

Juliana Mazarin Machado

**TUTELA JURISDICIONAL AMBIENTAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: INVERSÃO DO ÔNUS DA
PROVA**

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2009**

Juliana Mazarin Machado

**TUTELA JURISDICIONAL AMBIENTAL NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: INVERSÃO DO ÔNUS DA
PROVA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em Direito à Banca
Examinadora do Centro Universitário Toledo sob a
Orientação do Professor Doutor Marcelo Benacchio.

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2009**

M149t Machado, Juliana Mazarin.
Tutela jurisdicional ambiental no Estado / Juliana Mazarin
Machado. – Araçatuba: Centro Universitário Toledo, 2009.
103f.

Orientador: Dr. Marcelo Benacchio.
Dissertação de Mestrado (Mestrado em Tutela jurisdicional no
Estado Democrático de Direito) – Centro Universitário Toledo.
Bibliografia: 93f.

1. Direito Ambiental. 2. Inversão do ônus da prova. I. Machado,
Juliana Mazarin. II. Centro Universitário Toledo.

341.347

Banca Examinadora

Prof. Dr. Marcelo Benacchio

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Araçatuba, ____ de _____ de 2009.

Dedico este trabalho a Deus, aos meus pais, Alcides e Sylvania, ao meu irmão, Juninho e ao meu marido, Leonardo, pessoas que tanto amo e também agradeço por tudo que representam pra mim.

Resumo

A preocupação com o meio ambiente é crescente, visto ser um bem valioso e imprescindível para que haja vida e dignidade da existência humana. O direito disciplina a respeito do tema, buscando preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O direito material e o processual devem ser aliados, de modo que este dê efetividade àquele. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sofre danos que, dificilmente, são passíveis de reparação, dentre muitas dificuldades existentes no processo civil ambiental, há a dificuldade na produção das provas; por isso, em alguns casos, a regra geral de ônus probatório disposta no Código de Processo Civil mostra-se insuficiente, obstando o acesso à justiça e a um processo justo e efetivo, requerendo que o ônus da prova seja invertido. Presentes os requisitos autorizadores da inversão do ônus probatório, quais sejam, que no processo civil ambiental haja incidência do princípio da precaução ou da prevenção e que esteja presente a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência técnica para a produção das provas, esta medida pode ser concedida pelo julgador. Este mecanismo processual tem, dentre outras finalidades, propiciar efetividade processual e tratamento isonômico às partes (protetor e poluidor em potencial) do processo civil ambiental que se encontram em disparidade, visto o protetor ser a parte mais fraca da relação processual ambiental.

Palavras- chave: direito ambiental, meio ambiente, inversão da prova, ônus da prova, efetividade processual ambiental.

Abstract

The concern with the environment is growing, since it is valuable and indispensable to give life and dignity to human life. There are laws about this subject that seek to preserve it for present and future generations. The substantive and procedural law must be combined in order to be more effective. The law for an ecologically balanced environment suffers damages which are hard to repair, including difficulties in the civil environment such as the production of evidence. Therefore, in some cases the cause of overall burden evidence prepared by the Code of Civil Procedure has shortcomings, being an obstacle for the access to justice and for a fair and effective process, requiring that the burden of proof is reversed. Once the allowing requirement of the evidentiary burden, whatever they are, that in the environmental civil proceeding there is impact of the principle of precaution or of the prevention and that presents the allegation's likelihood or the insufficiency technique for the evidence's production, this could be granted by the judge. This procedural mechanism, among other purposes, has to provide effective treatment and procedural equality between the parties (protector and potential polluter) of environmental civil procedure which are unequal, as the protector is the weakest part of the procedural environment.

Key words: environmental law, environment, inversion of the test, responsibility of the test, ambient procedural effectiveness.

Lista de abreviaturas e siglas

Art.- artigo

CDC- Código de defesa do consumidor

CF- Constituição Federal

CPC- Código de processo civil

EIA- estudo de impacto ambiental

FEPAM- Fundação Estadual de Proteção Ambiental

Inc. - inciso

PPP- princípio poluidor-pagador

RAP- relatório ambiental preliminar

STF- Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TJPR- Tribunal de Justiça do estado do Paraná

TJSP- Tribunal de Justiça do estado de São Paulo

Sumário

Introdução	09
I- Direito Ambiental Constitucional	
1.1 Meio ambiente e direito ambiental	12
1.2 Tutela constitucional do meio ambiente	15
1.3 Princípios ambientais constitucionais	20
1.3.1 Diferença entre princípios e regras	22
1.3.2 Princípio da precaução	25
1.3.3 Princípio da prevenção	29
1.3.4 Diferenças e semelhanças entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção	31
1.3.5 Princípio do desenvolvimento sustentável	33
1.3.5.1 Desenvolvimento econômico e preservação ambiental	35
1.3.6 Princípio do poluidor-pagador ou usuário-pagador	37
II- Da Prova – Parte Geral	
2.1 Noções gerais a respeito da prova	40
2.2 Direito à prova	43
2.3 Objetos da prova: fatos e direito	43
2.4 Princípios da prova	45
2.4.1 Princípio da auto-responsabilidade das partes	45
2.4.2 Princípio dispositivo	46
2.4.3 Princípio da comunhão da prova	47
2.4.4 Princípio da liberdade dos meios de prova	47
2.4.5 Princípio da relatividade das provas	48
2.4.6 Princípio da audiência contraditória	48
2.5 Sistemas de apreciação/avaliação da prova	49
III – O ônus da prova e efetividade: direito processual aliado ao direito material	
3.1 Ônus da prova	53
3.2 A distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil	54

3.3 Efetividade: direito processual aliado do bem jurídico protegido	55
3.4 Sociedade de risco	59
3.5 Processo civil coletivo	60
IV – Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil Ambiental	
4.1 A inversão do ônus da prova no processo civil ambiental	63
4.2 Requisitos da inversão do ônus da prova	72
4.2.1 No processo civil ambiental haja incidência do princípio da precaução ou da prevenção	73
4.2.2 A verossimilhança das alegações	74
4.2.3 A hipossuficiência	75
4.3 Requisitos cumulativos ou alternativos?	77
4.4 Momento da inversão do ônus da prova	79
4.5 Inversão do ônus probatório e/ou inversão dos custos com a produção probatória	83
4.6 Julgados a respeito da inversão do ônus da prova no processo civil ambiental	85
Conclusão	90
Referências	93

Introdução

A presente dissertação visa a, dentre outras coisas, contribuir para o debate acerca da proteção ao meio ambiente e para o estudo a respeito da efetividade do processo civil ambiental.

A prova faz parte do processo e a este é essencial, necessária para a prestação da tutela jurisdicional. É por intermédio da prova que as partes demonstram a verdade de suas alegações e que se forma a convicção do julgador, a qual respalda, conseqüentemente, o resultado da demanda.

A efetividade da atividade probatória é essencial para que seja atendido o devido processo legal e demais princípios constitucionais. Para que a produção da prova seja possível, é necessário que haja mecanismos próprios que a viabilizem, levando em consideração as peculiaridades do direito material e do caso concreto. A efetividade do processo depende, também, de um efetivo mecanismo de produção de prova diante das peculiaridades do caso concreto.

Cumprido deixar claro que, nesta pesquisa, foi muito utilizada doutrina a respeito do direito do consumidor, devido à insuficiência da doutrina de direito ambiental sobre o tema escolhido para estudo. Recorremos também ao art. 6º, inciso VIII do CDC pela ausência de disciplina legal específica na legislação ambiental.

O presente estudo tem como referencial o dano ambiental e suas características e o princípio da precaução, pois foi por meio de estudos a respeito desses temas que se constatou a possibilidade de o mecanismo processual de inversão do ônus da prova ser aplicado também ao processo civil ambiental, como medida que garante efetividade. O direito material e o processual devem ser aliados, este deve primar pela concretização daquele, no caso litigioso.

O processo deve levar em consideração as peculiaridades do direito material e do caso litigioso, o que exige um juiz mais participativo, com maiores poderes na condução do processo, para que, quando preciso, estabeleça as medidas necessárias para resultar na efetividade do processo.

A obra compreende quatro capítulos, distribuídos em uma sequência racional e lógica.

No primeiro capítulo, será analisado o Direito Ambiental Constitucional, sua definição, classificação, bem como destacaremos os direitos transindividuais, a diferenciação entre regras e princípios e a finalidade destes. Serão abordados alguns princípios do direito ambiental, selecionados conforme sejam mais interessantes ao tema. Este capítulo é de grande importância, pois só compreendendo o que é o direito ambiental, de uma forma mais ampla e geral poderemos entender o instituto base deste trabalho: a possibilidade de inverter o ônus da prova.

No segundo capítulo, será tratada a parte geral da matéria relativa à prova, como as noções gerais da prova, o direito de provar, quais são os objetos de prova, os princípios que instruem a atividade probatória e, por fim, os sistemas de avaliação ou apreciação da prova. Buscamos não nos estender muito neste capítulo, pois são temas amplos, que renderiam, por si só, outro trabalho científico, sendo que um entendimento geral é relevante para a compreensão de nossa proposição.

O capítulo terceiro será destinado a definir o que é ônus probatório e como é a regra geral de distribuição do ônus da prova, disposta no Código de Processo Civil. Abordaremos a efetividade processual, já que o mecanismo de inversão do ônus da prova visa, dentre outras coisas, à efetividade do processo civil ambiental que, em alguns casos não é atingida quando o julgador segue a regra geral de distribuição do ônus probatório, devido às peculiaridades do direito material e do caso em concreto. Vamos expor que a sociedade em que vivemos atualmente é uma sociedade de riscos globais, por isso a importância dos direitos difusos e a necessidade de um código de processo civil coletivo e mecanismos que primem pela proteção ambiental.

No quarto capítulo, trataremos do tema central, ou seja, da inversão do ônus probatório no processo civil ambiental, sua possibilidade e necessidade diante das peculiaridades do direito material que visa a ser protegido pelo processo, as finalidades do mecanismo processual de inversão probatória, os requisitos que devem estar presentes no caso concreto, para que a medida possa ser concedida pelo julgador, ressaltando também quando ela deve ser concedida e fundamentado a possibilidade de utilização do mecanismo de inversão do ônus da prova nos princípios da precaução e da prevenção. Traremos também julgados que dão aplicação judicial à inversão do ônus da prova, demonstrando que o instituto tem sido aplicado pelos Tribunais de nosso país, bem como isto vem sendo feito e os requisitos utilizados, respaldando o tema e posições defendidos neste trabalho.

Por fim, traremos nossas conclusões com a finalidade de mostrarmos a importância da possibilidade de inverter o ônus da prova no processo civil ambiental, diante

do caso concreto, desde que presentes os requisitos autorizadores, para dar viabilidade e efetividade ao processo ambiental e para a observância dos princípios constitucionais, tais como o da isonomia.

CAPÍTULO I – DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL

1.1 Meio ambiente e direito ambiental

A Lei 6.938/81, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, em quase todos os seus aspectos, instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, trazendo no seu art. 3º, inciso I, o seguinte conceito de meio ambiente:

Art. 3º. Para os fins previstos nesta lei, entende-se por:

I – meio ambiente: 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)

O art. 2º, inciso I da referida lei, estabelece que o meio ambiente é considerado um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

Apesar de existirem normas jurídicas mais antigas que diziam respeito ao meio ambiente, como por exemplo, as chamadas Posturas Municipais, editadas pelo Imperador Dom Pedro I, em 01 de outubro de 1828, a primeira lei a dispor um conceito legal para a expressão ‘meio ambiente’ foi, a já citada Lei de Política Nacional do Meio ambiente [Lei 6.938 de 1981].

Cabe observar que o termo meio ambiente é criticado por vários autores, já que é considerado um pleonasma; evidenciando tal crítica, o autor José Afonso da Silva ensina que a expressão ‘meio ambiente’ é redundante, pois o ‘ambiente’ está inserido no conceito de ‘meio’ e vice-versa, tendo os termos ‘meio’ e ‘ambiente’ a mesma abrangência, porém, tais críticas de nada mais adiantam, já que o termo meio ambiente está amplamente consagrado na legislação, doutrina, jurisprudência e na consciência popular.

Prosseguindo nas lições do referido autor:

[...] essa necessidade de reforçar o sentido significativo de determinados termos, em expressões compostas, é uma prática que deriva do fato de que o termo reforçado tenha sofrido enfraquecimento no sentido a destacar, ou, então, porque sua expressividade é muito mais ampla ou mais difusa, de sorte a não satisfazer mais, psicologicamente, à idéia que a linguagem quer expressar. Este fenômeno influi no legislador, que sente a imperiosa necessidade de dar, aos textos legislativos, a maior precisão significativa possível, daí porque a legislação brasileira vem empregando a

expressão “meio ambiente” em vez de “ambiente”, apenas. (SILVA, 2002, p. 19-20).

Para José Afonso da Silva (2002, p. 20) a expressão ‘ambiente’ significa o conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais e a expressão ‘meio’ exprime o resultado da interação desses elementos. Assim, o ‘ambiente’ integra-se de um conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o ‘meio’ em que vivemos, proporcionando o desenvolvimento equilibrado da vida, em todas as suas formas; diante disso a expressão ‘meio ambiente’ é mais rica de sentido do que simplesmente ‘ambiente’.

O conceito de meio ambiente abrange toda a natureza artificial e original, e didaticamente classifica-se em:

Meio ambiente natural ou físico, constituído por solo, água, ar atmosférico, flora, fauna. É a harmonia entre os seres vivos e o meio em que habitam;

Meio ambiente artificial, constituído pelo espaço urbano, formado pelo conjunto de edificações e pelos equipamentos públicos. O termo urbano se refere, no caso, a todos os espaços habitáveis, referindo-se à zona urbana e rural;

Meio ambiente cultural, constituído pelo patrimônio cultural (o art. 216 CF/88 define patrimônio cultural), artístico, arqueológico, paisagístico, manifestações culturais, populares etc, ou seja, os bens representativos da cultura, da história e dos valores do povo;

Meio ambiente do trabalho, constituído pelo local onde se exercem atividades laborativas, o ambiente de labor. É o local de trabalho.

O direito ambiental também é denominado pela doutrina de direito ecológico ou direito do meio ambiente, as expressões são sinônimas. Esta disciplina é relativamente nova, já que até pouco tempo era vista como parte integrante do direito administrativo. Foi o advento da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente o grande responsável pela autonomia científica que o direito ambiental adquiriu.

Michael Prieur traz uma definição de direito ambiental que merece ser transcrita:

O direito do meio ambiente, constituído por um conjunto de regras jurídicas relativas à proteção da natureza e à luta contra as poluições. Ele se define, portanto, em primeiro lugar pelo seu objeto. Mas é um direito tendo uma finalidade, um objetivo: nosso ambiente está ameaçado, o Direito deve poder vir em seu socorro, imaginando sistemas de prevenção ou de reparação adaptados a uma melhor defesa contra as agressões da sociedade moderna. Então o direito do meio ambiente mais que a descrição de Direito existente é um direito portador de uma mensagem, um Direito do futuro e da antecipação, graças ao qual o homem e a natureza encontrarão

um relacionamento harmonioso e equilibrado. (apud MACHADO, 1998, p. 91).

Vários são os conceitos de direito ambiental na doutrina brasileira; um deles, bem didático, é trazido pelo autor Luís Paulo Sirvinskas, que conceitua direito ambiental como “ciência jurídica que estuda, analisa e discute as questões e os problemas ambientais e sua relação com o ser humano, tendo por finalidade a proteção do meio ambiente e a melhoria das condições de vida do planeta”. (2003, p. 27).

O direito ambiental é um dos ramos integrantes do Direito Público¹, já que cuida da boa qualidade do meio ambiente, objetivando resguardar a vida, saúde e dignidade da pessoa humana.

O direito ambiental é uma ciência dotada de autonomia científica, já que possui seus próprios princípios diretores, sendo regulamentado por leis esparsas, ou seja, não possui normas codificadas, um código próprio.

Tal ramo possui caráter interdisciplinar, guardando relação com vários outros ramos do direito, ou seja, guarda relação com o Direito Constitucional, já que disciplina normas fundamentais de proteção ambiental e possui vários interesses que são, em última análise, direitos humanos fundamentais; com o Direito Administrativo, devido às normas do poder de polícia e ao papel que desempenha o Poder Público, na defesa e proteção do meio ambiente; com o Direito Civil, principalmente no que diz respeito à responsabilidade civil na reparação do dano ambiental; com o processo civil; com o Direito Internacional, visto este trazer vários tratados cuidando do meio ambiente, elencar vários princípios de direito ambiental etc; com o direito penal e processual penal, como se observa na lei que trata de crimes ambientais. [Lei 9.605/98].

Este ramo do direito destina-se ao meio ambiente e sua proteção. Trata-se de um conjunto de regras jurídicas e técnicas, princípios e instrumentos jurídicos sistematizados para disciplinar as ações humanas e, assim, garantir que estes comportamentos não atentem contra o meio ambiente, ainda que minimamente, ou seja, regula todo comportamento que guarda relação com o meio ambiente, destinando-se a proteger o meio ambiente, a saúde humana, a vida humana, a qualidade de vida, etc.

O direito ambiental possui uma grande relação com o direito econômico, já que o grande desafio do direito ambiental é permitir o desenvolvimento econômico e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

¹ Segundo Maria Helena Diniz, na sua obra intitulada Compêndio de introdução à ciência do direito, “o Direito Público apresenta normas que regem as relações em que o sujeito é o Estado, tutelando os interesses gerais e visando o fim social, quer perante os membros da sociedade, quer perante outros Estados”. (2000, p. 254).

Visa, assim, a permitir o equilíbrio das relações homem – natureza e desenvolvimento – proteção ambiental, para que o homem minimize o máximo possível os efeitos degradantes da sua atuação sobre o meio ambiente.

O direito ambiental possui três esferas de atuação: administrativa, civil e penal, visando, primordialmente, a prevenir a ocorrência de danos, e somente quando isso não for mais possível é que buscará a reparação dos danos e a punição criminal, quando for o caso.

1.2 Tutela constitucional do meio ambiente

A Constituição Federal de 1988 foi inovadora ao tratar do meio ambiente, expressamente, em seu art. 225. Este artigo está situado no Capítulo VI, Título VII, destinado à Ordem Social. Ao fazer tal previsão de proteção ao meio ambiente, a Carta Magna resguardou a vida humana, sua dignidade e saúde das presentes e futuras gerações:

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

Analisando o referido artigo, podemos notar quatro partes: em uma primeira parte, observamos que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental da pessoa humana; uma segunda parte classifica o meio ambiente como bem de uso comum do povo (interesse difuso), uma terceira parte prescreve que o meio ambiente é essencial à sadia qualidade de vida, e uma quarta e última parte dispõe que o meio ambiente deve ser defendido e preservado pelo Poder Público e pela coletividade, para que as presentes e as futuras gerações dele possam usufruir.

A atual Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXXIII, situado no Capítulo I, Título II que trata ‘Dos direitos e garantias fundamentais’, também faz menção expressa ao meio ambiente, o que evidencia, ainda mais, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental do ser humano:

Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado

participe, à moralidade administrativa, **ao meio ambiente** e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento das custas judiciais e do ônus da sucumbência. (grifo nosso). (BRASIL, 1988)

A Constituição Federal de 1988 também trata a questão do meio ambiente em vários outros artigos, de forma explícita e implícita. A atual Constituição foi a primeira a tratar expressamente da questão ambiental. As Constituições anteriores não consagravam regras específicas sobre o meio ambiente, sendo que a de 1967 foi a única a fazer menção ao direito ambiental, mas apenas estabeleceu a competência para a União legislar sobre a proteção da água, das florestas, da caça e da pesca.

Referindo-se à Constituição Federal de 1988, José A. da Silva esclarece: “pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos”. (2002, p. 46).

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado tem como destinatário toda e qualquer pessoa humana, pertencentes tanto às gerações presentes quanto às futuras, já que o meio ambiente serve justamente à pessoa humana e é composto, em sua maioria, por recursos naturais esgotáveis.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito humano fundamental pertencente à terceira geração² dos direitos fundamentais³. Segundo a doutrina, a terceira dimensão enumera uma série de direitos e garantias da coletividade. Todos

² Cumpre observar que há doutrinadores que preferem o termo “dimensão” ao invés de “geração”, visto que “dimensão” passa uma idéia de partes passíveis de interação, ao contrário de geração que passa uma noção de períodos isolados.

Ocorre que tal discussão pode ser deixada de lado, pois é pacífico que a classificação em gerações ou dimensões leva em conta o momento histórico em que os direitos fundamentais foram sendo reconhecidos, ou seja, são as etapas de surgimento que acompanham a realidade que é dinâmica, assim, não há hierarquia entre as gerações, mas interação.

Percebe-se que cada dimensão inaugura um novo prisma de visualização de proteção da vida humana.

Uma nova dimensão não anula a anterior, mas se junta a esta, adicionando mais proteções aos direitos fundamentais, para adequar-se a realidade que é dinâmica.

Temos um rol de direitos aberto e progressivo e não fechado, pois o direito deve acompanhar a sociedade e conforme esta se desenvolve vai surgindo novos direitos que também devem receber regulamentação para dar continuidade a proteção da vida e da dignidade pelo ordenamento.

Dispõe Bobbio: “O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc”. (1992, p.18).

³ A terceira dimensão dos direitos fundamentais compreende os direitos de solidariedade e fraternidade, surge com a preocupação dos resultados da Segunda Guerra Mundial e dos ideais da Revolução francesa: igualdade, liberdade e fraternidade. O homem percebeu que vivia não só, em uma cidade, estado ou país, mas em um planeta e passou a ver a humanidade como um todo de desta forma, os direitos da terceira dimensão estão centrados na coletividade e não no homem individualmente. Como decorrência desse novo enfoque, ocorre o desenvolvimento de comunidades internacionais, surge, também, a proteção internacional dos direitos fundamentais. Podemos elencar, dentre outros o direito a paz, a autodeterminação dos povos, a solução pacífica dos conflitos, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao desenvolvimento, ou seja, inauguram-se os direitos transindividuais.

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

O ilustre doutrinador Paulo Bonavides explica os direitos fundamentais da terceira geração:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano, mesmo num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade correta. Os publicistas e os juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante do coroamento de uma evolução de trezentos anos dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade. (2001, p. 523)

Ensina o saudoso Norberto Bobbio que “ao lado dos direitos, que foram chamados de direitos da segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos da terceira geração [...]. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”. (1992, p. 6).

O reconhecimento do direito ambiental, como um direito humano fundamental, já foi feito pelos Tribunais de nosso país, conforme podemos observar pela transcrição do julgado do Supremo Tribunal Federal:

Meio ambiente — Direito à preservação de sua integridade (CF, ≤art. 225≥) — Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade — Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade — Necessidade de impedir que a transgressão a esse direito faça irromper, no seio da coletividade, conflitos intergeracionais — Espaços territoriais especialmente protegidos (CF, ≤art. 225≥, § 1º, III) — Alteração e supressão do regime jurídico a eles pertinente — Medidas sujeitas ao princípio constitucional da reserva de lei — Supressão de vegetação em área de preservação permanente — Possibilidade de a Administração Pública, cumpridas as exigências legais, autorizar, licenciar ou permitir obras e/ou atividades nos espaços territoriais protegidos, desde que respeitada, quanto a estes, a integridade dos atributos justificadores do regime de proteção especial — Relações entre economia (CF, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CF, ≤art. 225≥) — Colisão de direitos fundamentais — Critérios de superação desse estado de tensão entre valores constitucionais relevantes — Os direitos básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações (fases ou dimensões) de direitos (RTJ 164/158, 160-161) — A questão da precedência do direito à preservação do meio ambiente: uma limitação constitucional explícita à atividade econômica (CF, art. 170, VI) — Decisão não referendada — conseqüente indeferimento do pedido de medida cautelar. A preservação da integridade do meio ambiente: expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.540-MC, Tribunal Pleno. Requerente: Procurador-geral da República. Requerido: Presidente

da República. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01 set. 2005, DJ 03 fev. 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(3540.NUM E.%20OU%203540.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(3540.NUM E.%20OU%203540.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em 24 jan. 2008).

No plano internacional, o meio ambiente também é considerado como direito humano fundamental, haja visto os vários documentos internacionais elaborados com a preocupação de proteger o meio ambiente, bem universal, essencial ao ser humano, como por exemplo, a Declaração do Meio Ambiente de Estocolmo (1972), a Carta Mundial para a Natureza elaborada no seio da Assembléia das Nações Unidas, a Conferência internacional sobre proteção do Mar do Norte, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro no ano de 1992, também conhecida como ECO/92, o Tratado de Maastricht que introduziu a proteção ao meio ambiente como umas das tarefas fundamentais da União Européia, a Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima, a Convenção sobre Diversidade Biológica, dentre outros.

O direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser perseguido por todos, sociedade e Estado, na medida em que é imprescindível à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, vê-se que não é um direito ou interesse somente público ou somente privado, mas pertencente a toda coletividade. É bem de uso comum do povo, sendo, portanto, um direito difuso. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, em seu art. 81, parágrafo único, inciso I, estabelece um conceito legal para direitos difusos:

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 transindividuais⁴, de natureza indivisível⁵, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. (Brasil, 1990).

⁴ Direitos transindividuais são aqueles que transcendem o indivíduo, ultrapassam os direitos e obrigações individuais, assumindo dimensão coletiva. Os interesses transindividuais ficam entre o interesse público e o interesse privado, é intermediário, já que ultrapassam o interesse individual, mas não chegam a constituir interesse público. São titulares desse direito diversos indivíduos unidos entre si por uma circunstância fática ou por uma relação jurídica, algumas vezes esses titulares são determináveis e outras indetermináveis, mas mesmo que determináveis a identificação é dispensável.

⁵ O direito difuso tem natureza indivisível, pois tem como objeto um direito que pertence a todos, mas a ninguém de maneira específica, como por exemplo, o ar que respiramos, a camada de ozônio, etc.

É o direito que não pode ser repartido entre os seus titulares já que é compartilhado por um número indeterminável de pessoas. Os titulares dos direitos difusos são pessoas indeterminadas, mas que estão ligadas entre si por uma circunstância fática em comum. São pessoas indeterminadas visto que não há como saber quais são as pessoas individualmente afetadas. Essas pessoas indeterminadas estão ligadas entre si por um fato comum, sim não se trata de uma relação jurídica, mas sim, fática. No entanto, não se pode negar que essa circunstância fática dará origem a uma relação jurídica.

O mestre português José Eduardo de Oliveira Figueiredo Dias traz uma definição de direitos difusos:

“(...) aqueles interesses (em que normalmente se incluem, entre outros, os interesses relativos ao meio ambiente e os dos consumidores) que, encontrando-se ancorados numa categoria mais ou menos ampla de pessoas, não estão todavia subjectivados num ente representativo; e que, neste medida, apresentam natureza ‘híbrida’, pois se supõe uma certa ‘pessoalidade’ são indeterminados quanto aos seus titulares. Relativamente a esta categoria de interesses as dificuldades avolumam-se quando se pretende determinar se e em que termos são eles suscetíveis de conferir legitimidade a uma pessoa determinada para surgir em juízo a litigar sobre eles”. (1997, p. 147).

Direito de natureza indivisível é aquele que pertence a todos conjuntamente e concomitantemente, e nenhuma pessoa especificamente o possui. É o direito que não pode ser repartido entre os seus titulares, já que é compartilhado por um número indeterminável de pessoas. Os titulares dos direitos difusos são pessoas indeterminadas, mas que estão ligadas entre si por uma circunstância fática em comum. São pessoas indeterminadas, visto que não há como saber quais são as pessoas individualmente afetadas. Essas pessoas indeterminadas estão ligadas entre si por um fato comum; assim, não se trata de uma relação jurídica, mas sim, fática. No entanto, não se pode negar que essa circunstância fática dará origem a uma relação jurídica.

O meio ambiente é considerado um bem de uso comum do povo, é coisa comum de todos, já que todos são titulares desse direito, mas não pertence a ninguém individualmente, uma vez que é indivisível. Assim, conforme ensina Paulo de Bessa Antunes (2004, p. 24) o meio ambiente e os bens ambientais, estejam submetidos ao domínio público ou privado, são considerados interesse comum.

Neste sentido, José Afonso da Silva (2002, p. 84) ensina que existem elementos físicos do meio ambiente que são insuscetíveis de apropriação (como por exemplo a qualidade do ar), que não se enquadram como bens públicos ou particulares, constituindo uma nova modalidade de bens, “bens de interesse público, dotados de um regime jurídico especial, enquanto essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a um fim de interesse coletivo”.

1.3 Princípios ambientais constitucionais

O direito ambiental, por ser um ramo autônomo do direito, possui princípios que lhe são próprios. Neste estudo serão selecionados os que mais interessam ao tema da presente dissertação, quais sejam, o princípio da precaução, princípio da prevenção, princípio do poluidor pagador e princípio do desenvolvimento sustentável.

Os princípios norteiam todo o ordenamento jurídico, desde o momento da elaboração de uma norma até a sua interpretação para ser aplicada ao caso concreto.

Os princípios ambientais são o alicerce do direito ambiental, visam a proteger o meio ambiente. Encontram-se no ordenamento jurídico com a função de facilitar o entendimento da matéria, orientar a atividade legislativa e a dos poderes públicos na implementação de políticas ambientais, harmonizando as normas do ordenamento ambiental, direcionando a interpretação, aplicação e autonomia do direito ambiental.

O brilhante autor Ronald Dworkin, ao escrever a respeito dos princípios, ensina que:

Llamo 'principio' a um estándar que ha de ser obdervado, no porque favorezca o asegure uma situación econômica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de La moralidad. (1999, p.72).

Princípio, nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, é:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que confere tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (1996, p. 545-6)

Importante assinalar que o direito ambiental, por meio de seus princípios diretores visa, primordialmente, a prevenir para que o dano ambiental não ocorra, já que o dano ao meio ambiente é irreparável ou de difícil reparação. O dano ambiental, em uma

análise simples, é a lesão aos recursos ambientais, que segundo a Lei nº 6.938/81, no art. 3º, V, são a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora, com conseqüente degradação do equilíbrio ecológico. Quando ocorre um dano ambiental, afeta-se o direito de usufruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo.

A doutrina apresenta as características do dano ambiental. São elas:

a) Invisibilidade: Muitas das vezes os danos e riscos ambientais são invisíveis, no sentido de não serem perceptíveis aos sentidos humanos (visão, olfato, tato, audição e gustação), por isso a importância de avaliar e controlar, no que for possível, as conseqüências futuras das atividades humanas, o que nada mais significa do que prevenir. (CARVALHO, 2007, p. 65);

b) Difícil comprovação: Esta característica decorre da anterior, já que sendo o dano ambiental invisível, na maioria das vezes, a comprovação do dano ecológico depende de perícias complexas e de custo elevado, sem levar em conta a disparidade que comumente há entre agressor e agredido. O exame da jurisprudência evidencia que a dificuldade é provar a ocorrência do dano;

c) Pulverização das vítimas: o dano ambiental afeta várias pessoas, já que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações (transtemporal) é um direito transindividual. Além disso, o dano ambiental pode afetar pessoas individualmente consideradas. A Lei nº 6.938/81 prevê expressamente duas modalidades de dano (art. 14, § 1º): o dano ambiental público e o dano ambiental privado. No primeiro caso, a indenização, quando reclamada, destina-se a um fundo (Lei nº 7.347/85, art. 13) para a reconstituição dos bens lesados. No segundo, a indenização destina-se a recompor o patrimônio da(s) vítima(s);

d) Difícil reparação (irreversibilidade): os danos ambientais ou ecológicos são irreparáveis, na quase totalidade dos casos e quando possível a reparação, esta envolve altos custos e muito dispêndio de tempo e, ainda assim, dificilmente é atingido o *status quo ante* (estado anterior à ocorrência do dano). Diante disso, na grande maioria dos casos de dano ambiental, a reparação ao *status quo ante* é quase impossível, e a mera reparação pecuniária é sempre insuficiente e incapaz de recompor o dano. A degradação, como regra, é irreparável daí concluir-se facilmente que a melhor solução é a prevenção, ou seja, evitar que o dano venha a ocorrer. Cabe salientar que a reparação do dano ambiental deve, sempre que possível, ser feita mediante reparação específica e relacionada ao dano em si, ou seja, somente em caráter secundário aparece a obrigação pecuniária como sucedâneo de

reparação específica. A reparação deve ser a mais abrangente possível, compreendendo danos patrimoniais, não patrimoniais, dano emergente e lucros cessantes, sem prejuízo de outras parcelas relativamente a outros eventuais danos. Percebe-se que é quase impossível obter um resultado satisfatório na reparação do dano ecológico;

e) Difícil valorização: como já visto, o dano ambiental é de difícil comprovação e de difícil reparação, o que desencadeia a dificuldade de definir qual o valor suficiente para repará-lo. Há dificuldade em se estabelecerem parâmetros econômicos de reparação, sendo que nem sempre é possível fazer o cálculo do dano ao ambiente. Além dos danos de ordem material, há os danos de ordem moral⁶, individuais e coletivos.

Diante do exposto sobre o dano ambiental, e após a análise dos princípios ambientais selecionados para estarem nesta pesquisa ficará evidente que o melhor, se não o único caminho, é a prevenção (em sentido amplo); assim, tudo deve ser feito a fim de se prevenir para que o dano ambiental não venha a ser concretizado.

Antes de se estudar cada um dos princípios, será feita uma breve análise da diferença entre princípios e regras, pois de nada adianta falar sobre os princípios selecionados se não se conhecer o que os princípios, de maneira geral, representam no ordenamento jurídico.

1.3.1 Diferença entre princípios e regras

As doutrinas mais antigas negavam juridicidade aos princípios, expondo que eram apenas preceitos de ordem moral ou política. Com o tempo, surgiu um movimento para se reconhecer a juridicidade dos princípios e esse caráter é, atualmente, pacífico. Assim, os princípios passam a ter que ser observados e obedecidos.

Segundo ensina Paulo Bonavides (2000, p. 529), os princípios não passavam de mera fonte secundária do Direito; contudo, após chegarem aos códigos, materializando-se em regras por eles informadas e em sua essência constituídas como positivação daqueles, os princípios deram um verdadeiro salto qualitativo e acabaram aportando nas Constituições, aumentando, significativamente, sua importância e prestígio.

⁶ com o advento da Lei nº 8.884/94, art. 88, permite-se cobrar danos morais ambientais.

Para alguns autores, como Walter Claudius Rothenburg (2000, p. 15-6), as regras e os princípios são espécies de norma. Ambos prescrevem o dever-ser. Há diferenças entre as regras e os princípios, conforme passaremos analisar.

As regras possuem conteúdo específico, incidindo sobre diversas situações do mesmo tipo, enquanto que os princípios são aplicados a situações de vários tipos. Neste sentido são as lições de Eros R. Grau, baseando-se em Ronald Dworkin e Boulanger:

(...) a regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos. Não obstante ela é especial na medida em que não regula senão tais atos ou tais fatos; é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada. Já o princípio, ao contrário é geral porque compota uma série indefinida de aplicações (1990, p. 112).

Os princípios são superiores às demais regras, pois são eles que orientam toda atividade legislativa e a interpretação das normas para aplicação ao caso concreto. São eles que dão ao ordenamento jurídico a idéia de sistema integrado. São as fontes primárias do direito e orientam a ordem jurídica, ou seja, são normas de base, tanto é assim que impedem uma norma contrária a algum deles de ser legítima. Expressam os valores mais caros à sociedade e possuem um elevado grau de abstração, ou seja, baixa densidade semântica, vagueza, além de serem genéricos, sendo que todas essas características possibilitam a sua aplicação a vários tipos de situações. Fixam diretrizes para serem seguidas pelas regras; assim, os princípios acabam por gerar vários direitos e regras.

Walter Claudius Rothenburg (1999, p. 18) leciona que:

Os princípios são dotados de *vagueza*, no sentido de uma enunciação larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se de expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos jurídicos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam *determináveis em concreto*.

A colisão entre dois ou mais princípios não deve fazer com que só um seja aplicado, mas todos devem ser aplicados de maneira que se compatibilizem, integrem, daí o caráter relativo dos princípios, ou seja, a aplicação de um não exclui o outro, incidindo o critério da proporcionalidade. É diferente do que acontece com as regras, pois no conflito de

regras apenas uma será aplicada ao caso em concreto, resolvendo-se a aplicação pelo critério da especialidade e anterioridade, ou seja, uma regra é ou não aplicada,

Sobre o tema vale trazer a ponto a preleção de Ronald Dworkin, quando afirma que os princípios possuem a dimensão de peso e de importância, o que falta às normas (regras), ou seja, quando os princípios se interferem deve-se levar em conta o peso relativo de cada um para resolver o aparente conflito, de acordo com o caso concreto. Diferentemente ocorre com as regras, já que quando estão em conflito diante do caso em concreto, uma delas não pode ser válida, ou aplica-se uma ou outra. (1999, p. 77-8)

Perfilhando esse entendimento, Marcio Sotelo Felipe (1996, p.71) ensina que os princípios e as regras se distinguem, primeiramente, pelo ângulo lógico, já que as normas são disjuntivas, ou são aplicadas ou não, como por exemplo, as regras de um jogo; o princípio, por sua vez, enuncia uma razão que aponta em uma só direção, mas não exige uma decisão em particular; os princípios, ao contrário das regras, possuem decisão de peso ou importância, ou seja, são relativizados.

O ilustre doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 1125) assegurou que os princípios são qualitativamente distintos das regras, apontando diversos aspectos dessa distinção, dentre eles destaca que: A) Uma regra é ou não cumprida, enquanto um princípio possui vários graus de concretização, variando em razão de condicionalismos fáticos e jurídicos; B) Os princípios podem coexistir, apesar de serem aparentemente antinômicos, já as regras em conflito excluem-se. Aqueles permitem "balanceamento de valores e interesses", as regras exigem o tudo ou nada; C) Os princípios podem envolver problemas de validade e de peso, as regras só enfrentam questão de validade.

Outra diferença é que os princípios podem ser implícitos ou explícitos e as regras apenas explícitas. Os princípios podem ser implícitos, por exemplo, quando decorrem da interpretação do sistema jurídico. Como pontifica Robert Alexy, os princípios não necessitam ser estabelecidos explicitamente, também podem ser derivados de uma tradição de normas detalhadas e de decisões judiciais que, para o geral, são expressões de concepções difundidas acerca de como deve ser o direito. (1993, p. 104).

Sistematizando, José Joaquim Gomes Canotilho (2000, p. 1124-1125), apresenta diversos critérios para distinguir as regras dos princípios, tendo como base, também, idéias de outros juristas, como, Ronald Dworking, Esser, Guastini e Karl Larenz, conforme transcrito abaixo:

O "**grau de abstração**": os princípios apresentam elevado grau de abstração enquanto as regras têm reduzida abstração;

O "**grau de determinabilidade**": nos casos concretos, os princípios necessitam de mediação do legislador ou do juiz para serem concretizados, já que são vagos e indeterminados, as regras, por sua vez, são suscetíveis de aplicação direta;

O "**carácter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito**": os princípios, devido a sua posição hierárquica no sistema das fontes de direito ou devido a sua importância estruturante dentro do sistema jurídico podem ser normas de natureza ou terem papel fundamental no ordenamento jurídico.

A '**proximidade**' "**da idéia de direito**": os princípios seriam 'standards' que (Dworkin) estariam radicados nas exigências da 'justiça', ou (Larenz), na 'idéia de direito', enquanto as regras poderiam apresentar conteúdo "meramente funcional";

A "**natureza normogénica**": os princípios situam-se como fundamento para as regras, sendo normas que estão na base ou que constituem a *ratio* de regras jurídicas.

Os princípios são dotados de força normativa e imperatividade, são indispensáveis à ordem jurídica, já que orientam a atividade legislativa e a atividade jurisdicional.

1.3.2 Princípio da precaução

Em nosso ordenamento jurídico o princípio da precaução tem fundamento no art. 4º, incisos I e IV da Lei de Política Nacional do Meio ambiente (Lei 6.938/81), no art. 225, § 1º, inciso I da Constituição Federal e nos art. 54, § 3º da Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), dentre outros institutos legais.

O princípio da precaução também é reconhecido no plano internacional. Vários documentos internacionais fazem referência ao princípio em apreço, por exemplo, no ano de 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, também conhecida como ECO/92, adotou o princípio da precaução, em sua declaração de princípios, através do Princípio 15:

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.

O princípio da precaução corresponde à essência do direito ambiental, já que este busca, principalmente, evitar e prevenir o dano, e só se isto não for mais possível e o dano vier a ocorrer é que se busca a reparação do mesmo.

O princípio em estudo visa, justamente, evitar o dano ambiental, por meio da adoção das medidas necessárias por antecipação, mesmo sem certeza de que estes danos venham efetivamente a ocorrer, visto que os danos ambientais são, na maioria das vezes, irreparáveis e irreversíveis, e quando são reparáveis os custos para voltar ao estado natural anterior é muito alto, demorado e raramente se consegue atingir o *status quo ante*.

Segundo a doutrina, o princípio da precaução comporta dois pressupostos. O primeiro pressuposto é a possibilidade de que condutas humanas causem danos ambientais vinculados a situações catastróficas que podem afetar um conjunto de seres vivos. E o segundo é a falta de evidência científica, ou seja, a incerteza a respeito da existência e mensurabilidade do dano temido. Verifica-se esta incerteza na relação de causalidade entre a conduta e suas consequências e, principalmente, quanto à existência do dano e quanto à medida do dano ou do risco. (HAMMERSCHMIDT, 2003, p. 145).

A precaução impõe-se diante de um risco não mensurável, não avaliável pela ciência e, diante desta impossibilidade de avaliar as consequências de determinada conduta humana surge a incerteza, a dúvida. Agir sem levar em consideração tal incerteza sobre os danos ambientais pode resultar em danos irreversíveis ao meio ambiente e, conseqüentemente, um sofrimento ao ser humano.

Todos (sociedade, empresas e Estado) têm o dever de não causar danos ao meio ambiente quando estes podem ser evitados.

O que pode ser observado é que, de acordo com o princípio da precaução, sempre que houver risco da ocorrência de dano grave ou irreversível, a falta de evidência científica absoluta não deverá ser utilizada como motivo para adiar a adoção de medidas eficazes para impedir a degradação do meio ambiente.

Dessa forma, diante de um resultado imprevisível, ou seja, do risco de que o dano possa ser grave ou irreparável, cria-se um dever de prudência, de modo que a incerteza não exonera ninguém de responsabilidade.

O princípio da precaução surge frente a situações de risco com as seguintes características: contexto de incerteza; eventualidade de danos graves e irreversíveis. (CAPOBIANCO, 2001, p. 193).

Através do princípio da precaução reconhece-se que o meio ambiente é vulnerável, que a ciência possui limitações na previsão dos efeitos dos danos ambientais, reconhecendo-se, também, a existência de medidas menos poluentes.

Pode-se perceber com isto, que o princípio da precaução baseia-se na necessidade de atuação ante a falta de evidência científica, devendo prevalecer os interesses sociais coletivos, como por exemplo, a saúde humana, a proteção ao meio ambiente, a segurança e a vida, que estão em jogo com essa falta de certeza científica, e não outros interesses como o econômico e o político, que erroneamente tendem a prevalecer.

Tal princípio apresenta dois fundamentos, um político e o outro objetivo. O fundamento objetivo significa que esse princípio está vinculado diretamente à evolução científica, que nos dirá quais as medidas necessárias de precaução e o tempo de duração das mesmas; enquanto permanecer a falta de evidência científica, as medidas terão que ser observadas. O fundamento político significa que não se deve tomar uma decisão para permitir que a sociedade suporte o potencial de perigo; assim, há que se considerar o princípio da precaução para a tomada de decisão quando há incerteza. (HAMMERSCHMIDT, 2003, p. 146).

Portanto, o princípio da precaução atua como juízo de cautela, de cuidados antecipados quando há dúvida e controvérsia científica quanto ao perigo ambiental indesejável e nocivo, que pode vir a ocorrer. É uma proteção contra o risco, contra o perigo, e enquanto não houver informações científicas certas, haverá a proteção. Desta forma, o princípio vem gerir esse lapso temporal em que faltam informações ou estas são incertas; assim, afastar-se-á o perigo e assegurar-se-á a sustentabilidade ambiental das atividades humanas (desenvolvimento sustentável) para as presentes e futuras gerações, evitando-se efeitos indesejáveis.

Há crítica ao princípio da precaução, a qual diz que esse princípio é uma moratória indeterminada no tempo ou uma interdição de realizar um projeto ou lançar um produto no mercado, ou seja, segundo os críticos, o princípio da precaução é uma inação, que contraria a idéia de progresso. Tal crítica não é acertada, pois como bem acentua Denise Hammerschmidt “toda tarefa humana implica na assunção de riscos. O risco zero é uma utopia. Porém, ele não pode condicionar a aceitação passiva dos riscos (...) existem muitos matices e muitas variáveis que definitivamente devem levar a uma seleção dos riscos”. (2003, p.152). A aplicação do princípio da precaução não induz à paralisação, mas sim a continuar agindo com medidas de precaução, de proteção ao meio ambiente; mas, se a obrigação de

implementar as medidas de proteção não for cumprida, mesmo com a imposição de multas, a sanção será a de paralisar a atividade potencialmente danosa.

Hoje, para agir, devem-se levar em conta os riscos e a adoção de medidas para gerir tal risco, mesmo que incertos. É indispensável que as decisões a serem tomadas sejam direcionadas para o futuro, a fim de que o meio ambiente seja seguro e durável e, conseqüentemente, fique garantida a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

Na dúvida, deve prevalecer o que for mais favorável ao meio ambiente. (in dubio pro natura).

Como bem lembra Rodrigo Fernandes More:

Finalmente quanto ao princípio da precaução, sua interpretação e aplicação não deve ser levada ao extremo de impedir o desenvolvimento econômico. Entendemos que o princípio representa o ponto de equilíbrio entre o desejo de preservação da Vida (um valor moral) e o desejo de desenvolvimento (valor econômico). Mas como estes valores não são, de fato, ponderáveis de forma isolada, senão numa base filosófica, a aplicação do princípio deve seguir parâmetros de razoabilidade. A interpretação que emprestamos ao princípio, sem que sua aplicação represente um entrave ao desenvolvimento econômico, ou que sua negativa provoque os chamados efeitos deletérios à saúde humana e do meio ambiente, é uma interpretação que se pauta por uma política antecipatória que cuide de determinar regras de desenvolvimento já com vistas à conservação do meio ambiente. (2002).

Importante destacar que o princípio em estudo propõe o uso de tecnologias que contribuam para a manutenção do equilíbrio ecológico sem prejudicar o desenvolvimento nem renunciar aos benefícios por ele trazidos.

Como foi analisado, o princípio da precaução enfrenta situações onde há implementação de novas técnicas, produtos ou atividades – o que envolve valores expressivos, sob o ponto de vista econômico, político e científico – que podem ocasionar danos indesejáveis, seja porque graves ou irreversíveis ao meio ambiente.

A aplicação deste princípio pode implicar, se caracterizada tal situação de risco e a não implementação de medidas de proteção ambientais, no impedimento ou paralisação de tais condutas em prol do meio ambiente, e aqui se encontra o grande obstáculo, pois é difícil concorrer com o dinheiro, já que o fim dessas condutas é a obtenção de lucro. Deve ser lembrado que a sociedade tem sido prejudicada quando os empreendedores não levam em conta a variante da qualidade ambiental, haja visto as inúmeras catástrofes já ocorridas.

É para que os danos não mais coloquem em risco a saúde, o futuro e a vida do ser humano que o interesse ambiental deve prevalecer sobre os outros e ser um limite a tais interesses, sem que isso gere estagnação econômica. A dificuldade reside em ponderar

interesses tão antagônicos, mas é certo que a atividade econômica deve exercer sua função social.

1.3.3 Princípio da prevenção

O princípio da prevenção é, também, um importante princípio ambiental, pois também visa a prevenir a ocorrência de danos ambientais. É aplicado quando é certo que determinada ação humana é causadora de dano ao meio ambiente e se sabe, com certeza, quais conseqüências lesivas podem ser causadas ao ambiente; diante dessas certezas, são estabelecidas medidas para, primeiramente, evitar o dano ou dirimir os impactos a níveis suportáveis pelo meio ambiente e pelo ser humano. Alguns exemplos dessas medidas de prevenção são: instalação de filtros nas chaminés de indústrias, fazer com que a água utilizada para resfriar máquinas industriais volte a sua origem na mesma temperatura em que foi recolhida, visto saber-se que se a água voltar com um grau a mais já comprometerá todo ecossistema do local de origem.

O princípio da prevenção está exposto na Lei 6.938/81, lei instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente, que, em seu art. 2º, prevê:

A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Prevenir, para o direito ambiental, é a melhor alternativa, como já dito quanto ao princípio da precaução, pois os danos ambientais são, na maioria das vezes irreparáveis e irreversíveis, os recursos naturais são esgotáveis e raramente será possível atingir o *status quo ante*; quando isso é possível, envolve altos custos e alto dispêndio de tempo.

Ramón Martín Mateo (apud MILARÉ, 2004, p. 143-6) afirma que os objetivos do Direito Ambiental são fundamentalmente preventivos, já que sua atenção está voltada para o momento anterior à consumação do dano diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta, e, quando possível, excessivamente onerosa; assim, a prevenção é a melhor, quando não, a única solução.

Como ensina Celso A. Pacheco Fiorillo (2004, p. 36-7) “Diante da impotência do sistema jurídico, incapaz de restabelecer, em igualdades de condições, uma situação idêntica à anterior, adota-se o princípio da prevenção do dano ao meio ambiente como sustentáculo do direito ambiental, consubstanciando-se como seu objetivo fundamental”.

A aplicabilidade do princípio da prevenção está atrelada ao estudo prévio de impacto ambiental (EIA), já que ambos baseiam sua concepção na preservação do meio ambiente. Somente a partir de uma avaliação profunda e detalhada do impacto que algo pode trazer ao meio ambiente é que se sabe a melhor maneira de evitar tal situação, ou seja, sabendo-se quais os danos e riscos que algo pode produzir é que se sabe quais as medidas de prevenção que devem ser tomadas, assim, é com a avaliação do dano ambiental que se define a instituição de ações positivas ou negativas para se ter garantia e mecanismos de proteção ambiental.

Paulo de Bessa Antunes expõe em sua obra, intitulada *Direito Ambiental*, o seguinte:

O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos que tenham uma história de informações sobre eles. É o princípio da prevenção que informa tanto o licenciamento ambiental como os próprios estudos de impacto ambiental. Tanto um como outro são realizados sobre a base de conhecimentos já adquiridos sobre uma intervenção no ambiente. (2004, p. 37).

Cabe ressaltar que o estudo de impacto ambiental é um importante instrumento de realização do princípio da prevenção; e além deste, outros podem ser ressaltados, como o relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar (*RAP*), diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco, etc.

No dizer de Paulo A. L. Machado “sem informação organizada e sem pesquisa não há prevenção” (2003, p. 73).

O doutrinador Celso A. Pacheco Fiorillo ressalta que:

A efetiva prevenção do dano deve-se também ao papel exercido pelo Estado na punição correta do poluidor, pois, dessa forma, ela passa a ser um estimulante negativo contra a prática de agressões ao meio ambiente. Não se deve perder de vista ainda que incentivos fiscais conferidos às atividades que atuem em parceria com o meio ambiente, bem como maiores benefícios às que utilizem tecnologias limpas também são instrumentos a serem explorados na efetivação do princípio da prevenção. (2004, p. 37)

Do transcrito, podemos notar que, primeiramente, o ordenamento jurídico ambiental visa a prevenir; se isto não ocorrer o poluidor será responsabilizado para que não mais incorra em práticas abusivas ao meio ambiente; sua responsabilização tem que ser exemplo, para que a infração não mais ocorra; além disso, o Estado deve incentivar a proteção ambiental. O princípio da prevenção impõe o dever jurídico de evitar-se a consumação de danos ao meio ambiente.

O ilustre doutrinador ambiental Paulo A. Leme Machado (2003, p. 74) faz uma consideração importante quanto ao princípio em tela, que merece ser transcrita: “A prevenção não é estática; e, assim, tem-se que atualizar e fazer reavaliações, para poder influenciar a formulação das novas políticas ambientais, das ações dos empreendedores e das atividades da Administração pública, dos legisladores e do judiciário”.

O caminho mais efetivo e necessário para que o meio ambiente realmente seja protegido para as presentes e futuras gerações é a formação da consciência ecológica através da educação ambiental⁷. É desde criança que as pessoas têm que aprender a fechar a torneira ao escovar os dentes, separar o lixo reciclável etc, para que quando adultos saibam intervir de maneira não degradante no meio ambiente, bem imprescindível a qualquer espécie de vida.

1.3.4 Diferenças e semelhanças entre o princípio da precaução e o princípio da prevenção

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 225, *caput*, ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, acolheu ambos os princípios, pois faz referência à preservação em sentido amplo, permitindo todas as formas de preservação ambiental, seja por meio do princípio da precaução (aplicado a impactos desconhecidos), seja por meio do princípio da prevenção (aplicado a impactos conhecidos).

Há divergência sobre a diferenciação desses dois princípios. Para alguns autores, como Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Adriana Diaféria (1999, p.34-35), não há

⁷ FIORILLO (2004, p. 37), compartilhando deste entendimento, expõe que “A prevenção e a preservação devem ser concretizadas por meio de uma *consciência ecológica*, a qual deve ser desenvolvida através de uma política de educação ambiental”.

diferença entre os dois, sendo sinônimos, já que ora chamam o princípio como da prevenção ora como da precaução. Paulo de Bessa Antunes (2004, p. 35), em sua nova obra, trata do princípio da precaução e do princípio da prevenção, admitindo que são princípios distintos.

Assim, há os autores que diferenciam tais princípios, cabendo destacar que esta é a posição majoritária atualmente. Na verdade, trata-se de dois princípios ambientais diferentes; o que possuem em comum é o objetivo de preservar o meio ambiente.

Enquanto a precaução enfrenta situações de incerteza de existência de um risco de dano imprevisível e irreparável, a prevenção lida com situações de certeza de ocorrência de dano que a ciência pode mensurar e objetivar.

Na prevenção, o risco é concreto; sabe-se que determinada atividade é degradadora e qual a dimensão de tal degradação; assim, diante das informações, tomam-se as medidas de prevenção para que o dano indesejável não venha a ocorrer.

Na precaução, o risco é abstrato, o que se sabe é que uma atividade pode ser degradadora, tem potencial para ser perigosa e vir a causar dano imensurável.

Assim, na prevenção o perigo é certo, protege-se contra esse perigo certo e na precaução o perigo é potencial, protege-se contra o simples risco.

Pelo princípio da precaução, devem-se evitar os riscos ambientais, mesmo diante de controvérsias científicas. Essa incerteza científica impede que seja aplicado o princípio da prevenção, já que há risco de danos não avaliáveis, não mensuráveis, e o que será aplicado são medidas de precaução, no sentido de que também vai se prevenir o risco de dano, mesmo que incerto, ou seja, a dúvida sugere cuidados antecipados para que o dano indesejável não ocorra.

O princípio da prevenção é aplicado quando se podem prever os efeitos causados por uma determinada atividade considerada perigosa ao meio ambiente e, diante disto previnem-se esses efeitos negativos. Assim, atua-se quando há certeza científica de que a atividade trará problemas que podem ser previstos, definindo-se, assim, as medidas necessárias para evitá-los.

O princípio da precaução veio reforçar o da prevenção, pois quando se tem certeza da existência e mensurabilidade do dano, aplica-se o princípio da prevenção, e quando há dúvida ,aplica-se o da precaução. Com o princípio da precaução as situações de incerteza também são protegidas pelo direito ambiental, não havendo mais esta lacuna para se deixar sem cuidado o meio ambiente diante de situações de risco.

Nesta linha de entendimento Paulo Affonso Leme Machado (2000, p. 62-64) afirma:

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

Cabe aqui observar que a Constituição Federal e algumas leis utilizam as expressões ‘prevenção’ e precaução indiscriminadamente, quase como se fossem sinônimas, mas, não são.

A finalidade preservacionista do direito ambiental, expressada principalmente pelos princípios da precaução e da prevenção trazem como consequência no processo civil ambiental, dentre outras, a maior utilização de tutelas preventivas, decisões pautadas em probabilidades e não em certeza, como a regra, e a inversão do ônus da prova. Esta última consequência é tema que será estudado com mais atenção no decorrer da pesquisa, por ser o tema central do presente trabalho científico.

1.3.5 Princípio do desenvolvimento sustentável

A terminologia “desenvolvimento sustentável” surgiu em 1972, quando da realização da Conferência Mundial do Meio Ambiente, em Estocolmo. A utilização da expressão tornou-se mais freqüente após a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro no ano de 1992, conhecida como Rio-92 ou Eco-92 (FIORILLO, 2004, p. 24). Nessa Conferência, foi elaborada a Agenda 21, instrumento diretriz do desenvolvimento sustentável, sendo que o termo “desenvolvimento sustentável” aparece em onze de seus vinte e sete princípios.

O princípio do desenvolvimento sustentável está previsto no art. 225, “caput”, CF: “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 para as presentes e futuras gerações”.

O princípio em tela surgiu diante da preocupação com os recursos naturais, já que esses são esgotáveis e as atividades econômicas devem se desenvolver levando tal

verdade em consideração, buscando assim harmonia entre a economia e o meio ambiente, para que estes coexistam. O desenvolvimento deve se dar de forma planejada para que os recursos existentes não se esgotem ou tornem-se irrisórios e conseqüentemente prejudiquem futuras gerações. Por este princípio, pode-se e deve-se estruturar políticas de desenvolvimento para melhor utilização dos recursos naturais.

Existe uma relação muito estreita entre o meio ambiente e a economia, apesar de parecerem antagônicos em uma visão superficial e simplista, visto que a maioria das atividades produtivas, se não todas, necessitam de algum recurso natural, seja renovável ou não renovável. Diante disto, é preciso usar tais recursos racionalmente para que o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado seja preservado. Assim, é preciso conciliar economia e equilíbrio do meio ambiente.

Há dois valores que devem ser compatibilizados: o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente. Neste sentido, o ilustre doutrinador José Afonso da Silva escreve que a conciliação dos dois valores consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais dentro de limites que satisfaçam as necessidades do bem-estar das presentes e futuras gerações, e prossegue afirmando que “se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado de sustentável”. (2002, p. 26-7). Assim, deve haver equilíbrio entre o desenvolvimento e a utilização dos recursos naturais, para que estes sejam utilizados racionalmente.

Sábias a palavras de Enio Moraes da Silva (2003, p. 108): “Atualmente, não se pode admitir a prevalência da atividade econômica sobre valores mais caros à sociedade, como por exemplo, o meio ambiente. A liberdade da primeira deve encontrar seus limites na preservação do último”.

Deve ser lembrado que a sociedade é prejudicada quando os empreendedores não levam em conta a variante da qualidade ambiental, haja vista as inúmeras catástrofes já ocorridas. Cabe ressaltar, também, que a Constituição Federal repudia o desenvolvimento econômico que sacrifica o meio ambiente, e sem o uso adequado dos recursos naturais não será possível o desenvolvimento econômico.

Fica claro do exposto que este princípio não visa impedir o desenvolvimento, mas permitir que tal desenvolvimento se dê racionalmente e de forma planejada, para que os recursos hoje existentes não se esgotem ou tornem-se inócuos para as futuras gerações e para que sejam minimizadas as degradações ambientais resultantes das atividades econômicas; assim; a todos assegurar-se-á a existência digna, por isso a política

econômica e a ambiental devem ser pensadas e estruturadas juntas, pois, a proteção ambiental é parte integrante do processo de desenvolvimento.

1.3.5.1 Desenvolvimento econômico e preservação ambiental

A preocupação com a preservação ambiental é recente, visto ter-se iniciado em meados dos anos oitenta. Antes disso, as atividades eram desenvolvidas sem qualquer indagação sobre a qualidade ambiental e os recursos naturais, como se estes fossem ilimitados. As conseqüências foram danosas e fundamentadas como necessárias ao desenvolvimento.

A constituição Federal de 1988, preocupada com tal situação, tratou do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no art. 225, e no art. 170 tratou da ordem econômica e estabeleceu como princípio a defesa do meio ambiente.

O artigo 170 da Constituição da República estabelece a defesa do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, conforme podemos observar no inciso VI e parágrafo único respectivamente:

Art. 170 a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
VI – defesa do meio ambiente [...]. (BRASIL, 1988).

Percebe-se, estudando mais a fundo, serem normas que devem andar lado a lado, afinal a preservação é um princípio e como tal orienta o ordenamento jurídico, não o contrariando, mas harmonizando-se com ele.

A relação é tão estreita que atualmente se fala em direito ambiental econômico ou ecológico como sendo “o estudo de aspectos do meio ambiente que estão diretamente correlacionados com a sua utilização para fins econômicos”. (TAVARES, 2006, p. 190).

Há extrema dependência entre os recursos naturais e a atividade de produção; podemos dizer que o interesse econômico e ambiental são indissociáveis. Assim, os princípios ambientais e os princípios da ordem econômica só entrarão em contradição se a visão for simplista, já que podemos notar que são aspectos de uma mesma realidade e

interdependentes. Entre os princípios podemos alcançar um equilíbrio para a interpretação e aplicação de modo que um não inviabilize o outro.

Desta forma, as políticas econômicas e ambientais devem ser pensadas juntas já que o fator natureza é fator base da produção econômica, ou seja, o meio ambiente é indissociável da produção econômica.

A sociedade, o Estado e todos os demais setores têm responsabilidade de proteger o meio ambiente, conforme estabelece o art. 225 da Constituição Federal, a vida, a dignidade da pessoa humana e a continuidade da atividade econômica.

Os princípios constitucionais da ordem econômica relacionados com o tema em estudo são o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência. O princípio da livre iniciativa significa liberdade no desenvolvimento da empresa como também do trabalho, seja coletivo ou individual. O princípio da livre concorrência informa que o modo de produção é o capitalista, tutelando o direito do consumidor, já que estabelece a competitividade e é através desta que se consegue um preço menor, melhor dizendo, é a lei da oferta e da procura. Tal direito de concorrência é balizado pela igualdade de oportunidade entre os concorrentes, garantida pela legislação antitruste.

Ambos os princípios se complementam, consagram o capitalismo e são indispensáveis para o funcionamento do sistema capitalista. Os princípios ambientais e econômicos abordados compartilham de uma mesma finalidade: a dignidade da pessoa humana.

É imprescindível a conciliação entre economia e meio ambiente, devido à interdependência que há entre ambos. É preciso admitir que apesar da relação estreita que há, a conciliação não é tarefa das mais fáceis, a sociedade possui diferentes interesses e valores distintos, como por exemplo, o interesse econômico e o interesse ambiental; é preciso achar o equilíbrio entre tais interesses.

Um meio ambiente saudável é imprescindível à vida humana e para a dignidade da vida humana e o homem, por mais evoluído que seja, nunca controlará a natureza, tendo que a ela adequar-se, pois o contrário é impossível. O desenvolvimento econômico também tem como objetivo maior a dignidade da pessoa humana.

É necessário reconhecer que há muitas dificuldades na adoção e efetivação da preservação ambiental em uma sociedade onde a “cultura do risco” (suportar ao invés de prevenir) contamina o setor econômico, quando tal setor deveria adequar-se à realidade ambiental. Nenhum dos direitos, seja o de um meio ambiente ecologicamente equilibrado,

seja o de liberdade e atividade econômica e o de livre iniciativa, podem ser levados ao extremo, inviabilizando a efetividade de um ou de outro.

A lei 6.938/81, que trata de Política Nacional do Meio Ambiente estabelece em seu art. 4º, inciso I que aquela política visará a compatibilizar o desenvolvimento econômico-social e a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico.

Toda interpretação deve visar à compatibilização dos princípios ambientais e econômicos, já que o ordenamento jurídico é composto por um conjunto de normas que interagem; a interpretação deve ser sistemática e se pautar na proporcionalidade.

1.3.6 Princípio do poluidor-pagador ou usuário-pagador

O princípio do poluidor-pagador vem previsto no art. 225, parágrafo 3º, CF: “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”.

O art. 4º, VII, e 14 da Lei 6.938/81 também dispõem a respeito do princípio ora em estudo:

Artigo 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

(...)

VI - à preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, correndo para manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida;

VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos. (BRASIL, 1981).

Este princípio pode dar a falsa idéia de que se se pagar pode-se poluir, ou seja, *pago, portanto poluo*; longe está porém de ser este seu significado. O princípio possui carga preventiva e repressiva, visando a utilização racional dos recursos naturais que são escassos.

Tem caráter preventivo porque o poluidor deve arcar com as despesas de prevenção de possíveis danos ao meio ambiente, ocasionados por qualquer atividade que venha a executar. A pessoa que pretende executar uma atividade deve realizar todas as medidas de prevenção necessárias à não-poluição ambiental. A efetiva prevenção do dano

também depende da correta aplicação e interpretação do princípio do poluidor-pagador.

O princípio em tela também possui o caráter repressivo, pois, se devido a sua atividade vier a ocorrer danos, estes devem ser reparados por quem lhes deu causa, ou seja, pelo poluidor; assim, há incidência da responsabilidade civil que, no âmbito ambiental tem as seguintes características: é objetiva e visa, primeiramente, à reparação específica do dano ao ambiente. A responsabilidade civil deve ser tal que inviabilize a degradação ambiental.

Desta forma, se mesmo com a adoção de medidas de proteção os danos vierem a ocorrer, ou se as medidas não forem adotadas, haverá repressão; ela ocorrerá mesmo que nenhum dano venha a ocorrer durante o período de não obediência à ordem preventiva. Assim, deve haver constante fiscalização para compelir o potencial poluidor a acatar as medidas de proteção.

Assim, segundo Paulo A. Leme Machado (2003, p. 54), o princípio do poluidor-pagador possui dois momentos de aplicação: o primeiro (preventivo) é o da fixação de tarifas ou preços e/ou exigência de investimento na prevenção do uso do recurso natural, e o segundo momento (repressivo) é o da responsabilização residual ou integral do poluidor.

Este princípio não possui caráter punitivo, ou melhor, caráter penal, pois o Estado está autorizado a implementá-lo, mesmo que não haja qualquer ilicitude na atividade econômica desenvolvida pelo poluidor⁸, já que a poluição⁹, por si só, já configura a ilicitude necessária para a responsabilização civil do poluidor. Assim, quem é responsável por atividade potencialmente poluidora deve arcar com o ônus da prevenção e também suportar o ônus quando ocorrer a efetiva poluição (caráter repressivo). Cabe lembrar que o direito ambiental atua nas esferas preventiva, repressiva e punitiva, sendo que as responsabilidades penal, administrativa e civil são independentes e podem ser cumuladas, conforme prevê o parágrafo 3º da Constituição Federal já exposto acima.

Logicamente, os custos despendidos pelo poluidor na prevenção e na reparação terão reflexo no preço do produto que produz para o mercado, ou seja, os custos ambientais são incorporados aos preços dos produtos. Segundo o ilustre doutrinador Paulo de

⁸ A lei instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente dispõe sobre o conceito de poluidor em seu art. 3, IV: “poluidor: a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.

⁹ A lei acima citada também estabelece o conceito de poluição: poluição: a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indireta: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Bessa Antunes, “o PPP¹⁰ parte da constatação de que os recursos ambientais são escassos e que o seu uso na produção e no consumo acarretam a sua redução e degradação. Ora, se o custo da redução dos recursos naturais não for considerado no sistema de preços, o mercado não será capaz de refletir a escassez”. (2004, p. 41). O que este princípio busca é o afastamento do ônus do custo econômico das costas da coletividade visando a cobrá-lo diretamente daqueles que utilizam os recursos ambientais, o que se funda, portanto, no princípio da solidariedade social e na prevenção do dano, mediante a imposição de contrapartida econômica (ANTUNES, 2004, p. 42).

¹⁰ O autor utiliza a sigla PPP para significar: princípio do poluidor-pagador.

CAPÍTULO II – DA PROVA – PARTE GERAL

2.1 Noções gerais a respeito da prova

Todo instituto jurídico possui uma parte genérica que constitui a sua base, o seu ponto de partida, a sua parte sólida, para desenvolver-se dinamicamente, adequando-se à realidade social, às peculiaridades do direito material e do caso concreto. A teoria geral da prova é o alicerce da atividade probatória. Qualquer que seja o tipo de processo no qual será realizado alguma prova, deve obediência à teoria geral da prova.

A efetividade da atividade probatória é essencial para a resolução dos conflitos de interesse. A prova faz parte do processo e a este é essencial, necessária para a prestação da tutela jurisdicional.

A atividade probatória também deve respeitar, dentre outros, o princípio do devido processo legal, assegurado pelo art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal o qual dispõe que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal é princípio fundamental do processo civil e a base que sustenta todos os outros princípios. Nelson Nery Junior considera que bastaria que a norma constitucional adotasse o princípio do devido processo legal para dele decorrerem todas as conseqüências processuais que garantem aos litigantes o direito a um processo e sentença justos, já que o referido princípio é o gênero do qual decorre todas as espécies de princípios constitucionais do processo. (2004, p. 60).

Assim, o devido processo legal pressupõe todos os demais princípios constitucionais, como os princípios do contraditório e ampla defesa. O princípio do *due process of law* garante a todos os jurisdicionados o seguimento do rito processual previamente previsto por lei consoante com os princípios e garantias fundamentais expressos na Constituição Federal, resultando assim um processo justo e efetivo.

A prova é matéria de suma importância no direito processual brasileiro, sua função é no processo, pois é ela que comprova ou não os fatos aduzidos pelas partes e, assim, norteia a decisão judicial. É por intermédio da prova que se forma a convicção do juiz e é esta que, conseqüentemente, respalda o resultado da demanda.

Cumpra explicitar o ensinamento do ilustre doutrinador Cândido Rangel Dinamarco: “Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”. (p. 43, 2004).

A palavra prova possui alguns significados. Pode significar a atividade probatória em si, ou seja, os atos praticados pelas partes, terceiros (testemunhas, peritos) e até pelo juiz, para averiguar a verdade¹¹ real e formar a convicção do julgador; o resultado subjetivo da atividade probatória, ou seja, o convencimento que se adquire a respeito da existência de um determinado fato; pode referir-se, ainda, aos meios de prova, ou seja, os instrumentos utilizados pelas partes e pelo julgador (visto este poder indicar alguma prova a ser produzida) para provar os fatos.

A este respeito Frederico Marques ensina que “meios de prova, como o nome indica, são as fontes em que o juiz colhe a verdade dos fatos, e os instrumentos de que as partes se servem para demonstrar os fatos, que aduziram”. (p. 451, 1974).

As partes podem utilizar todos os meios de prova obtidas licitamente, conforme disposição do art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Desta forma, a prova obtida por meios ilícitos não pode integrar os autos do processo. (BRASIL, 1988).

Não são todos os fatos que prescindem ser provados. O art. 334 do Código de Processo Civil estabelece que não dependem de prova os fatos notórios, os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos no processo como incontroversos e os fatos cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A prova está ligada à busca da verdade, pois procura-se a verdade que é discutida no processo; com a prova, visa-se à demonstração da ocorrência ou inoocorrência de fatos relevantes e controvertidos no processo; por isso a prova, regra geral, diz respeito a fatos e não a direito, pois este presume-se que o juiz conhece de sua existência, aplicação e vigência, salvo se o direito que a parte alegar for municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, caso em que deve provar o teor e a vigência, se o juiz assim determinar, conforme estabelece o art. 337 do CPC.

¹¹ A título informativo, a doutrina costumava dizer que no processo civil vigora o princípio da verdade formal, diferentemente do processo penal, que é informado pelo princípio da verdade real, cabendo ressaltar que atualmente a doutrina defende que sempre deve ser buscada a verdade real, para a obtenção de justiça, por meio do devido processo legal. (SANTOS, p. 89, 2002). Convém destacar que no processo civil ambiental deve prevalecer a verdade real, pois a verdade formal não dá efetividade à proteção ambiental.

Trazendo um pensamento diferente, a autora Sandra Aparecida Sá dos Santos escreve que “(...) os fatos não se provam, os fatos existem. O que se prova são afirmações, estas, sim, podem referir-se aos fatos”. No que pese a afirmação, pensamos que o que se prova mesmo, em última análise, são os fatos, estes que são alegados, afirmados e controvertidos entre as partes no processo, de qualquer forma, o escopo é atingir a finalidade da prova, qual seja, a formação da convicção do julgador para a solução da demanda.

Observação a ser feita é que provar nem sempre é uma tarefa fácil, ainda mais quando se refere a questões ambientais, devido às características dos danos ambientais, vejamos jurisprudência que levou em conta a dificuldade de prova ambiental e primou pela proteção do meio ambiente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. O despacho que concede liminar não é nulo ainda que sucintamente decida a questão, porém permitindo vislumbrar que o Juiz conhece os pontos em litígio e amparou-se na prova existente. Não configura cerceamento de defesa a não realização de audiência de justificação prévia antes da concessão de liminar em ação civil pública ambiental, eis que tal cautela não é obrigatória, ainda que não citada a parte. Existindo início de prova do dano ambiental e à saúde pública causado pela poeira levantada pelo tráfego dos caminhões, pode ser deferida medida liminar que imponha à agravante umidificar com caminhão pipa os caminhos percorridos próximos à comunidade. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 635.641-5/9-00. Agravante: Açúcar Guarani S/A. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora Regina Zaquía Capistrano da Silva. Data de registro: 03/07/2007. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1139565>>. Acesso em: 03 fev. 2008).

A efetividade da instrução probatória é essencial para que seja atendido o devido processo legal e demais princípios processuais fundamentais. Para que a produção da prova seja possível é necessário que haja mecanismos próprios que viabilizem a prova, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, que neste estudo refere-se ao meio ambiente, pois de nada adianta garantir-se o direito de ação e a existência de um processo civil ambiental se este em nada resultar, em razão de insuficiência de provas. A efetividade do processo depende, também, de um efetivo mecanismo de produção de prova diante das peculiaridades do caso concreto.

2.2 Direito à prova

A prova é de essencial importância para a solução da demanda, pois é por meio dela que a verdade é levada ao processo e é formada a convicção do juiz; por isso o juiz deve também participar da instrução probatória.

O brilhante doutrinador Cândido Rangel Dinamarco escreve que o “Direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento”. (p. 47, 2004). O referido doutrinador também escreve que o direito à prova é inerente ao conjunto de garantias do justo processo, oferecidas pela Constituição, já que esta enuncia os princípios do contraditório e ampla defesa, culminando por assegurar a observância destes quando garante a todos o devido processo legal. (DINAMARCO, p. 48, 2004).

A parte tem o direito de provar, a prova é uma das formas de defesa que a parte dispõe no processo, importante para a realização do contraditório, ampla defesa e, por conseguinte, a prova é essencial para que seja cumprido o princípio e garantia fundamental do devido processo legal. De nada adianta o processo se o direito à prova não for efetivo.

Cabe ressaltar que a prova é um direito, mas como qualquer outro sofre limitações devido à tutela que o ordenamento jurídico dispensa a outros direitos, como por exemplo, a vedação de provas ilícitas ou ilegítimas. No caso das provas, a regra é a liberdade na admissibilidade das provas; as exceções devem ser expressas em lei.

2.3 Objetos da prova: fatos e direito

A finalidade da prova é o convencimento do julgador. A prova pode ter como objeto fato ou direito. Em regra, o objeto da prova será um fato, pois, por disposição do art. 337 do CPC, presume-se que o juiz conheça a existência, aplicação e vigência do direito; portanto, não carece de prova o direito vigente em todo território nacional, conhecido também como direito comum, salvo o direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário que, se invocado pela parte, esta terá que provar seu teor e vigência se assim determinar o juiz, ou seja, se o juiz tiver conhecimento do direito invocado pela parte, dispensa-se a prova.

Não são admitidas provas de todo e qualquer fato. Dispõe o art. 334 do CPC:

Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos, no processo como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A doutrina acrescenta a estes os fatos irrelevantes e os fatos impossíveis (expressão que não alcança os improváveis, estes são passíveis de prova).

Os fatos notórios são aqueles conhecidos por todos, como por exemplo a destruição da camada de ozônio devido aos altos níveis de emissão de CFC. Nada impede a possibilidade de contraprova com relação aos fatos notórios, quando contestada sua notoriedade.

Os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária não necessitam de prova, já que se tornaram-se incontroverso entre as partes e, conforme a disposição do art. 334, inciso III do CPC, uma vez admitidos como incontroversos no processo não dependem de prova.

Os fatos que gozam de presunção legal de existência ou de veracidade são aqueles cuja presunção é expressa pelo próprio texto legal como absoluta, também chamada de presunção *iuris ete de iure*, portanto não admitindo contraprova, por tratar-se de presunção absoluta prevista em lei. Por exemplo, se o exequente registra a penhora do imóvel haverá presunção absoluta de que qualquer terceiro sabia que o bem era penhorado, ao comprá-lo.

Os fatos irrelevantes são os que não possuem nenhuma relação com o processo, não interessando em nada para decisão do litígio.

Podemos concluir que devem ser objeto de prova as alegações de fatos controvertidos e que interessem a solução da demanda, e também o direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário invocado pela parte e se assim determinar o juiz por não conhecê-lo.

As partes podem se utilizar de inúmeros meios de prova, nominados ou inominados, nem a lei nem a Constituição limitam, ao contrário admitem todos os meios de prova, somente não admitindo as provas ilícitas e moralmente ilegítimas¹², conforme previsão do art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal, já citado anteriormente, e do art. 332 do CPC, o

¹² Em apertada síntese, prova *ilícita* é a prova produzida com desrespeito à regra de direito material. Exemplo: confissão mediante tortura. Prova *ilegítima* é a prova produzida com desrespeito à regra de direito processual.

qual dispõe que “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”. Assim, excluindo as provas ilícitas e as moralmente ilegítimas, qualquer meio de prova é hábil para compor o processo¹³. Cabe ressaltar que a liberdade dos meios de prova resulta do direito à prova inerente para a efetividade do devido processo legal.

2.4 Princípios da prova

São muitos os princípios que norteiam a instrução probatória no processo. Neste tópico, será realizado um breve apanhado sobre esses princípios, pois, afinal, os princípios são o alicerce do direito, imprescindíveis para interpretação e aplicação dos institutos jurídicos. Toda atividade probatória deve ser respaldada nestes princípios.

2.4.1 Princípio da auto-responsabilidade das partes

Por este princípio as partes assumem a responsabilidade de produzir as provas que lhes interessam e assumem a responsabilidade pelas produzidas e não produzidas, assim, assumirão as conseqüências de sua inatividade, erro ou negligência. Por exemplo, se deixar o autor de realizar prova dos fatos que alegou, o juiz não terá outra alternativa, a não ser julgar a ação improcedente. À parte cabe o ônus de provar e se não o fizer está sujeita aos efeitos negativos de sua inércia.

¹³ Cabe observar que não nos ateremos a estudar a prova ilícita por derivação, por ser assunto polêmico, que por si só renderia outra dissertação.

2.4.2 Princípio dispositivo

Este princípio informa que as partes podem indicar as provas que pretendem produzir, sendo que o juiz pode, de ofício, implementar a produção das provas que julgar necessárias, já que as provas são produzidas para orientar e servir de base à decisão do julgador.

Desta forma, se para tomar uma decisão o juiz não estiver satisfeito com as provas presentes nos autos do processo, poderá determinar a produção de novas provas, como por exemplo, intimar uma testemunha já ouvida, até que tenha formado sua convicção e possa julgar o processo com a devida fundamentação.

Tal princípio é respaldado pelos artigos 130 e 132, parágrafo único, ambos do Código de Processo Civil, que permitem ao juiz determinar, de ofício as provas necessárias à instrução do processo e mandar repetir, caso entender necessário, as provas já produzidas, o que reflete a busca da verdade real pelo julgador.

Há reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dando aplicabilidade aos referidos artigos:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA.VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.FUNDAMENTOS SUFICIENTES A EMBASAR A DECISÃO.INICIATIVA PROBATÓRIA DO AGISTRADO.POSSIBILIDADE. ART. 130 DO CPC. NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Conforme previsto no art. 535 do CPC, os embargos de declaração têm como objetivo sanar eventual obscuridade,contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Não há omissão quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão.

2. Na hipótese de perplexidade ante as provas constituídas no curso da demanda, é facultado ao magistrado determinar, de ofício, a produção de prova pericial, com vistas à formação de seu livre convencimento motivado. Inteligência do art. 130 do CPC.

3. A análise acerca da necessidade ou não de realização de prova ericial enseja o reexame de matéria de prova, inviável em sede de recurso especial, consoante enunciado da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 655888/MG, Quinta Turma. Rel. Arnaldo Esteves Lima; Data do julgamento: 22 ago. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=655888&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>>. Acesso em 17 mai. 2008).

PROCESSUAL CIVIL. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.PERÍCIA CONTÁBIL. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO. ARTS.130, 145, 604 E 605 DO CPC.

1. Aplicável o disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil por não se tratar de simples cálculos aritméticos.

2. Tem o magistrado poderes para a busca de provas, podendo determinar a produção de ofício de todo e qualquer elemento probatório que julgar necessário para a formação de seu convencimento.

3. Recurso especial improvido.

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 46789/RJ, Segunda Turma. Rel. Castro Meira; Data do julgamento: 15 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=46789&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em 17 mai. 2008)

O julgador forma sua livre convicção baseado nas provas produzidas no processo e nelas deve se pautar para fundamentá-la; por isso nada mais lógico do que, não estando satisfeito com as provas de que dispõe para prolatar sua sentença, determinar a produção de mais provas ou repetir as já produzidas; mas, depois de produzidas as provas complementares, mesmo que estas também não forem suficientes, resta ao juiz decidir com o que consta dos autos.

2.4.3 Princípio da comunhão da prova

A prova não pertence exclusivamente ao juiz, muito menos à parte que a produziu; levada ao processo, pode ser utilizada por qualquer dos sujeitos. Desta forma, a prova, uma vez produzida e assim, trazida aos autos do processo, a este se incorpora, podendo qualquer das partes utilizar-se dela, ou melhor, depois de incorporada aos autos a qualquer das partes serve, pois mesmo a prova trazida por uma das partes pode ser usada pela parte contrária.

A prova produzida por uma das partes passará a pertencer ao processo e, assim, a todos os sujeitos processuais. Em decorrência deste princípio, uma vez admitida a prova, para que a parte desista dela, deve haver anuência da parte contrária.

2.4.4 Princípio da liberdade dos meios de prova

Como já salientado anteriormente, no processo civil ambiental são admitidos todos os meios de prova, nominados ou inominados, em homenagem ao princípio da verdade real.

Convém lembrar que este princípio não é absoluto, pois temos outros direitos previstos que, para serem aplicados, dependem da relativização deste princípio, como por exemplo, o direito ao silêncio, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, o segredo profissional, sigilo fiscal e bancário, etc. Tais direitos também não são absolutos devendo ser corretamente interpretados para aplicação ao caso concreto. Também não são admitidas as provas ilegais que se subdividem em ilícitas e ilegítimas. É o que vem previsto pelos art. 332 do CPC e art. 5º, inciso LVI da CF/88 e aplicado pelos nossos tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – INVALIDEZ PERMANENTE - A comprovação da invalidez permanente decorrente de acidente automobilístico pode ser feita por **qualquer meio de prova em direito admitida - Primado do art. 332 do CPC - RECURSO IMPROVIDO.** (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento - 1163554- 0/5, Seção de Direito Privado, 34ª Câmara Rel. Des. Antônio Nascimento. Data do julgamento: 25 jun. 2008. Disponível em: <<http://cjo.tj.sp.gov.br/juris/getArquivo.do?cdAcordao=268496>>. Acesso em: 16 jul. 2008). (grifo nosso).

Desta forma, as partes têm ampla liberdade na produção das provas, visto poderem utilizar qualquer meio probatório que não seja ilícito ou ilegítimo.

2.4.5 Princípio da relatividade das provas

As provas não possuem valor pré-fixado por lei, não havendo hierarquia entre os meios de prova. As provas possuem um valor relativo, visto que serão apreciadas pelo juiz que as valorará conforme seu livre convencimento, fundamentando-o, ou seja, o juiz não está vinculado a regra de valoração da prova, mas é imprescindível que fundamente o convencimento.

2.4.6 Princípio da audiência contraditória

Este princípio também é denominado simplesmente de princípio do contraditório e informa que toda prova admite contraprova; conseqüentemente, após a

produção de determinada prova é necessária a oitiva da parte adversa para que se realize a contraprova, se quiser, no prazo predeterminado.

O art. 336 do CPC dispõe que as provas devem ser produzidas em audiência, salvo disposição em contrário; desta forma, este princípio vela para que a produção das provas em audiência seja realizada pelo crivo do contraditório.

2.5 Sistemas de apreciação/avaliação da prova

O procedimento probatório possui algumas fases; primeiro a prova é proposta, requerida, posteriormente há o momento da admissão pelo juiz, depois a prova é produzida e, após ter sido produzida e admitida no processo, passa-se à fase de apreciação e avaliação, cabendo esta ao julgador que proferirá a decisão. Cândido Rangel Dinamarco ensina que “Valoração da prova é a avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo”.

O julgador, ao avaliar a prova para proferir sua decisão, não executa tal tarefa ao seu bel prazer e como bem entender, mas deve respeitar o sistema de avaliação de prova escolhido pelo ordenamento jurídico de qual faz parte. Existem três sistemas de avaliar/apreciar as provas: sistema da prova legal; sistema da livre convicção; e o sistema do livre convencimento motivado.

O sistema da prova legal vigorou com plenitude no direito medieval, e encontra-se abandonado no direito moderno que o repudia, por ser um sistema falho e injusto já que, entre outras razões, desconsiderava as peculiaridades do caso concreto e a convicção do julgador.

De acordo com o sistema da prova legal, as provas têm seu valor pré-estabelecido em lei em caráter geral e abstrato, e não pelo juiz, de acordo com cada caso que julga. As provas a que a lei não tiver atribuído um valor qualquer, se admitidas, não podem ser consideradas na decisão. Assim, a lei fixa um regime tarifado de provas, preestabelecendo o valor de cada prova. Neste sistema, o legislador estabelece detalhadamente valores para as fontes e meios probatórios, mediante verdadeiras tabelas de valores a serem observadas pelos juízes em geral, ou seja, o juiz ficava vinculado a realizar uma valoração objetiva da prova, por isso é que este sistema também é denominado de sistema da prova tarifada. (DINAMARCO, p. 103, 2004). O juiz não tinha arbítrio nenhum no julgamento, já que os

valores das provas eram codificados, cabendo ao julgador apenas uma valoração objetiva da prova, como se fosse um exercício matemático.

Numa segunda fase de evolução do sistema de valoração da prova, surgiu o sistema da livre convicção, também chamado de sistema da livre apreciação da prova, neste sistema o juiz tem integral liberdade de avaliação. O julgador é soberano e livre para formar sua convicção, podendo se valer de qualquer meio de prova, sem limitações. Pode-se perceber que este sistema é totalmente contrário ao sistema da prova legal, podendo o juiz formar seu convencimento baseado nas provas produzidas e também de acordo com suas impressões pessoais, sem necessidade de fundamentar sua decisão.

O sistema em apreço possibilitava ao juiz poder formar sua convicção, inclusive com base em sua própria ciência privada, ou seja, quando tivesse conhecimento de fatos que não constavam dos autos. Atualmente está excluída, de modo absoluto, a possibilidade de o juiz julgar de acordo com a ciência privada, já que isso importaria decidir sem apoio nos elementos que constam dos autos. (DINAMARCO, p. 105, 2004).

Este sistema vigorou no século XVIII, mas também foi abandonado pelo direito moderno, já que demasiada discricionariedade do julgador não se mostrou justa e condizente com o Estado de Direito e seus princípios processuais.

O adotado pelo ordenamento jurídico do Brasil é o sistema do livre convencimento motivado, também denominado de sistema de persuasão racional, conforme podemos notar da interpretação dos princípios processuais da Constituição, do seu artigo 93, inciso IX e da redação do art. 131 do CPC, dentre outros:

Art. 93, IX, CF – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]. (BRASIL, 1988).

Art. 131, CPC - O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (BRASIL).

Os doutrinadores Antonio Carlos Araujo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ensinam na obra Teoria geral do processo:

Persuasão racional, no sistema do devido processo legal, significa convencimento formado com liberdade intelectual mas sempre apoiado na prova constante dos autos e acompanhado do dever de fornecer a motivação dos caminhos do raciocínio que conduziram o juiz à conclusão. (p. 975, 2006).

Desta forma, percebe-se que o juiz possui liberdade na apreciação das provas e decide com base no convencimento que adquiriu com as provas constantes dos autos, devendo fundamentar sua decisão de modo racional, para que qualquer pessoa, ao ler sua sentença saiba o porquê, os fundamentos, as motivações e as provas que o levaram a decidir desta forma e não de outra. Exige-se a fundamentação da decisão como forma de controle.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO. PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO DO JUIZ. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA. MATÉRIA DE PROVA. SÚMULA 7/STJ. JUROS COMPENSATÓRIOS. IMÓVEIS IMPRODUTIVOS. INCIDÊNCIA. PERCENTUAL. MP 1.577/97. INAPLICABILIDADE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que o valor apurado na perícia oficial reflete a justa indenização devida pela desapropriação do imóvel rural em tela, bem como pela incidência dos juros compensatórios, a partir da imissão na posse, no percentual de doze por cento (12%) ao ano.

3. Da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, inexistente empecilho para que ele o adote integralmente como razões de decidir, dispensando as outras provas produzidas, inclusive os laudos apresentados pelos assistentes técnicos das partes, desde que dê a devida fundamentação.

4. "A livre apreciação da prova, desde que a decisão seja fundamentada, considerada a lei e os elementos existentes nos autos, é um dos cânones do nosso sistema processual" (REsp 7.870/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 3.2.1992).

5. Ademais, a pretensão de se reduzir o valor da indenização fixada, por ensejar o reexame do contexto fático-probatório na hipótese dos autos, em especial a prova pericial produzida, esbarra no óbice previsto na Súmula 7/STJ, assim redigida: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (...). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Especial 894914/TO. Rel. Min. Denise Arruda. Data do julgamento: 22 nov. 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=894914>. Acesso em 16 jul. 2008).

Este sistema de apreciação de prova é o que mais condiz com o Estado democrático de direito e, conseqüentemente, com seus princípios processuais, como o do devido processo legal, já que o juiz tem liberdade intelectual para apreciar as provas e decide tendo como base as provas que estão nos autos, devendo fundamentar a sua decisão, o que impede discricionariedade e permite às partes, demais interessados e aos tribunais, em grau de recurso, entender sua decisão.

Devido a sua importância, este sistema é elevado a um princípio que rege a instrução probatória, o princípio do livre convencimento motivado, ou livre apreciação racional, ou livre persuasão racional.

CAPÍTULO III – O ÔNUS DA PROVA E EFETIVIDADE: DIREITO PROCESSUAL ALIADO AO DIREITO MATERIAL

3.1 Ônus da prova

Cumprir salientar, de início, que ônus e obrigação não se confundem. O vocábulo ônus é dotado de conceito processual autônomo, o que nem sempre ocorreu. O ônus probante significa necessidade de provar e não obrigação de provar.

Ônus, segundo o dicionário, significa peso, carga. O ônus de provar refere-se ao interesse, poder ou faculdade da parte de fornecer provas que servirão para a formação da convicção do julgador. A parte não tem obrigação de provar, mas o ônus de provar, pois se o onerado não o fizer será o maior prejudicado; não provar, quando se possui o ônus, não é um ilícito e, por isso, não recebe sanção, apenas ter-se-á que arcar com os efeitos da inércia ou passividade, como por exemplo, em virtude de omissão pode-se ver a pretensão negada por insuficiência de provas. O ônus interessa ao próprio onerado, a parte tem interesse de produzir a prova para que tenha condições favoráveis na demanda, diferentemente da obrigação que tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente. O ônus da prova é uma conduta que se espera da parte incumbida de provar; se a parte não provar os fatos alegados, assume o risco de perder a causa.

Desta forma “Ônus da prova é 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”. (DINAMARCO, 2002, p. 71).

Ao contrário, a obrigação não é uma faculdade, mas uma imposição de uma conduta que, se não cumprida, gerará um ilícito jurídico e possibilidade de coerção para que haja o cumprimento; além disso, a obrigação sempre pode ser convertida em pecúnia, o que não ocorre em relação ao ônus.

3.2 A distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil

No processo, faz-se necessário o estabelecimento de regras que distribuam às partes o ônus de provar. A distribuição do ônus de provar orienta a atividade processual para que as partes saibam o que lhes incumbe provar para demonstrar o seu direito, evitando prejuízos por inexistência ou insuficiência de provas nos autos.

Pelo princípio da iniciativa das partes, da autoridade e da iniciativa oficial, princípios que norteiam o procedimento probatório, as partes têm a possibilidade de indicar as provas que pretendem sejam produzidas para demonstrar os fatos alegados nos autos; ao juiz, incumbe o comando do processo e, por conseguinte, a direção da instrução probatória; desta forma, o juiz pode deferir ou não as provas requeridas pelas partes, analisando a conveniência e a necessidade da realização da prova, podendo indeferir por considerá-la inútil ou protelatória.

O juiz também tem o poder de determinar, de ofício, a realização ou repetição de provas de fatos que sejam importantes para o processo, desta forma, por meio do impulso oficial, e para compensar a insuficiência de provas, pode determinar a complementação das provas produzidas, quando estas forem insuficientes ao julgamento da demanda. Contudo, se as provas complementares também não forem suficientes, resta ao juiz decidir com o que consta dos autos.

A regra geral, prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, é que ao autor incumbe a prova quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu a prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ou seja, cada parte produz a prova favorável de suas alegações.

Vejamos alguns julgados, a respeito da regra geral de distribuição do ônus da prova, descrito no Código de Processo Civil:

O ônus *probandi* incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, nos termos do inciso I do art. 333 do CPC. A simples alegação não é suficiente para formar a convicção do magistrado, sendo imprescindível a comprovação da existência do fato alegado (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*). (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 1999.019905-3, de Santo Amaro da Imperatriz, Primeira Câmara de Direito Comercial. Apelante: Gold Wood Agropecuária Ltda. Apelado: Akzo Nobel Ltda. Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Data da julgamento: 20 fev. 2003. Disponível em:

<<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=0100091V20000>>. Acesso em 02 ago. 2008).

Conforme expressa disposição legal o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 333, I). Assim, não sendo cumprido tal encargo, a parte estará assumindo as conseqüências legais, qual seja, perder a causa. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível. n. 1999.007253-3, de Criciúma. Apelante: Jorge Almiro Zimmermann Sauressig. Apelado: União de Bancos Brasileiros S/A – UNIBANCO. Rel. Des. José Volpato de Souza. Data do julgamento: 25 jun. 2002. Disponível em: <<http://tjsc6.tj.sc.gov.br/cposg/pcpoResultadoConsProcesso2Grau.jsp?CDP=010003O2M0000>>. Acesso em: 02 ago. 2008).

O parágrafo único do referido artigo permite a convenção entre as partes no sentido de distribuir de maneira diversa o ônus da prova, salvo se versar sobre direito patrimonial indisponível da parte, ou se tal convenção tornar excessivamente difícil à outra o exercício do direito de provar.

Este sistema adotado pelo legislador brasileiro é denominado de *onus probandi* e é a regra geral para a distribuição do ônus da prova; mas, como regra geral que é, está sujeita a exceções.

3.3 Efetividade: direito processual aliado do bem jurídico protegido

O Estado Democrático de Direito, ao proibir a autotutela, salvo raras exceções admitidas, assumiu o monopólio da jurisdição, diante disso, o acesso à justiça é garantia fundamental, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXV da atual constituição Federal: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

O Poder Judiciário atua sob a égide da função jurisdicional. Jurisdição é a realização do direito pela manifestação estatal, que tem capacidade de decidir imperativamente e impor suas decisões, resolvendo os conflitos que lhe são apresentados por meio da aplicação de uma solução prevista no ordenamento jurídico. A tutela jurisdicional é exercida, ordinariamente pelo Poder Judiciário, através de seus magistrados.

A garantia de acesso ao Poder Judiciário restará esvaziada se tal garantia não tiver efeito prático; por essa razão, além de garantir o acesso à jurisdição é fundamental que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva, ou seja, que efetivamente consiga

proteger ou dar o direito que está sendo levado a juízo. De nada adianta garantir o acesso à prestação jurisdicional, se tal acesso não servir à pacificação social.

Atualmente muito se fala em processo justo. Vários poderiam ser os requisitos enumerados para que fosse alcançado o escopo da justiça, mas de todos os possíveis, o mais importante é o requisito da efetividade: um processo só é justo quando efetivo.

A efetividade do processo é também um pressuposto do Estado Democrático de Direito. Como falar em Estado Democrático de Direito, se os jurisdicionados não recebem um resultado satisfatório por parte do Estado que assumiu, em regra, o monopólio da jurisdição?

Luiz Guilherme Marinoni, neste sentido, escreve:

A busca da efetividade do processo é necessidade que advém do direito constitucional à adequada tutela jurisdicional, indissociavelmente ligado ao due process of law, e ínsito no princípio da inafastabilidade, que é garantido pelo princípio da separação dos poderes e que constitui princípio imanente ao próprio Estado de Direito, aparecendo como contrapartida à proibição da autotutela privada, ou dever que o Estado se impôs quando chamou a si o monopólio da jurisdição. (1995).

Ser efetivo significa, além de cumprir todas as garantias do devido processo legal, ser seguro juridicamente, ser adequado ao bem tutelado em concreto, ser tempestivo e dispor de medidas para que seja realizado o direito material. O requisito mais importante para uma efetiva prestação jurisdicional é o direito processual e o juiz estejam atentos para às particularidades do direito material e do caso concreto, ou seja, a adequação do direito processual ao direito material do caso litigioso.

Muitos poderiam alegar que efetividade e segurança jurídica são princípios antagônicos, mas não o são. Na verdade são interdependentes e necessários ao Estado Democrático de Direito. Processo seguro não é sinônimo de procedimento demorado, como alguns estudiosos pensam ao falar do procedimento ordinário. Que segurança jurídica existe numa prestação jurisdicional que nada serve para o mundo real? E se preponderar que são direitos em conflito, o magistrado estará à frente do caso concreto para manter o equilíbrio necessário.

O processo existe em função do direito material e de nada adianta existir processo e o direito à inafastabilidade da jurisdição, se tal prestação jurisdicional não resultar em processo efetivo.

O processo deve admitir a supremacia do direito que realiza e superar a visão excessivamente formalista. O processo é um meio, um instrumento que busca a realização da justiça, a pacificação social. Este é o seu fim e seu fundamento de existência.

O processo está sempre dirigido para a efetiva e justa realização de algo. O escopo social do processo deverá ser perquirido de forma incansável, definindo e realizando o direito material, de modo a adequá-lo à realidade social a que se destina. A isto também se deve o movimento de constitucionalização do processo.

Quando um processo chega ao seu final sem poder propiciar o bem a quem de direito, ocorre o maior vício processual, qual seja a injustiça. Qualquer decisão deve primar pela justiça e não pelo formalismo.

O direito à prestação jurisdicional efetiva tem sido muito discutido atualmente, devido ao maior problema que assola o Poder Judiciário: sua morosidade. Tal morosidade desencadeou uma prestação jurisdicional ineficaz, inábil, traumática.

A sociedade moderna é dinâmica e exige um Poder Judiciário que funcione, que resolva e não que atrapalhe suas relações. A finalidade do processo é garantir a eficácia da norma jurídica, com a conseqüente projeção dos seus efeitos no mundo das relações sociais.

O que se espera é um processo de resultado prático satisfatório e justo; para isso, a administração da justiça precisa melhorar e o processo precisa evoluir, realizando as rupturas necessárias sem abandonar as garantias fundamentais conquistadas com tanto sacrifício ao longo dos tempos.

Neste sentido, manifesta-se o autor Luiz Guilherme Marinoni:

O processo civil brasileiro, insuflado pelo espírito constitucional, lançou-se à conquista da efetividade, idéia que tem produzido literatura maciça e trabalho incessante de revisão dogmática. Ao final de cada batalha travada, a definição de um novo objetivo. As execuções ... os recursos ... a estrutura do Poder Judiciário ... Avante! Não faltam, de outro lado, vozes experientes e zelosas a clamar menos ímpeto na condução do “santo de barro” que, se esfacelado, porá em cacos a fé de todos. (2004).

O processo deve deixar o formalismo de lado e ser hábil a tutela de direitos. A busca pela efetividade pode ser notada nas últimas reformas processuais, na jurisprudência e doutrinas recentes.

Estudiosos do direito apontam vários caminhos para a efetividade processual: tutelas de urgência, diminuição no número de recursos, execuções, mas pode-se

concluir que seja por meio de um ou vários caminhos, deve-se atentar para as peculiaridades do bem jurídico tutelado.

Diante da concepção de que para ser efetivo o processo deve levar em conta as peculiaridades do direito material e do bem jurídico protegido no caso concreto, ou melhor, que a efetividade exige tutelas diferenciadas, fica clara a importância da atuação do magistrado no processo, assim, o magistrado deve ser imparcial, mas não indiferente, pois o processo moderno exige um juiz participativo, justo, atento à realidade social e aos anseios da sociedade.

A função do magistrado não pode ser reduzida a uma equação matemática submetida à avaliação estritamente técnica, à aplicação incontestável de normas, tal concepção perdeu o sentido na atualidade, já que a sociedade anseia uma justiça substancial e não meramente formal, que atente para uma participação mais intensa do julgador. O juiz deve ter o poder de, ao presidir um processo, utilizar-se das técnicas processuais necessárias para adequá-lo ao direito material e ao caso litigioso, já que alguns casos específicos exigem tratamento diferenciado.

Um processo é efetivo quando leva em conta o bem jurídico do caso em concreto, suas peculiaridades e características, e é diante do caso concreto que o julgador deve apreciar a tutela de urgência adequada, a execução que proporcione a fruição do direito perquirido pela parte, o ônus da prova, a valoração da prova, etc., tudo isto aliado a melhor administração da justiça para que seja realizado tempestivamente.

Maria Rosynete Oliveira Lima adverte que “a obediência cega a um ritual estabelecido, desprovido da necessária interação com a ordem constitucional em vigor e o caso concreto, pode resultar em uma justiça apenas aparente”. (1999, p. 244).

Neste sentido, ensina Humberto Theodoro Júnior:

“O direito processual desfruta de autonomia científica, para efeitos pedagógicos, mas sua compreensão só se torna útil quando se volta para determinar de que modo o processo pode concorrer para a realização das metas do direito material, dentro do convívio social.” (p. 16).

O direito processual e o direito material devem ser aliados, a tutela jurisdicional deve se amoldar às especificidades do direito cuja tutela se pretende, daí a noção de tutelas diferenciadas como forma de lhes dar efetividade.

3.4 Sociedade de risco

As sociedades contemporâneas cada vez mais estão sendo expostas a riscos globais e imprevisíveis. A sociedade produz e é vítima de riscos globais e de conseqüências imprevisíveis, havendo atualmente a universalidade dos riscos.

Em virtude disso, pode-se afirmar que vivemos numa sociedade de risco global, é assim que Beck denomina o atual cenário em que vive a sociedade em sua obra *“Políticas ecológicas em la edad del riesgo”*, visto que a sociedade está enfrentando os desafios da possibilidade de autodestruição real de todas as formas de vida no planeta. (1998, p. 120).

Um exemplo de risco global é a degradação do meio ambiente, a qual produzirá efeitos em todo planeta, uma vez que a vida depende de um meio ambiente equilibrado.

Ainda com os ensinamentos de Beck, convém destacar que risco diferencia-se de perigo. Risco é artificial, já que produzido pela atividade do homem e vinculado a decisão do homem, assim, quando se fala em risco, faz-se referência à produção de danos que são conseqüências de decisões humanas (ações ou omissões). Perigos são circunstâncias fáticas, naturais ou não, que sempre ameaçaram o homem, como por exemplo, os desastres naturais.

Percebe-se, assim, que o risco pode ser evitado e por conseqüência os danos que podem advir em virtude do risco, pois como os riscos são conseqüências de decisões humanas há possibilidade de um certo controle dos danos. Esse controle deve ocorrer principalmente quando se refere a risco de danos graves, irreparáveis, como é o caso da quase totalidade dos danos ambientais, os quais, dependendo da amplitude, afetam a humanidade de todo o planeta (as presentes e as futuras gerações).

Diante deste cenário, ganhou grande relevância a defesa dos direitos transindividuais, pois o modelo tradicional mostra-se insuficiente a tutelar direitos desta magnitude, como é o caso do direito ambiental, que é um direito difuso; como conseqüência, os princípios prudenciais do direito ambiental, quais sejam o princípio da precaução e da prevenção ganham merecido lugar de destaque no cenário internacional e no ordenamento jurídico interno dos países.

3.5 Processo civil coletivo

Observa-se atualmente que o modelo tradicional, qual seja o modelo processual para tutela de interesses individuais é insuficiente para a defesa dos direitos e interesses transindividuais, como é o caso do direito ambiental. Diante de situações deste tipo, onde o modelo de código processual individual é insatisfatório, a doutrina mais especializada, trabalha pelo reconhecimento e a necessidade de tutela dos direitos transindividuais por meio de um código processual próprio. Como resposta a esta necessidade, foi elaborado o Modelo de Código de Processo Civil Coletivo, dentre vários outros anteprojetos e projetos de código sobre o assunto.

No Brasil, temos alguns exemplos de leis que tutelam interesses e direitos transindividuais, como exemplo, podemos citar a Lei de Ação Civil Pública, a Constituição Federal de 1988 que elevou a nível constitucional a proteção desses direitos e interesses, e também, o Código de Defesa do Consumidor que, em particular, é reconhecido como um Código de Processo Civil Coletivo, na ausência de um código específico desta natureza, cujas disposições processuais são aplicáveis à tutela de todo e qualquer interesse ou direito transindividual.

Neste sentido, o autor Eduardo Cambi (2005, p. 424), ao proceder à análise do Código de Defesa do Consumidor, escreve que as disposições referentes ao ônus da prova nas ações de consumo projetam-se para a tutela de demandas relacionadas a direitos transindividuais.

Lógico que aplicar o CDC para o âmbito universal, ou seja, a todos os processos que tutelam direitos ou interesses difusos não é a melhor alternativa, o melhor seria que tivéssemos um Código de processo coletivo, mas na falta deste vamos servindo-nos daquele, com sua devida adequação ao caso concreto.

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos dispõe a respeito da possibilidade de inversão do ônus probatório em seu artigo 10, o qual é abaixo transcrito:

Art. 10. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.
§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 4º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 23, parágrafo 5º, inciso IV).¹⁴

Pesquisando a respeito dos projetos e estudos referentes ao Código de Processo Coletivo, encontramos em todos os modelos sugeridos¹⁵, anteprojetos e projetos do referido código disposições sobre inversão do ônus da prova, a qual é reiteradamente admitida em processos que tutelam interesses e direitos difusos, ficando evidente que a inversão do ônus da prova é instituto processual que pode ser aplicado a processos que tutelam interesses transindividuais, como é o caso de processo civil ambiental, já que o direito ambiental é um direito difuso.

A inversão do ônus probatório nas ações ambientais em que há aplicação do princípio da precaução ou da prevenção condiz com os atuais estudos acerca dos direitos difusos e de um Código de processo coletivo para o Brasil.

Como analisaremos mais adiante, ainda que estejamos diante da falta de um código de processo civil coletivo aprovado e em vigor, a inversão do ônus da prova no processo civil ambiental deve ocorrer no processo civil ambiental se presentes os requisitos seguintes: incidência do princípio da precaução ou princípio da prevenção e hipossuficiência técnica ou verossimilhança das alegações. O julgador deve proceder à inversão para que haja efetividade dos interesses e direitos ambientais, que visam a ser tutelados pelo processo no caso concreto.

A inversão do ônus da prova é aplicada ao processo civil ambiental em que haja incidência do princípio da precaução ou da prevenção, e seja a parte tecnicamente hipossuficiente ou haja verossimilhança nas alegações; isto independentemente de configurar um processo coletivo ou individual, por se tratar de um direito transindividual, devido às

¹⁴ Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos; Dezembro de 2005; Ministério da Justiça – última versão; redação de Ada Pellegrini Grinover após reuniões com Ministério Público e órgãos do Governo Federal. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf>. Acesso em 22 set. 2008.

¹⁵ O autor Antonio Gidi escreveu o “Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito”. O artigo 11 do referido modelo dispõe: “Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis”. (Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/asscom/projeto.pdf>>. Acesso em 22 set. 2008).

inúmeras dificuldades de produção de prova, desigualdade das partes etc., ou seja, apesar da natureza do regramento ser coletiva, a proteção individual não está excluída.

CAPÍTULO IV - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL AMBIENTAL

4.1 A inversão do ônus da prova no processo civil ambiental

Em regra, aplica-se ao processo civil ambiental as regras gerais previstas pelo Código de Processo Civil a respeito do ônus da prova, mas há casos específicos em que o modelo tradicional mostra-se inadequado, obstando o acesso à justiça e a um processo justo e efetivo; por isso, alguns casos requerem que o ônus da prova seja invertido, para que haja efetividade do direito material que se pretende.

No âmbito do processo civil ambiental, encontramos nos pólos da relação jurídica uma parte que é a degradadora/ poluidora do meio ambiente, ou seja, a que pretende exercer alguma atividade, implantar nova técnica, ou lançar um novo produto no mercado que pode vir a prejudicar o meio ambiente; a outra parte é a protetora, a que visa impedir ou paralisar os possíveis danos ambientais que podem vir a ocorrer com o exercício da atividade econômica por meio de medidas de prevenção e precaução.

Para a parte protetora – reclamante numa ação – é muito difícil provar fatos com base em informações que estão em posse dos que querem desenvolver ou já desenvolvem a atividade; além disso, temos, por exemplo, as ações judiciais que visam a apurar responsabilidade civil por danos ao meio ambiente; em regra, integram tais ações provas complexas, como a perícia, envolvendo profissionais de várias áreas, o que dificulta o desenvolvimento do processo até o resultado final.

Pela demasiada dificuldade da parte protetora em provar suas alegações no processo civil ambiental e pelas peculiaridades do direito ambiental, em especial, as características do dano ambiental, é que a inversão do ônus da prova mostra-se essencial, pois ninguém possui mais provas do que a pessoa que pretende exercer a atividade e por isso é ela quem deve provar que sua ação é segura.

O princípio da isonomia, previsto pelo art. 5º, caput, inciso I da Constituição Federal, aplicado a todo ordenamento jurídico, também respalda a possibilidade de inversão do ônus da prova no direito ambiental, com o fim de promover o tratamento isonômico às

partes. No direito ambiental, a parte mais fraca é, em regra, a parte protetora e a mais forte, é o poluidor em potencial, sendo necessária a utilização do mecanismo de inversão do ônus da prova para equilibrar a relação jurídica entre poluidor e protetor, possibilitando assim a efetiva prestação da tutela jurisdicional. A inversão é instituto que visa a isonomia das partes no processo.

O mecanismo de inversão do ônus da prova também dá efetividade às garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, acesso a justiça e a um provimento jurisdicional justo e efetivo.

Foi também com o objetivo de equilibrar a relação entre consumidor e fornecedor que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90) faz previsão expressa à possibilidade de inversão do ônus da prova no art. 6º, inciso VIII.

A inversão, desde que presentes os requisitos e necessária ao caso em concreto, não contraria o princípio da isonomia processual, pelo contrário, pois se trata de pessoas que estão em situações técnicas desiguais e, portanto, são merecedoras de tratamento desigual para que haja tratamento isonômico.

A atividade probatória no âmbito do processo civil ambiental deve receber uma releitura à luz dos valores e regras constitucionais, em sintonia com os princípios que regem o Direito Ambiental, e os direitos e interesses difusos, de modo a favorecer o meio ambiente e facilitar sua defesa. Cumpre ter em mente que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito difuso por excelência e de conteúdo intergeracional, devendo ser interpretado e aplicado com base em sua relevância e magnitude, não se equiparando à tutela de direitos individuais.

De nada adianta uma legislação ambiental avançada se o processo inviabilizar sua aplicabilidade por ser incompatível e descontextualizado do direito que tutela. Para restabelecer a operosidade no sistema e o equilíbrio na distribuição dos ônus probatórios, deve-se recorrer, por analogia, ao art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, instrumento legal pensado para a defesa dos direitos difusos em juízo e, portanto, aplicável ao processo que tutela o meio ambiente.

O art. 6º, inc. VIII, do CDC prevê a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova se presente a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do autor, desta forma o juiz tem o "poder-dever" de, no caso concreto, constatada a presença dos pressupostos legais retro, inverter o ônus da prova, não em prol do consumidor, mas da

sociedade.

A respeito da possibilidade do referido artigo ser aplicado ao direito ambiental, Luiz Guilherme Marinoni adverte:

Há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter ou atenuar o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6o, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito a inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material. (...) Ou seja, não há razão para forçar uma interpretação capaz de concluir que o art. 6o, VIII do CDC não pode ser aplicado, por exemplo, nos casos de dano ambiental, quando se tem a consciência de que a inversão do ônus da prova ou a redução das exigências de prova têm a ver com as necessidades do direito material e não com uma única situação específica ou com uma lei determinada. Não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei. (2006).

A inversão do ônus da prova não é direito exclusivo do consumidor; o tratamento diferenciado da prova no direito ambiental também se faz necessária para que tal direito seja efetivo; assim, de acordo com o ordenamento jurídico voltado ao meio ambiente e devido às peculiaridades do bem tutelado pelo direito ambiental e pela dificuldade da prova do dano ambiental e suas características, aplica-se a inversão do ônus da prova, podendo o juiz, diante do caso concreto, inverter o ônus da prova, beneficiando a vida, a dignidade da pessoa humana e a efetivação da proteção ambiental.

A inversão do ônus da prova em matéria ambiental tem sido amplamente aceita pelos tribunais de nosso país, como podemos observar da jurisprudência abaixo transcrita:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RECONHECIMENTO. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULAS 283 E 284/STF.

1. A Corte de origem decidiu que não se aplica o princípio do juízo natural em decisão interlocutória prolatada por magistrado em embargos de declaração, já que não houve sentença nem restou finalizada a audiência.
2. O recurso especial tratou da matéria tendo sempre como linha de raciocínio a existência de sentença para dar suporte à sua argumentação, cabe aplicar as Súmulas 283 e 284/STF.
3. O argumento que respalda a inversão do ônus da prova foi a existência de decisão anterior que determinara a realização de perícia por vício na prova apresentada pelo réu. Tal fundamento também não encontrou resposta na peça recursal, o que justifica a aplicação das Súmulas 283 e 284/STF.
4. Determinada a inversão do ônus da prova, a norma do art. 18 da Lei nº 7.347/85 beneficia apenas a parte autora da ação civil pública. Precedentes: REsp 786.550/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 05.12.2005, p. 257; REsp 193.815/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.09.2005, p. 240; REsp 551.418/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão,

DJ de 22.03.2004, p. 239; REsp 508.478/PR, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 15.03.2004, p. 161; REsp 570.194/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 12.11.07.

5. Recurso especial de Estevão Mallet não conhecido. Recurso especial de Serra-Sociedade Pró Educação, Resgate e Recuperação Ambiental provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 946776/SP, Segunda Turma. Rel. Ministro Castro Moreira. Data do julgamento: 22 abr 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=946776&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 02 ago 2008).

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO. Cabimento da inversão do ônus da prova 'in casu' para impor ao requerido os custos da perícia em face dos Princípios da Precaução e Prevenção. Doutrina e jurisprudência. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. DECISÃO MODIFICADA. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70011872579, Terceira Câmara Cível. Rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Data do julgamento: 25 ago. 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2005&codigo=600016>. Acesso em 02 ago 2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DANO AMBIENTAL – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PREVENÇÃO E DA TEORIA DO RISCO INTEGRAL – NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DA PROVA PERICIAL DETERMINADA NA DECISÃO AGRAVADA - INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL TAMBÉM NO ÂMBITO DE PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE - PRECEDENTES SOBRE O TEMA. Agravo provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70015593536, Quarta Câmara Cível. Relator Des. João Carlos Branco Cardoso. Data do julgamento: 31 jan. 2007. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2007&codigo=62586>. Acesso em 02 ago. 2008).

No agravo, cuja ementa foi transcrita acima, o Relator, na fundamentação de seu voto escreve:

Na verdade, e contrariamente ao que afirma o embargante, é cabível a inversão do ônus da prova e a atribuição dos custos da perícia. E assim porque, como bem assevera o auto ministerial em sua inicial (fl. 16), o artigo 6º, inciso VIII, da Lei n.º 8.078-1990 é expreso ao admitir a inversão do ônus da prova em causas fulcradas no Código de Defesa do Consumidor, na medida em que hipossuficiente o autor, segundo as regras comuns da experiência (...). E por certo que tal dispositivo tem aplicação também ao âmbito de proteção ao meio ambiente, pois o Ministério Público e demais co-legitimados ao ajuizamento de ações civis públicas estão em franca desvantagens perante os demandados.

Podemos perceber, pela leitura da fundamentação retro, que o princípio da isonomia foi invocado para embasar a inversão do ônus da prova no direito ambiental, já que tal figura faz-se necessária para superar as desigualdades.

Não existe ainda dispositivo legal específico, cuidando da inversão do ônus da prova para o direito ambiental, mas esta se mostra necessária e é consequência de outros institutos ambientais, principalmente do princípio da precaução e da prevenção, chamados também de princípios prudenciais. Podemos afirmar que a inversão do ônus da prova é consequência do princípio da prevenção e da precaução; em virtude disso, a inversão do ônus da prova, no direito ambiental, engloba uma incerteza científica de causação de dano e o risco incerto desse dano ambiental, no caso da precaução, e uma certeza de ocorrência de dano ambiental, no caso da prevenção. Assim, ambos os princípios possuem o mesmo objetivo, qual seja, proteger o meio ambiente; ocorre que o da prevenção lida com a certeza de ocorrência de danos que a ciência pode mensurar e objetivar, enquanto o da precaução está voltado ao risco de dano ambiental, ou seja, lida com a incerteza científica, exigindo uma gestão dessa incerteza diante da possibilidade de ocorrência de danos imprevisíveis; busca evitar, a assim ocorrência de danos ainda que exista incerteza científica a respeito da possibilidade de sua ocorrência.

A precaução e a prevenção são fundamentais num sistema que demonstra que os danos ambientais são, em sua grande maioria, irreparáveis e irreversíveis, não mais condizendo com preceitos privatísticos, onde qualquer dano é indenizável, seja ele qual for.

Imaginemos a seguinte situação prática: uma empresa pretende lançar um novo produto transgênico, mas há dúvida e controvérsia científica quanto ao perigo ambiental indesejável e nocivo que pode vir a ocorrer, ou seja, há falta de evidência científica a respeito da existência e mensurabilidade de dano ambiental, não havendo previsão exata desses danos; diante disso, deve haver a proteção para que danos graves e irreversíveis não se concretizem futuramente. Em casos como este, caberá à parte que pretende realizar determinado tipo de atividade provar que os riscos são aceitáveis e não causarão danos graves ou irreversíveis ao meio ambiente e à parte contrária (protetora) basta demonstrar os riscos ao meio ambiente, a incerteza científica sobre a ocorrência e mensurabilidade do dano para que sua pretensão seja aceita.

Dessa forma, se houver fundamento razoável e científico de que determinada atividade técnica ou produto não são seguros, estes poderão ser concretizados desde que haja implantação de medidas de precaução para gerir tal risco e constante fiscalização e pesquisas a respeito, até que o degradador prove, também de forma razoável e científica, que sua ação não gera danos graves ou irreversíveis, ou seja, que é segura e não oferece riscos ambientais.

Assim, o interessado em exercer a atividade tem que provar, com anterioridade ao seu efetivo exercício, que ela não oferece riscos, sendo segura ao meio ambiente. Pode ser provado também que o dano é insignificante ao meio ambiente e grande será o benefício ao ser humano. A prova que se quer é de que a atividade não é danosa. Não há necessidade de essas provas serem absolutas e incontestáveis, não se chega ao extremo que pode inviabilizar qualquer atividade.

Observa-se que há prevalência sempre da preservação do meio ambiente, do dever de prudência e não de tolerância, pois, do contrário, a conduta possivelmente degradadora poderia ser exercida sem nenhum cuidado até que fosse provado, cabalmente, que ela oferece risco de dano grave ou irreversível, ou seja, enquanto houvesse incerteza a conduta seria exercida, sem qualquer cuidado ou medida preventiva, já que não há prova inequívoca do dano que ela pode causar. Enquanto não houver a prova, haverá a adoção de medidas preventivas ou corretivas.

A ciência está sempre em evolução e até não haver uma medida melhor ou definitiva deve-se optar pela menos poluente. Os danos ambientais ultrapassam a esfera ecológica, e acabam por trazer inúmeras conseqüências negativas.

No relatório do Agravo de Instrumento nº 70022880389/2008, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Relator Des. Rogério Gesta Leal, transcreve um trecho da decisão atacada pelo referido Agravo, a qual merece ser transcrita por referir-se ao exposto acima: “(...) Defiro a inversão do ônus da prova e determino que a parte ré promova as diligências necessárias para comprovação de que a atividade que exerce não polui o meio ambiente, assim como comprove que se faz desnecessária a instalação de equipamento contra poluição.(...)”.¹⁶

Édis Milaré destaca, que: “(...) a incerteza científica milita em favor do meio ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão conseqüências indesejadas ao meio considerado”. (p. 61-2, 2000).

Percebe-se que a produção de provas num processo desse tipo já não é fácil quanto ao encargo da parte degradadora; imagine-se, então, se o ônus permanecesse com a parte protetora. Ela, muito dificilmente, teria meios de conseguir tais provas. E mais, a maioria das provas já se encontram em poder do degradador, como por exemplo, o estudo prévio de impacto ambiental, laudos técnicos, estudos e pesquisas científicas a respeito do

¹⁶ Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2007&codigo=62586>. Acesso em 29 jul. 2008.

produto, etc. Com a inversão do ônus da prova, ocorre a facilitação da defesa do protetor do meio ambiente em juízo, já que esta é a parte mais fraca.

Com o princípio da precaução e da prevenção, a sociedade foi valorizada no processo de tomada de decisão, e assim cabe ao empreendedor demonstrar que a comunidade não sofrerá impacto ambiental e não o contrário, já que é o empreendedor quem está mais capacitado para fazer a prova.

Tal inversão do ônus da prova é também consequência de o princípio da precaução ter substituído o critério da certeza pelo critério da probabilidade, ou seja, a decisão judicial pode basear-se em provas que demonstrem a probabilidade e não a certeza da alegação de dano ao meio ambiente, existindo desta forma, evidências suficientes de que a ação que se pretende realizar pode vir a causar dano grave ou irreversível o autor – protetor – terá sua demanda acatada e ao réu – degradador – atribuir-se-á o ônus de provar que não há risco, que sua atividade é segura e não trará consequências indesejáveis ao meio ambiente. Assim, outro aspecto importante relativo à prova no direito ambiental é que devido ao princípio da precaução, o julgador decide com base em probabilidade e não em certeza, como a regra geral. Isto porque o próprio conteúdo do princípio desencadeia tal consequência.

O princípio da precaução rompe com o comportamento e ordenamento clássico, no qual uma conduta potencialmente poluidora poderia ser exercida normalmente e só poderia ser compelida a acatar medidas preventivas no momento em que houvesse prova absoluta de que é causadora de perigo de dano ambiental. A precaução ensina e exige que, mesmo diante de controvérsia científica a respeito do perigo de dano ambiental que determinada atividade, substância ou produto podem causar ao ambiente, se estiver presente o perigo de dano grave e irreversível deve haver cuidados antecipados; sendo que a atividade deve ser rigorosamente controlada para que o indesejável dano ambiental não venha a ser concretizado.

É notável que em algumas situações, se o comportamento for esperar a certeza absoluta de efeitos danosos ao meio ambiente, esses danos terão atingido a qualidade de irreversíveis ou irreparáveis, e então de pouca ou nenhuma valia seria a decisão judicial pós dano ambiental.

Como pode ser observado pelo exposto, o princípio da precaução é um dos princípios gerais do direito ambiental e faz parte de nosso ordenamento jurídico; sendo assim, é uma norma de observância obrigatória. Trata-se de um princípio que exerce influência sobre

a interpretação e aplicação das normas jurídicas ambientais e é fundamento para as decisões judiciais que visem a proteger o meio ambiente.

Como já foi salientado, na aplicação do direito ambiental deve prevalecer a prudência e não a tolerância; assim, a precaução visa impedir prejuízo ambiental, mesmo que haja incerteza sobre a existência e mensurabilidade do dano.

Atualmente exige-se uma ação cautelosa, já que estamos diante de um sistema despreparado para restabelecer uma situação idêntica à anterior, daí a importância que os princípios da precaução e da prevenção adquiriram.

Comprovada a probabilidade de degradação ambiental cientificamente, ou seja, se houver suspeitas razoáveis de que os danos ocorrerão, mesmo que também haja contestação científica, mas não de forma absoluta, esta degradação deve ser tida como provada, em termos processuais.

Compartilhando deste entendimento, Álvaro L. V. Mirra: (2001, p 101) observa:

Comprovada, em termos de probabilidade, com elementos sérios e confiáveis, a realidade da degradação ambiental (efetiva ou potencial), ainda que sem certeza científica absoluta, o resultado da demanda deverá ser forçosamente o julgamento de procedência do pedido (...).

A precaução não admite a aceitação de riscos, pois o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dos direitos fundamentais do homem. Assim, exige uma atuação preventiva e de segurança, para que uma ação não resulte em efeitos indesejáveis ao meio ambiente.

A controvérsia científica, ou seja, a dúvida, expressa com argumentos razoáveis, não exonera ninguém do dever de cuidado e não afasta a necessidade de decisão pensada e evolucionada para o futuro; assim, mesmo diante de casos com estas peculiaridades, o julgador terá que decidir com base em probabilidades e em prol do meio ambiente, pois a incerteza milita em favor deste.

Paulo Affonso Leme Machado ensina que não é necessário que haja prova científica absoluta de que o dano ambiental ocorrerá, basta o risco de que o dano possa ser grave ou irreversível, para que não deixem para depois as medidas efetivas de proteção ao meio ambiente. (1994, p. 37). Com o princípio da precaução as situações de incerteza também

são protegidas pelo direito ambiental, não havendo mais esta lacuna para deixar sem cuidado o meio ambiente, diante de situações de risco.

O princípio da precaução dispõe que a ausência de certeza quanto à existência de risco de dano sério ou irreversível demanda a implementação de medidas que possam evitar este dano, de medidas alternativas para minimizar (ou seja, medida alternativa menos poluente) ou até mesmo neutralizar o risco de dano. Um dos meios de precaver tais danos é o julgador não poder esquivar-se de decidir mesmo diante de dúvidas científicas, de provas que não são absolutas a respeito da possibilidade de ocorrência de dano ambiental; assim, diante de probabilidade de dano grave ou irreversível ao meio ambiente deverá haver decisão no sentido de implementar medidas de precaução, pois, na dúvida, decide-se a favor do meio ambiente. Assim, a inversão e a decisão final podem ter como base provas que demonstram a probabilidade.

Em nosso país, há julgados reconhecendo essa consequência do princípio da precaução, como podemos concluir do trecho do voto do relator abaixo transcrito:

A inversão do ônus da prova no direito ambiental engloba, assim, uma certeza científica de causação de dano e o risco incerto desse dano ambiental.

No princípio da precaução, está consagrado o critério da probabilidade em detrimento do critério da certeza.

Nesse sentido, ao provável poluidor cabe provar que a atividade não se mostra lesiva ao meio ambiente, ao passo que ao demandante, no caso, o Ministério Público, cabe provar a probabilidade da ocorrência do dano. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70011872579, Terceira Câmara Cível. Rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Data do julgamento: 25 ago. 2005. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?ano=2005&codigo=600016>. Acesso em 02 ago 2008).

Caso contrário, não fosse invertido o ônus probatório, seria difícil para o autor a prova, já que as informações encontram-se com a parte empreendedora. Podemos constatar que a realização da prova no direito ambiental é feita com mais facilidade quando ônus incumbe ao poluidor em potencial

É necessário salientar que a inversão do ônus da prova é aplicada em favor da parte protetora do meio ambiente e em favor da sociedade que é titular do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois este instituto serve para dar efetividade à proteção ambiental.

4.2 Requisitos da inversão do ônus da prova

A inversão do ônus da prova é um instituto processual de proteção do meio ambiente que permite a facilitação da realização do direito ambiental e que leva em conta as peculiaridades do direito material e do caso litigioso, é um instrumento para alcançar o direito material. A inversão não é automática, ou seja, opera-se *ope iudicis*, o juiz analisa se estão presentes todos os requisitos necessários e, se assim for, inverte o ônus da prova, ou seja, a decisão está na esfera de discricionariedade do juízo.

A inversão do ônus da prova, por ser providência excepcional, não pode ser automaticamente aplicável em qualquer relação de direito ambiental. Desta forma, trata-se de hipótese sujeita ao crivo judicial, condicionada ao preenchimento dos requisitos legais, sob pena de configurar ato ofensivo ao devido processo legal.

A inversão do ônus da prova só pode ser efetivada no processo civil, em favor do protetor do meio ambiente, polo mais fraco da relação, legitimando-se como forma de facilitar a defesa de seu direito em juízo; assim, a inversão deve se mostrar necessária, útil, já que o objetivo é facilitar a defesa do meio ambiente e não privilegiar o protetor do meio ambiente para que vença a demanda, em detrimento das garantias do poluidor em potencial – réu. A finalidade é facilitar a defesa dos direitos do meio ambiente; e não assegurar a vitória de uma parte, sacrificando o direito de defesa da parte contrária.

O magistrado, analisando o caso concreto, verificará se é ou não caso de aplicar a inversão do ônus da prova, ou seja, aplicar ou não o art. 6º, VIII do CDC por analogia ao processo ambiental. Como o referido artigo é aplicado por analogia, a inversão do ônus da prova, no direito ambiental, também tem como requisitos seja a alegação do protetor verossímil, ou, seja o protetor hipossuficiente.

Além desses requisitos, imprescindível que no processo civil ambiental haja incidência do princípio da precaução ou da prevenção, que são os princípios que alicerçam e fundamentam a utilização do mecanismo de inversão do ônus da prova para o direito ambiental.

O despacho que determina a inversão do ônus da prova apenas declara existir alguma das hipóteses autorizadoras, o que não implica em que a decisão de mérito será favorável ao protetor do meio ambiente, ou seja, não tem a finalidade de pré-julgamento de mérito, nem que todas as provas possam ter o seu encargo invertido, sendo um corolário lógico que somente as que estejam no âmbito técnico do poluidor lhe poderão ser atribuídas.

A inversão do ônus da prova é medida que pode tanto ser requerida pela parte, caso em que pode ou não ser deferida, conforme o livre convencimento motivado do julgador, quanto ser determinada de ofício pelo magistrado, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor, aplicado por analogia ao Direito Ambiental, por ser também um direito difuso, é composto por normas de ordem pública.

A decretação da inversão do ônus da prova constitui decisão judicial que deve ser fundamentada, nos termos do artigo 93, inciso IX, da CF, sob pena de nulidade, assim, ainda que de forma sucinta, o magistrado, deve indicar quais os elementos que formaram sua convicção e os requisitos legais autorizadores.

4.2.1 No processo civil ambiental haja incidência do princípio da precaução ou da prevenção

O requisito fundamental e que sempre deve estar presente para que o julgador possa inverter o ônus da prova é que, no processo civil ambiental, haja incidência do princípio da precaução ou da prevenção. A aplicação de um desses princípios no processo indica um juízo de cautela, um dever de proteção, diante da possibilidade da ocorrência de dano ambiental e diante disso a inversão deve ser determinada. A inversão do ônus probatório no processo ambiental é repercussão desses princípios.

Para ocorrer a inversão do ônus da prova é fundamental que o processo ambiental verse a respeito do princípio da precaução ou da prevenção, já que são esses princípios que fundamentam a aplicabilidade do mecanismo da inversão no direito ambiental. Os processos em que há incidência de um desses princípios demonstram que o caso diz respeito a danos ambientais e complexidade na produção das provas.

Desta forma, no que tange ao princípio da precaução, se o caso concreto demonstrar a possibilidade de que condutas causem danos graves e houver falta de evidência científica a respeito da existência e conseqüências do dano, inverte-se o ônus da prova; no caso do princípio da prevenção, aplicado quando há certeza do dano que determinada conduta causará também se inverte o ônus da prova. Inverte-se o ônus da prova, incumbindo-se o poluidor em potencial de provar que sua ação é segura ao meio ambiente ou que há medidas de proteção para que o dano em potencial não ocorra, ou para que seja dirimido a níveis suportáveis pelo meio ambiente.

Ao autor basta demonstrar evidências suficientes de que a ação que pretende ser realizada pode vir a causar dano grave ou irreversível para que tenha sua demanda acatada, atribuindo-se à parte contrária o ônus de provar que não há risco, que a atividade é segura, não trazendo efeitos indesejáveis ao meio ambiente.

A inversão ocorre, pois ninguém melhor que o poluidor em potencial para possuir elementos de prova a respeito dos danos ambientais que a atividade que pretende realizar ou realiza pode vir a causar.

Assim, os fundamentos para aplicação da inversão do ônus da prova, no direito ambiental, são o princípio da precaução e da prevenção.

4.2.2 A verossimilhança das alegações

É necessário que o autor leve ao magistrado um mínimo de demonstração, no sentido de que sua alegação é verossímil. O termo verossimilhança, segundo o dicionário, significa semelhante à verdade; que aparenta ser verdadeiro; que não repugna à verdade; provável; plausível.

Segundo os ensinamentos do mestre Humberto Theodoro Junior, "a verossimilhança é o juízo de probabilidade extraída de material probatório de feitiço indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor". (p. 135, 2001).

Para constatá-la e dar o seu pronunciamento, o magistrado precisa avaliar objetivamente caso a caso, aplicando regras e máximas de experiência. O juízo da verossimilhança ou não da alegação passa necessariamente pelo exame que o magistrado faz da afirmação do autor.

Para demonstrar a verossimilhança de suas alegações, é necessário que o autor leve ao julgador elementos, dados ou indícios quaisquer que possam indiciar, apontar, sugerir, induzir um *quê* de verdade.

A verossimilhança configura-se quando os elementos e provas trazidas ao processo pelo litigante apontam para uma probabilidade muito grande de que suas alegações sejam verdadeiras, passando a ser considerada como uma verdade suficientemente provada, que poderá ser derrubada por eventual prova a ser produzida, no processo, como matéria de defesa, pelo poluidor em potencial, devido a inversão do ônus da prova.

4.2.3 A hipossuficiência

O termo hipossuficiência, de maneira geral, pode referir-se tanto ao aspecto técnico quanto ao aspecto econômico. O dispositivo normativo pode fazer referência a ambos os aspectos ou apenas a um deles, como por exemplo, se estivéssemos tratando da Lei de Assistência Judiciária Gratuita, o termo hipossuficiente referir-se-ia apenas ao aspecto econômico.

Cabe ressaltar que há vários autores¹⁷ e jurisprudência que defendem que o legislador ao utilizar o termo hipossuficiente no artigo do CDC em análise, quis acolher tanto o aspecto técnico quanto o econômico. Vejamos o julgado abaixo transcrito:

PROVA – Consumidor – Inversão do ônus – Hipossuficiência dos consumidores quer no campo do acesso às informações, quer no campo econômico – Desequilíbrio do campo probatório – Decisão que não ultrapassa os poderes conferidos ao magistrado – Recurso improvido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AI 136.080-4, Sexta Câmara de direito privado. Agravante: Companhia Metropolitana de Habitação de São Paulo - COHAB/SP. Agravados: Zeneida Botelho de Oliveira e outro. Rel. César Lacerda. Data do julgamento: 13 dez. 1999. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1576505>>. Acesso em 11 ago. 2008).

Em que pese tal entendimento, pensamos que, no que se refere ao artigo 6º, VIII do CDC em apreço, o vocábulo hipossuficiente refere-se apenas ao seu aspecto técnico, isto porque, a finalidade não foi garantir que o juridicamente pobre ou o necessitado (definido no par. único do art. 2º da Lei 1.060/1950) tivesse a facilitação da defesa de seus direitos em juízo, mas sim, facilitar a defesa dos direitos do consumidor, parte mais fraca tecnicamente e cientificamente, por meio do mecanismo de inversão do ônus da prova. Ou seja, o mecanismo de inversão do ônus da prova, não pode ser visto como forma de proteção à parte mais pobre, a finalidade não é proteger a parte mais pobre, mas facilitar a defesa de direitos da parte mais fraca tecnicamente, por isso, o protetor hipossuficiente tecnicamente é quem merece o benefício do mecanismo.

Esta posição tem sido acatada recentemente pelos nossos tribunais:

PROVA - Ônus - Art 6o, VIII, do CDC - Cabimento da inversão apenas se, presente a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor, a parte tivesse

¹⁷ Podemos citar como exemplo: SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos, p. 75, 2002; THEODORO JÚNIOR, Humberto, p. 135-6, 2001.

dificuldade para a demonstração de seu direito - Hipótese não configurada nos autos - Não caracterização de hipossuficiência no sentido técnico que lhe empresta o art 6º, VIII, do CDC - Custeio da prova pericial que, ademais, deve observar a regra do art 33 do CPC, independentemente do ônus probatório - Decisão reformada - Recurso provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 7.268.092-9, Décima quinta Câmara de Direito Privado, Rel. Cyro Bonilha. Data do julgamento: 05 ago 2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3168687>>. Acesso em 17 ago. 2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS - Determinação da inversão do ônus da prova e pagamento da perícia química pelo agravante - A hipossuficiência do artigo 6º, VIII, do CDC, não diz respeito ao aspecto econômico e sim às condições que agravam a vulnerabilidade do consumidor, o que não determina a inversão do ônus da prova - Os benefícios da assistência judiciária gratuita solucionam a questão da hipossuficiência econômica - Despesas da perícia devem ficar a cargo do agravado e debitadas ao Fundo de Assistência Judiciária, pois beneficiário da mesma - No caso de impossibilidade, o exame deverá ser feito em estabelecimento oficial - Recurso parcialmente provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 560.707-4/6-00, Quinta Câmara de direito privado. Agravante Cofery Cosmética LTDA. Agravado: Ednaldo dos Santos. Rel. Silvério Ribeiro. Data do julgamento: 11 jun. 2008. Disponível em <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2655629>>. Acesso em 17 ago. 2008).

Conforme salienta Luis Antônio Rizzato Nunes a respeito do tema em apreço:

(...) hipossuficiência, para fins de possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais 'pobre' Ou, em outras palavras, não é por ser 'pobre' que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material. (p. 123-4, 2000).

O hipossuficiente econômico é aquele que não tem condições financeiras de arcar com a produção da prova e, para se proteger o economicamente hipossuficiente, há a possibilidade de inverter-se o custo com a produção das provas e, também, a possibilidade de lhe ser deferido o benefício da assistência judiciária gratuita, que implica em isenção de pagamento de custas e demais despesas processuais, nestas incluídas as despesas relativas a perícia, obtenção de certidões, o que afasta a hipossuficiência econômica como autorizadora da inversão do ônus da prova. Além do mais, se a pobreza, que gera desequilíbrio na relação processual, tivesse o condão de inverter o ônus da prova para dar tratamento isonômico às partes, a conclusão seria de que em todo e qualquer processo em que o autor fosse

economicamente hipossuficiente haveria a possibilidade de inverter o ônus probatório. A hipossuficiência econômica desencadeará na inversão dos custos com a produção da prova, mas ela não é requisito para que haja ou não a inversão do ônus da prova.

Quanto ao hipossuficiente técnico, é a parte que possui grandes dificuldades ou impossibilidade de produzir a prova, ou por não ter acesso às informações nas quais estariam consubstanciada a prova do direito alegado (SANTOS, p. 75, 2002), ou por desconhecer o processo de produção do produto que pode vir a causar danos ambientais, por não ter acesso às pesquisas realizadas pelo empreendedor (poluidor em potencial), ou porque o objeto de prova está em poder do degradador em potencial, etc. Por isso, é fundamental o mecanismo de inversão do ônus da prova para restaurar o equilíbrio entre as partes.

De acordo com o aspecto técnico, a hipossuficiência pressupõe uma situação em que, de maneira concreta, haja uma grande dificuldade ou impossibilidade para o protetor de desincumbir-se de seu natural ônus probatório, estando o degradador em potencial em melhores condições para onerar-se da prova, pois se para este produzir a prova não é tarefa fácil, muito mais difícil será para o protetor. Tanto a ausência de prova por parte do protetor quanto a sua dificuldade em produzir a prova, fundamentam a possibilidade de inversão.

A hipossuficiência não é presumida, como se existisse em toda e qualquer relação referente ao direito ambiental, mas depende de comprovação, necessitando de análise judicial em cada caso concreto, assim, como a possibilidade ou não de inversão do ônus da prova também depende de análise judicial do direito material e do caso concreto.

4.3 Requisitos cumulativos ou alternativos?

No que tange ao requisito da aplicação do princípio da precaução ou da prevenção, no processo, um deles deve sempre estar presente, ou seja, no processo civil ambiental no qual se cogita a inversão do ônus da prova deve haver incidência de um dos princípios, ou da precaução ou da prevenção. A possibilidade de efetivação da medida da inversão decorre diretamente do conteúdo desses princípios, que são requisito fundamental.

Quanto aos requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência, também são requisitos alternativos¹⁸. Tal conclusão deriva do próprio texto legal, que emprega a conjunção “ou” e não “e”. Dispõe o art. 6º, VIII do CDC:

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 da experiência;

Assim, se o magistrado, na apreciação da causa, verificar a verossimilhança nas alegações do protetor do meio ambiente e/ou a sua hipossuficiência técnica, tem o dever-poder de ordenar a medida de inversão do ônus da prova, fundamentando sua decisão. Isso porque a inversão, como já exposto, não é automática, dependendo de análise judicial, mas uma vez presentes os requisitos exigidos, deve o juiz determinar a inversão.

RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa" (art. 14, § 4º).

2. **A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII).** Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstância concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido.

(BRASIL. Superior Tribunal de justiça. Terceira Turma. REsp 122.505/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Data do julgamento: 04 jun. 1998. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199700163407&data=24/08/1998>>. Acesso em 19 ago. 2008). (Grifo nosso).

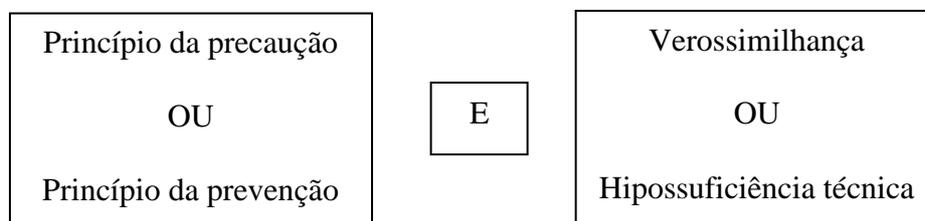
Agravo de instrumento. Direito do Consumidor. Pretensão de reforma de decisão que inverteu o ônus da prova. O art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, autoriza a inversão do ônus da prova "quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência". Requisitos demonstrados. Documentos juntados à inicial que corroboram as alegações da agravada no sentido de que o banco agravante encerrou sua conta-corrente e enviou seu nome aos cadastros restritivos de crédito, sem qualquer justificativa. Hipossuficiência técnica da agravada. A instituição financeira agravante tem melhores condições de demonstrar que não encerrou a conta no período alegado nem realizou anotações restritivas de crédito contra o nome da agravada. Recurso a que se nega seguimento, monocraticamente, com aplicação do art. 557, caput, do CPC. (BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. Décima sexta Câmara Cível. Agravo de Instrumento 2008.002.28067. Agravante: Banco Itau S/A. Agravado: First Class Service LTDA.

¹⁸ Neste sentido Humberto Theodoro Júnior (2001,p. 134-6) e Kazuo Watanabe (2001,p.732-5).

Rel. Des. Agostinho Teixeira de Almeida filho. Data do julgamento: 17 mar. 2009. Disponível em: <<http://srv85.tj.rj.gov.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=0003F384E5E53D4FA892403060225FC3BA452DC4021A4D38>>. Acesso em: 13 abr. 2009).

Necessário observar que apenas uma minoria da doutrina e jurisprudência possui entendimento diverso, exigindo a presença cumulativa dos requisitos, pois para este entendimento somente com a presença dos dois requisitos é possível demonstrar a efetiva desigualdade entre as partes. Tal corrente não é acertada, pois suponhamos que o protetor seja hipossuficiente tecnicamente, mas não apresente alegações verossímeis, a inversão não poderia ser decretada? Se não for decretada, o protetor terá possibilidade de provar suas alegações? Pensamos que, neste caso do exemplo, a inversão é necessária para que o protetor tenha condições de comprovar suas alegações. O que a lei intenta é facilitar a comprovação das afirmações do protetor, não permitindo que a prova seja um impecilho para a efetividade do direito material ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De acordo com o acima exposto, podemos esquematizar o seguinte, a respeito dos requisitos:



4.4 Momento da inversão do ônus da prova

Muito é discutido e controvertido, na doutrina e jurisprudência, o momento processual correto para o julgador inverter o ônus da prova. Existem alguns posicionamentos a respeito.

Há uma corrente defensora de que o momento oportuno para o juiz inverter o ônus da prova seria no despacho inicial, ou seja, quando da análise da petição inicial, antes da apresentação de contestação; assim, se nesse momento o juiz constatar presentes os

requisitos que autorizam a inversão, pode declará-la desde então, não havendo nenhum óbice. Tal corrente recebe crítica, pois, como é possível inverter-se o ônus da prova antes da contestação, sem saber, nem mesmo quais os fatos serão controvertidos e terão, conseqüentemente, de serem provados?

A outra corrente é no sentido de que os dispositivos sobre ônus da prova constituem regra de julgamento, dirigida especificamente ao juiz e, portanto, o momento para a inversão do ônus da prova é o da sentença. Assim, por não se tratar de regra de procedimento e, sim, de regra de juízo, defendem que a sentença, e não antes, seja o momento adequado para a aplicação da regra. Desta forma, somente após a instrução do feito, no momento da valoração da prova, o juiz estaria habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não de inversão do ônus da prova.

Neste sentido é a posição adotada por Kazuo Watanabe, ao comentar:

Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo, e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. (2001, p. 735)

Tal teoria recebe forte crítica, já que a parte não está obrigada a adivinhar o critério que o magistrado utilizará, pois como já dito, a inversão não é automática, mas depende de análise judicial. Esta interpretação implica em cerceamento de defesa, já que a parte, sem saber do ônus que tinha de provar pode não ter produzido provas necessárias, sendo surpreendida, ofendendo-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois ao mesmo tempo em que o juiz está invertendo o ônus da prova está também julgando, não dando oportunidade de a parte apresentar novos elementos de convicção. Cabe lembrar que o mecanismo de inversão do ônus da prova serve para facilitar a defesa dos direitos ambientais, e não sacrificar o direito de defesa do poluidor em potencial, devendo ser proporcionado a este o direito de defesa.

Carlos R. Barbosa Moreira declara:

[...] a inversão ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só uma mudança da regra até ali vigente, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, por quanto, se lhe foi transferido um ônus que para ele, não existia antes da adoção da medida, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de ele se desincumbir. (p. 306, 1997).

No mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni sustenta:

[...] se a parte tem o direito de adequadamente participar do processo, ela evidentemente não pode ter uma sentença que lhe é contrária formada em virtude da sua inércia, quando originariamente, de acordo com a regra comum do ônus da prova, a prova não seria de sua incumbência. (p. 197, 2000).

O princípio do devido processo legal é frontalmente ofendido nesta interpretação, pois tal garantia processual exige, dentre outros direitos, que as regras do processo a ser julgado sejam previamente conhecidas pelas partes, sendo dada oportunidade de apresentação de provas, para que o processo seja justo.

Há uma forte corrente defendendo que o momento adequado para a inversão do ônus da prova seja por ocasião do saneamento do processo, quando serão fixados, pelo juiz, quais são os pontos controvertidos. A nosso ver, este é o momento processual mais adequado para que o juiz proceda a análise dos requisitos e, se presentes, inverta o ônus da prova, pois o contraditório já foi instaurado, tendo o magistrado elementos suficientes para aferir a presença dos requisitos legais, sem que se venha surpreender à defesa.

Esta última teoria se mostra consoante com as garantias processuais constitucionais, como a do contraditório e ampla defesa e tem ganhado muitos adeptos. Na jurisprudência, encontramos julgados para as três correntes, mas podemos perceber que a jurisprudência tem firmado esta última posição, como podemos notar dos julgados abaixo transcritos:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - Inteligência do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes, explicitar quais serão objeto de inversão. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 121.979-4, Sexta Câmara. Agravante: Eliamara Francelino do Prado. Agravada: Maria Rita Pinheiro Rodrigues Rel. Antonio Carlos Marcato. Data do julgamento: 07 out. 1999. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1538506>>. Acesso em 23 ago 2008).

PROVA - Inversão - Honorários Periciais - Incidência do Código de Defesa do Consumidor - Inversão é regra de julgamento, nada obstando que tal determinação oriente as partes antes mesmo de se iniciar a instrução, ou mais precisamente, no próprio despacho saneador - Necessidade de que tenham as partes conhecimento antecipado de que poderá o juiz aplicar a dita inversão quando do julgamento - Cada qual deverá tomar ao seu modo e na medida do seu interesse, as providências

necessárias para a prova de seu direito - Revogação da decisão proferida pelo douto magistrado - Objeto de sua deliberação o acolhimento ou não do pleito de inversão dos ônus da prova, dando-se, a partir disso, seqüência à instrução - Recurso provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n° 7.165.475-4, Décima quinta Câmara de Direito Privado. Agravante: Maria José Gelin Detter (Justiça Gratuita). Agravado: Banco Bradesco S/A. Rel. Manoel Mattos, Data do julgamento: 26 jun 2008. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2705377>>. Acesso em 23 ago 2008).

A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6o, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n° 881.651/BA, Quarta Turma. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. Data do julgamento: 10 abr. 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200601946066&dt_publicacao=21/05/2007>. Acesso em: 23 ago 2008).

PROVA - Ônus - Inversão no momento do sentenciamento do feito sem prévio aviso, com base no art. 6o, VIII, do CDC - Inadmissibilidade - Necessidade de sua comunicação antes da fase instrutória, sob pena de colher de surpresa a ré - Cerceamento de defesa caracterizado - Sentença anulada - Recurso provido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação com revisão n. 783.478-8, Primeira Câmara. Rel. Ademir Benedito. Data de registro 01 dez. 1998. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=242742>>. Acesso em: 23 ago 2008).

"PROVA - Ônus - Contrato de financiamento Sistema financeiro da habitação - Viabilidade da aplicação do CDC - Possibilidade da inversão do ônus da prova a favor do consumidor diante da hipossuficiência evidenciada - Necessidade da realização de perícia contábil - Circunstância em que as despesas para a sua feitura devem ficar a cargo do fornecedor do serviço - Hipótese, ademais, em que a análise do pedido de inversão do ônus da prova não pode ser realizado por ocasião da sentença, pois, isso traria surpresa às partes - Necessidade, outrossim, de inversão ser dirimida até, ou no despacho saneador, sob pena de ocorrer prejuízo para a defesa do réu - Recurso provido para este fim." (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento 977.430-5, Quarta Câmara. Agravantes: Paulo Antônio Ferreira e Elezir Ligia Guimarães Ferreira. Agravada: "Nossa Caixa Nosso Banco S/A". Rel. Oséas Davi Viana. Data do julgamento: 14 fev 2001. Disponível em: <<http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=323206>>. Acesso em 23 ago 2008).

A respeito das regras sobre o ônus da prova serem regras de julgamento ou regras de atividade, Fábio Tabosa ensina que: "Finalisticamente, portanto, não se discute que o ônus da prova diga respeito à atividade jurisdicional. Mas, em termos operacionais, é sem dúvida dirigido às partes, por esse ângulo instituindo regra de atividade". (in MARCATO, 2005, p. 1044).

Assim, há quem defenda que “se o ônus da prova é uma regra do juízo, já não se pode dizer o mesmo da norma que prevê a sua inversão, que é eminentemente uma regra de atividade”. (GIDI, p. 587, 1995).

Desta forma, a inversão do ônus da prova, exceção a regra geral de distribuição do ônus da prova, é regra de atividade, já que se refere a encargo instituído propriamente em relação às partes em determinados casos, por ser exceção, as partes não estão obrigadas a adivinhar qual critério será seguido pelo juiz, o que implica em que a inversão deve ocorrer no despacho saneador, para evitar surpresa prejudicial a parte. Por conseguinte, o momento oportuno para a incidência da inversão é o despacho saneador, preservando-se deste modo todas as garantias constitucionais processuais.

Cumprido observar que o doutrinador Rizzato Nunes assume posição intermediária. Para este autor, o momento processual mais adequado para decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. (2005, p.134-7).

O doutrinador Nelson Nery Junior também possui posição intermediária, defendendo que “em sendo o juiz destinatário da prova, a regra do ônus é a ele dirigida, portanto, não havendo óbice legal para que ele inverta o ônus já no saneador, ao perceber estarem presentes os requisitos, mas também afirma que isso poderá ocorrer só quando da prolação da sentença.” (1994, p. 1209).

4.5 Inversão do ônus probatório e/ou inversão dos custos com a produção probatória

Apesar do tema do trabalho não ser a inversão dos custos com a produção da prova, por isso não será tratado a fundo, interrogação a ser feita é: A inversão do ônus da prova inverteria também os custos com a produção da prova?

Os tribunais têm mostrado dois entendimentos, um que afirma que a inversão do ônus da prova acarreta também a inversão dos custos com a produção dessas provas, e um posicionamento contrário a este primeiro defende que, com o mecanismo processual da inversão do ônus da prova, o que se inverte é o encargo de produzir a prova e não as despesas e custos de sua produção. Conforme podemos constatar com a leitura da jurisprudência dos tribunais há decisões nos dois sentidos:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. (ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. ATERRO SANITÁRIO DA EXTREMA, BAIRRO LAMI, MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. INQUÉRITO CIVIL. AÇÃO CAUTELAR DE VISTORIA “AD PERPETUAM REI MEMORIAM”. ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA DA EXTREMA ADMITIDA COMO LITISCONORTE. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. Situação que implica fundado receio de mutabilidade do meio ambiente a justificar a vistória previa requerida na cautelar preparatória ao aforamento da ação civil pública. Provimento. APELAÇÕES PARCIALMENTE PROVIDAS. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. PROVA PERICIAL DEFERIDA).

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA IMPOR AOS REQUERIDOS OS CUSTOS DA PERÍCIA. PEDIDO CONSTANTE DA INICIAL. PREVISÃO LEGAL (ART. 6º, VIII, DA LEI N.º 8078-1990 E ART. 18 DA LEI N.º 7.347-1985). OMISSÃO NO JULGADO. ACOLHIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Embargos de Declaração n. 70002338473, Quarta Câmara Cível, Rel. Wellington Pacheco Barros. Data do julgamento: 04 abr 2001. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em 27 ago 2008). (Grifo nosso)

CIVIL. PROCESSUAL. MONITÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INVERSÃO ÔNUS PROBATÓRIO. HONORÁRIOS PERICIAIS. PRETENSÃO DE ATRIBUIR-SE O ÔNUS DE PAGAMENTO À PARTE CONTRÁRIA. DESCABIMENTO.

I. A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, não acarreta o encargo financeiro de custear as despesas pela parte adversa, mas, apenas, o faz arcar com as conseqüências jurídicas pertinentes.

II. Precedentes.

III. Recurso especial não conhecido.

(BRASIL. Superior tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 683518/DF, Quarta Turma. Recorrente: Marcelo Pereira Magnino. Recorrido: Banco Sudameris Brasil S/A. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Data do julgamento: 21 nov 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=663161&sReg=200401172472&sData=20070226&formato=HTML>. Acesso em: 27 ago 2008). (Grifo nosso).

Filiamo-nos à posição de que a inversão do ônus da prova acarreta também a inversão dos custos com a produção dessas provas, já que quando há inversão do ônus de provar a parte assume todas as conseqüências desse encargo, sejam elas processuais e econômicas, pois a produção da prova, com a inversão, passa a ser de sua responsabilidade. Se assim não for, de nada adianta inverter o ônus da prova; se a parte mais fraca da relação jurídica continuar tendo que arcar com os custos da produção dessas provas, não será atingido o tratamento isonômico das partes, imposto pelo princípio da igualdade. Apenas a inversão do ônus da prova não é suficiente para dar tratamento isonômico às partes. Para ocorrer a produção da prova e para dar efetividade ao bem tutelado pelo processo, a outra medida deve também ser concedida, já que os custos e as despesas com a produção da prova não podem apresentar-se como impedimento à efetividade dos direitos transindividuais.

É evidente que as lides ambientais exigem provas difíceis e custosas, como laudos técnicos, estudos de impactos ambientais, etc., e também é evidente a disparidade de poder econômico entre quem provoca o dano, normalmente uma empresa, e quem o sofre. Nenhuma efetividade terá a inversão do ônus probatório sem a inversão dos custos com a produção da prova. Mister impor-se a inversão do ônus probatório e das custas com a produção das provas, a inversão dos custos também é medida de isonomia processual e garantia de efetividade do bem jurídico tutelado no processo.

Cabe fazer a ressalva no sentido de que, se a parte que foi beneficiada com a inversão for beneficiária de assistência judiciária não haverá necessidade de haver a inversão dos custos com a produção das provas, pois com o benefício a disparidade econômica estará superada no âmbito processual.

4.6 Julgados a respeito da inversão do ônus da prova no processo civil ambiental

De acordo com pesquisas realizadas nos tribunais de nosso país percebemos que o instituto processual de inversão do ônus probatório tem sido, atualmente, amplamente aceito. Lógico que os julgadores ainda não chegaram a um consenso a respeito dos requisitos necessários para a concretização da medida, até porque nos falta um Código de Processo Civil Coletivo para resguardar os direitos e interesses difusos com efetividade e tratar desses direitos e interesses de maneira mais homogênea. Apesar disso, constatamos que, na grande maioria das vezes, os julgadores apóiam sua decisão no sentido de inverter o ônus da prova nos princípios da prevenção e precaução, e utilizam o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, já que não há um específico.

Este tem sido o entendimento utilizado por nossos tribunais. Dentre muitos julgados a respeito do tema, destacamos o Agravo de Instrumento Nº 70011843224 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Primeira Câmara Cível, Relator Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal, julgado em 09/11/2005¹⁹.

De acordo com o relatório, trata-se de agravo de instrumento, interposto pela PETROBRÁS, nos autos da ação civil pública movida face o Ministério Público, com a finalidade de condenar a Refinaria Alberto Pasqualini e a Agravante em danos ambientais, em

¹⁹ Disponível no site: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 09 out. 2008.

razão de decisão que deferiu o pedido de inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor formulado pelo Ministério Público.

O Relator do recurso, em seu voto, expõe com muita inteligência que a inversão do ônus da prova é um instituto que está vinculado modo lógico, sociológico, filosófico e jurídico e de forma evidente ao se realizar juízo de valor sobre bens/interesses de ordem pública e que não é restrito à tutela dos interesses meramente consumeristas, já que o Título III, do referido Código contém dispositivos de ordem processual que extrapolam o seu âmbito e se aplicam aos demais bens protegidos via ação civil pública.

E continua seu voto no sentido de que: “A inversão do ônus da prova no Código do Consumidor é, efetivamente, aplicável às questões que envolvem responsabilidade civil por danos ambientais, pois as razões que justificam a inversão do ônus da prova são comuns às pretensões deduzidas em ações que tais em razão da natureza jurídica da *“res in iudicio deducta est”*”.

O alcance da norma inserta no CDC aos demais bens-interesses tutelados pela Lei da Ação Civil Pública decorre da necessidade de a processualística atual se adaptar à proteção dos interesses e, antes, aos conflitos transindividuais, instrumentos processuais modernos e compatíveis com os interesses de ordem pública tutelados. Com a utilização do processo civil tradicional não se atende às necessidades da problemática que geram os interesses difusos e coletivos quando solapados, de sorte que o processualista moderno deve buscar meios outros para assegurar a efetividade do processo na busca da decisão justa e bem adequada à espécie. Com efeito, a idéia de acessibilidade à Justiça não pode resultar restrita ao acesso aos tribunais, mas deve ser compreendida como modo de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa e plena, ao bem da vida buscado na ação, não por partes ou por metade. E isto é o que ocorre quando não se instrumentaliza o processo e o juiz com os meios de prova e modo ou forma de as realizar, dotados de possibilidade de alcançarem os julgadores uma plena e efetiva demonstração do fato que se pretende provar.

O Relator conclui seu voto da seguinte maneira: “(...) a possibilidade de inversão do ônus da prova afigura-se como precioso instrumento para assegurar a efetividade da proteção dos interesses difusos e coletivos, mormente em relação à proteção ao meio ambiente, em que as demandas envolvem questões probatórias complexas e que exigem um olhar probatório moderno e verossímil, incompatível com a não utilização de instrumentos necessários e convenientes à realização de uma bem aparelhada dicção do direito. Os princípios que sustentam a possibilidade da inversão do ônus da prova são, com efeito, o da prevenção, da precaução e da cautela qualificada, princípios estes que são a base de

sustentação em Direito Ambiental, em face do interesse público envolvido e subjacente. Pois é por decorrência dos princípios da precaução e da prevenção do dano ambiental que entendo haver autorização evidente para a possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova. E para os que entendem que a inversão do ônus da prova não está autorizado a utilizá-la o juiz nestes casos, em face de que decorre da aplicação analógica do art. 6º, inc. VIII, do CDC que está inserto no “Capítulo III” e não no referido pelo art. 117, do CDC que inseriu o art. 21, na Lei nº 7.347/85 porque este diz que se aplicam os dispositivos insertos no “Título III” – não no “Capítulo III” – é de se redargüir que existem outros dispositivos legais que o autorizam. Por exemplo, tem o juiz – sempre – o poder geral de cautela inserto no art. 798, do Código de Processo Civil”.

Podemos perceber que o relator argumenta a favor da aplicação analógica do art. 6º, inc. VIII, do CDC para possibilitar a inversão do ônus da prova nos processos civis ambientais, e ainda utiliza o princípio da precaução e da prevenção como requisitos essenciais para que o instituto seja aplicado ao caso concreto.

O julgamento do Agravo citado resultou na seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE EM RELAÇÕES JURÍDICAS VINCULADAS A INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS OU INDIVIDUAIS E REFERENTES A DANOSIDADES AMBIENTAIS. O impacto ambiental é ato/fato jurídico - ausente o negócio jurídico propriamente tal em termos de conceituação jurídica - que, pela própria afetação do meio ambiente, bem constitucionalmente protegido (art. 225, da Constituição Federal), impõe ao Poder Judiciário um proceder cuidadoso e cautelar vinculado ao bem/interesse público subjacente. A inversão do ônus da prova é mecanismo que não só pode como deve ser utilizado pelo juiz não só em face de disposições infraconstitucionais, mas também as disposições constitucionais em relevo, devendo ser consideradas a natureza do direito protegido e eventualmente violado e as conseqüências disso caso não comprovado este e o respectivo dano - jurídico e social - conseqüente, mormente em se tratando de dano ambiental. Inteligência sempre atual de brocardo latino que bem se adequou à espécie: “actori incumbit et réus in excipiendo fit actor”. Recurso improvido. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Agravo de Instrumento Nº 70011843224, Primeira Câmara Cível, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 09/11/2005).

A medida processual de inverter o ônus da prova é medida que só passou a ser aceita com o Código de Defesa do Consumidor e nos casos abarcados por esse código, ou seja, em processos que tinham como partes fornecedor e consumidor, depois de algum tempo, viu-se a necessidade de um código de processo que regulasse os direitos transindividuais, já que o modelo tradicional, individual, apresentava vários obstáculos para a efetividade dos

direitos transindividuais. Como até o momento não há ainda este código em vigor, julgadores passaram a utilizar-se das regras do Código de Defesa do Consumidor e a aplicá-las para os demais processos que tutelam direitos transindividuais, com as devidas adequações ao caso concreto, como é o exemplo do processo civil ambiental.

Vários julgados de tribunais diferentes e com este entendimento foram expostos neste trabalho. Neste momento, selecionamos outro julgado e passaremos à sua análise. Trata-se do Agravo de Instrumento n.º 70011872579 da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²⁰.

Nesse processo, o Ministério Público moveu ação civil pública contra a empresa Laticínios Casquense LTDA, com base em inquérito civil (n.º 34/2002) instaurado para apurar responsabilidades do ora agravado por dano ambiental.

Diante dos fatos e provas constantes dos autos, o Ministério Público requereu a inversão do ônus da prova, medida negada em primeiro grau de jurisdição. Diante disso, o Ministério Público interpôs o recurso de Agravo de Instrumento atacando a decisão que indeferiu o pedido de inversão do ônus da prova do dano ambiental provavelmente causado pelo agravado, de modo a permitir a recuperação do meio ambiente atingido, alegando que é possível a inversão do ônus da prova em matéria relacionada ao meio ambiente.

No julgamento do Agravo, o Relator, diante do caso concreto, entendeu possível a inversão do ônus da prova, como podemos observar no trecho de voto transcrito: “Diante dessa situação fática peculiar, tenho que se mostra possível o acolhimento da postulação de inversão do ônus da prova, no caso dos autos, em face da autuação efetivada, trazendo fortes indícios da ocorrência efetiva da degradação ambiental”. Esse trecho evidencia que a verossimilhança das alegações foi caracterizada.

E ainda continua o Relator mostrando a incidência do princípio da prevenção e da precaução no caso concreto: “Especificamente em relação à inversão do ônus da prova, as normas processuais relativas à apuração do dano ambiental devem ser interpretadas em consonância com os princípios da precaução e da prevenção. O primeiro, intimamente ligado a uma não previsão exata dos possíveis danos ambientais, e o segundo, vinculado à possibilidade de se aferir os danos que seriam causados em face de determinada atividade”.

²⁰ Disponível no site: <<http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em: 09 out. 2008

O Relator atribuiu ao possível autor do dano o ônus de provar que o exercício de sua atividade não ocasionará danos ao meio ambiente, estando desobrigado de implementar medidas de precaução ou de prevenção.

E prossegue o voto sustentando que: “No princípio da precaução, está consagrado o critério da probabilidade em detrimento do critério da certeza. Nesse sentido, ao provável poluidor cabe provar que a atividade não se mostra lesiva ao meio ambiente, ao passo que ao demandante, no caso, o Ministério Público, cabe provar a probabilidade da ocorrência do dano. Com isso, transfere-se para o poluidor os custos da prova que nada mais é que a transferência do próprio risco”. Podemos notar com este trecho a incidência do critério da probabilidade, e não o critério da certeza, consequência do princípio da precaução, já exposto neste trabalho anteriormente.

O Relator concluiu assim o voto: “Portanto, no caso *sub judice* mister impor-se a inversão do ônus probatório às custas do agravado em face dos princípios da precaução e da prevenção”.

O julgamento do Agravo de Instrumento resultou na seguinte ementa:

DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. DANO AMBIENTAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E PREVENÇÃO. Cabimento da inversão do ônus da prova “in casu” para impor ao requerido os custos da perícia em face dos Princípios da Precaução e Prevenção. Doutrina e jurisprudência. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. DECISÃO MODIFICADA.

Podemos perceber que este julgado e o anterior sintetizam e confirmam as idéias defendidas ao longo deste trabalho, respaldando ainda mais nossos posicionamentos a respeito da inversão do ônus da prova.

Conclusão

O direito ambiental é eivado de peculiaridades que lhe são intrínsecas, já que disciplina um bem valioso à vida, fundamental à dignidade da pessoa humana, sendo um bem frágil, já que os danos provocados contra ele são, quase na totalidade, irreparáveis. Pelos princípios ambientais, como o da precaução e da prevenção, resta evidenciado que o direito ambiental visa primordialmente a prevenir para que os danos ambientais não se concretizem, sendo esta a melhor solução.

A finalidade preservacionista do direito ambiental, expressada principalmente pelos princípios da precaução e da prevenção, traz como consequência, no processo civil ambiental, dentre outras, a possibilidade de inverter o ônus probatório. O direito tradicional posto é insuficiente para dar efetividade ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e saudável (direito transindividual), desta forma o processo civil ambiental enfrenta situações peculiares que merecem ser tratadas de maneira diferenciada para que o processo seja efetivo e cumpra as garantias constitucionais.

A prova faz parte do processo, sendo essencial para a prestação da tutela jurisdicional. É por intermédio da prova que se forma a convicção do juiz e é esta que, consequentemente, respalda o resultado da demanda. A efetividade da instrução probatória é essencial para que seja atendido o devido processo legal e demais princípios processuais constitucionais, como o do devido processo legal.

A Constituição Federal, além de garantir o acesso à jurisdição, também exige que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva para alcançar a pacificação social. Ser efetivo significa cumprir as garantias do devido processo legal, ser seguro juridicamente, ser adequado ao bem tutelado em concreto, ser tempestivo e dispor de medidas para que seja realizado o direito material. A nosso ver, o requisito mais importante para uma efetiva prestação jurisdicional é a adequação do direito processual ao direito material do caso concreto. O direito processual serve ao direito material, são aliados devendo ser pensados e estruturados juntos, como um conjunto que formam. O direito processual deve viabilizar o material. De nada adianta um direito material que não possa ser concretizado no processo. Quando um processo chega ao seu final sem poder propiciar o bem a quem de direito, ocorre o maior vício processual, qual seja a injustiça.

Infelizmente, ocorre uma disparidade entre o direito ambiental e o direito processual ambiental, já que o direito ambiental foi bem regulado, é um direito transindividual com institutos evolucionados para o futuro, mas o direito processual ambiental não acompanhou essa evolução. O modelo processual tradicional é insuficiente para aplicar o direito ambiental, por isso é necessário que este se adeque às peculiaridades daquele. De nada adianta uma legislação ambiental avançada se o processo inviabilizar sua aplicabilidade por ser incompatível e descontextualizado do direito que tutela. Diante de casos como este tem sido muito discutido e muito requisitado um Código de Processo Coletivo, imprescindível a efetivação dos direitos difusos.

A regra geral de distribuição do ônus da prova exposta no artigo 333 do Código de Processo Civil, é insuficiente para os processos ambientais nos quais há incidência do princípio da precaução ou da prevenção, pois em processos deste tipo o protetor (autor) não possui condições de realizar a atividade probatória, por tratar-se de provas complexas, difíceis e que, na maioria das vezes, já estão em poder da parte contrária (poluidor em potencial).

A inversão do ônus da prova não é direito exclusivo do consumidor. Em matéria ambiental, ela tem sido amplamente aceita pelos tribunais de nosso país como podemos observar nos julgados expostos no decorrer da pesquisa.

Não existe ainda dispositivo legal específico cuidando da inversão do ônus da prova para o direito ambiental, mas esta se mostra necessária e é consequência de outros institutos ambientais, principalmente do princípio da precaução e da prevenção, chamados também de princípios prudenciais. Diante desta falta de regulamentação legal, e enquanto aguardamos um Código de Processo Civil Coletivo, utilizamo-nos do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, código pensado para a defesa dos direitos difusos em juízo e, portanto, aplicável ao processo que tutela o meio ambiente.

Percebe-se que a produção de provas num processo desse tipo já não é tarefa fácil quando fica ao encargo da parte degradadora, imagine-se então, se o ônus permanecesse com a parte protetora. Ela muito dificilmente teria meios de conseguir tais provas, ficando o processo sem efeito prático nenhum.

A inversão do ônus da prova, por ser providência excepcional, não pode ser automaticamente aplicável em qualquer relação de direito ambiental. Desta forma, trata-se de hipótese sujeita ao crivo judicial, condicionada ao preenchimento dos requisitos legais, sob pena de configurar ato ofensivo ao devido processo legal. A inversão não é automática, o juiz

analisa se estão presentes todos os requisitos necessários e, se estiverem, inverte o ônus da prova, ou seja, a decisão está na esfera de discricionariedade do juízo.

A inversão do ônus da prova só pode ser efetivada no processo civil, em favor do protetor do meio ambiente, polo mais fraco da relação, legitimando-se como forma de facilitar a defesa de seu direito em juízo; assim, a inversão deve mostrar-se necessária, útil, já que o objetivo é facilitar a defesa do meio ambiente, e não privilegiar o protetor do meio ambiente para que vença a demanda, em detrimento das garantias do poluidor em potencial – réu. A finalidade é facilitar a defesa dos direitos do meio ambiente e não assegurar a vitória de uma parte sacrificando o direito de defesa da parte contrária.

Para que a inversão do ônus da prova possa ser concedida pelo julgador é necessário que no processo civil ambiental haja incidência do princípio da precaução ou da prevenção e que a parte protetora seja hipossuficiente tecnicamente ou haja verossimilhança nas alegações.

No nosso entendimento, o momento oportuno para a incidência da inversão, é o despacho saneador, preservando deste modo todas as garantias constitucionais processuais.

Resta evidenciado que o objetivo maior é a efetividade na proteção do meio ambiente, não deixando que impecilhos processuais tornem ineficaz a medida da inversão do ônus da prova.

Felizmente, pela análise de julgados em diversos Tribunais de nosso país, percebemos que o instituto de inversão do ônus da prova tem sido aplicado nos processos civis ambientais e que os magistrados estão preocupados em propiciar a efetividade processual tão proclamada e esperada pelos jurisdicionados.

Referências Bibliográficas

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

ALEXY, Robert. *Derecho y razon practica*. 2 ed. México: Fontamara, 1998.

_____. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Colombia: Universidad externado de Colombia, 1995.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. 2 ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2006.

ALVIM, Arruda. *Tratado de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

ARAÚJO, Alexandre Costa de. A inversão do ônus da prova nas relações de consumo: aonde vamos?. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1352, 15 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9601>>. Acesso em: 18 ago. 2008.

AROCA, Juan Montero. COLOMER, Juan Luis Gomez. REDONDO, Alberto Monton. VILAR, Silvia Barona. *El nuevo proceso civil: ley 1/2000*. 2 ed. Valencia: Tirant Lo Blanch Alternativa, 2001.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALICKI, Marcelo. *A delimitação do princípio da precaução e o paradigma complexo de Edgar Morin*. Revista de direito ambiental. V. 48, ano 12. São Paulo: Revista dos tribunais, out.-dez. 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da constituição brasileira*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da constituição brasileira*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BEBBER, Júlio César. *O novo Código Civil e a prova judiciária: breves considerações*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 77, 18 set. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4243>>. Acesso em: 16 maio 2008.

BECK, Ulrich. *Políticas ecológicas em la edad del riesgo*. Barcelona: El Roure, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos. *Introdução ao direito ambiental brasileiro*. Revista de Direito Ambiental, ano 4, nº 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Curso de direito constitucional*. 10 ed. São Paulo : Malheiros, 2000.

_____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001

BRASIL. Código de Processo Civil. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm>. Acesso em: 20 jan. 2008.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 26 jan. 2008.

_____. Lei 8.884, de 11 de julho de 1994. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jun. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm>. Acesso em: 28 jan. 2008.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Proteção do ambiente e direito de propriedade* (crítica de jurisprudência ambiental), Coimbra: Coimbra, 1995.

_____; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro. *Análise da aplicabilidade do princípio da precaução no processo de licenciamento ambiental da UHE TIJUCO Alto no Rio Ribeira de Iguape*. Revista de Direito Ambiental. V. 19, ano 5 São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. - set. 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral, o conceito jurídico da prova*. São Paulo: Leud, 2003.

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Principios de derecho procesal civil*. Madrid: REUS, 2000

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 22 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de derecho procesal civil: la constitucion y el proceso civil; pruebas en materia civil*. 3 ed. Buenos Aires: Depalma, 1998.

_____. *Fundamentos do direito processual civil*. Campinas: Red Livros, 1999.

_____. *Interpretação das leis processuais*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. *Introduccion al estudio del proceso civil*. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 1988.

DAISSON FLACH. *Processo e realização constitucional: a construção do “devido processo”*. In: AMARAL, Guilherme & CARPENA, Márcia Louzada Carpena (Coord.). *Visões críticas do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 90º ano, n. 788, p. 92-107, junho 2001.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 2001

DIAS, Jean Carlos. *As cadeias prometidas: ainda o ônus da prova nas ações ambientais*: Revista de Processo. N. 153, ano 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, novembro, 2007.

DIAS, José Eduardo de Oliveira Figueiredo. *Tutela ambiental e contenciosos administrativo: da legitimidade processual e suas conseqüências*. Coimbra: Coimbra, 1997 (Studia Iuruduca, 29).

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III. 2 ed. ver. E atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. rev. e atual. V III. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 12 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 4 reimpressão. Barcelona: Ariel, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 1 ed. 2 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELIA JUNIOR, Mario Luiz. *O caráter instrumental dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1183, 27 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8679>>. Acesso em: 21 jan. 2007.

FELIPPE, Marcio Sotelo. *Razão jurídica e dignidade humana*. Max limonad. São Paulo, 1996.

FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. V. II. 13 ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito; *et alii*. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

FINK, Daniel Roberto. DENARI, Zelmo. GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000

_____. *Princípios do processo ambiental*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; DIAFÉRIA Adriana. *Biodiversidade e patrimônio genético no direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Prática processual civil*. 4 ed. Campinas: Russell, 2002.

GIDI, Antônio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor*. Revista Direito do Consumidor. N. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. – mar. 1995. p. 33-41.

GOMES, Victor André Liuzzi. *O princípio da efetividade e o contraditório*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 460, 10 out. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5789>>. Acesso em: 11 fev. 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. São Paulo: revista dos tribunais, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1996.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS, 2005.

HAMMERSCHIMIDT, Denise. *O risco na sociedade contemporânea e o princípio da precaução no direito ambiental*. Revista de Direito Ambiental. V. 31, ano 8 . São Paulo: Revista dos Tribunais, jul. – set. 2003.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. *Política Ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos*. São Paulo: RT, 2002. 300p.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Estudos de direito ambiental*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MAITAN, Elise Mirisola. *Ensaio do direito ambiental e sua abordagem principiológica*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1528, 7 set. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10387>>. Acesso em: 11 set. 2008.

MARCATO, Antonio Carlos. *Código de processo civil interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela jurisdicional na reforma do processo civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

_____. *Comentários ao código de processo civil: artigos 332 a 363*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 4 ed. ver. e amp. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 03 fev. 2008.

_____. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1168, 12 set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8845>>. Acesso em: 28 jul. 2008.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V.2. São Paulo, Saraiva, 1974.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Tutela dos interesses difusos e coletivos*. 5 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

MELENDO, Santiago Sentis. CAPPELLETTI, Mauro. *La Oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa America, 1972.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 8 ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *A inversão do ônus probatório nas ações de consumo*. Revista de Processo. N. 157, ano 33. São Paulo: Revista dos Tribunais, março, 2008.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, prática, glossário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, prática, glossário*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Direitos fundamentais. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. t. IV.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Direito Ambiental. O princípio da precaução e sua aplicabilidade judicial*, Revista de Direito Ambiental. V. 21, ano 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. – mar. 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Luis Carlos Silva de. *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORATO LEITE, José Rubens. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

MORE, Rodrigo Fernandes. *A poluição do meio ambiente marinho e o princípio da precaução*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3194>>. Acesso em: 06 out. 2004.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor*. RePro, n.86, 1997.

MOTA, Maurício. *Princípio da precaução no direito ambiental: uma construção a partir da razoabilidade e proporcionalidade*. Revista de direito ambiental. V. 50, ano 13. São Paulo: Revista dos tribunais, abr.-jun. 2008.

MUKAI, Toshio. *Direito ambiental sistematizado*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado: e legislação processual civil extravagante em vigor*. 8.ed.rev.am.atu. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Getúlio Marcos Pereira. *Valoração da prova e livre convicção do juiz*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 401, 12 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5583>>. Acesso em: 12 maio 2008.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RAMOS, Maíra Silva da Fonseca. *A prova proibida no processo penal: as conseqüências de sua utilização*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 837, 18 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7432>>. Acesso em: 29 maio 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ROSENBERG, Barbara. *La doble desestructuracion y la interpretacion del derecho*. Barcelona: M. J. Bosch, 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SAMPAIO, José Francisco Marques. *Responsabilidade civil e reparação de danos ao meio ambiente*. 2 ed. rev. e atualizada, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6 ed. V. IV. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor*. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SETZER, Joana; GOUVEIA, Nelson da Cruz. *Princípio da precaução rima com ação*. Revista de direito ambiental. V 49, ano 13. São Paulo: Revista dos tribunais, jan.- mar. 2008.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII)*. Revista de Processo. N. 146, ano 32. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. 2007.

SILVA, Enio Moraes da. *Os organismos geneticamente modificados e o princípio da precaução como instrumento de proteção ambiental* in Revista de Direito Ambiental. V. 30, ano 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr. – jun. 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4 ed. rev. atualizada, São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v I. 5.ed. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional econômico*. 2 ed. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

VALLS, Mário F. *Derecho ambiental*. Buenos Aires: Mustang, 1994.

VIANNA, Guilherme Borba. *A efetividade do processo pelo julgamento monocrático no Tribunal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2335>>. Acesso em: 11 fev. 2008.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, obra coletiva, 7 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.