica de forma bem clara como o diálogo das fontes funciona, tendo em vista os fins últimos desta teoria, quais sejam, a interpretação constitucional e a eficácia dos direitos e garantias fundamentais que, no caso em tela, visam a salvaguardar o direito constitucional ao meio ambiente, à saúde e à qualidade de vida do ser humano.

Aplicação da teoria do diálogo das fontes no âmbito processual civil

Embora na doutrina não seja ampla a sua discussão, no Superior Tribunal de Justiça a teoria do diálogo das fontes tem ampla aceitação.

Neste ponto, cita-se como grande exemplo na seara processual a questão do efeito da entrada em vigor do Art. 739-A do CPC na Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6830/80), conforme acórdão de relatoria do Ministro Herman Benjamin:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. “DIÁLOGO DAS FONTES”. 1. Após a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, os embargos do devedor poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e c) garantia integral do juízo. 2. A novel

legislação é mais uma etapa da denominada “reforma do CPC”, conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides. 3. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que o seu direito é bom. 4. Trata-se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução, que, por essa *ratio*, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microssistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do “diálogo das fontes”. 5. A Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980) determina, em seu art. 1º, a aplicação subsidiária das normas do CPC. Não havendo disciplina específica a respeito do efeito suspensivo nos embargos à execução fiscal, a doutrina e a jurisprudência sempre aplicaram as regras do Código de Processo Civil. 6. A interpretação sistemática pressupõe, além da análise da relação que os dispositivos da Lei 6.830/1980 guardam entre si, a respectiva interação com os princípios e regras da teoria geral do processo de execução. Nessas condições, as alterações promovidas pela Lei 11.382/2006, notadamente o art. 739-A, § 1º, do CPC, são plenamente aplicáveis aos processos regidos pela Lei 6.830/1980. 7. Não se trata de privilégio odioso a ser concedido à Fazenda Pública, mas sim de justificável prerrogativa alicerçada nos princípios que norteiam o Estado Social, dotando a Administração de meios eficazes para a célere recuperação dos créditos públicos. 8. Recurso Especial não provido (STJ - REsp: 1024128 PR 2008/0015146-7, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 13/05/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: Dje 19/12/2008).

Com vistas ao direito fundamental do devido processo legal, a teoria do diálogo das fontes permite a efetivação dos aspectos de direito processuais, tais como o acesso à justiça, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a celeridade das medidas processuais em geral, ao reconstruir uma coerência sistemática na convivência entre o Código de Processo Civil e as leis processuais especiais (MIRAGEM, 2012, p. 105).

2

A DEFESA JUDICIAL DO MEIO AMBIENTE

Ao inserirmos o direito ao meio ambiente no rol dos direitos e garantias da pessoa humana, de terceira dimensão, elevado à categoria de direito fundamental, deparamo-nos com a necessidade do reconhecimento de mecanismos mais compatíveis com esse novo sujeito de direito, a fim de atender à peculiaridade do direito material em conflito diante da crise ambiental. Para tanto, sua defesa judicial deve ser pautada a partir da ideia de acesso efetivo à justiça e ao devido processo legal, indispensáveis para a exigibilidade e efetivação dos direitos.

Pode-se dizer que o direito de acesso à prova, tal como a isonomia, o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade do juiz e o juiz natural, é desdobramento do devido processo legal, que, quando efetivado no processo, resulta no chamado processo justo ou na chamada tutela jurisdicional justa. Trata-se de fazer com que o processo seja justo para que justa seja a tutela jurisdicional.

O devido processo legal (*procedural due process*) surge como raiz de todos os princípios processuais, de onde nascem os princípios estruturantes do exercício da função jurisdicional (RODRIGUES, 2011, p. 65).

Por outro lado, é necessário que o ordenamento jurídico ofereça instrumentos hábeis à consecução efetiva de uma determinada pretensão. O direito fundamental à efetividade do processo deve ser assegurado plenamente, não apenas pela possibilidade do ingresso em juízo ou mera admissão ao processo, o que inclui até mesmo revisitar o clássico modelo liberal do processo civil, fazendo-se novas leituras dos instrumentos clássicos. “Tratar-se-ia de, por certo, se assim fosse, uma hedionda forma de inconstitucionalidade, na medida em que impede o acesso efetivo à justiça e fere, em todos os sentidos, o direito processual do devido processo legal” (RODRIGUES, 1998, p. 73).

No Brasil, a partir da edição da Lei n. 4.717/1965, que instituiu a Ação Popular, da Lei n. 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública, da Lei n. 8.078/90, que complementa dentre seus dispositivos as ações coletivas, e da promulgação da Constituição da República Federativa brasileira de 1988, prevendo os institutos da Ação Civil Pública, Ação Popular, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Mandado de Segurança, há o que denominamos de Microsistema Processual Coletivo Brasileiro, ou tão somente Sistema Processual Coletivo Brasileiro¹⁰.

Especialmente no que tange à defesa do meio ambiente, a defesa judicial específica garante não apenas a dignidade da pessoa humana em seu fim último, mas também permite a adequada tutela jurisdicional.

Conforme leciona Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 45):

(...) o direito processual coletivo vem coroar, mesmo que já no início de um novo século, o movimento de defesa dos interesses primaciais da comunidade, que deveria ter se iniciado, como observou José Ortega y Gasset, no século XIX, e possibilitar, com a criação de regras e princípios específicos de interpretação, uma tutela jurisdicional mais efetiva e dinâmica, como já havia manifestado Édis Milaré, ao sustentar que, para uma sociedade de massa, há de existir igualmente um processo de massa.

Dentro dessa noção de tutela jurisdicional mais efetiva e dinâmica, chamamos atenção para a questão probatória como instrumento legitimador da efetiva justiça, que só é galgada quando o Estado permite a igualdade de armas e de chances no manuseio dos instrumentos probatórios, em especial, pautada por uma atuação do juiz voltada à busca pela justiça.

O processo civil ambiental é assim tratado neste trabalho em razão da importância que o tema merece frente às suas particularidades, de forma diferenciada do processo civil, bem como o enquadramento do direito ambiental no rol de direitos difusos.

Partindo dessa análise, o presente capítulo tem por finalidade delinear aspectos gerais dos princípios do devido processo legal e

¹⁰ Conforme bem observado pelo Professor Doutor Paulo Fernando de Britto Feitoza, a complexidade da legislação que envolve o direito processual coletivo brasileiro é tal que considera-se inadequado denominá-lo microsistema; entretanto, utiliza esta autora a nomenclatura “Microsistema” conforme reconhecimento no STJ: AgRg no REsp 1.070.896-SC, Min Luis Felipe Salomão, j. 14.04.2010.

do acesso à justiça, e enfatizar a necessidade do desenvolvimento de mecanismos processuais para sua aplicabilidade prática. São também traçadas, neste capítulo, linhas gerais sobre a prova e suas características, definida como um direito fundamental corolário do devido processo legal, de forma a servir de embasamento para o objetivo central deste trabalho, qual seja, a possibilidade de dinamização do *onus probandi* no processo coletivo ambiental.

O ACESSO À JUSTIÇA E O MEIO AMBIENTE

Inserido no art. 5º, XXXV da Constituição da República Brasileira, o acesso à justiça, reconhecido como princípio informativo constitucional brasileiro, expressa que “a Lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (BRASIL, 1988), tal como leciona José Joaquim Gomes Canotilho (1993, p. 171): “(...) o princípio do acesso ao direito e aos tribunais (cfr. Art. 20º) é outro princípio geral que postula não só o reconhecimento da possibilidade de uma defesa sem lacunas, mas também o exercício efectivo deste direito (...)”.

O referido princípio está situado, portanto, como norma fundamental de direito, e, à vista do que já fora estudado acerca da teoria da norma, o princípio do acesso à justiça é uma verdadeira norma que deve ser levada em consideração desde a interpretação até a aplicação da lei no caso concreto.

A despeito da disposição do tema no inciso XXXV do art. 5º da Constituição pátria, para Kazuo Watanabe (2011, p. 385), o princípio do acesso à justiça garante “um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa”, e não tão somente um acesso formal, cabendo a todos que tenham qualquer problema jurídico as atenções do Poder Judiciário.

Ou seja, numa visão conservadora, o princípio garante que o interessado em provocar o Poder Judiciário não é obrigado a exaurir mecanismos administrativos de solução de conflito, e confirma, por outro lado, a inocorrência de coisa julgada material em decisão proferida em processo administrativo.

Em outra via, numa visão contemporânea, o princípio trata da ideia de “acesso a ordem jurídica justa” (CINTRA; DINAMARCO & GRINOVER, 2008, p. 39-41):

(...) o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em ‘acesso à ordem jurídica justa’. Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo.

Sob o aspecto contemporâneo, deve o processo estar escoltado pelos “meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial” (MARINONI, 2004, p. 180).

O cerne da questão, como alertou Norberto Bobbio (1992, p. 17), está, portanto, na forma de garantia dos direitos, como os direitos estão postos, de modo que temos que agora efetivá-los:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

No que concerne à evolução do conceito teórico de acesso à justiça, desde o acesso formal à justiça próprio dos Estados Liberais (séculos XIII e XIX) até a ideia de acesso efetivo à justiça, são imperiosas as lições de Cappelletti & Garth (1988, p. 5), os quais prelecionam que, havendo um conflito, em se tratando da solução estatal, o processo deve se desenvolver de maneira a permitir às partes o efetivo acesso à justiça, ou, mais especificamente, o acesso à ordem jurídica justa: “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos Direitos Humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Para os referidos autores, “o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental (...) é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística” (CAPPELLETTO & GARTH, 1988, p. 5).

Como forma de combater os obstáculos para que se concretize o efetivo acesso à justiça, foram apresentadas as seguintes soluções, classificadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth como ondas de renovação do acesso à justiça, na década de 1960.

A 1ª onda prevê assistência judiciária para os pobres, dá como providências que o Estado assumira, total ou parcialmente, os custos

do processo quando os litigantes não puderem suportá-lo e que se afastem elementos que encarecem o processo, de forma a combater a questão das custas judiciais (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 31-49).

A 2ª onda dispõe a respeito da representação dos interesses difusos. Esta 2ª onda forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e, como decorrência, tem-se o alargamento da atuação dos ministérios públicos em defesa dos direitos difusos e coletivos (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 49-67).

E, por fim, a 3ª onda diz respeito ao acesso à representação em juízo, reforma da assistência jurídica e da busca de mecanismos para a representação de interesses públicos. Dentre estes mecanismos, podemos citar o próprio *onus probandi* (CAPPELLETTI & GARTH, 1988, p. 67-73).

O rol das garantias e princípios constitucionais fundamentais ao direito processual converge para a noção de acesso à ordem jurídica justa. Há, por certo, incidência de inconstitucionalidade se houver qualquer obstáculo à ordem jurídica justa (CAMBI, 2001, p. 105). A respeito do processo justo, Eduardo Cambi ensina que:

Assim, o direito ao processo justo compreende as principais garantias processuais, como as da ação, da ampla defesa, da igualdade, do contraditório efetivo, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais, da independência e imparcialidade do juiz, da motivação das decisões judiciais, da possibilidade de controle recursal das decisões, etc. Desse modo, pode-se afirmar que o direito ao processo justo é sinônimo do direito à efetiva tutela jurisdicional (CAMBI, 2001, p. 107).

A configuração do microssistema processual coletivo brasileiro pode ser dada como materialização do princípio do acesso à ordem jurídica justa, pois viabilizou a tutela dos direitos coletivos lato sensu pelo Poder Judiciário, haja vista que o processo individual acabava frustrando a tutela de tais direitos, a começar, por exemplo, pela extensão da coisa julgada.

O processo tradicional, conforme Cappelletti & Garth (1988, p. 49-50):

(...) não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito

de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2013, p. 217) exemplifica que o fato de o legislador infraconstitucional conceituar os direitos metaindividuais (art. 81 do CDC) e, de igual maneira, “ter dado tratamento coletivo aos direitos individuais homogêneos, a fim de permitir que se implementasse a primeira ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos brasileira, consagrada nos artigos 91” e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, auxiliou a realização da garantia constada no art. 5º, XXXV, da Constituição.

Na disciplina do direito comparado, sobressalta-se a constituição espanhola, que, em seu artigo 24, reconhece o direito de acesso à justiça a todos, a fim de obter a tutela efetiva no exercício de seus direitos, nos seguintes termos “1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir indefesa” (ESPANHA, 1978. Tradução livre).

No direito internacional¹¹, há de se realçar o previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, instrumento de força não obrigatória, mas que dá os contornos dos direitos humanos básicos; em seus artigos 8 e 10, prevê:

Artigo 8º: Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Artigo 10º: Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida (ONU, 1948).

11 Adicionalmente: Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), artigos 8 e 25; Pacto internacional de direitos civis e políticos, artigos 3, 14 e 26; Convenção Americana sobre direitos econômicos, culturais e sociais, artigo 19.

Ao passo do reconhecimento jurídico do acesso à justiça e da sua necessidade de se introduzir mecanismos para sua efetivação, na matéria ambiental, a Declaração do Rio de Janeiro de 1992 traz em seu corpo a questão do acesso à justiça no meio ambiente, articulada, inclusive, à ideia de informação e participação da sociedade nos processos de decisão de ações e políticas de governo que afetem o meio ambiente, notadamente no princípio 10, que cuida da participação popular, informação e acesso à justiça:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos (onu, 1992).

Na Europa, a fim de se efetivar principalmente o conteúdo do princípio acima exposto, foi firmada, em 1998, na cidade de Aarhus, Dinamarca, a *Convenção sobre o acesso à informação, a participação do público nos processos decisórios e o acesso à justiça em matéria ambiental* (UNECE, 1998).

A referida Convenção estatui que, para fazer valer o direito do homem a viver em um ambiente ecologicamente sadio e cumprir o dever de proteger e melhorar o meio ambiente no interesse das gerações presentes e futuras, é necessário o acesso à informação, a participação pública nos processos decisórios e o acesso à justiça em matéria de meio ambiente (MIRRA, 2010, p. 50), ao pretender que “o público, incluídas as organizações, tenham acesso a mecanismos judiciais eficazes para que os interesses legítimos estejam protegidos e para que se respeite a lei” (UNECE, 1998).

Pelo exposto, tanto no direito ambiental interno como no direito ambiental internacional, o acesso foi elevado à categoria de norma fundamental: é imperativo que se implemente mecanismos para garantir o acesso à justiça em prol do meio ambiente e, para

tanto, se faz necessário um arcabouço processual compatibilizado com o Estado Ambiental, pautado nos princípios da solidariedade e do desenvolvimento sustentável, cujos instrumentos devem ser modernizados para que as barreiras ao acesso sejam superadas.

O DEVIDO PROCESSO LEGAL E PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL

Para que o acesso à justiça seja percebido como o requisito fundamental que garanta os direitos de todos, é necessário que seja informado por princípios que norteiem as condições mínimas pelas quais o processo deve se desenvolver. O princípio do devido processo legal tem exatamente este conteúdo, cuja previsão está fundamentalmente no art. 5º, LIV, da Constituição da República Brasileira: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988).

O devido processo legal possui ampla definição cujo conteúdo abarca as garantias da ação, da ampla defesa e do contraditório. Eduardo Cambi (2001, p. 110-111) afirma que a garantia do devido processo legal seria o gênero das demais garantias processuais:

Pode-se considerar a garantia do devido processo legal como um a garantia de justiça que assegura o direito ao processo justo, o qual consiste no direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e a todas as oportunidades que a Constituição juntamente com as leis processuais oferecem para a concretização da defesa judicial dos direitos lesados ou ameaçados de lesão.

O acesso à justiça possui como conteúdo e corolário o princípio do devido processo legal. De acordo com Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pelegrini Grinover (2008, p. 90):

(...) pode-se afirmar que a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o direito de defesa (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em

contraditório, cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo devido processo legal, legitime o exercício da função jurisdicional. Hoje, mais do que nunca, a justiça penal e a civil são informadas pelos dois grandes princípios constitucionais: o acesso à justiça e o devido processo legal. Destes decorrem todos os demais postulados necessários para assegurar o direito à “ordem jurídica justa”.

Na intenção última de se alcançar o acesso à justiça, o processo deve ser alinhado através de meios adequados de forma que o “*due process of law* constitua uma prevenção eficaz contra a lesão de direitos e interesses dos cidadãos” (CANOTILHO, 1993, p. 390).

Historicamente, o princípio do devido processo legal está associado à ideia de proteção da liberdade, conseqüentemente, ao princípio da legalidade. Contudo, seu conteúdo fora desenvolvido nas diversas normas constitucionais, obtendo, por fim, um caráter dúplice: processual (*procedural due process*) e substantivo (*substantive due process*), advindo da doutrina norte-americana (MENDES, 2013, p. 527):

EMENDA XIV

1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis (EUA, 1868).

Em sua vertente processual, significa que há o direito de que o processo seja conduzido conforme a lei, no sentido material, denotando o direito a um processo justo e adequado (princípios de razoabilidade e proporcionalidade).

Na jurisprudência brasileira, nota-se a adoção do entendimento pelo STF dos aspectos atribuídos ao devido processo legal:

Due process of law, com conteúdo substantivo – substantive due process – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser

elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substantivo nexu com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, due process of law, com caráter processual – procedural due process – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa (STF - ADI-MC: 1511 DF, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 16/10/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-06-2003 PP-00029 EMENT VOL-02113-01 PP-00071).

Concernente ao devido processo material, visualiza-se, no seguinte julgado (1º TACIVIL – 9ª Cam. Agravo de instrumento n. 840.834-4 Ituverava-SP; Rel Juiz Cardoso Neto), a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, informadores do devido processo legal substancial (material): “Prova – Gravação ambiental. Admissibilidade quando obtida com o conhecimento de um dos interlocutores. Colidência entre garantias constitucionalmente asseguradas: intimidade e ampla defesa. Aplicação do princípio da proporcionalidade”.

Portanto, o conteúdo do devido processo tem desdobramentos, formando um “rico leque de garantias específicas” (CINTRA; DINAMARCO & GRINOVER, 2008, p. 88-89): a) a dúplice garantia do juiz natural (a proibição dos tribunais de exceção e a dimensão do juiz competente); b) o contraditório e ampla defesa, inclusive nos processos administrativos, quando houver acusados ou litigantes.

Lembram Cintra, Dinamarco & Grinover (2008, p. 89-90) que os desdobramentos das garantias expressas são inúmeros, “por mais minucioso que seja o rol”. Como exemplo, os autores citam o próprio direito à prova, verificado de forma implícita, mas integrante da garantia do devido processo legal, como corolário do contraditório e da ampla defesa.

No passo da doutrina alienígena, é pertinente citar a Professora Cecília Medina Quiroga (2003, p. 261), da Universidade do Chile, que faz uma conexão entre o devido processo legal e o sistema de proteção dos direitos humanos: “O devido processo é uma pedra angular do sistema de proteção dos direitos humanos; é, por excelência, a garantia de todos os direitos humanos e um requisito *sine qua non* para a existência de um Estado de direito”.

Na esteira do entendimento de que o devido processo constitui, por um lado, um limite à atividade jurisdicional, e, por

outro, uma garantia ao cidadão, entende-se que há a necessidade de se estabelecer um conjunto de requisitos mínimos a serem observados para que seja garantida a condição da defesa adequada dos direitos. O direito à prova situa-se neste conjunto, de forma que seu acesso significa uma ordem jurídica justa e devida, o que implica, no caso dos direitos coletivos lato sensu, inclusive a alteração da distribuição do ônus da prova.

Por este motivo, entendem Fredie Didier e Hermes Zanetti Jr. (2012, p. 113) que o devido processo legal precisa ser ajustado ao processo coletivo: “É preciso construir um regime diferenciado para o processo coletivo”. Acrescentam os autores a exigência de regramento específico e diferenciado aos institutos processuais, cujas peculiaridades devem ser acomodadas à temática coletiva, entre eles a competência, legitimidade, coisa julgada, intervenção de terceiro, etc. Acrescente-se, aí, a regra diferenciada do ônus probatório.

É necessário, todavia, que se trace as linhas gerais do que seria o devido processo legal e o acesso efetivo à justiça na seara ambiental. É no sentido supramencionado, que a questão do conteúdo jurídico do devido processo legal através do ponto de vista do direito ambiental passa a ser analisada.

Segundo Antônio Herman Benjamin (2012, p. 92-93), há traços comuns entre os modelos constitucionais ambientais português (1976) e espanhol (1978), que têm influência direta na redação do artigo 225 da CRFB/88, destacando, entre as diversas semelhanças, a opção por processos decisórios abertos, transparentes, bem informados e democráticos, que formam o chamado devido processo ambiental.

Sendo o direito ambiental eminentemente um direito integrante dos chamados direitos coletivos, falar em devido processo legal é, segundo Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2013, p. 218), fazer alusão ao plexo de normas formado basicamente pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), sob pena de, se utilizarmos prioritariamente o Código de Processo Civil, violar a Constituição e conseqüentemente o acesso à justiça.

Prossegue Fiorillo (2013, p. 218) destacando que, em matéria de direito ambiental, a jurisdição civil coletiva “visa, por via de consequência, a assegurar aos destinatários do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um resultado final, seguro e definitivo em face das lides submetidas à apreciação do Poder Judiciário”. Frente à complexidade do bem ambiental e às dificuldades de volta ao seu estado de origem, imperiosa se torna

a busca de instrumentos de tutela eficazes, não sendo possível a utilização de instrumentos específicos à defesa de interesses individuais. Tomando como pressuposto que o tratamento deve ser diferenciado quando não houver igualdade de oportunidades (igualdade material), surgem mecanismos diferenciadores que busquem privilegiar a natureza difusa do bem em questão.

No que concerne ao devido processo ambiental, sobressaem-se as palavras de Patryck Araújo Ayala (2011, p. 336-337):

A consideração de um devido processo ambiental e de suas manifestações concretizadoras, como as garantias do contraditório, participação no procedimento, motivação e fundamentação das escolhas decisórias é, sobretudo, da imparcialidade (examinada com detalhamento nas próximas seções), ocupa uma posição (e uma função) de proeminência para a compreensão dos caminhos que se delineiam para a organização e para a disciplina de um assim denominado Direito ambiental de segunda geração. Neste são requeridos esquemas organizatórios que assegurem às funções públicas [em colaboração com a comunidade], proteção diante de ameaças ainda não conhecidas ou investigadas satisfatoriamente sob o ângulo do conhecimento científico disponível.

Conclui-se, por fim, que a tutela ambiental reclama tratamento processual diferenciado. O conjunto processual ambiental desponta-se, em regra, à margem da adoção de alguns dos princípios do processo civil tradicionalmente concebidos para a defesa de interesses individuais. Neste ponto, ganham espaço tanto a questão do tratamento probatório como a atuação dos juizes, tendo estas, como fim último, a garantia da efetividade dos interesses transindividuais.

A ATUAÇÃO DO JUIZ

A atuação do juiz tem íntima ligação com a matéria probatória, e a extensão da sua oficialidade determinará, em maior ou menor proporção, a efetividade do processo.

O processo, instrumento que viabilizará a formulação e atuação da norma jurídica para o caso concreto, surge da dialética desenvolvida pelas partes e coordenada pelo juiz, voltado, sob o aspecto publicista, a uma finalidade: a atuação do direito, com o que estará garantida

a paz social (BEDAQUE, 2011, p. 74) não restrita às partes, e sim ao Estado, para que seja mantida a integridade do ordenamento jurídico. Por esta razão, não é só às partes que devem ser concedidos poderes instrutórios, mas também ao juiz, representante do Estado.

Das limitações às atividades do juiz, características da concepção liberal do século XIX, segundo a qual não era objetivo a defesa do direito e o interesse público e “onde não se permitia a intervenção do Estado na esfera dos particulares” (MARINONI, 2004, p. 58), passa-se para uma visão mais relativa e de concessão de maiores poderes ao juiz, compatível com a ideia publicista do processo (BEDAQUE, 2011, p. 78-79). O juiz “tem em vista o interesse geral”, justificando, portanto, a iniciativa probatória oficial (BEDAQUE, 2011, p. 75).

Pelo que se observa, não há mais espaço para um raciocínio privatista no Estado democrático de Direito à vista do Ambiental. Com base no princípio do dispositivo, abre-se caminho para um papel ativo do juiz, onde o magistrado deve ter iniciativa probatória, tal como indica Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 51-53):

Prepondera largamente no processo civil a regra de que em princípio competem às partes a busca de fontes de prova e a iniciativa de incluí-las na instrução processual, não cabendo ao juiz senão recebê-las, processar os meios de prova segundo os procedimentos que a lei estabelece, afinal, levar em conta os resultados, ao julgar. Essa passividade judicial integra os modelos do processo civil dispositivo clássico, em que ao juiz é imposto um comportamento estático e receptivo, sem outra missão no curso do procedimento senão a de dirigi-lo e chamá-lo à ordem quando necessário. (...) Essa concepção radical tende, no entanto, a ser superada, mitigando-se gradualmente a lógica do raciocínio privatista que lhe está à base, seja porque nem só de direitos disponíveis o processo civil trata, seja porque ao juiz de hoje cabe um comportamento dinâmico no processo (ativismo judicial: supra, n. 88). Não há mais clima para tanto predomínio do princípio dispositivo, que exclui os comportamentos inquisitivos do juiz no processo e na sua instrução (...).

Tal posicionamento também é reconhecido pelos tribunais pátrios, conforme se vê no voto proferido pelo Ministro Luiz Fux cujo conteúdo tende à adoção da tese da posição ativa do juiz na condução do processo:

DESAPROPRIAÇÃO. APRECIÇÃO DO LAUDO PERICIAL. DEFICIÊNCIA NAVALORAÇÃO DA PROVA. MATÉRIA PREJUDICIAL AO EXAMÉ DO RECURSO ESPECIALA TEOR DA SÚMULA Nº. 07/STJ. ART. 130, DO CPC. APRECIÇÃO DA PROVA. 1. Ausência de valoração da prova impeditiva da análise pelo STJ do mal fermento dos dispositivos legais invocados. Prejudicial ao exame do recurso especial. (...) 3. “(...) O Código de Processo Civil, atento aos reclamos dá modernidade quanto ao ativismo judicial, dispôs no seu art. 130, caber ao juiz de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e protelatórias. Dessume-se, do dispositivo citado, que **esse poder de iniciativa conspira em favor da busca da verdade**, habilitando o juiz a proferir uma sentença restauradora do status quo ante à violação, carreando notável prestígio para o monopólio da jurisdição que, ao limitar a autotutela, promete ao jurisdicionado colocá-lo em situação igual à que se encontrava antes do inadimplemento. E, para isso, é preciso aproximar a decisão da realidade da qual o juiz, evidentemente, não participou, e a ela é conduzido através da atividade probatória. (...)” (Luiz Fux, in “Curso de Direito Processual Civil” Forense, 2001). 4. Não obstante, em respeito à função uniformizadora desta E. Corte, acompanho o posicionamento das Turmas de Direito Público, (...) (STJ, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 16/12/2003, T1 - PRIMEIRA TURMA. *Grifo nosso*).

Há quem ainda critique o posicionamento ativo do juiz, em resistência ao citado art. 130 do CPC. Sustenta, esta parcela de autores, a existência de ofensa aos princípios: a) do dispositivo, devendo este estar limitado ao direito material; b) da isonomia, ao invocar-se a plena disponibilidade das provas; ou, c) do juiz natural, no sentido de que a proativa tiraria a imparcialidade do juiz, cujo entendimento não se coaduna com a efetividade do processo (DIDIER; BRAGA & OLIVEIRA, 2012, p. 23).

Porém, é importante frisar que, como assevera Ada Pelegrini Grinover (2005, p. 20), a atuação do juiz na atividade instrutória é limitada: “Existem balizas intransponíveis à atividade oficial, que se desdobram em três parâmetros: a rigorosa observância do contraditório, a obrigatoriedade de motivação, os limites impostos pela licitude (material) e legitimidade (processual) das provas”.

O diploma processual civil recém-sancionado inovou ao expressar que o juiz não poderá decidir sem que tenha dado oportunidade às partes de se manifestar, mesmo que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (art. 10 do CPC/2015).

José dos Santos Bedaque (2011, p. 156) chama atenção a países que, assim como o Brasil, tradicionalmente incorporaram o *civil law* e têm restringido a atuação do juiz em favorecimento à atuação dos litigantes.

Sendo o entendimento supracitado compatível com a realidade atual, é necessário um juiz que esteja além da preocupação com as “regras do jogo”, principalmente nas lides ambientais, cujas consequências refletirão nas presentes e futuras gerações.

Reconhecemos o Estado de Direito Ambiental formado a partir da busca pela solução da crise ambiental. Este tem como base jurídica o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado. Todavia, mudanças perpassam a estrutura da sociedade, e a afirmação do Estado de Direito Ambiental só é possível se este “for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; mas o Estado ambiental e ecológico só será Estado de direito se cumprir os deveres de *juricidade* impostos à actuação dos poderes públicos” (CANOTILHO, 2012, p. 27-28).

As decisões dos juízes perpassam a garantia da força normativa do Estado de Direito Ambiental, pois este deverá balizar a atuação dos agentes que trabalham com o meio ambiente, aí incluído o Estado-Juiz, como explicam Fensterseifer & Sarlet (2008, p. 81), no papel de “guardião” do direito fundamental ao meio ambiente:

Com efeito, por estar vinculado ao dever de proteção do ambiente, o Poder Judiciário deve pautar a sua atuação tendo sempre em vista o seu dever constitucional de “guardião” do direito fundamental ao ambiente, afastando as ações ou omissões violadoras de tal direito levadas a cabo tanto por atores privados quanto pelo Poder Público (...), sem que se esteja aqui a desconsiderar toda a controvérsia que cerca a intervenção judicial na esfera das políticas públicas e o controle dos atos dos demais órgãos estatais que evidentemente também se reflete em matéria socioambiental.

O juiz, enquanto agente político vinculado à realização dos princípios e valores constitucionais fundamentais, incluindo-se nesse rol o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,

deve ter sua atuação pautada em critérios ambientalmente justos, seguros e definitivos.

Portanto, ao juiz incumbe uma “tarefa de participação ativa e mais singular quanto ao princípio do impulso oficial”, motivada pela relevância da matéria, de ordem pública, cujos direitos são indisponíveis, o que reflete, inclusive, na produção de provas, haja vista a possibilidade de inversão do ônus da prova em tais pleitos, de modo a privilegiar “a paridade de armas e uma relação equânime entre as partes, já que muitas vezes se verifica um grande desequilíbrio técnico e econômico” (FENSTERSEIFER & SARLET, 2008, p. 82):

Tal intervenção trata-se, em verdade, não de um poder, mas sim de um dever constitucional do agente político investido do papel de prestar a jurisdição, haja vista o seu compromisso com a efetividade do processo e a tutela do direito fundamental ao ambiente.

A participação proativa do juiz envolve, por conseguinte, a iniciativa probatória, “elemento indissociável da efetividade do processo”, justificada em razão de que a justiça da decisão pressupõe a exata reconstrução da matéria fática (BEDAQUE, 2011, p. 27), ou a sua tentativa. Esta participação, no que concerne à promoção da proteção ambiental, permite, inclusive, a inversão do ônus da prova, a produção de provas *ex officio*, ou, ainda, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA OU RESIDUAL DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 1973, tradicional, exclusivista, individualista, não oferece uma resposta completa, plena, para certos problemas coletivos, pois são voltados para uma dimensão individual (RODRIGUES, 2011, p. 67). O mesmo pode-se concluir a respeito do recém-sancionado Código de Processo Civil de 2015, pois, embora muitos avanços tenham sido conquistados, ele não supre, ainda, toda a demanda instrumental que requerem os direitos coletivos.

O processo coletivo surge da impotência do direito processual civil individual para a tutela dos direitos corolários das demandas em massa. O Código de Processo Civil Brasileiro é norma de cunho individualista, privatista, o que se pode depreender do art. 6º do citado Código ao preceituar que “ninguém poderá pleitear direito

alheio em nome próprio” (BRASIL, 2015). A divisão, segundo Assagra de Almeida (2003, p. 51), foi imperativa:

A divisão do direito processual em alguns ramos como o penal, civil e, agora, o coletivo, leva em consideração alguns fatores determinantes, os quais estão relacionados com a estrutura, a finalidade e o conteúdo presentes em cada tipo de processo. Essa divisão visa, no fundo, aperfeiçoar o sistema processual e garantir que ele cumpra a sua destinação, ou seja, servir de instrumento de efetivação do direito material.

A Lei de Ação Popular – Lei n. 4.717/65; a Lei do Mandado de Segurança – arts. 21 e 22 da Lei n. 12.016/2009; a Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92; o Estatuto da Criança e do Adolescente – arts. 208 a 224 da Lei n. 8.069/90; a Lei n. 7.853/89 (plano de apoio às pessoas portadoras de deficiência), entre tantas outras que dispõem sobre a tutela dos interesses supra-individuais, também fazem parte do nominado sistema ou microssistema processual coletivo, já consagrado na jurisprudência brasileira, a exemplo do RESP n. 510.150/MA, de relatoria do Ministro Luiz Flux e julgamento em 17.2.2004:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

Gregório Assagra de Almeida (2003, p. 580-585) elenca as várias regras referentes à interpretação e à aplicação do direito processual coletivo comum, dentre as quais destacam-se:

a) A plena interação entre o CDC e a LACP. A interação entre as normas do CDC (art. 90) no que diz respeito ao processo coletivo e da LACP (art. 21¹²) formam um microssistema de normas gerais e básicas sobre o direito processual coletivo comum;

b) A exigibilidade de compatibilização para a aplicação subsidiária do CPC ao direito processual coletivo. Conforme disposto

12 Estabelece que se aplica à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, a parte processual do CDC. Por sua vez, o art. 90 do CDC estabelece que as disposições da LACP aplicam-se às ações previstas em seu Título III.

no art. 90 do CDC e no art. 19 da LACP, a aplicação subsidiária do CPC é possível apenas se ferir as disposições desses diplomas (incompatibilidade formal) ou impedir a devida efetividade da tutela jurisdicional coletiva (compatibilidade substancial ou teleológica);

c) A figuração do CDC e da LACP como parâmetros das normas de superdireito processual coletivo. De acordo com seus dispositivos, inferese que estes formam um conjunto de regras processuais principiológicas e gerais que se aplicam, em regra, a todas as formas de tutelas jurisdicionais coletivas do direito processual coletivo comum (art. 21 da LACP);

d) A aplicabilidade de todas as regras interpretativas principiológicas do direito constitucional ao direito processual coletivo. Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Junior (2012, p. 55), ao escreverem sobre o processo civil coletivo, registram que, frente à particularidade dos temas que envolvem os direitos coletivos, a função de garantir uma disciplina exclusiva para o direito processual pelo Código de Processo Civil restou frustrada; seus princípios e regras que, anteriormente, tinham o caráter subsidiário de forma natural, foram afastados. Neste compasso, o CPC se situa como “mero diploma residual”, pois nele estão constados institutos desenvolvidos para as lides individuais e que não suprem o contexto coletivo, a exemplo da coisa julgada.

A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo coletivo é prevista, implícita ou explicitamente, pelos diplomas que o compõem, com os quais não contrastar ou for incompatível. Contudo, a aplicação seria, segundo Fredie Didier Jr. & Hermes Zanetti Jr. (2012, p. 62- 63), mais residual do que subsidiária, conforme as linhas a seguir:

Como se ressaltou, esta aplicação é mais residual, para os casos em que não exista prejuízo da tutela coletiva, do que subsidiária, o que representaria a validade dos dispositivos sempre que as leis especiais não tratassem do tema, quer dizer: o CPC jamais pode significar um retrocesso na garantia dos direitos fundamentais coletivos. Ocorrendo lacuna e dispondo o CPC em contradição com os princípios fundamentais da tutela coletiva, deverá o julgador densificar os princípios para a efetividade desses direitos, nunca o contrário.

O artigo 22 da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/65) determina que “aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo

Civil, naquilo que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação”. Didier Jr. & Zanetti Jr. (2012, p. 125), a exemplo da citada lei, consideram que o CPC tem função residual e não mera subsidiariedade, posto que não pode ocorrer sequer contradição com a “natureza específica da ação”.

Assumindo o mesmo posicionamento de Freddie Didier Jr. e Hermes Zanetti Jr., Rodrigo Mazzei (2006, p. 37) adverte que, embora seja sutil a diferença entre residual e subsidiário, a questão deve ser realçada e o CPC, neste caso, “somente pode ser invocado de forma residual” e não pode ser utilizado como primeira opção subsidiária.

Isso porque o CPC, segundo os defensores do supracitado posicionamento, é uma norma construída para dirimir lides de cunho individualistas e não coletivas, e, portanto, havendo qualquer omissão, não poderá adentrar de imediato nas soluções emanadas do texto privatista; o intérprete, ao contrário, “deverá aferir se há paradigma legal dentro do conjunto de normas processuais do microsistema coletivo” (MAZZEI, 2006, p. 37).

Dessa forma, a leitura de dispositivos com redação próxima às constantes nos artigos 19 da LACP e 22 da LAP há de ser feita de forma cuidadosa, porquanto o CPC será residual e não imediatamente subsidiário, pois, verificada a omissão em determinada legislação de natureza coletiva, o intérprete, antes de angariar solução na codificação processual, ressalta-se de índole individual, deverá buscar os ditames constantes dentro do microsistema coletivo (MAZZEI, 2006, p. 37).

Embora seja de larga difusão doutrinária a adoção da regra da residualidade em detrimento da subsidiariedade, a jurisprudência brasileira tende a tratar de forma comum a expressão subsidiária, conforme segue:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JUNTADA DE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. ARTS. 19 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 90 DO CDC. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 326 E 398 DO CPC. DIES A QUO DO PRAZO PRESCRICIONAL. DATA EM QUE O FATO SE TORNA CONHECIDO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 23, II, DA LEI

8.429/90. FATO ILÍCITO. PRAZO. 5 ANOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não há conhecer de matéria não analisada pelas instâncias ordinárias, em face da ausência do necessário prequestionamento da questão suscitada. Incidência das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal. 2. **Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso. 3. Aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil nas ações de improbidade administrativa, apesar da ausência de norma expressa na Lei 8.429/92, nos termos dos arts. 19 da Lei 7.347/85 e 90 da Lei 8.078/90.**

4. O reconhecimento da prescrição sem a prévia oitiva do autor da ação civil pública implica ofensa aos arts. 326 e 398 do CPC. 5. Cumpre ao magistrado, em observância ao devido processo legal, assegurar às partes paridade no exercício do contraditório, é dizer, no conhecimento das questões e provas levadas aos autos e na participação visando influir na decisão judicial. 6. O dies a quo, nos termos do art. 142, § 1º, da Lei 8.112/90 é a data em que a Administração Pública tomou ciência do fato. 7. O art. 23, II, da Lei 8.429/92 estabelece o “prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego”. 8. “... havendo ação penal e ação de improbidade administrativa ajuizadas simultaneamente, impossível considerar que a aferição do total lapso prescricional nesta última venha a depender do resultado final da primeira demanda (quantificação final da pena aplicada em concreto), inclusive com possibilidade de inserção, no âmbito cível-administração, do reconhecimento de prescrição retroativa” (REsp 1.106.657/SC). 9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido para, afastando a prescrição, determinar o regular curso do processo. (STJ - REsp: 1098669 GO 2008/0225509-9, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 04/11/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2010. *Grifo nosso*).

Assagra de Almeida (2003, p. 569) alerta que, caso as regras do processo coletivo não sejam observadas e se utilize aprioristicamente

as regras do processo civil clássico, “haverá vício de invalidade processual passível de sanção de nulidade absoluta do processo coletivo por desrespeito ao princípio do devido processo legal”.

Por fim, repisa-se que a defesa do meio ambiente, em razão da natureza do bem tutelado, receberá o tratamento similar das normas procedimentais previstas na jurisdição coletiva, portanto, em regra, somente de forma secundária (residualmente) deverá ser aplicado o Código de Processo Civil.

Em outras palavras, quando se tratar de defesa do meio ambiente através de ação coletiva, as regras previstas no Título III do Código de Defesa do Consumidor, combinadas com o que dispõe a Lei da Ação Civil Pública, deverão ser observadas preliminarmente, sendo o CPC utilizado apenas de forma subsidiária, ou, na melhor doutrina, residual.

A exceção a essa regra é objeto central desta obra, qual seja, a utilização da regra do direito processual civil individual novel (Lei 13.105/2015) em preterição das regras de direito processual coletivo, a saber, em razão da interpretação favorável à defesa ambiental (*in dubio pro ambiente*), especificamente no tocante ao tratamento do ônus probatório e à adoção da dinamicidade do ônus naquele dispositivo.

A PROVA

O acesso à justiça e ao devido processo legal são eixos centrais num Estado Democrático de Direito, de forma que o processo nada mais é que um caminho para o alcance de efetividade da justiça, incluindo-se, neste, a promoção da tutela ambiental.

Como acertadamente ensinou Couture (2003, p. 48), “a lei que torne impossível a prova é tão inconstitucional quanto a lei que impossibilite a defesa”. Foram necessários, por conseguinte, mudanças nos instrumentos que viabilizam alcançar tais objetivos, entre os quais o papel do juiz frente ao processo e o regramento probatório, que fundamentarão o convencimento do magistrado. Tal caminho perpassa necessariamente a questão da verdade no processo.

Tradicionalmente, a prova é referida como descobrimento da verdade, tal como expresso nas lições de M. Eduardo Bonnier (1928, p. 9): “As provas são os diversos meios pelos quais chega a inteligência ao descobrimento da verdade” (Tradução livre). Neste sentido da busca da verdade, a teoria da prova foi desenvolvida

pela doutrina em vários países, no século XIX e também em boa parte do século XX.

Para Marinoni, Arenhart & Mitidiero (2015, p. 296), “(...) a definição clássica da prova liga-se àquilo que ‘atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente’”; a ciência processual clássica, tal como as outras ciências, partia dessa presunção.

Alguns autores manifestaram que a almejada verdade seria uma “meta utópica do processo”, tal afirmam Marinoni & Arenhart (2015, p. 300-301): “a noção de verdade é, hoje, algo meramente utópico e ideal”, de forma que “jamais se poderá afirmar, com segurança absoluta, que o produto encontrado efetivamente corresponde à verdade”.

Michele Taruffo (2009, p. 28) traça sua opinião também contrária à existência de verdades absolutas e incontrovertidas:

(...) o processo não é um contexto em que se alcançam verdades absolutas e incontrovertidas (como quiçá sucede na teologia e na metafísica), muito menos se se pretende que estas verdades se fundem em estados de consciência pessoais e irracionais do juiz. Pelo contrário, o processo é um âmbito no qual, no melhor dos casos, se obtêm verdades relativas, contextuais, aproximadas, ainda que derivadas racionalmente das provas que estão a disposição em cada caso particular (Tradução de Mauricio Betti e Rodrigo Coloma).

O restabelecimento dos fatos pretéritos é, na realidade, uma tarefa impossível; na relação entre prova e verdade, o que se atingiria, portanto, seria a chamada verdade material (formal), enquanto a outra, utópica, seria a chamada verdade real (substancial).

A verdade material seria aquela perseguida pelo processo penal, enquanto a verdade dita formal estaria ligada ao processo civil, como resultado da atividade probatória (BELTRÁN, 2005, p. 62-63). Na mesma esteira de definição, pode-se observar as palavras de Eduardo Couture (2007, p. 178):

Em sentido jurídico, e especificamente em sentido jurídico processual, a prova são duas coisas: um método de averiguação e um método de comprovação. A prova penal é, normalmente, averiguação, busca, procura de algo. A prova civil é, normalmente, comprovação, demonstração, corroboração da verdade ou falsidade das proposições formuladas em juízo. A

prova penal se assemelha a prova científica; a prova civil se parece com a prova matemática: uma operação destinada a demonstrar a verdade de outra operação (Tradução livre).

Carnelutti figura como um dos expoentes na desconstrução da diferença entre verdade real e material (BELTRÀN, 2005, p. 64). Carnelutti assim se posiciona, portanto, quanto a distinção referida:

Quanto à distinção entre verdade formal e verdade material, tradicionalmente se tem referido a primeira ao processo civil e a segunda ao penal; esta distinção, isto é, essa divisão carece de uma justificação sólida e não tem por que subsistir. Qualquer tipo de processo deve procurar que o entendimento do juiz corresponda realmente à verdade; o contrário seria impor expressas limitações ao juiz em sua função (CARNELUTTI, 1955, p. 26. Tradução livre).

O jurista italiano Michele Taruffo (2011, p. 24) entende que a divisão entre verdade material e substancial ocorre em razão da problemática da relação entre a ideia da verdade do processo e a verdade de fora do processo. Todavia, o próprio jurista refuta tal distinção, ao sustentar a inadmissibilidade da ideia de haver uma verdade dita material somente porque é determinada no processo por meio das provas e que isso não seria suficiente para diferenciá-la totalmente da verdade dita exterior. Para Taruffo (2003, p. 26):

Quem considera que a função do processo seja aplicar a lei, colocar em prática o direito e garantir efetivamente os direitos individuais e coletivos, se inclina por configurar a determinação da verdade dos fatos como finalidade ou valor instrumental, ao que se deve aproximar-se ao objetivo principal do processo, entendido como a formulação de uma decisão juridicamente correta (Tradução livre).

Marinoni & Arenhart (2015, p. 34-35) assumem o mesmo posicionamento e adiantam que a diferença “perdeu seu brilho”, a doutrina moderna não se refere mais a tal conceito. A respeito da verdade, os autores explicam:

(...) a verdade, enquanto essência do objeto, jamais pode ser atingida se esse objeto está no passado,

porque não se pode mais recuperar o que já passou; de outra banda, também a ideia de certeza somente pode ser concebida no nível subjetivo específico, sendo que esse conceito pode variar de pessoa para pessoa – o que demonstra a relatividade da noção. O juiz não é um historiador; se fosse não deveria ser recrutado dentre bacharéis em Direito, mas sim entre graduados em História (certamente, muito mais preparados para a pesquisa do passado).

O Código de Processo Civil de 1973 traz no conteúdo do artigo 332: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa” (BRASIL, 1973). Percebe-se que a intenção do legislador, neste artigo, é indicar que os meios legais de prova são hábeis à reconstrução da verdade dos fatos, no entanto, já observamos que a reconstrução verdadeira dos fatos (verdade real) é quase impossível. O que se pretende, sim, é o convencimento do juiz para a melhor aplicação do direito.

Aproximadamente no mesmo sentido, mas inovando no reconhecimento expresso da finalidade, qual seja, “influir na convicção do juiz”, o art. 369 do CPC/2015 assim dispõe: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz” (BRASIL, 2015).

Abre-se espaço a um questionamento: como garantir a efetividade da justiça, principalmente na seara coletiva-ambiental, se levarmos em conta que a decisão justa seria aquela fundada na verdade dos fatos, mas não passível de ser alcançada no processo?

A justiça de uma decisão está intimamente ligada à possibilidade de veracidade da determinação dos fatos, por isso, Michelle Taruffo (2009, p. 31) propõe uma definição de decisão justa como sendo a combinação dos graus em que se dão as três condições necessárias para ela¹³; no caso concreto, a decisão justa pode ser qualificada em função dos graus nos quais estejam presentes as condições da justiça. Resumidamente, “Uma decisão é justa se fundada sobre uma determinação verídica dos fatos relevantes” (TARUFFO, 2009, p. 31).

13 As três condições necessárias da decisão justa são, respectivamente, “a correção do procedimento, a justa interpretação e aplicação da lei substancial; a veracidade da determinação dos fatos” (TARUFFO, 2008, p. 130).

Com efeito, a respeito da tutela dos direitos difusos, inserindo-se nestes o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, ganha elevada importância a tentativa de reconstrução da verdade no processo, posto que poderá influir tanto na dimensão do dano quanto na responsabilização do agente, não sendo, portanto, um fim em si mesmo, devendo servir, isto sim, ao processo e à efetividade da justiça.

Tais considerações, principalmente a relação entre verdade e prova, são relevantes para chegar-se à conclusão de que a prova debruça-se sobre as questões de fato alegadas em juízo, a fim de formar a convicção do juiz, e que se contrapõem pelas partes. Como sinalizam Cintra, Dinamarco & Grinover (2008, p. 377): “a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”, e que servirão de fundamento ao tratamento diferenciado do tema *probandi*, a fim de promover a mais adequada tutela do meio ambiente.

A constitucionalização da prova

Elevar o tema probatório à ótica constitucional é estudá-lo sob a égide de todos os processos informativos a ele referentes previstos na Carta Magna. O direito à prova é corolário do direito fundamental ao contraditório, garantido pela sua dimensão substancial (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2012, p. 18).

Eduardo Cambi (2001, p. 98), em sua tese orientada pelo professor Guilherme Marinoni, exalta a importância da interpretação dos institutos processuais à luz da Constituição para a efetividade da justiça: “Dentro desse raciocínio, a compreensão dos institutos do processo civil, a partir da Constituição, permite vislumbrá-los não como pura técnica lógico-formal, mas como um conjunto de instrumentos para a concretização da justiça”.

O artigo 5º da Constituição dá abrigo, explícita e implicitamente, a várias garantias processuais, dentre as quais, expressamente, a garantia de acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV), a garantia do devido processo legal (art. 5º, LV) e as garantias da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV). Em razão da norma contida no art. 5º, § 2º, outras garantias processuais, como a da amplitude probatória, podem ser ditas como constitucionais implicitamente, a despeito de não haver qualquer regra explícita neste sentido.

O que quer dizer que, sob um aspecto, o direito à prova é tido como corolário do princípio do devido processo legal que, por sua vez, desdobra-se nas garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório.

Vale lembrar que o art. 5º, § 2º, em sua última parte também prevê que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. E, adicionalmente, segundo o art. 5º, § 3º da Carta Maior, os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em Casa do Congresso Nacional, em maioria qualificada, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Por esse aspecto, o direito à prova também pode ser observado a partir do direito internacional, pois a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), em seu art. 8º, e o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos, no art. 14.1, “e”, preveem, em seus instrumentos, o direito à prova. Ambos foram incorporados pelo direito interno brasileiro por meio dos Decretos n. 678/69¹⁴ e n. 592/92¹⁵, respectivamente. Dedução lógica é que tais tratados trazem “novos dados normativos que auxiliam no reconhecimento do direito à prova” (CAMBI, 2001, p. 167).

Assim dispõe Eduardo Cambi acerca da integração do direito à prova no rol dos direitos e garantias fundamentais constitucionais:

Com efeito, por força do art. 5º, § 2º, da CF, é possível sustentar que o direito à prova não é apenas uma decorrência das garantias constitucionais da ação, da

14 Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (BRASIL, 1992b).

15 Artigo 14.1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores. (...) 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação (BRASIL, 1992a).

ampla defesa e do contraditório, mas, após a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também há uma regra de direito positivo, que integra o catálogo dos direitos fundamentais e deve ser interpretada com a finalidade de assegurar a máxima realização da justa tutela jurisdicional (CAMBI, 2001, p. 169).

No plano do direito comparado, a Constituição espanhola de 1978 expressamente prevê as garantias processuais mínimas, reguladas no artigo 24, que assim dispõe:

Capítulo segundo. Direitos e liberdades.
Seção 1.^a DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DAS LIBERDADES

Artigo 24.

1. Todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir obstáculo a defesa.

2. Desse modo, todos têm direito ao Juiz natural, predeterminado pela lei, a defesa e a assistência, a ser informados da acusação formulada, a um processo público sem dilações indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para sua defesa, a não declarar contra si mesmos, a não se confessarem culpados e a presunção de inocência. A lei regulará os casos em que, por razão de parentesco ou de segredo profissional, não se estará obrigado a declarar sobre fatos presunçosamente delitivos (Espanha, 1978. Tradução livre).

O direito fundamental à prova é composto das seguintes situações jurídicas: “a) direito de produzir provas; b) o direito de participar da produção da prova; c) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; d) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida” (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2012, p. 18). Pelo grau de extensão, comporta-se de maneira complexa.

Outrossim, é importante que, levando em consideração o estudo da teoria da norma de Dworkin e Alexy, fique clara a importância do direito constitucionalizado da prova; contudo, não se pode observá-lo de modo absoluto, podendo ele eventualmente ser limitado por outros valores constitucionais (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2012, p. 19). Essas limitações se justificam em razão

do princípio da proporcionalidade, desde que sejam razoáveis e possibilitem a prova por outros meios (CAMBI, 2001, p. 170-171).

Face ao reconhecimento da constitucionalização probatória, reconhece-se que para a reconstrução dos fatos não pode o processo civil criar mecanismos que obstaculizem ou que onerem sobremaneira o manejo probatório (CAMBI, 2001, p. 170), particularmente no âmbito do direito difuso, onde ainda há o peso do coletivo sobre o individual. Há um interesse geral e maior: a sociedade e seu meio ambiente.

Conceito de prova

O termo prova é utilizado em várias acepções, logo, não é uma palavra exclusiva do campo jurídico; podemos, desta forma, observá-lo no ramo das ciências exatas, quando seja necessário “provar” determinada equação ou certa teoria, ou ainda no campo educacional, ao aplicar a “prova” para avaliar o conhecimento dos alunos, ou seja, desde uma utilização no meio comum, usual, até a sua utilização dentro do contexto científico.

Esta palavra tem sua origem do latim *probo*, *probatio* e *probus* (CAMBI, 2001, p. 47). Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (1999, p. 1151), na acepção ordinária, define a prova como sendo “aquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa”; no sentido jurídico, por seu turno, como sendo “atividade realizada no processo com o fim de ministrar ao órgão judicial os elementos de convicção necessários ao julgamento”.

Tem-se, em linhas gerais, que o termo tem relação, por um lado, com a noção lógica de prova “como elemento que fundamenta um juízo”, e, por outro, com “a racionalização das ideias de prova que se tem em muitos campos da experiência” (TARUFFO, 2011, p. 328).

No campo da ciência jurídica, ainda se fazem atuais as lições de Francesco Carnelutti, que chama atenção para a multiplicidade de acepções que a palavra prova pode ter: “(...) a palavra prova, como tantas outras, tem apenas um significado jurídico: prova não se chama somente o objeto que serve para o conhecimento de um fato, mas também o conhecimento mesmo subministrado pelo tal objeto” (CARNELUTTI, 1955, p. 253. Tradução livre).

Indispensável se faz ilustrar o conceito de prova com a clássica definição de Pontes de Miranda (1999, p. 209):

A prova refere-se a fatos; portanto: a elementos do suporte fático, ao suporte fático e aos fatos jurídicos que de suportes fáticos resultam. Direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos: é preciso que se provem os fatos jurídicos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço, esses efeitos. Quando se diz “prove o seu direito”, “prove a pretensão, a ação, ou a exceção”, emprega-se forma elíptica; em verdade o que se pensou foi: “prove o fato jurídico de que se irradia o direito, a pretensão, a ação, ou a exceção de que se trata”. A prova concerne, portanto, à existência e à inexistência no mundo fático ou no mundo jurídico. Há prova de fatos do mundo fático e prova de fatos do mundo jurídico de suportes fáticos mais entrada no mundo jurídico.

Michele Taruffo (2009, p. 60-61) enumera duas concepções para o termo no contexto jurídico. Em sua primeira concepção, entende-se a prova como um instrumento de conhecimento. Neste sentido, a prova oferece informações sobre os fatos que devem ser determinados no processo. Na segunda concepção, a prova serve apenas para persuasão do juiz, ou seja, como convencimento do juiz a respeito de um enunciado fático.

Eduardo Cambi, por sua vez, pautado nas lições de Carnelutti, elege a noção tripartida para o termo prova, adicionando uma terceira noção aos entendimentos de Michele Taruffo. Neste sentido, a prova é definida como: i) atividade, significando “instrução ou conjunto de atos, realizados pelo juiz e pelas partes”, cuja finalidade consiste na reconstrução dos fatos; ii) meio, quando concebida como “instrumento pelo qual as informações sobre os fatos são introduzidas no processo” com o objetivo de convencimento do juiz; iii) resultado, a prova possui o significado de “êxito ou de valoração consubstanciada na convicção do juiz” (CAMBI, 2001, p. 48).

Didier, Braga e Oliveira (2012, p. 43) trazem bons exemplos para ilustrar cada uma das acepções listadas por Eduardo Cambi. No que tange à primeira noção, prova como atividade, é nesse sentido que se diz que cabe a atividade de provar a quem alega o suposto direito, “cabe fornecer os meios que demonstrem sua alegação”; em seu segundo sentido, prova como meio, “fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental, etc.”; por fim, seu terceiro sentido refere-se a quando se diz, por exemplo, que “o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir”.

Em resumo, pode-se dizer que o termo prova no campo jurídico e, especificamente, no processual recebe uma acepção dependendo do objeto que se considere; assim, emprega-se a palavra prova ora para designar os meios, o procedimento, a atividade tendente a provar, ora o resultado obtido (CARNELUTTI, 1955, p. 36).

Francesco Carnelutti, com inspiração na terminologia utilizada por Alcalá-Zamora y Castillo, traz, a partir dos estudos feitos a respeito do tema probatório, a distinção entre prova em sentido estrito e amplo. Sob o prisma estrito, seria a obtenção do convencimento acerca dos fatos para a resolução do conflito submetido a um processo. Em sentido amplo, seria a o conjunto de todas as atividades processuais que se realizam tendo como fim o convencimento do juiz (CARNELUTTI, 1955, p. 37).

É o que Didier, Braga e Oliveira denominaram como sentido objetivo ou subjetivo. Fala-se no sentido objetivo da prova quando se remete à designação da atividade *probandi* ou dos meios com que ela se desenvolve, e, no sentido subjetivo, quando consistir no resultado que a atividade gera no íntimo do julgador (DIDIER, BRAGA E OLIVEIRA, 2012, p. 44).

Taruffo (2011, p. 327) chega a um conceito geral de prova, a qual seria um “elemento de confirmação de conclusões referidas a asserções sobre fatos ou bem como premissa de inferências dirigidas a fundamentar conclusões consistentes em asserções sobre fatos” (Tradução livre).

Na sistemática processual, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 42) conceitua prova como “conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”. Esta acepção é a que traria, por consequência, maior interesse, no entanto, o autor também esclarece que o termo pode significar o resultado das atividades, mas no que concerne à matéria probatória em processo esta acepção é irrelevante.

No mesmo sentido, Marinoni & Arenhart (2015, p. 58), caracterizam a prova como sendo um elemento argumentativo em busca da verdade, não obstante, como já se afirmou alhures, ser este um ideal inatingível. Os autores a conceituam como “todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo” (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 58).

No direito processual ambiental, a prova deve ser compreendida com a devida orientação constitucional vinculada a todas as faces do meio ambiente, sejam elas naturais, artificiais, culturais, do trabalho e patrimônio genético: “todos os meios legais são hábeis, no plano do direito constitucional positivo brasileiro, e dos subsistemas dele derivados, para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ambiental ou mesmo a defesa do suposto poluidor” (FIORILLO, 2013, p. 673).

Escrever sobre prova implica, portanto, entender seus diversos sentidos, o que provoca a necessidade de restringir nosso marco teórico. Por um lado concebemos prova jurídica como espécie do gênero prova, cujo conteúdo pode ser utilizado tanto informalmente como em outros ramos da ciência, caracterizada por ser aplicada no contexto processual. Por outro lado, concebemos o termo prova, assim como Marinoni & Arenhart (2015), como atividade lógica e argumentativa com vistas à confirmação racional de um argumento anteriormente emitido por alguma parte, e suscetível a alguma forma de comprovação, para convencimento do Estado-juíz.

Finalidade da prova

A partir do marco teórico estabelecido, percebe-se que não é mais possível conceber, contemporaneamente, a finalidade da prova como a reconstrução dos fatos, sendo, portanto, peça essencial de argumentação no diálogo jurídico, revestindo-se na qualidade de elemento para a formação da convicção do Estado-juíz (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 53).

Sob o aspecto publicista, o qual afirma que o direito ao processo justo é sinônimo do direito à efetiva tutela jurisdicional, o processo não se limita apenas a produzir decisões, mas sim decisões justas, e uma decisão justa deve ser pautada em uma determinação verdadeira dos fatos do caso, além de derivar de um devido processo e justa interpretação e aplicação das normas (TARUFFO, 2011, p. 525).

Uma decisão justa é antecedida por um procedimento no qual enquadra-se a atividade probatória. O verdadeiro problema é compreender qual verdade dos fatos pode e deve ser estabelecida pelo juiz para que se constitua o fundamento da decisão. A problemática que envolve a categoria verdade, já ensaiada no tópico 3, ratifica-se com as lições de Michelle Taruffo (2011, p. 526):

(...) não pode ser em nenhum sentido absoluta, e é necessariamente contextual e relativa. Pode ser definida como a melhor aproximação possível, sobre a base das provas, a realidade empírica dos fatos relevantes para a decisão... a verdade do enunciado é uma função da confirmação lógica que pode derivar-se das provas que a ele se referem (Tradução livre).

O fim da atividade probatória vem a ser o mesmo em qualquer tipo de processo. A partir da distinção entre prova em sentido estrito e amplo feita por Francesco Carnelutti, é possível afirmar que a finalidade da prova em sentido amplo não é outra senão chegar à prova em seu sentido estrito (CARNELUTTI, 1955, p. 37).

A atividade probatória tem como finalidade, portanto, a obtenção do convencimento do juiz acerca das situações fáticas indispensáveis para a decisão do litígio submetido a um processo, chegando-se à maior proximidade possível da verdade (CARNELUTTI, 1955, p. 38).

Sob a perspectiva oferecida por Marinoni & Arenhart (2015, p. 54), segundo a qual a prova é definida como “meio retórico, regulado pela lei, dirigido dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”, tem ela por finalidade “estabelecer o diálogo entre as partes e o Estado-juiz, necessário para a fixação dos fatos controvertidos”. Essa seria sua finalidade imediata, antes mesmo de “destinar-se à reconstrução de fatos (componente ideal inatingível)” (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 54).

A função do meio retórico a que se referem Marinoni & Arenhart é a de “convencer o juiz da validade (ou verossimilhança) das proposições fáticas formuladas inicialmente (tanto afirmações, pretensões e exceções) que tenham sido objeto de questionamento”, enquanto que a função da prova é “permitir o embasamento concreto das proposições formuladas, de forma a convencer o juiz da sua validade, diante da sua impugnação por outro sujeito do diálogo” (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 55).

Hernando Echandia (1974, p. 336), a respeito da finalidade da prova, concebe que esta deve ser determinante para subsidiar a convicção do juiz ao motivar suas decisões, que recaem na sentença, na qual ele examina cada um dos meios probatórios e sua respectiva valoração, assim como explica as razões pelas quais

considera o meio probatório determinante ou não, a depender do caso; “mediante elas [as provas], trata de convencer-se de uma realidade processual ou de uma verdade para fazer a declaração correspondente” (Tradução livre).

De forma simples e direta, convém colacionar o julgado de Relatoria do Desembargador Federal Tourinho Neto, a respeito da finalidade da prova no processo civil:

PROCESSO CIVIL. PROVA. FINALIDADE E DESTINATÁRIO DA PROVA. A prova tem por finalidade formar a convicção do juiz. É o juiz o destinatário da prova. É ele quem precisa ter conhecimento da verdade quanto aos fatos. Se o juiz afirma que a prova já produzida é suficiente para o deslinde da questão, é porque sua convicção já estava formada. (TRF-1 - AG: 9476 MG 2008.01.00.009476-3, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL TOURINHO NETO, Data de Julgamento: 23/06/2008, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 04/07/2008 e-DJF1 p. 85).

Não se pode deixar de lado, também, as lições de Pontes de Miranda (1999, p. 210) acerca da finalidade probatória:

A prova tem por fito levar a convicção ao juiz. A atividade, que o juiz exerce, para pesar o valor das provas, medir-lhes a força probatória, adicionando ou subtraindo valores, eliminando algumas, porque as contrárias têm força probatória maior, ou só lhes aproveitando a parte não destruída pela força probatória da prova contrária, denomina-se apreciação da prova. Quando ele encontra duas ou mais testemunhas acordes, porém existem dados contra a credibilidade delas, esse levar em conta a eficácia e a atendibilidade é pesagem da prova. O mesmo ocorre com a verificação da autenticidade do documento. Se, em vez disso, o julgador verifica até que ponto as testemunhas acordam entre si e desde que ponto discordam, para separar a parte confirmada e a parte díspar, mede as provas. Tal como se procurasse o que há de resultar do que depuseram as testemunhas e do que consta de outros motivos de prova, documentais ou indiciários, pró ou contra os depoimentos.

Podemos somar aos ensinamentos de Pontes de Miranda e concluir que a finalidade da prova não é, portanto, a fixação dos

fatos controvertidos; ela não necessariamente levará à verdade ou à aplicação justa do direito, como também não visa à convicção psicológica do julgador. Abandonando a pretensão da verdade e mirando outro objetivo, qual seja, a convicção do juiz, a finalidade da prova deve ser, sobretudo, alcançar a certeza do julgador a respeito dos dados fornecidos pelas partes, que ora será derivada do convencimento íntimo do julgador, ora de normas legais que fixarão os fatos, aproximando-se o máximo possível da verdade, e tendo, como fim último, conferir uma decisão justa.

Já, no plano do direito ambiental, pode-se afirmar que a finalidade não se distancia dos demais processos. Segundo Fiorillo (2013, p. 9723):

o ideal do direito ambiental brasileiro é a busca e o encontro da verdade que ‘migra para os autos’, dentro da concepção já salientada de restar estabelecida “a verdade do Judiciário”, ou seja, “aquela que importa para a decisão” e que timbrará de imutabilidade a definição advinda da cognição.

De tudo que se abordou sobre a finalidade da prova, chegase à conclusão de que frente às características do direito ambiental, o julgamento deve ser baseado no livre convencimento motivado, atendendo às particularidades adstritas aos fatos e circunstâncias constantes dos autos de determinada ação, ainda que não alegados pelas partes.

Objeto da prova

Nas lições de Carnelutti (1955, p. 103), o objeto da prova não são os fatos *per se*, mas sim os fatos afirmados pelas partes. Para o autor, os fatos não se provam e, sim, são conhecidos; as observações preliminares de Didier, Braga & Oliveira (2009, p. 44) também convergem para esta ideia, apontando a necessidade de provar as alegações.

Dinamarco (2009, p. 57-58), na mesma esteira de pensamento, limita o objeto da prova ao “conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas a esses fatos e não os fatos em si mesmos”. E resume: “As alegações feitas no

processo são apresentadas ao juiz e constituem alvo das atividades consistentes na prova. São, portanto, objeto destas”.

Em relação às características do *fato probando*, ou seja, os fatos relevantes para a atividade probatória, Didier, Braga & Oliveira (2009, p. 44-45) listam como essenciais ao objeto da prova ser ele:

a) Controvertido, qualidade essencial do objeto da prova, pois, sem controvérsia, há apenas a necessidade de aplicação do direito. Os fatos notórios¹⁶, afirmados por uma parte e confessados pela outra, os não contestados ou admitidos no processo como incontrovertidos, e, por fim, os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade não dependem de prova em razão da inexistência da controvérsia (art. 334, CPC/1973)¹⁷.

O fato notório é essencial, portanto, dispensa prova para ser considerado verdadeiro. Logo, os fatos ditos “conhecidos” independem da prova feita, não porque estejam na ciência privada do juiz, mas são, por excelência, notórios (MIRANDA, 1999, p. 275). Segundo Eduardo Cambi (2006, p. 350), fatos notórios “são acontecimentos geralmente conhecidos ou que podem ser facilmente conhecidos por qualquer pessoa, a partir de uma normal estrutura de informações”.

Os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária são, do mesmo modo, isentos do objeto probatório, seu pressuposto é a “explicitude do reconhecimento, posto que possa haver interpretação do que foi dito pela parte contrária” (MIRANDA, 1999, p. 276). O fato confessado se torna incontrovertido, não sendo, pois, objeto de prova.

Os fatos admitidos no processo como incontrovertidos são os alegados, porém sem nenhuma oposição feita, conforme a apreciação do juiz. Só há, por conseguinte controvérsia se a afirmação de determinado fato for contraposta por uma alegação colidente, do contrário, em princípio, o reconhecimento do fato não dependerá de prova (DINAMARCO, 2009, p. 58).

Também independem de provas os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade; nestes casos, fala-se de presunção *iuris et de iure* ou presunção *iuris tantum*. Tais presunções são apenas estabelecidas por Lei, ficções jurídicas criadas para reduzir a atividade probatória. Em tese, quando a lei estabelecer presunção absoluta, ou seja, *iuris et de iure*, nenhuma

16 *Notorium nom eget probatione*, ou seja, o notório não necessita de prova.

17 Correspondente ao art. 374 do CPC/2015.

prova contrária se admite; ao contrário, quando a presunção for relativa, ou seja, *iuris tantum*, cabe a prova em contrário. Ao prever que os fatos presumidamente verdadeiros independem de prova, a lei propõe uma verdadeira inversão do ônus probatório (DINAMARCO, 2009, p. 63). Parte desse raciocínio a adoção pelo legislador, no microsistema processual coletivo, da possibilidade de inversão do ônus da prova, pelo fato de haver uma presunção relativa dos fatos alegados em razão da: i) hipossuficiência técnica do consumidor, ou; ii) verossimilhança das alegações.

Em alguns casos, não há controvérsia, ou seja, o objeto é incontroverso, mas é necessário fazer prova dos fatos¹⁸: i) quando reclamada pelo juiz, para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento; ii) quando a lide versar sobre direitos indisponíveis¹⁹ (art. 302, I; e art. 320, II do CPC/1973); iii) quando a lei exija que a prova do ato jurídico se revista de forma especial (art. 302, II; e art. 320, III do CPC/1973).

A lei é silente, entretanto, considera-se do mesmo modo à margem do objeto controverso as alegações de fatos impossíveis ou mesmo improváveis ao apelo da razoabilidade. Em ilustração, Dinamarco (2009, p. 62) cita uma passagem bíblica: “É mais fácil passar o camelo pelo fundo de uma agulha do que entrar o rico no Reino de Deus”. De fato, tal situação não pode ocorrer neste mundo, portanto, se alegado, é necessário fazer prova, ainda que não combatido, de forma que o processo é um “instrumento de exercício de um serviço público e o poder de disposição das partes não pode chegar ao ponto de impor absurdos à inteligência do juiz” (DINAMARCO, 2009, p. 68).

b) Relevante. Somente os fatos que tenham relação ou conexão com o litígio é que devem ser objeto de prova, “os fatos

18 Art. 302, CPC/1973: “Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público. (Correspondente ao art. 345 do CPC/2015, sem nenhuma alteração). Art. 320, CPC/1973: A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indisponível à prova do ato. (Correspondente ao art. 345 do CPC/2015, sem nenhuma alteração).

19 A respeito da indisponibilidade, lembra-se que “o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é inalienável, indisponível, e imprescritível” (MIRRA, 2010, p. 92).

por provar devem ser relevantes ou influentes, isto é, em condições de poder influir na decisão da causa”²⁰ (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 45). Os fatos inúteis, que não têm papel na decisão da lide, estão fora do objeto da prova. Verdadeiros ou não, são os fatos que de nenhum modo influenciam na solução da causa, na apuração da verdade real. Didier, Braga & Oliveira (2009, p. 45) listam os fatos considerados irrelevantes, ou seja, que não serão objeto probatório:

São irrelevantes: a) fatos que, conquanto possíveis, são impossíveis de se provar, seja por disposição legal (alegados contra presunção *iuris et de iure*), seja pela própria natureza (quando o fato não puder ser provado por determinado meio de prova); b) fato física ou juridicamente impossível: *impossibilem allegans no auditur* (não se ouve a quem alega o impossível: p. ex., provar que um homem está grávido).

Eduardo Cambi (2006, p. 300), ao versar sobre a relevância do objeto da prova, aduz que um fato material é relevante no âmbito jurídico a partir de sua correspondência ao fato em abstrato previsto pela norma a ser aplicada ao caso, “uma vez que esse fato se coloca como uma condição para a verificação das consequências jurídicas previstas pela norma correspondente”.

c) Determinado. A determinação deve estar presente no objeto probatório e apresentar características suficientes que o diferenciem, “o fato deve ser identificado no tempo e no espaço”. Dessa regra deriva que “o fato indeterminado, ou indefinido, é insuscetível de prova” (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 45).

Notadamente ao que se refere à prova civil ambiental, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2013, p. 673) aponta como seu objeto “o fato controvertido, ou seja, aquele afirmado por uma parte e contestado especificamente por outra, sendo certo que o destinatário da prova ambiental é o processo ambiental, devendo o juiz julgar segundo o alegado em processo”.

São, portanto, objeto da atividade probatória os fatos que apresentem controvérsia, relevância e por fim, a determinação, de modo que apresentem características suficientes para se distinguirem de todos os demais, à exceção das previsões anteriormente analisadas.

20 Síntese da máxima “*Frustra probatur quod probantum nom relevant*”.

Valoração da prova

A resposta para a questão da eficácia dos diversos meios de prova estabelecidos no direito positivo é dada através do estudo do tema da valoração da prova (COUTURE, 2007, p. 211).

Dentre os momentos fundamentais da atividade probatória, qualquer que seja o tipo de processo em que se realize, Taruffo (2009, p. 46) destaca, em primeiro tempo, a proposição ou oferecimento de iniciativa das partes; em seguida, a admissão ou indeferimento das provas oferecidas, desta vez realizada pelo juiz; posteriormente, a preparação das provas admitidas ou ordenadas; depois, a execução, onde há atuação do próprio órgão jurisdicional, das partes e de terceiros, tais como testemunhas, peritos, etc; por fim, a valoração das provas (ou apreciação), que consiste na percepção que o julgador faz dos meios de prova praticados. Todos esses momentos são ligados pela finalidade probatória, qual seja, o convencimento do julgador a respeito dos dados fornecidos pelas partes.

A prova, portanto, em seu último momento, será valorada geralmente na sentença ou em juízo provisório; para tanto, adota-se o princípio da persuasão racional do juiz, ou seja, o juiz é livre para formar sua convicção a partir das provas juntadas, sem se descuidar da motivação que o levou a graduar as respectivas formas ou preferir uma em preterição de outra (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 185).

A prova pertence ao processo, cabendo ao juiz a valoração de todo material probatório constante nos autos, de forma que todo o universo probatório será objeto de sua análise, desde que lícito (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 27).

Devis Echandía (1974, p. 269) refere-se à atividade de valoração como sendo uma operação mental pela qual a fonte de prova chega à mente do juiz; para tanto, é essencial que tal operação seja precedida de outra, sensorial, da dedução que se faz sobre o percebido. “Essa operação mental é como o veículo ou condução mediante o qual a fonte de prova é conhecida pelo juiz” (Tradução livre).

O autor supracitado conceitua a valoração, portanto, como “a operação mental que tem por fim conhecer o mérito ou valor de convicção que possa deduzir-se de seu conteúdo” (ECHANDIA, 1974, p. 287, Tradução livre), de atuação exclusiva do juiz, nesse momento.

Larga é a importância que Taruffo (2009, p. 47) outorga à valoração, ressaltando a seguinte ligação: “a apreciação vem a ser a prova o que a sentença é ao processo” (Tradução livre).

A doutrina traz um bloco de sistemas de valoração das provas, cuja finalidade é direcionar e estabelecer parâmetros para a valoração realizada pelo magistrado, subdividindo-se nos seguintes critérios (ou sistemas): a) critério positivo ou legal; b) livre convicção; c) persuasão racional ou livre convencimento motivado (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 41-42).

Contudo, tais sistemas não impedem a livre apreciação do material probatório, como alertam Didier, Braga & Oliveira (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 42-43):

Temos, portanto, um sistema de valoração de provas de acordo com o livre convencimento do magistrado, balizado em alguns momentos pelo legislador, como forma de evitar decisões arbitrárias, baseadas em interpretações bem pessoais do material probatório formado, bem como, e por isso mesmo, resguardar a segurança jurídica.

Do mesmo modo, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 100), ao escrever acerca da valoração da prova, a conceitua como sendo a “avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo”, realizada hoje, prioritariamente, pelo juiz. Certamente há uma graduação do poder conforme as fontes utilizadas, todavia, ela não é ordenada por lei e sequer é de aferição obrigatória e sua aplicação varia caso a caso.

Abra-se um parêntese para a observação de Jordi Beltrán (2007, p. 45), ao pontuar que a chamada “livre valoração da prova é livre somente no sentido de não estar sujeita a normas jurídicas que predeterminem seu resultado”. A operação lógica na qual consiste a valoração está sujeita aos critérios gerais de lógica e racionalidade.

Segundo Marinoni & Arenhart (2015, p. 186), é ingenuidade imaginar que a operação lógica é realizada pelo juiz somente após a prova ter sido produzida:

Como dito, a prova, quando admitida e produzida, já carrega evidente subjetividade. Após asua admissão e produção, não há dúvida que é possível afirmar que o “resultado” da prova será valorado, mas isso obviamente não quer dizer que a vontade do juiz somente entra em ação nesse momento.

A livre apreciação do material probatório, segundo Dinamarco (2009, p. 100), “provavelmente representa o mais importante

entre todos os pilares do direito probatório”, expressa no art. 131 do CPC/1973, o qual dispõe: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos” (BRASIL, 1973).

Em contraposição, Lenio Luiz Streck refuta essa total discricionariedade do juiz. O referido jurista foi o responsável pela retirada do livre convencimento do texto do Projeto para a criação do novo Código de Processo Civil, por meio de uma justificativa escrita e atendida pelo Deputado Relator.

No projeto do novo CPC, previa o art. 478: “O juiz apreciará livremente a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015).

Esta previsão fora suprimida a partir da proposta elaborada por Lenio Streck, e entregue ao Dep. Paulo Teixeira (relator do projeto de lei na Câmara dos Deputados), nos seguintes termos:

(...) embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado ‘coparticipação’, com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do ‘livre convencimento’. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão (STRECK, 2015, p. 35).

O livre convencimento foi, por conseguinte, retirado do normativo processual brasileiro sancionado em 2015. Contudo, a atividade valorativa pode ser extraída a partir da interpretação

dos artigos 370²¹ e 371²² do CPC/2015. No artigo 371, percebe-se uma vinculação da valoração em relação ao objeto, pois que este deverá ser o tanto necessário para o julgamento de mérito. No art. 371, por seu turno, percebe-se a necessidade da fundamentação do convencimento, baseado na prova e na lei.

O acatamento da exclusão do art. 478 do projeto do novo CPC tem influência dworkianiana: o paradigma da livre apreciação substitui-se pela exigência da coerência e integridade ao lado da estabilidade:

Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moral-mente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido (STRECK, 2015, p. 41).

Em conclusão, entendo que esta inovação no novo CPC aumenta sobremaneira a responsabilidade do juiz no caso concreto, a despeito também do contido no art. 489, § 1o²³, de modo que o juiz deverá justificar, de forma completa, as razões pelas quais atribuiu

21 “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento de mérito” (BRASIL, 2015).

22 “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento” (BRASIL, 2015).

23 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença (...)

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento” (BRASIL, 2015).

maior peso a esta ou àquela prova. Para tanto, o fundamento vai além de apontar as provas que vão de encontro a sua conclusão: o citado artigo impõe ao juiz que examine também as provas que sustentariam conclusão diversa, por esta razão, acredito num processo publicista, onde haja maior proatividade do juiz e, em contrapartida, maior responsabilidade no que concerne às suas decisões para que não sejamos reféns da subjetividade ilimitada.

Prova e tutela provisória: implicações no direito ambiental

Frente à constatação da dificuldade de reparação do meio ambiente e da eventual irreversibilidade do dano ambiental, e, ainda, sendo o direito ambiental informado pelos princípios da prevalência do meio ambiente (da vida) e da precaução, o instrumento da tutela de urgência, analisado sob a ótica probatória, modifica profundamente as bases e a manifestação do poder de cautela do juiz, podendo, sobretudo, flexibilizar as regras para concessão das tutelas de urgência, no que tange à prova.

A questão da tutela de urgência na tutela ambiental gira basicamente em torno de uma análise do custo (tempo) *versus* benefício (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), pois, de um lado, é necessário tempo para diminuir a probabilidade de erros, possibilitando maior certeza, e, por outro, um tempo a mais pode implicar menos possibilidade de resolver a crise jurídica ambiental (RODRIGUES, 2011, p. 125-128).

Quando apenas uma das partes manifesta-se, ou quando o conjunto de provas ainda não está completamente recolhido e não há possibilidade de prestação da tutela exauriente, está-se diante da possibilidade de prestação da tutela sumária, “caracterizada pela incompletude material da causa” (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 33).

O CPC de 1973 trouxe a tutela antecipada²⁴ e a tutela cautelar²⁵ como modalidades de tutelas provisórias, de urgência, que, entretanto, não se confundem. Marcelo Bertoldi (1997, p. 312) traça a diferença entre os dois institutos de forma bem clara:

24 CPC/1973, Art. 273: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu” (BRASIL, 1973).

25 CPC/1973, Art. 796: “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente” (BRASIL, 1973).

(...) se o que pretendemos obter através da tutela de urgência está inserido no objetivo da própria demanda deduzida, ou seja, se é coincidente no todo ou em parte com o pedido formulado ou a ser formulado em juízo, estamos diante da hipótese de antecipação da tutela; agora, se o que se procura for algo diferente disso, mera providência paralela ao pedido deduzido em juízo, estaremos diante da hipótese de uso da medida cautelar.

A tutela antecipada, baseada na verossimilhança da alegação e no fundado receio de dano ou no abuso do direito de defesa, é vinculada sempre ao processo principal; é, pois, acessória ao processo formado, de forma incidental, inexistindo formação de processo autônomo.

A tutela cautelar, por outra via, com os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, pode se dar de maneira tanto autônoma como incidental ao processo e, ainda, de forma preparatória, com a obrigatoriedade de proposição da ação principal no prazo de 30 dias após a efetivação da medida cautelar.

Com o advento do novo Código de Processo Civil de 2015, no contexto das chamadas tutelas diferenciadas, foram implementados novos procedimentos para a concessão das tutelas antecipada e cautelar, denominando ambas como “tutela provisória”²⁶, prevista, agora, num capítulo único, entre os artigos 294 e 311 do CPC/2015, fundamentada ora na urgência, ora na evidência. Com isso, simplifica-se o procedimento, com o intuito de tornar o processo mais eficiente e célere. A tutela provisória de urgência pode ser cautelar ou antecipada (satisfativas quando ocorrer a hipótese do art. 294, parágrafo único do CPC/2015), ou tutela provisória de evidência, que é sempre satisfativa (art. 311, CPC/2015).

É inovação desse código a tutela provisória satisfativa. Fredie Didier (2012, p. 617), quanto ao tema, ensina: “A tutela provisória satisfativa antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adianta-se, assim, a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida”.

26 Critica Marinoni & Arenhart (2015b, p. 221): “Ao preferi-la, o legislador deu vários passos atrás e optou ver o processo por uma perspectiva interna de análise em detrimento de uma preocupação com uma efetiva tutela dos direitos. A adoção da terminologia empregada pelo legislador deixa na sombra aquilo que mais interessa para quem vai ao processo – a busca pela tutela do direito. Ao falar em tutelas provisórias o legislador imagina mais uma vez – voltando mais de cem anos na história do processo civil – que é possível tratar o direito material com uma categoria interna, única e invariável que não fornece qualquer pista a respeito dos pressupostos materiais que devem ser alegados e provados para proteção do direito material”.

A tutela de evidência, por seu turno, é “uma técnica processual, que diferencia o procedimento em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo” (DIDIER, 2012, p. 617).

Na prática, os pressupostos da tutela cautelar e da tutela antecipada serão iguais, ainda que suas naturezas sejam distintas. A partir da leitura do art. 294²⁷ do CPC/2015, fica claro que a tutela de urgência é gênero, o qual inclui as duas espécies (tutela cautelar e tutela antecipada), estabelecidas as mesmas exigências para autorização²⁸ de ambas.

A despeito do breve comentário acerca da tutela provisória no novo CPC, o microsistema processual coletivo possui regramento próprio. Nestes casos, o CPC é aplicado de forma subsidiária, conforme leitura do artigo 19 da Lei n. 7.347/85 (LACP), o qual dispõe que será aplicado à ação civil pública o Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições, e, também, do artigo 90 da Lei n. 8.078/90 (CDC), cujo teor indica que serão aplicadas às ações previstas no título III (Da Defesa do Consumidor em Juízo) as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que diz respeito ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

O cabimento de instrumento específico está fundamentado nos termos do art. 12 da LACP, que dispõe: “Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo” (BRASIL, 1985). Já segundo o artigo 84 do CDC:

A ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento, e continua no parágrafo 3º que sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu (BRASIL, 2015).

27 “Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental” (BRASIL, 2015).

28 “Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (BRASIL, 2015).

Neste sentido, tem-se a seguinte decisão em Agravo de Instrumento n. 2000.04.01.039024-8/SC, de Relatoria da Juíza Maria de Fátima Freitas Labarrère, e julgado em 17/04/2000: “Não afronta qualquer dispositivo legal a decisão que concede tutela antecipada consistente na execução de projetos de recuperação ambiental, objeto de ação civil pública ajuizada pelo ministério público”.

A magnitude da lesão a um direito coletivo e a percepção de confiança gerada em razão de sua proteção pelo Estado Juiz justificam requisitos mais flexíveis para sua proteção antecipada.

Na esfera do Direito Ambiental, à luz dos princípios a eles atinentes, verifica-se uma absoluta incompatibilidade com a exigência do caput do art. 273 de prova inequívoca. Neste sentido, posiciona-se Édis Milaré (2002, p. 243):

(...) no direito ambiental, diferentemente do que se dá com outras matérias, vigoram dois princípios que modificam profundamente, as bases e a manifestação do poder de cautela do juiz: a) o princípio da prevalência do meio ambiente (da vida) e b) o princípio da precaução, também conhecido como princípio da prudência e da cautela. Tutela jurisdicional que chega quando o dano ambiental já foi causado perde, no plano da garantia dos valores constitucionalmente assegurados, muito, quando não a totalidade, de sua relevância ou função social. (...) apesar de a Lei, no art. 1º, referir-se expressamente a responsabilidade por danos, contém também disposições apropriadas à tutela preventiva (arts. 4º, 5º e 12). Independente de ajuizamento de ação cautelar, poderá ser proposta demanda objetivando a proteção do ambiente, cumulada com pedido de liminar, que será concedido, com ou sem justificação prévia, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade do *periculum in mora* e do *fumus boni juris*.

Entretanto, o art. 300 do CPC/2015, ao indicar que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, percebe-se ser muito mais favorável ao processo coletivo.

Portanto, nesse novo contexto, para concessão de tutela antecipada bastarão apenas o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, com fundamento nas regras próprias que compõem o microsistema processual coletivo, como o CPC/2015, sendo ambos favoráveis à tutela efetiva do meio ambiente.

Não obstante tenha-se o estudo da tutela provisória à luz do CPC/1973 e do CPC/2015, Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 150) debruça-se sobre o citado instituto no processo civil ambiental, e, segundo o autor, a plena eficácia da tutela jurisdicional ambiental, através do pedido e concessão de medidas liminares nas ações ambientais, é autorizada pelos preceitos constitucionais constados em seus art. 5º, XXXV e art. 2º:

a tutela jurisdicional adequada no âmbito das ações ambientais, por suas próprias peculiaridades e fundamentalmente por estar adstrita à defesa da vida em todas as suas formas, muitas vezes dará ensejo a uma pronta atuação por parte do Poder Judiciário diante de situações absolutamente rotineiras na defesa dos bens ambientais, em que poderá ocorrer a irreparabilidade ou mesmo a difícil reparação do direito à vida caso se tenha de aguardar o longo, penoso, mas necessário trâmite normal do processo de cognição em decorrência do que determina o devido processo legal constitucional (FIORILLO, 2012, p. 150).

Ante o exposto, conclui-se que, atualmente, o arcabouço infraconstitucional permite, de uma forma ou outra, a possibilidade e flexibilidade da concessão de medidas liminares ou tutelas provisórias em favor do meio ambiente. Todavia, a Constituição Federal é o núcleo fundamental da possibilidade da concessão de medidas liminares no âmbito da defesa judicial do meio ambiente.

A insuficiência de provas no âmbito do processo coletivo ambiental

Em alguns momentos, embora em parte possa de fato haver o direito subjetivo, há, por outro lado, a dificuldade em se fazer prova deste direito alegado. Não obstante, “não é porque o juiz não pode penetrar na essência da verdade que pode descurar da necessidade de se convencer” (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 331).

A depender do direito posto em discussão, a busca pela verdade do processo pode ser relativizada em hipóteses em que a dificuldade de produção probatória, em razão do direito material, resulte pela facilitação da prova, a inversão do ônus probatório ou a redução das exigências de prova (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 331).

O juiz detém técnicas que podem auxiliá-lo nesse convencimento, a exemplo do art. 335²⁹ do CPC/2015, que dispõe que, “em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

Do mesmo modo, pode o magistrado lançar mão das presunções, entendidas como “atividade do juiz, ao examinar as provas, ou do legislador, ao criar regras jurídicas a ser aplicadas (presunções legais) sempre ou quase sempre, conforme o caso” (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 58-59). Ressalta-se, todavia, que presunção não é meio de prova, e, sim, uma forma de convencimento íntimo do juiz.

Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 114-115) cita um bom exemplo para tratar a questão da presunção: o art. 8º do Código Civil de 2002 dispõe que “se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos. Ou seja, provado que morreram no mesmo evento, presumir-se-ão que tal fato ocorreu ao mesmo tempo, o que implicará em vários aspectos jurídicos, inclusive matéria sucessória” (BRASIL, 2002). Para Dinamarco (2009, p. 115), em vários momentos tal facilitação pode ocorrer:

A facilitação da prova pode ser motivada por fatores de diversas ordens. As presunções ditas pelo Código de Defesa do Consumidor visam a fortalecer os consumidores em suas relações com o fornecedor (CDC, art. 12, §3º, incs. I-III); a presunção de propriedade, gerada pelo registro da escritura (CC, art. 1.245, §2º), tem o objetivo de conferir segurança à propriedade fundiária; a de legitimidade da filiação quanto aos filhos havidos na constância do casamento (CC, arts. 1.597, 1.598 e 1.600) é estabelecida para preservar a estabilidade familiar, etc. Na maioria dos casos, contudo, a facilitação da prova é destituída dessas conotações teleológicas específicas e visa somente a agilizar o exercício dos direitos ou a tutela jurisdicional.

29 CPC/2015, Art. 375: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial” (BRASIL, 2015).

A formação do convencimento do juiz, além do mecanismo de facilitação da prova exercida pelas presunções, pode também ser influenciada pela redução de exigências de prova. Nos termos de Marinoni & Arenhart (2015, p. 351): “É possível dizer, em princípio, que a prova por presunção pode ser utilizada para suprir a dificuldade de produção da prova plena – ou da prova do fato direto –, enquanto a redução das exigências de prova é dependente das necessidades do direito material em litígio”.

Torna-se indispensável, por conseguinte, o conhecimento das circunstâncias do caso concreto que obstaculizam a produção de prova para formar sua convicção (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 351).

Ao juiz é dada a oportunidade de produção de provas ex officio, assim, a insuficiência de provas é geralmente o “resultado de um processo em eu se deu às partes e ao juiz a devida oportunidade de participação” (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 352).

Notadamente na seara do direito coletivo, no qual o direito ao meio ambiente se enquadra, a regra geral do ônus da prova, isto é, a de que cabe ao autor provar o direito alegado, muitas vezes se torna inviável, o que pode implicar, inclusive, em violação ao acesso efetivo à justiça. Colaciona-se, a título de exemplificação, julgado do Supremo Tribunal de Justiça, ao formar convicção com redução de exigência probatória:

Civil e processo civil – Ação de indenização por danos materiais e morais – Anticoncepcional Microvlar – Placebos utilizados por consumidoras – Análise do material probatório que aponta para a responsabilidade civil do fabricante – Correta valoração da prova – Inversão do ônus da prova – Desnecessidade. 1. Acontecimento que se notabilizou como o “caso das pílulas de farinha”: cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. 2. (...) 3. Além de outros elementos importantes de convicção, dos autos consta prova de que a consumidora fazia uso do anticoncepcional, muito embora não se tenha juntado uma das cartelas de produto defeituoso. (...). 4. Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega

a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país. 5. Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu das provas existentes para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor. 6. A conclusão quanto à presença dos requisitos indispensáveis à caracterização do dever de indenizar não exige a inversão do ônus da prova. Decorre apenas da contraposição dos dados existentes nos autos, especificamente sob a ótica da proteção ao consumidor e levando em consideração, sobretudo, a existência de elementos cuja prova se mostra impossível – ou ao menos inexigível – para ambas as partes. 7. Recurso especial a que se nega provimento (STJ, REsp 1.120.746 – (2009/0017721-3), 3.^a T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 24.02.2011, p. 836).

É nesse sentido que Marinoni e Arenhart (2015, p. 352) sustentam, levando em consideração a sociedade de risco, que a cada dia convive-se mais com incertezas, principalmente no que concerne às consequências das atividades que eventualmente podem ocasionar algum tipo de dano, dispensando-se a culpa e o rigor da prova da causalidade relativa aos casos normais.

Assim sendo, se houve concordância quanto à responsabilidade pelo risco, é injusto que a coletividade tenha que provar a causalidade, bastando a verossimilhança suficiente, ou seja, a aparência de verdade em preterição da convicção de certeza. A redução do grau de exigência, nesse caso, deriva da necessidade de efetividade judiciária.

3

O ÔNUS DINÂMICO DA PROVA APLICADO AO PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL

Pode-se assinalar, em consonância com os estudos até aqui atingidos, que o convencimento do julgador tem origem nos dados fornecidos pelas partes, perpassando a valoração do juiz, sendo todos esses momentos ligados pela finalidade probatória, qual seja, o convencimento do julgador a respeito dos fatos alegados.

O problema do ônus da prova consiste em determinar a quem corresponde demonstrar a existência ou inexistência dos fatos investigados ou discutidos. Segundo Hernando Echandia (1974, p. 421): “Problema transcendental, como que de sua solução depende o sentido e alcance da sentença, e inclusive de muitas decisões prévias” (Tradução livre).

O debate que envolve o ônus da prova trata de um dos pontos mais complexos e delicados referentes à temática probatória. A doutrina, há séculos, discute os problemas desta questão, que afetam não somente os princípios, mas também a própria política da prova (COUTURE, 2007, p. 197). O fato é que uma adequada ou inadequada instrução probatória pode culminar no efetivo acesso ou não à justiça nos termos do art. 5º, da CRFB/88.

A priori, por questões terminológicas e fidelidade semântica, lançase mão da distinção entre ônus e dever (obrigação) feita por Pontes de Miranda (1999, p. 281) no campo do direito processual civil:

A diferença entre dever e ônus está em que o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há a relação jurídica entre os dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação é do interesse do sujeito ativo; ao passo que o ônus é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos; satisfazer é do interesse do próprio onerado; ele escolhe entre satisfazer ou não a tutela do próprio interesse.

Isto é, a obrigação, conceituada como o “vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável” (PEREIRA, 2009, p. 7-8), não se confunde com ônus; trata-se de uma faculdade que, se não utilizada, poderá comprometer a tutela de seu próprio interesse, entretanto, ninguém pode exigir seu cumprimento forçado.

Pode-se perceber a diferença entre os dois institutos a partir das lições de Hernando Echandia (1974, p. 63), que define ônus como:

Um poder ou uma faculdade, de executar, livremente, certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma para benefício e em interesse próprios, sem sujeição nem coação e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir sua observância mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis (Tradução livre).

A regra estática, de direito individual, é observada sob outro prisma quando se trata de direitos coletivos lato sensu, notadamente o direito ambiental. De acordo com os ensinamentos de Marcelo Abelha Rodrigues (2011, p. 192-193): “Dentre as tutelas diferenciadas em prol dos direitos difusos, e nesse diapasão em sede ambiental (...) O encargo sobre a prova, os poderes do juiz e a própria exigência de um conhecimento com base em verossimilhança são meios indispensáveis para realização da justiça (...)”.

Algumas disfunções da regra estática contida no art. 333 do CPC/1973 podem ser percebidas com simples análises de casos concretos, principalmente no que diz respeito a direitos supra-individuais; caso optasse pela regra da distribuição estática do ônus, é possível que isso, muitas vezes, represente uma verdadeira negação do acesso à justiça.

O novo código não abandona a regra estática, porém, internaliza-a, em razão do art. 7º do mesmo texto normativo que garante a chamada isonomia material, assegurando às partes “paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”. Assim, a também chamada teoria dinâmica do ônus da prova, que já era observada de forma casuística, principalmente nos processos do trabalho, tem agora seu alargamento para todo o processo civil.

Pelo exposto, a partir de todo o conhecimento anteriormente estudado, desde o surgimento de instrumentos em razão da crise ambiental até a elaboração de um Estado Democrático de Direito Ambiental, os objetivos desta seção são: demonstrar o conceito de ônus da prova; analisar tanto a regra utilizada no CPC/1973 como também as inovações trazidas pelo CPC/2015, no que se refere ao ônus da prova; verificar a sua aplicabilidade no que tange aos direitos indisponíveis (coletivos e ambientais); e, por fim, traçar as possíveis implicações das regras observadas no novo CPC para o processo coletivo ambiental, bem como sua relevância na concretização dos direitos fundamentais.

CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA

A doutrina reconhece James Goldschmidt como um dos principais artífices da teoria do ônus da prova (cf. DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 76). Marinoni & Arenhart (2015) outorgam a Francesco Carnelutti os avançados passos que a doutrina processualista deu para resolver questões do tema. Hernando Echandía (1974), ao abordar os diversos ensaios que surgiram tentando sistematizar um conceito para o ônus da prova, cita como precursor o jurista Pescatore. Poder-se-ia, ainda, citar outros grandes teóricos da prova do século XX, como Francesco Chiovenda, Pietro Calamandrei e Gian Antonio Micheli.

Ainda no século XIX, Pescatore (*apud* ECHANDÍA, 1974, p. 414) ofereceu ao estudo do ônus probatório a ideia de que, em razão da segurança jurídica, é a lei que deve estabelecer a quem corresponde o dever de provar. Sustenta sua teoria na ideia de que, sendo a lei que preestabelece a quem incumbe o ônus da prova, as partes não ficam reféns da discricionariedade do julgador, estando, portanto, imunes a qualquer tipo de arbitrariedade.

Os encargos que se não desempenhados coloquem o sujeito em situação de desvantagem, James Goldschmidt (1936, p. 84) denominou como sendo um “imperativo do interesse próprio”:

Como a carga processual é imperativo de interesse próprio, não há frente a ela um direito do adversário ou do Estado. Ao contrário, o adversário não deseja outra coisa senão que a parte não se desembarace de seu ônus de fundamentar, de provar, de comparecer, etc. Se encontra aqui o fenômeno paralelo ao

dos direitos processuais, frente aos quais não há obrigação. Em troca, existe uma relação estreita entre as cargas processuais e as possibilidades, isto é, os direitos processuais da mesma parte, porque cada possibilidade impõe a parte o ônus de aproveitar a possibilidade ao objeto de prevenir sua perda. Pode estabelecer-se o princípio: a ocasião obriga, ou melhor, impõe um ônus, e a mais grave culpa contra si mesmo é deixar passar a ocasião (Tradução livre).

Diferentemente do conceito de obrigação, o raciocínio acima descrito tem a ver com as situações onde a parte, a fim de evitar que recaia em prejuízo processual, deve manifestar-se, sob pena de perder uma oportunidade. “Estas cargas são imperativos de interesses próprios. Nisso se distinguem dos deveres, que sempre representam imperativos impostos pelo interesse de um terceiro ou da comunidade” (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 84. Tradução livre).

Pelo mesmo raciocínio, Eduardo Cambi (2006, p. 315) caminha pela via da não obrigatoriedade, a contar que seu descumprimento não incide em ilícito:

Essa situação jurídica está no mesmo grupo dos poderes e das faculdades, porque o sujeito tem a liberdade para a realização do ato, que reverte em seu próprio benefício e cuja não realização pode acarretar-lhe, apenas, consequências desfavoráveis. Nem o juiz nem a parte contrária ou qualquer outro sujeito processual podem exigir o seu cumprimento, já que a sua inobservância é perfeitamente lícita.

Carnelutti (1959, p. 345) preleciona que o ônus da prova importa na busca da prova, e não a sua inspeção ou sua valoração. O citado autor classifica ônus como espécie de dever em sentido lato, e inclui o ônus da prova dentro do que denomina deveres jurídicos:

Obrigação e ônus têm em comum o elemento formal, consistente no vínculo da vontade, mas diferem no elemento substancial, porque quando há obrigação, o vínculo se impõe para a tutela de um interesse alheio, e para a tutela de um interesse próprio, quando se trata de ônus. O ônus se materializa na prática, na possibilidade de não a realizar, sem que de tal descumprimento derive responsabilidade nem se incorra em sanção (Carnelutti, 1955, p. 218. Tradução livre).

Hernando Echandia (1974, p. 490) resume a regra geral para a distribuição do ônus probatório que, por sua vez, corresponde à parte cuja alegação o tem como pressuposto necessário, de acordo com a norma jurídica aplicável:

(...) a cada parte lhe corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto a norma que consagra o efeito jurídico perseguido por ela, qualquer que seja sua posição processual. Ou seja, essa parte suporta o risco, da falta de tal prova, a qual se traduz numa decisão desfavorável (Tradução livre).

Acrescenta Marinoni (2015, p. 162) que a regra do ônus da prova objetiva livrar o juiz de um estado de incerteza e, assim, evitar o *non liquet*:

(...) a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.

No conceito extraído de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 71), percebe-se forte influência da teoria de Goldschmidt, ao definir ônus da prova como “o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.

Alude-se, também, aos estudos de Eduardo Cambi, para quem o ônus da prova possui uma particularidade a mais dada ao conceito de ônus em sentido geral, este definido como “a liberdade de realização de certos atos ou condutas previstas em uma norma jurídica, para a satisfação de um interesse próprio, não havendo sujeição ou um outro sujeito que tenha o direito de exigir sua observância”; contudo, no caso do ônus da prova, seu descumprimento eleva o risco de uma decisão contrária aos interesses da parte inerte (CAMBI, 2006, p. 315-316).

Tempestivo é lembrar que não necessariamente a parte que produziu provas será a parte beneficiada: “a produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável – ou

para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável” (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 269).

O ônus da prova existe essencialmente para, em primeiro lugar, a formação da convicção do juiz acerca dos fatos; havendo dúvida, inexistiria racionalidade do juiz para atribuir vitória a uma ou outra parte, abrindo-se espaço, assim, para arbitrariedade judiciais. Em segundo lugar, o ônus da prova serve para evitar o *non liquet*, “que representaria inegável renúncia ao exercício da jurisdição” (YOSHIKAWA, 2012, p. 118-120).

Eduardo Couture (2007, p. 198) apresenta dois sentidos para o termo ônus da prova: o primeiro possui uma conotação estritamente processual, aduz que seja uma conduta imposta aos litigantes para que a verdade dos fatos alegados por eles seja provada, distribuída por lei antecipadamente entre um ou outro. O segundo está quase sempre implícito, quer dizer que a lei cria ao litigante a situação embaraçosa de não creditar as afirmações em caso de não serem provadas. Sob certa influência de Goldschmidt, Eduardo Couture (2007, p. 198) conclui:

O ônus da prova não supõe, pois, nenhum direito do adversário senão um imperativo do próprio interesse de cada litigante; é uma circunstância de risco que consiste em que quem não prova os fatos que há de provar, perde o pleito. Pode-se sair do ônus descrito, provando, isto é, alegando a verdade dos fatos que a lei lhe autoriza. E isto não é, evidentemente, um direito do adversário, senão uma situação jurídica pessoal atinente a cada parte; o gravame de não creditar as afirmações que eram necessárias provar e não se provaram. Como num antigo ditado, não provar é o mesmo que não existir (Tradução livre).

O primeiro aspecto citado por Couture é o que a doutrina denomina como sendo a face subjetiva do ônus da prova. É subjetivo quando se refere à situação que as partes têm frente a cada fato que requer prova, denominado por “carga da gestão probatória”. O segundo aspecto, ligado ao risco da não comprovação, está relacionado a sua face objetiva, o foco está não em quem prova, mas na comprovação em si (TARUFFO, 2009 p. 38-39).

José Maria Rosa Tesheiner (2006, p. 356) trata dos dois sentidos do ônus probatório:

Em sentido objetivo, ônus da prova é regra de julgamento, tendo por destinatário o juiz. Assim, no processo penal, é regra, fundada na presunção de inocência, que o juiz deve absolver o réu, não havendo, nos autos, prova da materialidade do crime e da autoria. Nesse sentido, há regras sobre o ônus da prova, nada importando que se trate de processo inquisitorial ou dispositivo. Vedado o “*non liquet*”, ou seja, a recusa de julgamento, por falta de certeza quanto aos fatos, necessariamente há de haver regras que digam ao juiz como julgar, quando não há prova alguma, ou quando em dúvida invencível quanto aos fatos essenciais. Em sentido subjetivo, a idéia de ônus da prova liga-se mais fortemente aos processos de tipo dispositivo. O ônus da prova é repartido entre as partes, sucumbindo aquela que dele não se desincumbe. Assim como o direito subjetivo se vincula a uma regra de direito objetivo, assim o ônus da prova, em sentido subjetivo, vincula-se a uma regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo). À luz do artigo 333 do Código de Processo Civil, o autor sabe que seu pedido será rejeitado, se não fizer prova do fato constitutivo do seu direito; o réu, por sua vez, sabe que sucumbirá, se não fizer prova do fato extintivo ou impeditivo, alegado na contestação.

Portanto, em seu sentido subjetivo, o comando do dispositivo alcança as partes, fornecendo as respectivas parcelas de responsabilidade na formação do material probatório, destinado à constituição do fato alegado. Trata-se, segundo Didier, Braga & Oliveira (2009, p. 76), “de importante dimensão do tema, pois qualifica o contraditório, na medida em que estimula às partes a participar do processo, e, assim, colaborar com a produção de uma decisão mais justa”.

Já na acepção objetiva, o comando legal dirige-se ao magistrado, uma regra, portanto, de julgamento. Dispõe como o magistrado deve julgar em caso de insuficiência de provas, e indica, ainda, qual parte suportará os riscos caso sobrevenha mau êxito na atividade probatória (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 77).

Eduardo Cambi (2006, p. 329) apresenta sua posição acerca da prova em sua acepção objetiva, e a vê como uma exigência da prática do juiz, uma vez que, “não sendo possível a pronúncia judicial *non liquet*, se não existisse esse mecanismo de resolução das dúvidas, dar-se-ia ensejo a denegação de justiça, contrariando a regra constitucional contida no art. 5º, inc. XXXV, CRFB/88, que prevê a garantia do acesso à justiça”.

Não deve o magistrado se ater ao aspecto subjetivo do ônus da prova (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 78). Pontes de Miranda (1999, p. 228) argui pela aceção apenas objetiva do ônus da prova:

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes não de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se não haver produzido a prova. Em verdade, as regras sobre as consequências da falta de prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se fala prova, é que se tem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga, ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado.

Entretanto, não se pode negar a importância do aspecto subjetivo do ônus da prova, segundo alertam Didier, Braga & Oliveira (2009, p. 79), pois a parte, sabendo dos riscos que corre em eventual falta de prova, poderá tomar medidas ativas no sentido de provar o fato alegado.

Atenta a face subjetiva do ônus cujas regras criam expectativas às partes quanto a uma possível futura decisão, é que se percebe, então, que “eventual redistribuição desse ônus (...) deve ser feita em momento anterior ao da decisão, de modo a permitir que a parte redimensione a sua participação no processo” (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 79). Ou seja, numa provável redistribuição do ônus, entende-se que a regra altera-se para de procedimento, e não de julgamento.

Reforça-se o entendimento de que as regras do ônus da prova são regras de julgamento, de modo que não são regras que visam a estruturar o processo e, sim, servir de direcionamento ao juízo, “cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu” (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 79). Isto é, a norma não informa a parte que deve produzir a prova, mas tão somente quem assume o risco de não a produzir (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 79).

Ainda segundo Didier, Braga & Oliveira (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 79), “as regras de distribuição são regras de juízo: orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de

fato e constituem, também, uma indicação às partes quanto a sua atividade probatória”.

Na mesma linha de entendimento, Marinoni & Arenhart (2015, p. 272) lecionam que “a regra do ônus da prova funciona como regra de decisão quando o juiz não forma o seu convencimento ou, em outras palavras, fica em estado de dúvida”. Em última *ratio*, o juiz lança mão da regra de ônus para chegar a um estado de non liquet.

Neste caso, como ensina o Professor Sérgio Cruz Arenhart (2006, p. 49):

A disciplina em questão tem por finalidade reger a conduta das partes no processo, distribuindo entre elas o papel de trazer as provas para o processo. Assim, tocaria ao autor produzir a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu produzir a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. (...). Sua função, pois, é de disciplinar quem tem a imposição de trazer a prova sobre certo fato ao processo e convencer o magistrado sobre a existência (ou inexistência) da alegação formulada sobre o ponto controvertido; evidentemente, em sendo isto verdade, a regra incide na fase inicial do processo, já que as partes devem saber, de antemão, quais provas devem trazer ao processo para que sua tese seja acolhida pelo magistrado. Se esta visão é mais correta, então as regras que distribuem o ônus da prova destinam-se diretamente às partes, para comunicar-lhes como devem agir para ter sucesso no acolhimento de suas versões pelo juiz.

Contudo, não importa a origem da prova, a regra do ônus da prova não proíbe a utilização de uma prova por alguém que não tenha o ônus em seu aporte ao processo. A regra do ônus é voltada, portanto, ao juiz, sendo, por conseguinte, regra de julgamento. A regra aponta a solução ao juiz diante da impossibilidade concreta de produzir-se prova sobre determinada alegação de fato.

Enfim, o ônus da prova se faz necessário para o autor evidenciar seu direito de acordo com o fato que o constitui, e para o réu, do mesmo modo, é imprescindível, haja vista a relação com a negação do direito do autor, frente a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito.

Em matéria de direito ambiental, o ônus da prova “deve levar em consideração o conteúdo jurídico do princípio da isonomia no direito ambiental brasileiro” (FIORILLO, 2012, p. 148).

O ônus da prova é elemento fundamental do direito processual brasileiro, tanto para as partes, quanto para a autoridade judiciária, e, principalmente, no que se refere à tutela de interesses supra-individuais em matéria ambiental, de forma que a sociedade não seja prejudicada e que sua utilização seja feita de maneira mais clara e eficiente a fim de incentivar a cidadania pela via jurisdicional.

A REGRA DE DISTRIBUIÇÃO ADOTADA PELO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

O núcleo da regra de distribuição do ônus da prova no CPC/1973 está contido basicamente no artigo 333, cujo teor dispõe:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (BRASIL, 1973).

Portanto, incumbe a cada parte, em regra, o ônus de provar as alegações do fato. A parte que declara determinado fato deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base de sua afirmação, afinal, é a parte interessada em seu reconhecimento e acolhimento (DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 80).

Segundo Didier, Braga & Oliveira (2009), foram levados em consideração três fatores para a regra da distribuição do ônus da prova no CPC/1973: a) a posição da parte na causa (se autor ou réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) o interesse em provar o fato.

Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 71-72), com base nas lições de Chiovenda, sintetiza a regra do art. 333 do CPC/1973 da seguinte maneira: “a regra de que o ônus da prova incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado, ou seja, àquela que se beneficie do reconhecimento”.

De acordo com as lições de Eduardo Cambi (2006, p. 322):

O critério de distribuição da prova, adotado no art. 333 do CPC, leva em consideração a posição das partes no processo e a natureza dos fatos que fundam as suas pretensões e exceções, atribuindo ao autor a prova dos fatos constitutivos, e ao réu, a dos impeditivos, extintivos e modificativos.

A regra de distribuição diz-se estática porquanto foca na posição que as partes ocupam no processo, bem como na natureza do fato probatório, regra influenciada, como adiantou Dinamarco, pela teoria de Giuseppe Chiovenda. Por outro lado, a fragilidade desta teoria consiste em não se levar em consideração a capacidade dessa parte em produzir a prova.

Para a leitura do artigo 333 do CPC/1973 é necessário reportar-se ao disposto no art. 130 do mesmo diploma legal, que trata dos poderes de iniciativa do juiz com relação à prova dos fatos controvertidos, e que tem importante reflexo na relevância da distribuição do ônus da prova. “Num imaginário sistema puramente inquisitório, em que o Estado chamaria a si toda a função de investigar a verdade dos fatos, perderia todo sentido a disciplina legal do ônus da prova” (CINTRA, DINAMARCO & GRINOVER, 2008, p. 380).

O art. 333 do CPC é informado pelo princípio do interesse, “porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais, ao réu; sem prova daqueles a demanda inicial é julgada improcedente e, sem prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, provavelmente a defesa do réu não obterá sucesso” (DINAMARCO, 2009, p. 72).

Em última análise, o artigo em comento traz implicitamente a isonomia formal, própria dos ideais corolários da Revolução Francesa e dos chamados direitos de primeira dimensão. Em nome da igualdade, o legislador atribui um tratamento único, de forma objetiva, chegando a ser inflexível, contrariando, sobretudo, o direito fundamental de acesso à justiça. Pery Saraiva Neto assim adverte (2010, p. 99):

A postura estática, indiferente, diante de situações desiguais, não implica em imparcialidade. Acoberta, isto sim, uma parcialidade decorrente da inércia, na medida em que nada faz para promover o equilíbrio, pois, mesmo diante do evidente desequilíbrio, o aceita.

A raiz da regra de distribuição, na forma do disposto no art. 333 do CPC/1973, está, segundo Marcelo Abelha Rodrigues (2007, p. 244), associada ao pensamento liberal, ligada à proteção dos direitos de 1ª dimensão.

A regra de distribuição do ônus da prova na forma mencionada está vinculada à ideologia de um Estado Liberal, porque é o aspecto subjetivo da prova que delimita a atuação e a contornos do aspecto objetivo da prova, ou seja, a contrário sensu, o juiz não pode deixar de julgar alegando falta ou insuficiência de prova, conquanto caiba às partes, precipuamente, o encargo de municiá-lo sobre as provas que servirão à formação do seu convencimento. Assim, se as partes não oferecem subsídios – e este é um problema que lhes pertence, segundo o Estado Liberal -, deve assim mesmo o juiz julgar, formando seu convencimento sobre o material probatório que lhe foi fornecido. A busca e a investigação da prova pelo próprio juiz são algo excepcional e subsidiário no direito processual civil tradicional.

Assim, a teoria estática, apesar de sua duração, é alvo de críticas exatamente por não levar em consideração as particularidades que cada parte pode tomar, bem como por desconsiderar a justiça em si, posto que “ganhará” quem melhor persuadir o juiz.

Ademais, retoma-se a discussão se a distribuição do ônus da prova contida no art. 333 seria regra de julgamento ou procedimento. A par de tudo que fora explicado sobre as diferenças, Marcelo Abelha Rodrigues e Eduardo Cambi refutam a ideia da regra de julgamento (ou de decisão), por não se coadunar com a interpretação contemporânea de acesso à justiça, tal como vista nas palavras de Rodrigues (2007, p. 252):

A adoção do art. 333 como regra de julgamento é, nesse passo, o reconhecimento de que um caráter privado da prova penaliza aquele que não se “desincumbiu” do seu “ônus”. Não há o menor compromisso com a verdade (justiça) e com a ordem jurídica justa a adoção da regra de julgamento do art. 333 em caso de “*non liquet*”. Essa solução, vista “como última” saída para o juiz, é na verdade uma troca de incerteza, ou seja, na falta de firmeza e decisão acerca da pertinência

do direito para uma das partes, esquece-se tudo o que viu, se ouviu e sentiu ao longo da produção de provas, para então buscar a solução ainda menos “certa” e com certeza “mais fria” do que a dúvida que antes se tinha.

Deste modo, a adoção da distribuição do ônus como regra de julgamento não observaria o direito fundamental de busca a uma prestação jurisdicional justa.

A contribuição com a burocracia das decisões, a estimulação ao comodismo, dando margens às injustiças, seriam consequências da adoção do art. 333 como regra de julgamento, segundo Cambi (2006, p. 419-420), pois “as partes ficam sujeitas à sua própria sorte, como se o processo fosse um mero jogo, no qual restaria ao Estado o papel de legitimação da barbárie, ratificando o poder do litigante mais astuto ou mais esperto”. Por essa razão, Cambi se posiciona pela adoção do ônus da prova como regra de julgamento apenas em situações excepcionais, quando esgotadas as tentativas de trazer aos autos elementos suficientes do convencimento.

A *probatio diabólica* pode ser citada como uma das disfunções perpetradas a partir da adoção da teoria estática de distribuição do ônus da prova, estabelecida no art. 333 do CPC/1973. O ônus de provar determinado fato, previamente estabelecido, que seja de difícil ou impossível comprovação pode ser causa de profunda injustiça, violando sobremaneira o acesso à justiça e o direito à ampla defesa.

O CPC/1973, ao adotar uma concepção estática do ônus da prova, não observa as peculiaridades do caso concreto. A distribuição assim definida mostra-se “insatisfatória e artificial, por desprezar as especificidades do direito material em jogo e a realidade concretamente vivida”; por tal motivo, Didier, Braga & Oliveira (2009, p. 82) chamam atenção para o surgimento de uma nova forma de distribuição do ônus: a distribuição dinâmica.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Conforme já exposto, o artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro dispõe que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Neste sentido, o critério adotado com relação ao ônus da prova no CPC, estático, sendo ele regra de julgamento ou procedimento,

tem por destinatário o juiz e as partes, visando dar-lhes ciência de quais fatos lhes incumbe provar.

A inversão do ônus da prova, ao seu turno, como explicam Marinoni & Arenhart (2004, p. 276), é empregada por se tratar de uma maneira de “adequar a convicção do juiz e o processo às particularidades do direito material”.

Por outro lado, a fim de amenizar a situação de desigualdade eventualmente proporcionada pela adoção da distribuição estática, surgem as inversões conceituadas como “as alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei” (DINAMARCO, 2009, p. 75).

Dependendo de onde provenham as inversões – da lei, da vontade das partes ou da decisão do juiz por autorização legal –, elas serão denominadas, respectivamente, legais (*ope legis*), convencionais ou judiciais (*ope iudicis*) (DINAMARCO, 2009, p. 75-76).

Sua finalidade, segundo Eduardo Cambi (2001, p. 133-134), consiste em “proteger a parte que teria excessiva dificuldade na produção de prova (...) ou oferecer proteção ao litigante que na relação jurídica substancial está em posição de desigualdade, sendo a parte mais fraca ou juridicamente hipossuficiente (...)”.

Interessante é a conclusão a que chega Paulo Lucon (1999, p. 117), catedrático da Universidade de São Paulo:

A denominada *inversão do ônus da prova*, na realidade, nada inverte. Etimologicamente, inverter vem do latim *invertere* e significa *mudar a ordem de* *dispor de maneira contrária ao normal*. Portanto, quando se fala de *inversão do ônus da prova* quer o legislador dizer que, em determinadas situações, há a *dispensa* da parte de fazer prova de algum fato por ela alegado. Em tais circunstâncias, dispensa a lei que o demandante faça prova do fato constitutivo de seu direito. Ou seja, não basta ao demandado impugnar os fatos apenas alegados pela parte contrária; tem ele o encargo, como imperativo de seu próprio interesse, de fazer prova de que aqueles fatos alegados pelo demandante não ocorreram ou, admitindo-os, que não produziram as consequências afirmadas da petição inicial (*defesa direta*) ou, ainda, apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daqueles integrantes da *causa petendi* descrita na petição inicial (*defesa indireta*).

Ensina o citado autor que o parágrafo único foi inspirado no artigo 2.698 do Código Civil italiano, o qual admitiu implicitamente a convenção com o efeito de alterar a distribuição do *onus probandi* (LUCON, 1999, p. 116-117).

Colaciona-se, para incremento do estudo da inversão do ônus da prova, as lições trazidas pelo ministro Herman Benjamim em sede de Recursos Especial, acerca do tema:

No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. (STJ, REsp 883656/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, jul. 09.03.2010, DJe 28.02.2012).

Outro aspecto importante é a questão do momento da inversão do ônus da prova, apontando os autores para dois posicionamentos possíveis: seria regra de julgamento ou de procedimento?

No que diz respeito às inversões *ope legis*, ou seja, aprioristicamente, tem-se que a inversão é regra de julgamento, a exemplo do art. 38 do CDC: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina” (cf. DIDIER, BRAGA & OLIVEIRA, 2009, p. 83).

Marinoni & Arenhart (2015, p. 206), sobre a norma incidente do art. 38, esclarecem:

(...) o art. 38 do CDC afirma expressamente que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Nesse caso, portanto, não há que se aplicar o art. 6.º, VIII, do CDC – que subordina a inversão do ônus da prova a determinados pressupostos (verossimilhança e hipossuficiência) que devem ser aferidos pelo juiz –, pois o art. 38 afirma expressamente – já resolvendo a questão – que o ônus da prova “da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Fiorillo (2013, p. 675), na mesma esteira de pensamento, conclui que “por se tratar de regra de juízo, ou seja, de julgamento, somente deverá ocorrer quando verificada a insuficiência de provas que impeça o convencimento do magistrado”. Neste sentido, até nas inversões *ope iudicis*, a regra é de juízo, conforme observa-se no entendimento a seguir:

Consumidor – Ônus da prova – Inversão – Faculdade concedida ao juiz, que irá utilizá-la no momento que entender oportuno, se e quando estiver em dúvida, geralmente por ocasião da sentença – Inteligência do art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/1990. Nesse contexto, há de ficar consignado que a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6.º, VIII, do CDC, é uma faculdade concedida ao juiz, que irá utilizá-la no momento em que entender oportuno, geralmente por ocasião da sentença. Essa providência deve ocorrer se e quando o julgador estiver em dúvida, ou seja, quando for proferir a sentença, que é o momento processual adequado para o exame e a valoração da prova. É uma regra de julgamento que deve ser aplicada na sentença ao se proferir a decisão de mérito (1.º TACSP, 3.ª C, AI 912.726-8, rel. Juiz Roque Mesquita, RT 780/278).

A respeito da inversão do ônus da prova como regra de julgamento, Eduardo Cambi (2006, p. 429) faz a seguinte ponderação:

(...) as normas de repartição do ônus da prova (...) não são somente regras de julgamento, mas também regras de comportamento dirigidas às partes, tendo a finalidade de indicar, de antemão, quais os fatos que cada um dos litigantes deve provar. Se a inversão do ônus da prova for conhecida somente na sentença, será um fator que causará surpresa, na medida em que não se assegurará ao fornecedor o exercício satisfatório de seu direito à prova contrária, resultando na violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ao inverter a prova, o julgador se vale das presunções, assim, é necessário que o juiz motive sua decisão e, ainda, garanta o contraditório, para que “as partes possam apresentar suas alegações e valer-se dos mecanismos probatórios, tendo oportunidade para influir no convencimento do órgão julgador”. Sendo regra de julgamento, “corre-se o risco de surpreender a parte”, que vem a ter conhecimento apenas no momento da sentença, ao passo que o mais recomendável num sistema processual voltado à efetividade da justiça é que a decisão seja baseada em provas concretas (CAMBI, 2001, p. 146-147).

Cambi (2001, p. 147) defende, então, o tratamento da inversão como regra de procedimento, já que “o sistema processual deve possibilitar todas as tentativas para que a prova seja obtida, tornando a aplicação da regra do ônus da prova, em sentido objetivo, uma *ultima ratio*, não como uma regra *a priori* destinada a determinar a sucumbência e a exclusão da prova”.

No sentido das inversões *ope iudicis*, ou seja, aquelas realizadas pelo magistrado caso a caso, aponta-se como melhor solução a regra de procedimento. Didier, Braga & Oliveira (2009, p. 84) assim argumentam:

Justamente por depender da apreciação subjetiva do magistrado sobre os fatos da demanda, a inversão *ope iudicis* – ou simplesmente, a inversão do ônus da prova – é uma regra de atividade, e não de julgamento, o que significa que o magistrado não poderá dela se valer se não conferiu à parte a quem imputou o ônus de provar a oportunidade de produzir sua prova (...)

Tratar a regra de inversão do ônus da prova como uma regra de procedimento (ou atividade) implica a construção de um critério não discriminatório e imparcial, em atenção ao princípio da colaboração processual entre o juiz e as partes e à noção democrática de legitimação da decisão judicial através da participação, especialmente pela possibilidade do efetivo exercício do direito à prova contrária (CAMBI, 2001, p. 147).

A jurisprudência tem caminhado no sentido de adoção deste último posicionamento, como pode-se ver:

AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA 283/STF. RECONSIDERAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REQUERIMENTO DE PROVAS. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Não se aplica a Súmula n. 283/STF se houve retração de um dos fundamentos do acórdão recorrido em sede de embargos de declaração.
2. O instituto da preclusão serve ao aperfeiçoamento do processo, por conferir-lhe certeza e segurança, e não pode ser usado como armadilha para impedir a ação da parte diante de uma situação excepcional.
3. Determinada a inversão do *onus probandi* após o momento processual de requerimento das provas, deve o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las, agora conhecendo o seu ônus, para que possa melhor se conduzir no processo, sob pena de cerceamento de defesa.
4. Agravo regimental provido para conhecer em parte e prover o recurso especial. (AgRg no REsp 1095663/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009).

Conquanto haja posicionamentos diversos, entende-se, neste ponto, que a inversão do ônus da prova como regra de julgamento ou decisão importa em inegável cerceamento de defesa, violando os princípios constitucionais probatório, contraditório, ampla defesa, e o acesso efetivo à justiça, já que surpreende a parte com a imposição de um ônus extraordinário, sem que lhe seja dada oportunidade de dele se desincumbir.

No processo coletivo em geral, a regra da inversão é utilizada com base na aplicação das regras processuais do Código de Defesa do Consumidor, o que importa na análise sistemática e teleológica do ordenamento. No processo coletivo com demandas ambientais, para inversão do ônus da prova invoca-se os princípios da prevenção e da precaução e, ainda, o princípio do poluidor-pagador.

Por todo o exposto, percebe-se a técnica da inversão do ônus da prova como um dos instrumentos utilizados para efetivar os direitos ambientais a fim de igualar a situação processual das partes, ao relativizar a regra geral adotada pelo 333 do CPC/1973, respeitando certos requisitos e permitindo que seja distribuído entre as partes no processo de modo a facilitar a instrução probatória da causa.

Consequência direta é que o ordenamento processual não gira mais em torno tão somente do CPC/1973. Eduardo Cambi (2003, p. 291) a respeito da ruptura no ordenamento processual faz a seguinte constatação:

A fratura no ordenamento processual pode ser constatada a partir de diversos institutos, como a legitimação *ad causam*, o ônus da prova e a coisa julgada, que são tratados de forma bastante diversa em cada um dos subsistemas. A técnica é diferenciada porque o objeto da tutela dos direitos transindividuais, por envolver os conflitos inerentes a sociedade de massas, requer instrumentos processuais adequados a essa realidade.

Vale lembrar que estar-se a falar do CPC/1973 e sua influência no processo coletivo. Mais adiante, trataremos das inovações trazidas neste campo pelo CPC/2015 e suas implicações para o campo processual coletivo ambiental. Passa-se a analisar o tema da inversão especificamente nas demandas coletivas ambientais, às quais restringe-se a presente obra.

A inversão do ônus da prova na tutela ambiental coletiva

Pode-se dizer que, em matéria processual coletiva, a aplicação da regra estática do CPC incorreria em injustiças, dado que não permitiria a tutela dos direitos transindividuais importantes para a sociedade em decorrência das maiores dificuldades que o autor da ação teria para demonstrar os fatos juridicamente relevantes.

A fim de se justificar a inversão do ônus da prova na jurisdição ambiental, seja pela via da Ação Popular, seja pela via da Ação Civil Pública, há necessidade de uma lógica própria e adequada, conforme escreve Morato Leite (2003, p. 182): “é preciso garantir que a relação jurídica se reequilibre, diante da desigualdade inicial das partes, para que as vítimas não suportem injustamente as consequências dos riscos criados por alguns, em proveito próprio”. Ao advogar pela técnica da inversão do ônus da prova, o autor prossegue:

Sem dúvida, a maior guinada que oportuniza a discussão do liame de causalidade seria a inversão do ônus da prova, que parece bastante apropriada ao dano ambiental, pois transfere ao demandado a necessidade de provar que este não tem nenhuma ligação com o dano, favorecendo, em última análise, toda a coletividade, considerando que o bem ambiental pertence a todos (LEITE, 2003, p. 189).

A inversão do ônus probatório para o demandado, nos termos de Pery Saraiva Neto (2010, p. 142), “se caracteriza como medida adequada à tutela do meio ambiente, incumbindo-o dos encargos técnicos e financeiros”.

Apesar das divergências que possam ocorrer a fim de se justificar a inversão no ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, é inquestionável que a inversão do ônus probatório para o demandado se caracteriza como medida adequada à tutela dos direitos coletivos lato sensu, especialmente aqueles concernentes ao meio ambiente.

Tanto a Lei da Ação Popular quanto a Lei da Ação Civil Pública não trazem regulamentação sobre a questão da prova, ambas remetendo, neste particular, assim como em outras questões, à aplicação do CPC e do CDC.

Para Marcelo Abelha Rodrigues (2011, p. 147), o processo civil comum é insuficiente para tutelar o que ele chama de “Processo Civil Ambiental”:

(...) vê-se que a prova, ou melhor, o uso dos meios probatórios foi colocado sob uma visão privatista, individualista e sob uma filosofia liberal, onde se vê claramente uma preocupação com a preservação de uma isonomia formal que pode ser resumida no seguinte princípio: ‘cada qual que prove seu direito, e por seu direito tens a liberdade de dispor não só do direito, mas dos meios que assegurem a sua comprovação’ (...) pode-se argumentar que a não-produção de uma prova pela parte tanto pode ser resultado de uma situação de disposição de vontade do litigante (que optou por não fazê-la) como também por causa de obstáculos dos mais variados tipos (econômicos, técnicos, científicos, sociais, jurídicos), que acabam por impedir, ou quiçá, obstaculizar a produção da prova tal como era requerida ou como poderia ter sido.

Da situação de desigualdade que aprendemos com as lições de Dinamarco, Fiorillo (2012, p. 115) aponta que “o conteúdo jurídico do princípio da isonomia no direito processual ambiental irá refletir (...) em todos os aspectos instrumentais aplicáveis à defesa em juízo do meio ambiente”, e segue firmando seu entendimento:

Daí se admitir no direito processual brasileiro (...) a necessidade de adotar alguns mecanismos destinados

a “equilibrar” a relação poluidor/pessoa humana; é a hipótese de mencionar a exemplo do que ocorre no direito das relações de consumo, a possibilidade de inverter o ônus da prova estatuído no art. 6º, VIII, da lei 8.078/1990, em proveito do conteúdo da isonomia no direito ambiental brasileiro (FIORILLO, 2012, p. 66-67).

A prova ambiental tem grande relevância no que concerne à complexidade da constatação do dano ambiental e seu nexo de causalidade entre o fato e quem deve ser responsabilizado, pois, ausente a prova, é ausente também a configuração da responsabilidade e, por conseguinte, a reparação do dano.

Se estamos diante de um macrobem que, dentre tantas outras peculiaridades, é o não ser de titularidade individual, e sim difusa, no aspecto processual e probatório deve ser tratado como tal, conforme ensina Pery Saraiva Neto (2010, p. 109) ao retratar a importância da prova no direito ambiental:

(...) a reconstrução dos fatos ou a verdade material dos fatos, no processo civil ambiental, é pressuposto para a devida tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado e que esta busca pela verdade deverá ocorrer no que diz respeito ao nexo de causalidade e dano ambiental – caracterizadores da responsabilidade civil do poluidor/degradador quanto para dimensionar os efeitos negativos dos danos ambientais, a fim de que a responsabilização se opere de forma eficaz e efetiva quanto à amplitude da lesão.

Eduardo Cambi (2003, p. 291) cita um exemplo ilustrativo para a questão da inversão do ônus da prova nas demandas ambientais e a consequência positiva de se adotar essa regra no processo coletivo ambiental:

Se há a suspeita de que a água de uma cidade está sendo poluída por determinada indústria química, é mais razoável que a empresa demonstre se os resíduos que jogam nos rios degradam o meio ambiente, que os consumidores, as associações e o próprio Estado tenham que arcar com esse ônus. Perceba-se, nesse exemplo, que a água é um bem ambiental e, por isso, de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida das pessoas, não podendo ser tratado como um crédito decorrente de um contrato de compra e

venda entre dois particulares ou mesmo como a ofensa a um dos direitos de personalidade de um indivíduo. Assim sendo, por ser a proteção do meio ambiente imprescindível às gerações presentes e futuras (art. 225, caput, CF), é natural que mereça um tratamento processual diferenciado.

Soma-se à particularidade do bem a questão do acesso à justiça. A regulamentação da prova, como de resto de todo o processo, necessita ser moldada, visando conformar a facilitação deste acesso. Antes de discorrer sobre a adoção da teoria dinâmica do ônus da prova pelo novo CPC e sua implicação no processo coletivo ambiental, abre-se espaço para o estudo da inversão do ônus da prova em matéria ambiental e as bases que o fundamentam.

Inversão do ônus da prova em decorrência dos princípios da prevenção, da precaução (*in dubio pro ambiente*) e do poluidor-pagador

A aplicação dos princípios da precaução, da prevenção e, por fim, do poluidor-pagador são o principal argumento a viabilizar a inversão do ônus da prova, inclusive dos custos da prova. Tais argumentos são utilizados principalmente nas lides ambientais, pois há, nestes casos, uma presunção pró-ambiente; são corolários, portanto, do princípio *in dubio pro ambiente*.

O argumento favorável à inversão do ônus da prova em demandas ambientais com amparo nos princípios da precaução e da prevenção decorre da imposição, ao demandado, do ônus relacionado à incerteza acerca do caráter lesivo de sua atividade. Frisa-se: pela inversão do *onus probandi* pretende-se impor o encargo da prova àquela cuja atuação implica efeitos ambientalmente incertos.

A inversão com base nos princípios da precaução e da prevenção não é nada menos do que a aplicação destes na esfera processual, na qual o critério da certeza será substituído pelo critério da possibilidade de existência de dano, impondo ao poluidor o ônus de provar que a sua atividade empresarial não é (nem mesmo potencialmente) lesiva ao meio ambiente ecologicamente sadio (MIRRA, 2002, p. 251).

Paulo Affonso Leme Machado (2004, p. 69), com base nas lições de Alexander Kiss e Dinah Shelton, sustenta que:

Em certos casos, em face da incerteza científica, a relação de causalidade é presumida com o objetivo de evitar a ocorrência de dano. Então, uma aplicação estrita do princípio da precaução inverte o ônus normal da prova e impõe ao autor potencial provar, com anterioridade, que sua ação não causará danos ao meio ambiente.

Pode-se dizer que na dúvida, portanto, aproveita o poluído, ou seja, o meio ambiente. Seria então um corolário do *in dubio pro ambiente*: a inversão do ônus da prova em proveito da proteção do meio ambiente (MACHADO, 2004, p. 69).

Neste sentido, cabe ao suposto poluidor a prova de que não há risco de poluição. É nesta direção que Marcelo Abelha Rodrigues (1998, p. 330), ao associar a inversão do ônus da prova aos telados princípios, articula sua reflexão:

É regra de direito material, vinculada ao princípio da precaução, a que determina que, em toda ação de responsabilidade civil ambiental onde a existência do dano esteja vinculada a uma incerteza científica (hipossuficiência científica), o ônus de provar que os danos advindos ao meio ambiente não são do suposto poluidor a este cabe, de modo que a dúvida é sempre em prol do meio ambiente. Não se trata de técnica processual de inversão, mas de regra principiológica do próprio direito ambiental, e como tal já é conhecida pelo suposto poluidor desde que assumiu o risco da atividade.

Na jurisprudência brasileira, não obstante o tema já tenha sido alvo de controvérsia, é pacificado o entendimento pela possibilidade de inversão do ônus com base nos princípios, informadores do direito ambiental, da precaução e da prevenção:

PROCESSUAL CIVIL - COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL - INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - OMISSÃO - NÃO OCORRÊNCIA - PERÍCIA - DANO AMBIENTAL - DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual.

2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.
4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.
5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano.
6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial (STJ, 2ª Turma, REsp 1060753/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009. *Grifos nossos*).

Nessa esteira, sustenta-se que, diante de parcas informações científicas acerca de uma atividade, bem como da existência de riscos gerados pela mesma, quando judicialmente questionada, não há que se impor ao autor o ônus de provar os malefícios da atividade, mas sim ao demandado, que é quem se aproveita da situação de incerteza.

Como argumento no sentido de se inverter o ônus da prova com amparo no princípio do poluidor-pagador, segundo Marchesan & Steigleder (2003, p. 23), a “internalização dos custos da atividade deve ser o mais abrangente possível, de molde a também comportar o custeio de provas a serem produzidas nas demandas sofridas pelo poluidor”.

A fim de evitar a ocorrência de danos ambientais e com vistas à sua reparação, abre-se espaço para a possibilidade de inversão do ônus da prova sob o fundamento do princípio do poluidor-pagador. Cabe a ele o ônus de utilizar instrumentos necessários à prevenção dos danos. “Numa segunda órbita de alcance, esclarece este princípio que, ocorrendo danos ao meio ambiente em razão da atividade desenvolvida, o poluidor será responsável pela sua reparação” (FIORILLO, 2013, p. 37).

Por exemplo, numa determinada situação de licenciamento ambiental para construção de empresa, cabe ao empreendedor demonstrar a segurança do empreendimento, e não apenas quando do licenciamento, mas também – e principalmente – quando já existem indícios de que o dano ocorreu ou está na iminência de se manifestar.

Na jurisprudência pátria também pode-se colacionar casos em que o princípio do poluidor-pagador é chamado a fundamentar a inversão do ônus da prova:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL CUSTEIO DA PERÍCIA ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS PELA RÉ PERTINÊNCIA PARA ESTE RELATOR, DIANTE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM LIDES AMBIENTAIS, EM RAZÃO DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO, PRECAUÇÃO E POLUIDOR-PAGADOR TODAVIA, SUBMETEU -SE À ORIENTAÇÃO ORA PREVALENTE NESTA CÂMARA RESERVADA AO MEIO AMBIENTE, QUE IMPUTA AO AUTOR O ADIANTAMENTO DA VERBA PERICIAL, QUANDO A PROVA É REQUERIDA POR AMBAS AS PARTES OU DETERMINADA DE OFÍCIO PELO JUIZ SE O AUTOR DA AÇÃO É O MINISTÉRIO PÚBLICO, O ADIANTAMENTO DA DESPESA INCUMBIRÁ AO FUNDO ESTADUAL DE REPARAÇÃO DE INTERESSES DIFUSOS LESADOS NO CASO CONCRETO, A PERÍCIA FOI REQUERIDA PELO MP, O QUE FAZ PRESSUPOR, SEGUNDO ENTENDIMENTO ADOTADO PELA CÂMARA, A INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES A COMPROVAR A MATERIALIDADE DO DANO E O possível nexó com a conduta atribuída à ré, FATOS CUJA COMPROVAÇÃO CABEM AO AUTOR agravo desprovido (TJ-SP - AI: 535156720118260000 SP 0053515-67.2011.8.26.0000, Relator: Renato Nalini, Data de Julgamento: 25/08/2011, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 01/09/2011. *Grifo nosso*).

Por conseguinte, o empreendedor possui o dever de provar que sua atividade não tem potencialidade de causar danos ambientais, de sorte que, se ajuizada Ação Civil Pública contra ele, terá o ônus de provar que sua atividade não produziu o dano e sequer tinha a possibilidade de causá-lo, porquanto todas as medidas preventivas haviam sido adotadas.

Significa que, sendo atribuída a algum agente a causa de um dano ou risco de dano ao meio ambiente, os elementos

desta alegação não precisam ser cabalmente comprovados pelos proponentes de uma Ação Popular ou Ação Civil Pública, mas o demandado deve ficar incumbido de fazer prova da ausência: do dano, do risco de dano, donexo causal ou, ainda, de que medidas compensatórias ou mitigatórias foram tomadas, sob supervisão e licença do órgão ambiental competente.

Inversão do ônus da prova em decorrência da aplicação do art. 6º, VIII, do CDC

Há, de modo diverso, a possibilidade de inversão do ônus da prova em decorrência da aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, inclusive em demandas ambientais. A citada lei traz regra de inversão do ônus para facilitar a defesa do direito do consumidor no processo civil, quando for verossímil ou hipossuficiente sua alegação:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com **a inversão do ônus da prova**, a seu favor, no processo civil, quando, **a critério do juiz, for verossímil a alegação** ou quando for ele **hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiências (BRASIL, 1990).

O artigo 6º, VIII, traz a possibilidade da inversão *ope iudicis* do ônus da prova quando indica que a inversão do ônus dar-se-á “a critério do juiz”, representando “um grande avanço a partir do momento em que disciplinou a inversão do ônus da prova por decisão judicial” (LUCON, 1999, p. 113).

A inversão convencional é admitida pelo Código de Processo Civil de 1973 em seus dois incisos do parágrafo único do art. 333; o Código de Defesa do Consumidor, em seu turno, permite a inversão judicial do ônus da prova (LUCON, 1999, p. 113).

Entretanto, abre-se questionamento se esse instrumento se aplica no âmbito do processo coletivo ambiental, uma vez que dispõe o caput do artigo acerca de direitos básicos do consumidor, questionamento parcialmente resolvido pela disposição do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, cujo teor dispõe que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” (cf. FIORILLO, 2013, p. 675).

Embora o dispositivo que trata da inversão do ônus da prova não esteja incluído no referido Título, que faz parte no microssistema processual coletivo, sendo norma processual, é inafastável a sua aplicação na defesa de direitos coletivos lato sensu, como determina o art. 21 da Lei da Ação Civil Pública.

Ao tratar do art. 6º, inciso VIII, do CDC, Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2013, p. 675) afirma que o CDC, ao utilizar a palavra consumidor, o faz como “diretamente afetado pela coisa julgada, *erga omnes* ou ultra partes, titular do direito material, mas não titular do direito da ação, esta reservada para o legitimado autônomo condutor do processo”, e não somente enquanto indivíduo que vai a juízo pleitear em seu próprio nome a tutela jurisdicional. “Nessa colocação, ao se falar em ação coletiva para a tutela do meio ambiente, a hipossuficiência de que se trata, regra geral, é a da coletividade perante aquele que se afigura como parte mais forte na relação jurídica, que é o poluidor” (FIORILLO, 2013, p. 727).

Há quem advogue pelo não cabimento da norma do art. 6º, VIII, às ações ambientais. Leonardo Pereira Lamego entende que o art. 21 da Lei da Ação Civil pública não autoriza a incidência de outros dispositivos do CDC, salvo os do Título III (da Defesa do Consumidor em domínio), excluindose, desta maneira, os direitos do consumidor presentes no Título I do CDC, “não sendo cabível a interpretação extensiva, sistemática ou analógica”.

Marcelo Abelha Rodrigues (2011, p. 219) advoga pela possibilidade de se estender a inversão nos seguintes termos:

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

Neste sentido, “o conjunto dos regramentos referentes à tutela dos interesses difusos e coletivos deveria ser interpretado como um todo, quer dizer, estar-se-ia diante de uma sistemática processual própria, que valeria para todas as situações que envolvessem interesses dessa natureza” (SARAIVA NETO, 2010, p. 141).

Entretanto, Pery Saraiva Neto (2010, p. 142) não vê essa sistemática processual como o raciocínio mais apropriado. Entende o autor que a inversão do ônus probatório nas lides ambientais deve ser fundamentada pelos princípios da precaução, da prevenção e do poluidor-pagador:

(...) existem mecanismos mais aptos para se aplicar a inversão do ônus da prova na Ação Civil Pública Ambiental. Neste sentido, além do princípio do poluidor-pagador, o desdobramento do princípio da participação a pavimentar a facilitação do acesso à justiça.

Desnecessário, pois, forçar uma interpretação – e incluir o que está logicamente excluído – quando há na sistemática voltada à tutela do meio ambiente princípios que, com precisão, servem de fundamento para, no âmbito processual, autorizar a inversão do ônus da prova na Ação Civil Pública ambiental.

O STJ, por sua vez, entende pela possibilidade de inversão com base tanto nos princípios ambientais reconhecidos, como no CDC, sendo basicamente um resumo de tudo que já estudou-se acerca do tema:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO *In dubio pro natura*.

1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo.

2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo

objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente éticoprocessual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, especifica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo *movediço* em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, “Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio

Ambiental da Precaução” (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar “que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.

9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. “Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade” (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008).

10. Recurso Especial não provido. (REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012).

Constata-se que o precedente aludido abraçou a premissa de que as particularidades do direito material justificam a cooperação entre as partes do processo, segundo a qual a prova deve ser produzida por quem tem melhores condições de fazê-lo. No mesmo julgado, também se considerou que razões de ordem processual igualmente possibilitam a inversão do ônus da prova no processo coletivo.

Há, ainda, na doutrina, quem se posicione a favor da inversão financeira dos custos da prova. Eduardo Cambi (2006, p. 427), ao se referir ao assunto, escreve:

Assegurar a inversão do ônus da prova ao consumidor (*rectius*, demandante) sem inverter, também, o ônus de adiantar as despesas processuais é o mesmo que garantir um direito apenas formal ao litigante

reconhecidamente hipossuficiente na relação jurídica processual, na medida em que ainda persiste a dificuldade econômica (...).

O Superior Tribunal de Justiça, ao se pronunciar em decisão em sua primeira turma, assim decidiu:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, **foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas**, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85. IV - Recurso improvido (STJ - REsp: 1049822 RS 2008/0084061-9, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 23/04/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2009).

Na decisão supracitada, o Ministro Teori Albino Zavascki abriu a divergência justificando sua tese no sentido de que é equivocada a confusão entre inversão do ônus da prova e a “inversão da obrigação de custear a realização da prova pericial”. No mais, sustentou: “Não existe, como se percebe, qualquer imposição normativa que obrigue o réu a adiantar as despesas necessárias à realização de ato processual ou à produção de prova pericial requerida pelo autor, ainda que seja ele o Ministério Público”. O Ministro Zavascki apresenta como solução que os custos da perícia sejam pagos pela Fazenda Pública.

Neste caso, votou o Ministro Luiz Fux pelo desprovimento do recurso, concluindo que “a inversão do ônus da prova acarreta inevitavelmente a inversão da responsabilidade pela despesa judicial”. Finalizou o Ministro Fux que “a inversão do ônus da prova pressupõe a melhor aptidão de determinada parte carrear para os autos elementos de convicção”.

A finalidade do instituto, segundo Lucon (1999, p. 114) é “aprimorar os mecanismos internos do processo e preservar o tratamento paritário das partes, uma vez que não havendo posições isonômicas dos sujeitos parciais do processo admite-se a inversão judicial do ônus da prova”, conseqüentemente, “preserva-se a igualdade substancial das partes no processo”.

A inversão do ônus da prova finda por facilitar a defesa do hipossuficiente e, em última análise, do meio ambiente. Fiorillo (2012, p. 179) eleva o instituto previsto no art. 6º, VIII do CDC a “um exemplo ímpar da consagração da igualdade substancial ou real apregoada pela nossa Constituição de 1988, no seu art. 5º, caput e I, porquanto buscou alcançar paridade processual, facilitando a defesa do hipossuficiente”.

De todo exposto, perceber-se-á a estreita relação que existe entre o instituto da inversão do ônus da prova e a distribuição dinâmica. Contudo, a partir do próximo tópico, cuidar-se-á das peculiaridades da teoria dinâmica e das diferenças entre ambas, ao passo que também se dissertará a respeito da preferência pela adoção da teoria dinâmica em detrimento da inversão; por outro lado, também apontar-se-á as semelhanças, pois que muito provavelmente a atribuição à parte demandada e encarregada da prova de um fato que pode lhe prejudicar será o mesmo resultado da adoção da teoria dinâmica.

Por fim, a autora é partícipe da corrente em que se considera os institutos da inversão e dinamicidade distintos; a despeito de Marinoni & Arenhart (2015), por exemplo, preferirem utilizar indistintamente as duas figuras, considera-se que “na inversão do ônus da prova o ônus é distribuído fixamente e situações do processo o levam à inversão do ônus da prova”, por outro lado, na distribuição dinâmica “o ônus da prova já nasce diante do direito material de forma diversa daquela preconizada pela *Normantheorie*³⁰” (MARINONI & ARENHART, 2015, p. 575).

30 Na ausência de regra expressa sobre a divisão do ônus da prova, a doutrina alemã, desenvolvendo a ideia de que a discussão em torno da aplicação de uma norma pode girar em torno dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, chegou à conclusão lógica de que o autor deve somente provar os fatos pressupostos para a aplicação da norma, e o réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Por isso, a teoria que expressou tal problemática ficou conhecida como *Normantheorie* (cf. MARINONI, 2015, p. 267).

A TEORIA DINÂMICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS

Estudamos que, tradicionalmente, o ônus da prova recaía sobre a parte que afirmava a existência de algum fato controvertido; ao autor, portanto, incumbia a prova, somente moderada pela aparição de fatos invocados pelo demandado, que podia usar da negativa, de modo que o ônus probatório era distribuído de forma certa e determinada, aprioristicamente.

Ao passar do tempo, foi-se dando conta que, em algumas situações, a parte que negava (o demandado) tinha ao seu alcance maior facilidade probatória e a ocultava de má-fé, enquanto que a parte autora estava longe da possibilidade de juntar elementos contundentes para convicção do juiz, concluindo-se, portanto, que a regra da indissociabilidade do ônus da prova a quem alega o fato não é necessariamente a mais apropriada.

A teoria dinâmica do ônus da prova rompe a visão tradicional e distribui as obrigações probatórias de acordo com a parte que se encontre em melhor condição para produzi-las. Está fundada em outros princípios, como o dever de colaboração e o princípio de solidariedade do demandado para o alcance da verdade real (DIDIER & ZANETI, 2012, p. 331-332).

Entre os argumentos apresentados que autorizam a inversão do ônus da prova calcados nos deveres extraídos dos princípios ambientais e na forma do Código de Defesa do Consumidor, não se encontra o argumento da melhor aptidão para produzir determinada prova, essência da teoria dinâmica do ônus probatório, individualizando, assim, a teoria telada.

Generalidades

A teoria da “*carga probatoria dinámica*” assim denominada surge em consequência de um caso de responsabilidade médica na Argentina e dos apontamentos do Professor Jorge Walter Peyrano, em conjunto com o Professor Julio Chiappini, apresentados em texto aprovado no XVII Congreso Nacional de Derecho Processal da Argentina, em 1993 e publicado em um livro de sua autoria (PEYRANO, 1993, p. 968-971):

1. A temática do esvaziamento do ônus da prova reconhece hoje como capítulo mais atual e susceptível de consequências práticas a denominada doutrina

das “*cargas probatorias dinâmicas*”, também conhecida como princípio de solidariedade ou de efetiva colaboração das partes com o órgão jurisdicional no conjunto material de convicção. 2. Constitui doutrina já aceita a das “*cargas probatorias dinâmicas*”. A mesma importa numa separação excepcional das normas legais sobre a distribuição do ônus da prova, que resulta procedente recorrer somente quando a aplicação daquela implica em consequências manifestamente injustas. Esta separação traduz-se em novas regras de distribuição da imposição probatória frente as circunstâncias do caso e resistente a enfoques apriorísticos (tipo de fato a provar, rol de autor ou demandado, etc.). Entre as referidas novas regras se destaca aquela consistente em fazer recair o *onus probandi* sobre a parte que está em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a respectiva prova. Se deve ser especialmente cuidadoso e estrito a hora de valorar a prova alegada pela parte que se encontra em melhor situação para produzi-la porque, normalmente, a mesma também está em condições de desvirtua-la ou desnaturaliza-la em seu próprio benefício. 3. Se recomenda a regulação legal do ideário ínsito na doutrina das *cargas probatorias dinâmicas*. Resultaria, por outro lado, inconveniente sua incorporação legislativa através de disposições taxativas, fortemente casuísticas e que podem interpretar-se de maneira flexível, dificultando-se assim o necessário ajuste da respectiva decisão as circunstâncias do caso. 4. Se estima que a invocação judicial de ofício ao momento de sentenciar da doutrina das *cargas probatorias dinâmicas* ou de concepções afins, pode *prima facie* trazer algum risco para a garantia da defesa em juízo. Entretanto, tal aplicação ficaria coonestada por constituir aquela um corolário das regras da melhor crítica em matéria de valoração da prova; preceitos que podem e devem merituar os tribunais. Ademais, contribui no mesmo sentido a normativa legal que consagra a possibilidade de apreciar la conduta processual de las partes. Igualmente, a audiência preliminar (oportunidade em que se advertirá a ambas partes sobre os especiais esforços probatórios que deverão encarar), eliminaria o risco indicado. De todo modo, se insiste na necessidade de formalizar, em qualquer suposto, uma prudente e meditada utilização da citada doutrina.

A doutrina enunciada por Peyrano, segundo o próprio, fora concebida como um mecanismo de flexibilização de interpretações rígidas; implica, pois, em um deslocamento do ônus probatório segundo as circunstâncias do caso, cujo mérito pode recair sobre quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzir a prova, muito além da simples distribuição entre autor ou demandado, a depender de tratar-se de fato constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo (PEYRANO, 1993, p. 19-20).

Peyrano (2006) parte da aplicação da chamada isonomia material processual para a adoção da teoria dinâmica e assim define seu conteúdo:

Mediante a aplicação das regras da melhor crítica-entre as quais se encontra aquela que estabelece que o diferente se deva valorar de forma distinta- se outorga aval a dita distribuição atípica do *onus probandi* que encerra a doutrina das *cargas probatórias dinâmicas* (...) ‘Maior facilidade probatória’ e ‘disponibilidade dos meios probatórios’ são, pois e a nosso entender, as razões de ser últimas que fundamentam o grosso das soluções vigentes que dominam a distribuição do *onus probandi*. E dizemos ‘o grosso’ porque tudo que é vinculado com o *onus probandi* reconhece exceções, como se ocupa de destacar a doutrina autoral. Para concluir, algumas esclarecimentos. Não pretendemos com o anterior propor aos conceitos referidos como núcleo central da distribuição do *onus probandi*. Nosso propósito é muito mais modesto: procuramos desentranhar quais são - em linhas gerais - os motivos que funcionam como ‘premissa inarticulada’ e não totalmente percebida, dos mecanismos vigentes de distribuição dos esforços probatórios. Tampouco pretendemos exaltar as bondades de um mecanismo em particular, nem demonstrar as falhas de algum outro. De igual modo, temos defendido a exatidão irrestrita da regra áurea ‘quem afirma, prova’ posto que, v.g.r., se quem afirma disfruta em seu favor uma presunção legal, não deve provar. Em realidade – insistimos nisso - nos limitamos a intentar revelar as razões de ser últimas das construções jurídicas mais aceitadas e usadas na matéria, e nada mais. Sucede que na atualidade, novidades legislativas e doutrinárias têm tirado do cone de sombras donde se encontrava ao conceito de “maior facilidade probatoria”, transformando-o - de maneira excepcional - numa nova pauta distributiva do *onus probandi*. O fenômeno

é interessante e elogiável porque flexibiliza a rigidez que estava dominando o setor da valoração da prova, aportando uma visão próxima as circunstâncias do caso. Mas dita aparição não pode fazer perder de vista que resulta inconveniente edificar uma construção tão delicada como a distribuição do *onus probandi* sobre conceitos um tanto subjetivos e com uma abundante dose de discricionariedade. Os aceitamos como válvula de escape do sistema, e assim tem regulado as legislações locais.

Depreende-se dos ensinamentos da doutrina argentina que esta entende ser a aplicação regra de julgamento, diferentemente do direito brasileiro, na sua posição majoritária e dos tribunais.

Como objetivos inerentes à distribuição dinâmica, elenca: a) a promoção da igualdade em seu sentido material; b) o acesso pleno à justiça; c) a efetividade da tutela jurisdicional. Ou seja, não se busca nesse sentido apenas a resolução do conflito, mas que seja ela atingida de forma plena.

Com efeito, a teoria faz uma ruptura com o modelo estático da doutrina clássica, através dela resta “a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre os fatos constitutivos, extintivos, etc.” (DALL’AGNOL JUNIOR, 2001, p. 11).

Em outros termos, desconsidera-se os elementos supramencionados e ganham peso e relevância “a) o caso em sua concretude; b) a ‘natureza’ do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-la” (DALL’AGNOL JUNIOR, 2001, p. 11).

Essa mudança de paradigma tem como pano de fundo a reordenação da visão individualista para uma visão solidarista do encargo da prova, num quadro que visa à dimensão social do direito, onde sobressaem os deveres de colaboração, corolário do princípio da solidariedade, ambos com origem no princípio da boa-fé (DALL’AGNOL JUNIOR, 2001, p. 12).

Com a tese da carga dinâmica da prova, desloca-se o eixo processual privatista e busca-se equiparar as relações mais delicadas, como o caso do meio ambiente. Na doutrina espanhola, vale citar as lições de Joan Pico Junoy (2012, p. 14) a respeito do processo publicista em contraposição ao processo garantista:

(...) Estes fenômenos processuais tem gerado na doutrina um debate que se tem fundamentado em duas posturas antagônicas sobre qual deve ser o modelo de juiz civil: de um lado os autores que voltam sua atenção às partes, a quem lhes atribui todo o protagonismo do debate processual, evitando assim a outorga de faculdades materiais de direção ao juiz, que, em opinião destes autores, podem sustentar a ruptura do citado garantismo constitucional; e de outro lado, aqueles que buscando a máxima eficácia da tutela judicial outorgam ao juiz certas faculdades materiais de direção do processo.

No panorama do processo publicista, a figura do juiz toma maiores proporções, numa postura ativa e singular motivada, sobretudo, pela relevância da matéria em caso concreto. No caso do direito ambiental, de ordem pública, os direitos são indisponíveis, como ensinam Didier, Braga & Oliveira (2012, p. 97):

Nesse contexto, o juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores, pois lhe incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova à luz das circunstâncias concretas – sem estar preso a critérios prévios, gerais e abstratos. Pauta-se o magistrado em critérios abertos e dinâmicos, decorrentes das regras e experiência e do senso comum, para verificar quem tem mais facilidade de prova, impondo-lhe assim o ônus probatório. Explora a dinâmica fática e axiológica presente no caso concreto, para atribuir a carga probatória àquele que pode melhor suportá-la.

A teoria das “cargas dinâmicas probatórias” não elimina as regras clássicas de distribuição, as quais deverão atuar ao menos em princípio, mas “representa um plus para crescer e aprimorar o sistema clássico de distribuição” (CREMASCO, 2009, p. 73); segundo Peyrano, este instrumento deve ser utilizado em situações extremas: “tem se buscado destacar que sua aplicação é procedente apenas em situações extremas; ou seja quando a utilização da distribuição legalmente prevista do *onus probandi* gera consequências claramente inconveniente e inócuas” (PEYRANO, 1993, p. 971), por fim, não deve também resultar “na consagração de uma probatio diabólica reversa” (KNIJNIK, 2006, p. 948).

Danilo Knijnik retrata o ônus estático e dinâmico como “dois pontos de partida diversos, ao mesmo tempo válidos, na distribuição

da prova”. Na distribuição estática, “o critério é a natureza do fato a ser provado (constitutivo, modificativo, extintivo ou impeditivo), a despeito de quem se encontre em melhores condições de fazê-lo”; na regra dinâmica, “as possibilidades de oferecer a prova do fato, segundo a posição dos litigantes no episódio, o acesso às provas relevantes ou algum comportamento que tenha inviabilizado a prova pela parte onerada” (KNIJNIK, 2006, p. 946).

Certo é que, como toda teoria, há quem não comungue do mesmo pensamento. Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa (2012, p. 183-184) faz duras críticas à teoria consagrada pelo jurista Argentino Jorge Peyrano, ao ensinar que todos os argumentos favoráveis à dinamicidade probatória “têm origem numa visão artificial, autoritária e moralista do fenômeno processual e da razão de ser da jurisdição”; ônus e faculdades processuais seriam, então, transformados em deveres (sujeitos a sanções), “com a quase criminalização do exercício do direito de defesa pela parte, que já não atuaria, no processo, em defesa do seu interesse individual, mas como *longa manus* do Estado, em busca da correta aplicação do direito” (YOSHIKAWA, 2012, p. 183-184).

Danilo Knijnik (2006, p. 947-948) chama atenção para os limites formais e materiais da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova: Entre os limites materiais, a parte onerada deve se encontrar em posição privilegiada, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia: por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser a única que dispõe da prova, se encontra em melhor posição e revelar a verdade; da mesma maneira, o ônus dinâmico deve ser aplicado unicamente para evitar a formação da *probatio* diabólica. Entre os limites formais, Knijnik cita a impossibilidade de a dinamização do ônus da prova ocorrer na sentença, sob pena de violar a garantia constitucional do contraditório, não oportunizando as partes a produção da prova.

Não obstante as críticas à teoria, não se vê, contudo, acertado o entendimento da crítica pois, como já explicado em linhas anteriores, a aplicação da teoria dinâmica é excepcional, só cabível quando as regras gerais não forem possíveis; a teoria visa a uma decisão mais justa quando houver insuficiência probatória associada a uma situação concreta de desigualdade no processo.

A conclusão vai ao encontro do que ensina Marcelo Abelha Rodrigues (2007, p. 249), que coloca a distribuição dinâmica

como uma terceira solução a fim de resolver a questão da injusta distribuição do encargo probatório:

(...) uma terceira solução a ser adotada (...) é a adoção de um sistema flutuante ou dinâmico de distribuição de encargos probatórios, de forma que caberia ao juiz, em cada caso concreto, verificar a quem cabe provar o que, segundo as peculiaridades e facilidade (técnicas e econômicas) para se produzir a prova. Trata-se do que hodiernamente tem sido denominada “carga dinâmica da prova” e a principal vantagem é ao ter um critério legal predefinido da distribuição do encargo probatório, permitindo que o juiz, sensível às circunstâncias da causa, atribua à parte com maiores possibilidades (técnicas e econômicas) o ônus de provar os fatos controvertidos.

Creditando à teoria dinâmica sua devida relevância, retorna-se ao ponto do momento processual adequado para decretação da dinamicidade. Suzana Santi Cremasco (2009, p. 88) aborda a questão e a situa como “tema tão ou mais polêmico e instigante que os critérios necessários à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova aos litigantes é, sem dúvida, a definição de qual momento ou fase processual é mais adequada à sua determinação (...)”.

A autora prevê as seguintes consequências caso adote-se a dinamicidade como regra de julgamento ou procedimento:

(...) uma vez reputado apenas como regra de julgamento, da qual se vale o julgador no momento da decisão, diante da ausência de prova quanto a fato relevante e da impossibilidade de pronunciamento *non liquet*, para proferir a sentença em desfavor da parte que deveria produzir a prova e não o fez, será admitida a distribuição dinâmica apenas nesse momento. Em contrapartida, considerando-se o ônus da prova também como regra de conduta, que orienta a atividade das partes no processo durante a instrução, indispensável será o pronunciamento do magistrado quanto à repartição do encargo probatório de antemão, logo na abertura da fase instrutória, a fim de que os litigantes estejam previamente cientes da sua responsabilidade e dos riscos que poderão ser suportados por cada qual.

Na esteira do mesmo entendimento atribuído ao momento processual adequado para a inversão do ônus, sabe-se que o ônus

da prova é uma regra de orientação tanto para o juiz como para as partes. A adoção da dinamicidade probatória como regra de julgamento, além da surpresa, desembocará numa espécie de punição, violando também as garantias fundamentais da ampla defesa, sem esquecer que a dinamicidade será a exceção.

Merece acolhida, portanto, a adoção da teoria dinâmica como regra de procedimento, a par da conclusão estabelecida por Suzana Cremasco (2009, p. 91): “no início da fase instrutória, no despacho saneador, quando o juiz fixar os pontos controvertidos e determinar as provas que serão produzidas, deverá dizer também qual delas ficará a cargo de cada litigante”. Além da sua previsão no novo Código de Processo Civil brasileiro, a dinamização do ônus da prova desponta como novo modelo que se imagina para o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (MENDES, 2007), onde, partindo da premissa de que determinada parte tem maior conhecimento técnico ou maior facilidade de realizar a prova, a ela caberá este encargo.

O Anteprojeto, encabeçado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, tem como fonte de inspiração o Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado na Venezuela, em outubro de 2004, na XIX Jornada Ibero-Americana de Direito Processual do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, e elaborado à luz da realidade dos processos coletivos nos diversos países ibero-americanos (MENDES, 2007).

Tal como consta no item 6 da exposição de motivos, assinada por Ada Pellegrini, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos tem como objetivo:

(...) reunir, sistematizar e melhorar as regras sobre ações coletivas, hoje existentes em leis esparsas, às vezes inconciliáveis entre si, harmonizando-as e conferindo-lhes tratamento consentâneo com sua relevância jurídica, social e política. Tudo com o objetivo de tornar sua aplicação mais clara e correta, buscando, ao mesmo tempo, extrair a maior efetividade possível de importantes instrumentos constitucionais de direito processual (MENDES, 2007).

Abaixo, apresenta-se os artigos relativos à matéria da prova do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos:

Art. 11. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

Par. 2º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório (MENDES, 2007).

Por fim, pode-se concluir que a Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova tem como objetivo retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente fragilidade para suportar seu ônus, atribuindo-o a quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio.

Por outro lado, “promove a isonomia entre as partes, bem como ressalta o princípio da solidariedade, presente no sistema processual, no dever de os litigantes contribuírem para a descoberta da verdade” (CAMBI, 2006, p. 342), ou seja, busca concatenar a efetividade da justiça à busca da verdade e à solução do litígio, sendo adotada, não como regra, no Código de Processo Civil brasileiro sancionado em 16 de março de 2015.

A teoria dinâmica do ônus da prova e sua previsão na Lei n. 13.105/2015

No ordenamento jurídico brasileiro, entende-se que a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova ingressou através da jurisprudência. Há decisões nesse sentido nos Tribunais brasileiros, entretanto, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou apenas superficialmente, a exemplo do acórdão proferido pelo relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar do STJ, em sede de Recurso Especial:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA. 1. NÃO VIOLA REGRA SOBRE A PROVA O ACÓRDÃO QUE, ALÉM DE ACEITAR IMPLICITAMENTE O PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA DA PROVA,

EXAMINA O CONJUNTO PROBATÓRIO E CONCLUI PELA COMPROVAÇÃO DA CULDA DOS RÉUS. 2. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CLÍNICA, INICIALMENTE PROCURADA PELO PACIENTE. 3. JUNTADA DE TEXTOS CIENTÍFICOS DETERMINADA DE OFÍCIO PELO JUIZ. REGULARIDADE. 4. RESPONSABILIZAÇÃO DA CLÍNICA E DO MÉDICO QUE ATENDEU O PACIENTE SUBMETIDO A UMA OPERAÇÃO CIRURGICA DA QUAL RESULTOU A SECÇÃO DA MÉDULA. 5. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A LEI E DIVERGENCIA NÃO DEMONSTRADA. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO (STJ – REsp: 69309 SC 1995/0033341-4, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de julgamento: 18/06/1996, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26/08/1996, p. 296888).

Encontra-se tal teoria, embora de forma discreta, também nos tribunais amazonenses, como pode-se perceber em acórdão recente, explicando de forma simples e esclarecedora o núcleo central da teoria dinâmica do ônus da prova:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. AUSÊNCIA DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. 1. De acordo com o sistema processual civil, o ônus subjetivo impõe ao autor o dever de provar o fato constitutivo de seu direito, e, ao réu, ônus de demonstrar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor. **Essa regra é excepcionada pela teoria dinâmica, segundo a qual o ônus da prova incumbe à parte que se encontrar em melhores condições de produzir a prova, podendo tal ônus recair tanto sobre o autor, como o réu, a depender do caso concreto. Desse modo, valoriza-se o dever de colaboração das partes em prol de uma maior efetividade e instrumentalidade do processo.** 2. Ante à prova dos autos, atinente à inexistência de relação jurídica entre as partes e a indenização por danos morais pela indevida negativação do nome do autor, imperiosa se faz a procedência do pleito declaratório de inexistência de débito e a improcedência do pedido indenizatório, visto que o autor não provou a suposta inscrição no rol dos inadimplentes, não se desincumbindo do ônus expresso no art. 333, I do CPC. 3. Alega o réu/apelante a existência de relação jurídica com o autor/apelado, afirmando que a dívida cobrada não fora quitada, apenas amortizada do contrato de

financiamento de veículo, contudo, não fez prova da celebração do negócio jurídico subjacente, nos termos do art. 333, II do CPC e conclusão que se chega sob o fundamento da teoria da carga dinâmica da prova. 4. Ausência de dano moral indenizável em razão de restrição interna corporis, vez que a concessão de empréstimo é faculdade e liberalidade da instituição financeira que define requisitos a fim de garantir a solvência e a segurança da operação. 5. Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida (TJ-AM, Relator: Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Data de Julgamento: 15/06/2015, Segunda Câmara Cível. *Grifo nosso*).

Lagrasta Neto (2012, p. 344-345) entende pela utilização da teoria dinâmica, inclusive no direito de família, muito antes da adoção da dinamicidade pelo novo CPC:

No Direito de Família, com absoluta certeza, existe o momento da inversão do ônus e da aplicação da carga dinâmica da prova, como corolários do princípio constitucional da garantia da dignidade da pessoa humana, em aplicação extensiva do conceito de política pública em seu mínimo existencial, coroando o referido princípio na esfera processual, como tratamento igualitário das partes e, reitere-se, a afastar o retrocesso social.

(...) na linha de raciocínio da aplicação de políticas públicas ao Direito de Família (Lagrasta, 2011) delongas ou omissões irão configurar um retrocesso social, seja por proteger aquele que possuir melhor capacidade técnica ou econômica, em evidente prejuízo da parte hipossuficiente ou vulnerável. Para Watanabe (2011) independeria até mesmo de sua situação econômica, diante da manifesta vulnerabilidade (*op. cit.*, p. 8) – pois, ao recusar o magistrado a aplicação correta do princípio da carga dinâmica da prova, assumiria atitude de indistigável comodismo ou formalismo retrógrado. Assim, no mais das vezes, por evidente vulnerabilidade, a recusa nas ações de alimentos, a ser apreciada antes do encerramento da fase probatória, afeta a sobrevivência ou desenvolvimento do alimentando ou da prole, por fazer prevalecer o interesse da parte mais capacitada técnica ou economicamente sobre o direito à dignidade dos credores.

Outra não é a situação quando do surgimento da desconsideração da pessoa jurídica inversa ou da

pessoa física, quando o participante da relação omite bens, transferindo-os para a família ou, na condição inversa, os atribui a terceiro para prejudicar o cônjuge ou companheiro. Ao agir com dolo intenso – característica da fraude – estabelece nexo de causalidade que permite, além das reprimendas processuais, a indenização por danos morais.

Pelo que se vê, não é novidade a adoção da dinamicidade probatória nos tribunais brasileiros, posto que vem sendo aplicada nos últimos anos, com ainda maior frequência pelos juízes de 1as e 2as instâncias, frente à insuficiência das regras que atualmente orbitam o processo civil. Ocorre que, embora se tenha previsão jurisprudencial, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 não faz qualquer referência expressa a sua aplicação.

Ao longo de sua vigência, o CPC/1973 foi objeto de modificações, principalmente após o advento da Constituição de 1988, cujas garantias implicaram na necessidade de adequação daquele diploma processual civil à nova carta maior, tendo por finalidade a efetiva prestação jurisdicional; assim, o CPC/1973 foi alterado em mais da metade de seu texto original, senão em número de artigos, pelo menos em conteúdo (MACEDO, 2012, p. 10), apesar disso, com relação à prova, o texto não sofreu qualquer mudança, mantendo-se como o original.

Frente à demanda por um plexo processual que atendesse ao novo cenário político e jurídico trazido, sobretudo pela Constituição de 1988, em 2009 fora nomeada uma comissão de juristas por iniciativa do Senado Federal, a fim de elaborar um anteprojeto de um novo código de processo civil, que deu origem ao Projeto de Lei n. 166/2010, com cinco Livros e 970 (novecentos e setenta) artigos. O Projeto foi remetido para a Câmara dos Deputados, onde recebeu o n. 8.046/2010, agora na mesma formatação dos cinco livros e 1.007 artigos (MACEDO, 2012, p. 10).

Após vários debates, encontros e idas e vindas no Congresso Nacional, foi sancionada em março de 2015 a Lei 13.105 que institui o novo Código de Processo Civil e, ao entrar em vigor, suas disposições têm aplicação imediata, ficando revogado o Código de Processo Civil de 1973, nos termos dos arts. 14 e 1.046, caput, do CPC/2015.

O novel diploma processual traz como uma de suas inovações a expressa previsão da teoria dinâmica do ônus da prova – embora, como já se salientou anteriormente, houvesse o entendimento jurisprudencial pela sua aplicabilidade – e consagra, enfim, o modelo cooperativista de processo (art. 6º, CPC/2015).

Segue abaixo uma tabela comparativa entre o Código Processual Civil de 1973, o Projeto de Lei 8.046/2010 e o então sancionado Código de Processo Civil de 2015, que entrou em vigor aos dias 16 de março de 2016, no que concerne às disposições gerais da prova, excluindo-se as espécies probatórias e demais regras.

Tabela 1 - Quadro comparativo entre o Projeto do Novo CPC n. 8.046/2010, o CPC/1973 e CPC/2015 já sancionado

PROJETO 8.046/2010	CPC/1973	CPC/2015
CAPÍTULO XI		CAPÍTULO XII
DAS PROVAS	DAS PROVAS	DAS PROVAS
Seção I	Seção I	Seção I
Das Disposições Gerais Art. 353. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.	Das Disposições Gerais Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.	Disposições Gerais Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.
Art. 354. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide.	Sem correspondente	Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.
Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.		Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

<p>Art. 355. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.</p>	<p>Sem correspondente</p>	<p>Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.</p>
<p>Art. 356. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.</p>	<p>Sem correspondente</p>	<p>Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.</p>
<p>Art. 357. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.</p>	<p>Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.</p>	<p>Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.</p>

<p>Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhor condições de produzi-la.</p> <p>§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.</p>	<p>Sem correspondente</p>	<p>Art. 373. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.</p>
<p>§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.</p>	<p>Sem correspondente</p>	<p>Sem correspondente</p>
<p>Sem correspondente</p>	<p>Sem correspondente</p>	<p>§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.</p>

<p>Art. 359. É nula a convenção relativa ao ônus da prova quando:</p> <p>I - recair sobre direito indisponível da parte;</p> <p>II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.</p>	<p>Art. 333. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:</p> <p>I - recair sobre direito indisponível da parte;</p> <p>II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.</p>	<p>§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:</p> <p>I - recair sobre direito indisponível da parte;</p> <p>II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.</p>
<p>Sem correspondente</p>	<p>Sem correspondente</p>	<p>§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.</p>
<p>Art. 360. Não dependem de prova os fatos:</p> <p>I - notórios;</p> <p>II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;</p> <p>III - admitidos no processo como incontroversos;</p> <p>IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.</p>	<p>Art. 334. Não dependem de prova os fatos:</p> <p>I - notórios;</p> <p>II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;</p> <p>III - admitidos no processo como incontroversos;</p> <p>IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.</p>	<p>Art. 374. Não dependem de prova os fatos:</p> <p>I - notórios;</p> <p>II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;</p> <p>III - admitidos no processo como incontroversos;</p> <p>IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.</p>

<p>Art. 361. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.</p>	<p>Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.</p>	<p>Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.</p>
<p>Art. 362. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário lhe provará o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.</p>	<p>Art. 337. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário lhe provará o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.</p>	<p>Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.</p>
<p>Art. 363. A carta precatória, a carta rogatória e o auxílio direto suspenderão o julgamento da causa no caso previsto no art. 288, inciso V, alínea “b”, quando, tendo sido requeridas antes da decisão de saneamento, a prova neles solicitada for imprescindível.</p>	<p>Art. 338. A carta precatória e a carta rogatória suspenderão o processo, no caso previsto na alínea “b” do inciso IV do art. 265 desta Lei, quando, tendo sido requeridas antes da decisão de saneamento, a prova neles solicitada for imprescindível.</p>	<p>Art. 377. A carta precatória, a carta rogatória e o auxílio direto suspenderão o julgamento da causa no caso previsto no art. 313, inciso V, alínea “b”, quando, tendo sido requeridos antes da decisão de saneamento, a prova neles solicitada for imprescindível.</p>
<p>Parágrafo único. A carta precatória e a carta rogatória não devolvidas no prazo ou concedidas sem efeito suspensivo poderão ser juntadas aos autos a qualquer momento.</p>	<p>Parágrafo único. A carta precatória e a carta rogatória não devolvidas no prazo ou concedidas sem efeito suspensivo poderão ser juntadas aos autos a qualquer momento.</p>	<p>Parágrafo único. A carta precatória e a carta rogatória não devolvidas no prazo ou concedidas sem efeito suspensivo poderão ser juntadas aos autos a qualquer momento.</p>

<p>Art. 364. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.</p>	<p>Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.</p>	<p>Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.</p>
<p>Art. 365. Além dos deveres previstos neste Código, compete à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.</p>	<p>Art. 340. Além dos deveres previstos neste Código, compete à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.</p>	<p>Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado.</p>
<p>Art. 366. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.</p>	<p>Art. 341. Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.</p>	<p>Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.</p>
<p>Art. 366. Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias.</p>	<p>Sem correspondente</p>	<p>Art. 380. Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou subrogatórias.</p>

A inovação está exatamente no § 1º do art. 373, cujo conteúdo dispõe que nos casos previstos em lei, ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos da regra geral ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Para Rodrigo Klippel (2011, p. 343), o § 1º do art. 373 é um dos institutos processuais dirigidos pela norma principiológica do art. 7º do CPC/2015, que assegura às partes “paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.

Segundo o autor, o novo CPC trilhou o caminho de universalizar o tratamento isonômico às partes, sendo ainda dever do juiz esta garantia, “tratando-as nos limites de suas desigualdades, em especial no que tange ao exercício dos ônus processuais e, dentre estes, do ônus da prova” (KLIPPEL, 2011, p. 348).

Além do art. 7º, o art. 6º é também princípio informativo da dinamização do ônus da prova, ao afirmar que todos os sujeitos do processo, incluindo o magistrado, devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Vale dizer que o novo CPC manteve a regra estática do ônus da prova, como é demonstrado nos incisos I e II do art. 373 do CPC/2015, de influência de Carnelutti e Chiovenda; contudo, o § 1º abre um espaço nunca antes dado aos poderes instrutórios, fundamental para a possibilidade de aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova. Ao contrário do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que já elege a teoria dinâmica desde o primeiro momento, o CPC/2015 a traz como uma regra *ope iudicis*.

Nesse quadro, Haroldo Lourenço (2015, p. 109) confirma a essencialidade do princípio da colaboração, mas é realista: “acreditar que as partes irão cooperar voluntariamente seria algo insano, principalmente no que se refere ao ônus da prova, pois podem se colocar em situações embaraçosas e prejudiciais aos seus interesses”, sendo certo que uma das formas para equalizar essa situação é o juiz lançar mão da distribuição de modo diverso do tradicional.

Rodrigo Klippel (2011, p. 349) cita, então, os deveres do juiz face às novas regras ditadas pelo CPC/2015:

a) investigar quais são as alegações fáticas pertinentes para o julgamento da lide; b) quem é a parte mais apta a comprová-las em juízo, independentemente de quem as tenha deduzido; c) atribuir à parte mais apta o onus probandi do fato, mesmo que para tanto deva ser dinamizada, alterada a regra tradicional de divisão que decorre do direito romano.

A par do que fora estudado, a teoria dinâmica pode soar semelhante ao previsto pelo CDC, por essa razão, a fim de esclarecer qualquer dúvida concernente à possível confusão entre o instituto da inversão previsto no CDC e a dinamicidade probatória trazida no bojo do CPC/2015, é importante saber que a inversão trazida no art. 6º, VIII, do CDC prevê antecipadamente que, nas relações consumeristas, o ônus será direcionado ao requerido, em caso de hipossuficiência ou verossimilhança das alegações, que deverá provar a não existência do fato alegado; presume-se por este instituto que a parte a quem tinha o dever de prova fora dispensada. Por outra via, a teoria dinâmica do ônus da prova prescinde das relações de consumo, o que ocorre, nesse caso é a “determinação de quem deve produzir prova, sempre observando as peculiaridades do caso concreto” (LOURENÇO, 2015, p. 90), independente da relação que esteja em questão.

Assim é que a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova prevista no CPC/2015 às lides ambientais cabendo o ônus à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade de demonstração, convergirá à maior efetividade do direito lesado ou ameaçado de lesão. Mas, como utilizar uma regra que, em tese, é residual (ou subsidiária) ao processo coletivo? A utilização da regra da distribuição prevista no CPC como regra primária é o que será demonstrada no próximo ponto, fundamentada a partir do princípio *in dubio pro ambiente* associado à teoria do diálogo das fontes.

APLICAÇÃO DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA TUTELA COLETIVA AMBIENTAL A PARTIR DA VIGÊNCIA DO NOVO CPC COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO AMBIENTE* E NA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

A partir das linhas traçadas anteriormente, ao tempo em que se fez o reconhecimento dos direitos supra-individuais à luz do direito material, constatou-se a necessidade de implementação de instrumentos adequados também no âmbito processual.

O Estado deve lidar, portanto, ativamente, atento à crise ambiental e ciente das circunstâncias diferenciadas que caracterizam os direitos ambientais, a partir de um modelo de riscos que implica, inclusive, a adoção de instrumentos diferenciais, entre os quais se cita a distribuição probatória. A postura do juiz passa a ter um papel muito mais relevante nesse contexto.

Javier Gonzaga Valencia Hernández (2011, p. 294-295) aduz que a complexidade que envolve o manejo probatório para defesa ambiental tem origem na qualidade singular que os conflitos ambientais possuem, e completa:

A compreensão desta problemática não pode ser feita a partir de um exame unidirecional e monodisciplinar, nem com os esquemas tradicionais de direito individual, se faz necessário que as partes em um litígio ambiental: demandantes, demandados, juiz e demais intervenientes, ampliem os paradigmas de compreensão da ciência e do direito moderno, para esquemas integrais e holísticos, para poder entender a dimensão ambiental da problemática.

Na maioria das legislações, o ônus da prova em ações para defesa do meio ambiente é do demandante: apesar de que o papel do juiz foi mudado para uma posição mais inquisitiva, com mais protagonismo e com participação mais ativa no processo (...) o estabelecimento do ônus da prova para os particulares ou organizações sociais que pretendam iniciar ações judiciais em defesa dos interesses ambientais, que são interesses públicos, se converte em um obstáculo para o acesso à justiça ambiental, porque as provas nos casos ambientais em sua maioria são provas técnicas, excessivamente custosas, difíceis de aportar ao início da ação ou de produzir durante a instrução, e na falta destas ou na dificuldade para sua produção, faz com que as pessoas ou organizações sociais desistam de iniciar a ação judicial ou no pior dos casos suas pretensões são descartadas pelo juiz por falta ou insuficiência de provas acarretando um déficit de proteção dos direitos e interesses coletivos (Tradução livre).

Portanto, dada a natureza difusa do direito ambiental, pode-se dizer que, em matéria processual coletiva, viu-se que a aplicação da regra estática do CPC incorreria em injustiças, dado que não permitiria a tutela dos direitos transindividuais importantes para a sociedade em decorrência das maiores dificuldades que o autor da ação teria para demonstrar os fatos juridicamente relevantes.

É necessário que mecanismos que reduzam o desequilíbrio processual neste tipo de relação sejam então implementados, a fim de, ao menos, buscar-se um grau de igualdade de oportunidade no processo. Canotilho (2004, p. 175) preleciona a respeito da justiça na seara da distribuição do ônus da prova com profunda reflexão:

(...) quando a medida justa da distribuição do ônus da prova é fundamental para a garantia de um direito, devem ser evitadas teorias abstratas e apriorísticas, impondo-se (...) soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias.

Aponta-se, então, para as alternativas trazidas no âmbito probatório para dar efetividade ao direito substancial ambiental. A priori, a inversão do ônus da prova é uma opção, tanto fundada nos princípios da prevenção, da precaução e do poluidor-pagador, como também pautada no art. 6º, VIII do CDC, a partir de uma interpretação sistemática do microsistema processual coletivo já estudado na seção “Inversão do ônus da prova em decorrência da aplicação do art. 6º, VIII, do CDC”.

Para a proteção do meio ambiente, o critério da inversão do ônus da prova pode se mostrar insuficiente. Marcelo Abelha Rodrigues (2008, p. 181) a respeito da inversão, convalida que o critério da inversão “não se mostra dos mais justos e corretos, pois, a rigor, o que o legislador fez foi simplesmente escolher uma vítima e disparar”.

Mesmo com a inversão do ônus da prova, o magistrado continua no mesmo juízo de incerteza. O legislador, sob o fundamento de uma isonomia material, escolheu o mais forte, o fornecedor, para suportar tal incerteza. Vale aqui a transcrição das palavras de Marcelo Abelha Rodrigues (2008, p. 181):

(...) igualmente as técnicas de “inversão do ônus da prova” são, a nosso sentir, o que poderíamos chamar de “negociação da negação” porque dão à prova a mesma conotação punitiva e vinculada do direito material, privatista, e, o que é pior, sob o jargão de isonomia real. Ora, ninguém pode dar razão a quem não a possua sob o argumento da isonomia real. É tão repugnante tal prática quanto a regra de julgamento do art. 333 do CPC. Para os casos de non liquet, a

técnica de inversão como regra de julgamento em favor do consumidor, a critério do juiz, nos casos de hipossuficiência e/ou verossimilhança das alegações, é, a nosso ver, uma hedionda manipulação do processo, utilizado de modo inidôneo, para corrigir uma isonomia meramente formal (desigualdade real). É dizer, em outros termos, o seguinte: “Estou em dúvida, mas nesse caso, em vez do art. 333 I, do CPC, vou estabelecer que o fornecedor seja penalizado pelo julgamento em prol do consumidor, porque este é hipossuficiente economicamente. Julga-se com a mesmíssima incerteza, acentuada pela surpresa na hora do julgamento, com a diferença de que o mais forte suportaria uma justiça injusta. Na verdade, acreditamos que a visão publicista da prova propõe uma superação das regras e técnicas processuais de julgamento quando se está diante de um *non liquet*. É que, sendo franqueado ao juiz uma liberdade na investigação da prova, exigindo participação num processo investigativo, essa proximidade e maior envolvimento decerto diminuirão, sensivelmente, os casos de incerteza. E, mais ainda, o recurso ao art. 333, avisado às partes com antecedência em relação à fase instrutória, formará uma coisa julgada relativizada, enfim, que permita a rediscussão do que foi decidido, desde que com base em nova prova.

Ao orientar-se pela materialização da isonomia substancial em contraponto à isonomia formal, a teoria dinâmica do ônus da prova, inovação adotada pelo CPC/2015, seria a mais adequada à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, porque incumbe a prova a quem detiver maior facilidade (seja pelo seu conhecimento técnico, seja por ter informações específicas) na sua realização.

De forma a não incorrer em violação ao direito fundamental à ordem jurídica justa, o ambiente processual deve ultrapassar o modelo estático quando assim for necessário, de modo que o juiz deve garantir as condições de exceção, sempre que a distribuição estática esteja fomentando um desequilíbrio no caso concreto, valendo-se da necessidade de igualdade substancial das partes, através da adoção da carga dinâmica probatória.

A possibilidade da aplicação da regra prevista pelo CPC/2015, em contraposição às disposições do CDC, é balizada pela associação do princípio *in dubio pro ambiente à teoria do diálogo das fontes*.

Paulo José Leite Farias (1999, p. 356) salienta que o princípio *pro ambiente* “deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável ao meio ambiente”. Interpretação de todas as partes, incluindo-se o juiz.

Por outro fluxo, o diálogo das fontes figura como artifício apropriado para interpretação e integração do microsistema coletivo, pois, a partir do diálogo das leis, busca-se a solução mais acertada ao caso concreto a partir da coordenação entre as leis, de modo que se permita a realização dos princípios informadores da tutela ambiental, cuja previsão é constitucional.

A partir da teoria, e à luz da norma mais favorável ao meio ambiente, adota-se, portanto, no caso da distribuição do ônus da prova, a prevalência da teoria dinâmica do ônus da prova, cuja previsão consta no CPC/2015, e sua convivência com o disposto no CDC acerca da possibilidade de inversão.

Sob o espeque de um diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade, a qual menciona que as normas jurídicas não se excluem, mas se completam, deve ser utilizada a distribuição dinâmica, dada a possibilidade de aplicação da norma mais favorável ao meio ambiente, mesmo que essa se encontre fora do rol que compõe o microsistema processual coletivo, no caso, o Código de Processo Civil, que, em regra, como já fora apontado, seria residual, mas, no caso concreto, poderá dar-se de maneira apriorística.

Eduardo Cambi (2006, p. 344-345) fornece um bom exemplo para aplicação da teoria dinâmica no âmbito do processo ambiental:

Por exemplo, não se pode exigir do Ministério Público, ao ajuizar ação civil pública ambiental, o ônus de provar que empresa exploradora de serviços de telefonia celular gera risco à saúde das pessoas, ao construir estações rádio base (ERB's) a menos de 300 (trezentos) metros de distância horizontal de áreas de lazer, creches, escolas, postos de saúde, shopping centers, museus, teatros, praças, parques, centros de comunidade, casas de saúde, asilos, hospitais ou similares, ou quando tais estações rádio base ultrapassem a densidade de potência de 100 uW/cm² e localizem-se em zonas e setores urbanos considerados residenciais. Quem explora a atividade econômica,

aferindo lucros, deve assumir o ônus da prova. Logo, não pode a ação civil pública ser julgada improcedente, por falta de provas, pela circunstância de não existir um consenso científico quanto aos males que a saúde humana ou o meio ambiente podem sofrer quando em contato prolongado com a radiação ionizante emitida pelas antenas. Portanto, **percebe-se que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova está em consonância com o princípio da precaução que rege o Direito Ambiental.** Neste sentido, deve-se destacar a Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, resultante da Conferência das Nações Unidas, realizada no Rio de Janeiro, entre os dias 3 a 21 de junho de 1992, cujo princípio 15 prevê: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (*Grifo nosso*).

A utilização da distribuição do ônus da prova em processo coletivo ambiental é inevitável, pois visa conferir homogeneidade e coerência ao sistema, e garantir a efetividade do processo na tutela de interesses coletivos lato sensu.

Em regra, as normas referentes ao processo coletivo derogam as normas processuais comuns previstos no CPC que sejam com elas incompatíveis; no caso aqui estudado, entende-se a situação contrária: poderá o intérprete valer-se da utilização do CPC em contraponto às normas de processo coletivo, por compreender que a inovação trazida pelo CPC/2015 seja mais benéfica ao processo coletivo ambiental.

CONCLUSÃO

Esta obra buscou responder basicamente como a vigência do novo CPC afetará a distribuição probatória na defesa judicial do meio ambiente. O novel código processual, como se viu, prevê, em seu parágrafo 1º do art. 373, a possibilidade do juiz aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova frente à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo na regra estática, ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Ao longo do trabalho, da qualificação à apresentação da versão final, a importância do tema escolhido ganhou relevo. Até o exame de qualificação, a pesquisa foi conduzida ainda pelo Projeto de Lei n. 8.046/2010, e, em março de 2015, sendo sancionada a lei instituidora, permitiu-se o tratamento do tema de maneira muito mais solidificada e sem o perigo de restar ultrapassado por uma possível não sanção.

A investigação teve como ponto de partida a crise identificada por Beck, vinculada à noção da sociedade de risco, que levou, dentre outros entendimentos, à percepção do meio ambiente de forma nunca antes considerada, resultando na construção de um ideal de Estado chamado de Direito Ambiental, preocupado com a efetiva proteção jurídica do meio ambiente, que desemboca na necessidade de mudanças no tratamento de institutos eminentemente de direito individuais, para institutos processuais com uma feição publicista.

Dois teorias confluíram para o alcance do escopo deste trabalho: a primeira delas inclui a caracterização do princípio do *in dubio pro ambiente* como um critério de validade material voltado para a justificação da aplicação da teoria no âmbito do processo coletivo ambiental; já a segunda, a teoria do diálogo das fontes, visa a admitir a proteção do meio ambiente por meio do diálogo entre fontes cujos campos de aplicação são convergentes ou coincidentes.

Não puderam ser deixadas de lado as generalidades sobre a teoria da prova. Fora demonstrado que, sob o aspecto constitucional, o direito à prova é corolário do direito fundamental ao contraditório, garantido pela sua dimensão substancial, o que levou-nos a estudá-lo sob a égide de todos os processos informativos a ele referentes previstos na Carta Maior.

Foi confirmado que o CPC/1973, ao distribuir de maneira estática, sem desqualificar completamente a teoria, não mais satisfaz todas as necessidades da realidade atual. Sobretudo pela ausência de um código de processo coletivo, o diploma processual se faz ainda muito mais necessário para além do âmbito individual, levando, em alguns momentos, a um tratamento imparcial das partes e a uma situação de não equivalência, violando direitos fundamentais constitucionais como o da isonomia e do acesso à justiça.

Como alternativas à distribuição estática do ônus da prova elencou-se, em primeiro lugar, a inversão do ônus da prova, que pode dar-se no processo ambiental sob dois fundamentos. O primeiro em razão da aplicação dos princípios da precaução, da prevenção e do poluidor-pagador. Secundariamente, visualizou-se a possibilidade de inversão do ônus da prova no sistema de defesa ambiental, com fundamento no art. 6º, VIII, do CDC, que trata de disposição processual e, portanto, num entendimento teleológico, integra o microsistema processual coletivo, consoante com o que se depreende do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública.

Apontou-se críticas não só às regras de distribuição estáticas contidas no CPC/1973, como também às inversões probatórias, como as citadas por Marcelo Abelha Rodrigues, pela insuficiência do critério e, ainda, por não possuir, em sua aplicabilidade, critérios justos e corretos.

Apesar de já ter sua utilização nos tribunais brasileiros, o CPC/2015 foi acertado no sentido de garantir a possibilidade de se adotar a teoria advinda da academia argentina, atribuída a Jorge Walter Peyrano, a qual, em linhas gerais, atribui o ônus à parte que se encontrar em melhores condições de produzir a prova, a depender do caso concreto, valorizando-se o dever de colaboração das partes e favorecendo uma maior efetividade e instrumentalidade do processo.

O ônus da prova dinamicamente distribuído, por consolidar uma visão amplamente coletiva e difusa do ônus probandi, supera

a visão privatista (e patrimonialista) do processo civil clássico e, por fim, permite facilitar a tutela judicial dos bens coletivos ambientais.

À luz do CPC/2015, a adoção da teoria dinâmica deve se dar de maneira excepcional, e, ao contrário da doutrina argentina, no Brasil é entendida, a despeito de posicionamento contrário, como uma regra a ser aplicada prioritariamente na fase saneadora, sendo, portanto, no caso brasileiro, uma regra de procedimento e não de julgamento, a fim de se fazer observância aos princípios do contraditório e ampla defesa, para que não ocorra a prova diabólica reversa.

Permitiu-se demonstrar que, no que concerne às demandas ambientais, é mais favorável ao meio ambiente a utilização da regra inscrita pelo CPC/2015, não de forma subsidiária ou residual, como vimos, mas de forma prioritária, por atender ao princípio *in dubio pro ambiente*, fundamentado pela teoria do diálogo das fontes.

Foi evidenciado que a teoria dinâmica do ônus da prova é adequada à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, principalmente na seara ambiental, porque incumbe a prova a quem detiver maior facilidade de produzi-la, seja pelo seu conhecimento técnico, seja por ter informações específicas para sua realização.

Percebe-se, ainda, que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova está em consonância com o princípio da precaução que rege o Direito Ambiental, o qual preleciona que, ante à ameaça de danos sérios ou irreversíveis, devem ser utilizadas medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Verificou-se que a demonstração da relação entre o dano e a ilicitude ou não lesividade do demandado é de difícil tarefa. A prova dinâmica pode evitar que se sustente uma situação possível ou efetivamente danosa, em detrimento dos direitos ambientais em questão, cuja prova é de mais fácil demonstração.

Haja vista o passo à frente que o CPC/2015 deu à efetividade da justiça, o fato é que, a exemplo do veto³¹ do art. 333³² e inciso

31 Razão do veto: Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas.

32 “Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos

XII do art. 1.015³³ do CPC/2015, que possibilitavam a conversão das ações individuais em coletivas, o processo coletivo não foi abraçado pelo novo CPC.

A autora inclina-se pela necessidade de edição de uma norma que verse especificamente sobre a distribuição do ônus da prova em demandas ambientais, orientada pela teoria dinâmica do ônus probatório, segundo a qual a maneira mais acertada e justa de provar o direito alegado pela parte seria atribuir o ônus da prova não a quem alega, mas a quem tem melhores condições de produzi-la, de acordo com o caso concreto, por meio de um código especificamente voltado ao processo coletivo, que, além da questão probatória, possui outras particularidades, como a extensão da coisa julgada, a legitimidade ativa, entre outros.

aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

§ 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

§ 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos.

§ 3º Não se admite a conversão, ainda, se:

I - já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou

II - houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou

III - o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado.

§ 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva.

§ 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo.

§ 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo.”

§ 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo.

§ 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.

§ 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado” (BRASIL, CPC/2015).

33 “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre (...) XII - conversão da ação individual em ação coletiva” (BRASIL, CPC/2015).

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. Org., trad. e est. Int. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2013.

ARENHART, Sergio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. *Revista Jurídica*, Porto Alegre: Notadez, v. 54, n. 343, maio, 2006.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo: Um novo ramo do Direito Processual: Princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARGENTINA. Ley 25.675. Ley General del Ambiente. Buenos Aires: Congreso Nacional, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

AYALA, Patryck de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro – Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 46, 2002.

_____. *O Novo Direito Constitucional Brasileiro - Contribuições Para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional do Brasil*. 2ª imp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

_____; HOLZER, Boris. Organizations in World Risk Society. *International Handbook of organizational Crisis Management*. Los Angeles: Sage, p. 3-24, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva; LEITE, José Rubens Morato. Riscos e danos ambientais na jurisprudência brasileira do STJ: um exame sob a perspectiva do Estado de Direito Ambiental. *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente - REVCEDOUA*. v. 11, n. 22, 2008.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007.

_____. *Prueba y verdad em el derecho*. 2. ed. Madrid: Editora Marcial Pons, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman. Responsabilidade Civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 9, p. 75-136, jan. - mar., 1998.

_____; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, p. 83-156, 2012.

BERTOLDI, Marcelo M. Tutela antecipada, abuso do direito e propósito protelatório do réu. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos da antecipação de tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente*. Coleção Professor Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIANCHI, Patrícia. *Eficácia das Normas Ambientais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora UNB, 1995.

_____. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONNIER, M. Eduardo. *Tratado Teórico y Práctico de las Pruebas en Derecho Civil y en Derecho Criminal*. Trad. José Vicente y Caravantes. Madrid: Editora Reus, Tomo 1, 1928.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: *Diário Oficial da União*. 05 out. 1988. 292 p.

_____. Decreto n. 592, de 06 de julho de 1992. Promulga a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969. Brasília: *Diário Oficial da União*, Poder Executivo. 09 set. 1992, p. 8716.

_____. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Brasília: *Diário Oficial da União*, Poder Executivo. 09 nov. 1992, p. 15562.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 1973.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial da União*, Poder Executivo. 02 set. 1981, p. 16509.

_____. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial da União*, Poder Executivo. 25 jul. 1985, p. 10649.

_____. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, v. 128, n. 176, p. 1, 10 set. 1990. Suplemento.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*: Seção 1, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF. 28 mar. 2005.

_____. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: *Diário Oficial da União*. Seção 1. 17 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1511 MC*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Velloso. Decisão de 06 jun. 2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3540 MC*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Decisão de 03 fev. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 331.517-GO*. Quarta Turma. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Decisão de 25 mar. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.049.822/RS*. Primeira Turma. Relator Ministro Francisco Falcão. Decisão de 23 abr. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 883.656/RS*. Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Decisão de 28 fev. 2012.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito Constitucional a prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. Inversão do ônus da prova e tutela dos direitos transindividuais: alcance exegético do art. 6º, VIII do CDC. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 8, n. 31, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. *Direito público do ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

_____. O Ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CAPELLA, Vicente Bellver. *Ecologia: de las razones a los derechos*. Granada: Ecorama, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francisco. *Instituciones del Proceso Civil*. Tradução: Santiago Sentis Melendo. 4. ed. vol. I. Buenos Aires: EJEA, 1959.

_____. *La prueba Civil*. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Editora Arayú, 1955.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. *Direitos e Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos*. Campinas: LZN Editora, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CHILE. *Ley 19.300. Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente*. Santiago: Congreso Nacional, 1994.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel & GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

_____. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4. ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L., 2007.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, Notadez/Fonte do Direito, n. 280, fev. 2001.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. vol. 4. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela*, vol. 7. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Espanha: Planeta Agostini, 1993.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*, t. 1. 3. ed. Buenos Aires: Zavalia 1974.

ESPANHA. *Constitución Española de 1978*. Boletín Oficial del Estado, 27 set. 1978.

EUA - Estados Unidos da América. *Constituição dos Estados Unidos da América*. XIV Emenda, 1868.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

FENSTERSEIFER, Tiago & SARLET, Ingo Wolfgang. O papel do poder judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 73-100, ano 13, vol. 52, out.-dez. 2008.

_____; _____. Estado socioambiental e mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio século XXI*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro em face da Rio+20 e do novo “Código” Florestal*. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Princípios de Direito Processual Ambiental*. 5. ed. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Ozorio; BARBOSA, Walmir; MELO, Sandro (org.). *Manual de Normas para elaboração de Monografias, Dissertações e Teses*. 2. ed. rev. e atual. para meio eletrônico, 2013. Disponível em: <<http://www.uea.edu.br/download>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

GIDDENS, Anthony. *O debate global sobre a terceira via*. Trad. Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Unesp, 2007.

GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del proceso*. Barcelona: Labor, 1936.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, fascículo 18, Brasília, jan.-jun., 2005.

_____; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

HERNANDEZ, Javier Gonzaga Valencia. *El Derecho de Acceso a la Justicia Ambiental y sus Mecanismos de Aplicación em Colombia*. Espanha: Universidade de Alicante, 2011.

JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé post moderne*. Cours général de droit international privé. Heidelberg, 1995.

JUNOY, Joan Picó. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: Un debate mal planteado*. Cuestiones Jurídicas [online] 2012, vol. VI, n. 1, (Enero-Junio). Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127523423002>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

KISS CH., Alexander. *El derecho a un ambiente sano y ecologicamente equilibrado. La protección internacional de los derechos del hombre*. México: UNAM, 1983, p. 107-131.

KLIPPEL, Rodrigo. O juiz e o ônus da prova no projeto de novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; MOUTA, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo (coord.). *O projeto do novo código de processo civil: estudos em homenagem ao professor José de Albuquerque Rocha*. Salvador: Juspodivm, 2011, p. 343-352.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação de senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda (coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

LAGRASTA NETO, Caetano. Carga dinâmica da prova. a parte vulnerável. In: LAGRASTA NETO, Caetano; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito de Família. Novas Tendências e Julgamentos Emblemáticos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

LEITE, José Rubens Morato & AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LAMEGO, Leonardo Pereira. O ônus da Prova em Ação Civil Pública Ambiental e o Posicionamento do STJ. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 84. Belo Horizonte, março, 2010.

LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 1999.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do ônus da prova no novo CPC*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (org.). *Garantias constitucionais no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 91-131.

MACEDO, Elaine Harzheim (org.). *Comentários ao projeto de lei n. 8.046/2010: proposta de um novo código de processo civil*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Anelise. *Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais*. 1. ed., n. 90. Porto Alegre: AJURIS, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. rev., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____; _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v.5: do processo de conhecimento, arts. 332 a 341, Tomo 1. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; _____. *Processo de conhecimento*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____; _____. *Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; _____. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Claudia Lima (coord.). *Dialogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZEI, Rodrigo. *Da aplicação (apenas) 'residual' do CPC nas ações coletivas*. MPMG Jurídico, v. 1, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. rev., amp. e atualiz. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDINA QUIROGA, Cecilia. *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. San José, Costa Rica / Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003.

MELO, Sandro Nahmias. Meio ambiente equilibrado e a garantia do conteúdo essencial dos Direitos Fundamentais. *Hileia: Revista de Direito Ambiental da Amazônia*, ano 2, n. 2, Manaus, Edições Governo do Estado do Amazonas / Secretaria de Estado da Cultura / Universidade do Estado do Amazonas, 2004.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. CASTRO MENDES. Aluísio Gonçalves. WATANABE. Kazuo (Org.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, p. 16-32, 2007.

MENDES, Gilmar. Comentário ao artigo 5º, LIV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W. (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2013.

MILARÉ, Edis. (Coord.). *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____.; MOREIRA, Danielle de Andrade. Sociedade de risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (org.). *Biossegurança e novas tecnologias na sociedade de risco: aspectos jurídicos, técnicos e sociais*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

_____. *Participação, Processo Civil e Defesa do Meio Ambiente no Direito Brasileiro*. Tese de Doutorado. USP: Faculdade de Direito, 2010.

ONU – Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris: Assembleia Geral das Nações Unidas, 1948.

_____. *Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente*. Estocolmo, 1972.

_____. *Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*. Tomo 153. Buenos Aires: Universitas, 1993.

_____. Carga de la Prueba: Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponibilidad de los medios probatorios. In: *Segundas Jornadas de Profesores Orientada al Análisis Crítico y al Debate em Homenaje al Prof. Oscar Martínez*. La Plata, 29 y 30 de septiembre de 2006.

PUREZA, José Manuel. *O Estatuto do Ambiente na Encruzilhada de Três Rupturas*. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1997.

ROCHA, Paulo Victor Vieira da. Definição e estrutura dos direitos fundamentais. *RDA – revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 117-151, jan.- abr., 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Processo Civil Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RUIZ-RICO, Gerardo. *El Derecho Constitucional al Medio Ambiente*. Valencia, Espanha: Tirant lo blanch, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SARAIVA NETO, Pery. *A prova na jurisdição ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). *Princípio da precaução*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, p. 607-630, 2003.

STEINGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade Civil Ambiental – As dimensões do dano ambiental no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr-jun, 2015.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 24. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TARUFFO, Michele. Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad. Trad. Mauricio Betti e Rodrigo Coloma. *Discusiones*. Córdoba: Universidad Nacional del Sur, n. 3, p. 15-41, 2003.

_____. ¿Verdad Negociada? *Revista de Derecho*, vol. XXI, n. 1, p. 129-151, jul., 2008.

_____. *La Prueba*, Artículos y conferencias. Chile: Ed. Metropolitana, 2009.

_____. *La Prueba de los hechos*. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. 4. ed. Madrid: Ed. Trotta. 2011.

TESHEINER, José Maria Rosa. Ônus da prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Araújo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

UNECE – Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa. *Convenção sobre acesso à informação, a participação do público nos processos decisórios e o acesso à justiça em matéria ambiental*. Aarhus: UNECE, 1998.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, ano 136, v. 195, p. 381-390, maio, 2011.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo (RePro)*, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar., 2012.

SOBRE A AUTORA

Renata Alanís Abrahão

Graduada em Direito e Administração Pública pela Universidade do Estado do Amazonas. Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da UEA. Participou da 16ª Stetson International Environmental Moot Court Competition (FL, 2012), obtendo a 2ª posição na categoria Melhor Memorial da América Latina. Atualmente é Pesquisadora do Grupo de Pesquisa certificado pelo CNPq “LAWin Research” e integrante do LAWin/UEA.

Dezembro de dois mil e vinte e um, seis anos da *Lei 13.105/2015*
que instituiu o novo Código de Processo Civil.



para conhecer mais da *editoraUEA* e de nossas publicações,
acesse nosso site e nos siga nas redes sociais

editora.uea.edu.br

[ueaeditora](#)



Quais as implicações da adoção do novo CPC para o processo coletivo ambiental? Como o manejo probatório pode ser influenciado por tais mudanças? Este livro tentará responder a tais questionamentos, traçando seu estudo sobre a teoria dinâmica do ônus da prova, especialmente no que se refere às implicações, no plano do direito processual coletivo ambiental, de sua adoção pelo novo código de processo civil. Para tanto, construiremos as bases a partir do princípio *in dubio pro ambiente* e da teoria do diálogo das fontes.