

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA
A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM AÇÕES
AMBIENTAIS**

ALEXANDRE MURILO SCHRAMM

Itajaí-SC, 30 de janeiro de 2017

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA
A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM AÇÕES
AMBIENTAIS**

ALEXANDRE MURILO SCHRAMM

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Itajaí-SC, 30 de janeiro de 2017

AGRADECIMENTOS

Nossos agradecimentos mais sinceros ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, à diligente Secretária Jaqueline Morretti Quintero e ao Professor Doutor Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, pela inestimável orientação.

DEDICATÓRIA

A Roberto Mário Schramm, meu pai.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 30 de janeiro de 2017

Alexandre Murilo Schramm
Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
CC/1916	Código Civil de 1916
LAP	Lei da Ação Popular
LACP	Lei da Ação Civil Pública
CC/2002	Código Civil de 2002
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
NCPC	Novo Código de Processo Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
STJ	Superior Tribunal de Justiça
REsp.	Recurso Especial

ROL DE CATEGORIAS

Revolução industrial: transição histórica de um paradigma de produção artesanal para novos processos mecanizados de manufatura (neste trabalho, por não afetação ao tema central, será tratada em acepção mais genérica, como modernização).

Modernização: salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização.

Sociedade de risco: etapa do desenvolvimento da sociedade moderna em que as ameaças – sejam elas sociais, políticas, econômicas ou individuais – tendem cada vez mais a escapar dos mecanismos de controle, seja do Estado ou da sociedade.

Ecologia: ciência que estuda o meio ambiente.

Desenvolvimento sustentável: utilização equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse e das gerações futuras.

Sustentabilidade: consiste em assegurar, de forma inédita, as condições propícias ao bem-estar físico e psíquico no presente, sem empobrecer e inviabilizar o bem-estar no amanhã, razão pela qual implica o abandono, um a um, dos conceitos insatisfatórios de praxe.

Modernidade simples ou primeira modernidade: Caracteriza-se como o período da modernização em que as ameaças decorrentes do processo de industrialização são sistematicamente produzidas e aceitas pelo homem, sem consciência ou reflexão, já que estão conformes aos padrões da sociedade industrial.

Modernidade reflexiva ou pós-modernidade: momento da sociedade industrial ou moderna em que as ameaças ou riscos ao meio ambiente passam ao conhecimento e à reflexão do homem, conquanto opte por sua ocorrência.

SUMÁRIO

RESUMO	p. 11
RESUMEN	p. 12
INTRODUÇÃO	p. 13
1. A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE: A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO TÉCNICA FORMAL	p. 16
1.1. AS TÉCNICAS DE TUTELA AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS	p. 16
1.1.1. Período colonial	p. 16
1.1.2. Período republicano	p. 22
1.2. SOCIEDADE DE RISCO E SUSTENTABILIDADE: UM NOVO PARADIGMA	p. 26
1.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL: TÉCNICAS DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE NA CF/1988	p. 33
2. A RELEVÂNCIA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE	p. 41
2.1. A DISTRIBUIÇÃO NORMAL E REGULAR DO ÔNUS DA PROVA	p. 41
2.1.1. Aspectos gerais sobre prova	p. 42
2.1.2. Paradigma distributivo estático do ônus probatório	p. 55
2.1.3. O NCPC e o modelo distributivo dinâmico do <i>onus probandi</i>	p. 66
2.2. A PECULIAR NATUREZA DOS DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS	p. 70
2.3. A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO COMO TÉCNICA ADEQUADA DE TUTELA	p. 74
3. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	p. 78

3.1. DA PRINCIPIOLOGIA APLICÁVEL AO DIREITO AMBIENTAL: BREVES CONSIDERAÇÕES	p. 79
3.1.1. Princípio do desenvolvimento sustentável.....	p. 81
3.1.2. Princípio do ambiente ecologicamente equilibrado.....	p. 82
3.1.3. Princípio do poluidor-pagador.....	p. 83
3.1.4. Princípio do usuário-pagador.....	p. 84
3.1.5. Princípio da intervenção estatal e princípio da participação comunitária.....	p. 84
3.1.6. Princípio da informação.....	p. 85
3.1.7. Princípio da educação ambiental.....	p. 86
3.1.8. Princípio da função socioambiental da propriedade.....	p. 86
3.1.9. Princípio da vedação de retrocesso ou efeito <i>cliquet</i>	p. 87
3.1.10. Princípio da prevenção.....	p. 87
3.2. DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.....	p. 90
3.3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COM BASE NO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E SEUS DEVERES ANEXOS.....	p. 96
3.4. ANÁLISE DE CASO: RECURSO ESPECIAL N. 883.656	p. 102
 CONSIDERAÇÕES FINAIS	p. 107
 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	p. 110

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade do Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. As grandes conferências e discussões mundiais sobre a temática ambiental e da sustentabilidade destacaram a importância da conservação do meio ambiente para a manutenção das gerações futuras, de modo a projetar-se sua tutela como direito fundamental, de matriz e proteção constitucionais. Da alçada constitucional emprestada ao Direito Ambiental, elevaram-se princípios, dentre os quais o da inversão do ônus da prova, de natureza implícita e formal ou processual. Detendo esses direitos transindividuais natureza jurídica peculiar e difusa, o modelo processual distributivo estático do ônus probatório não mais se revelou adequado, resultando mais apurado para a sua tutela em juízo o paradigma de subministração dinâmica das cargas. Nessa moldura, exsurge da principiologia ambiental a precaução e as prestações positivas dela emanadas como fundamentos eficientes para determinarem a inversão do *onus probandi* em ações coletivas preventivas ou inibitórias. Esta dissertação pretende, via método indutivo, positivar tal hipótese.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Precaução. Inversão. Ônus. Prova.

RESUMEN

La presente tesis se inserta en la línea de investigación de Derecho Ambiental de la Maestría en Ciencias Jurídicas, a la Universidade do Vale do Itajaí. Las conferencias y debates internacionales acerca de los temas ambientales y de sostenibilidad, pusieron de relieve el interés de la conservación del medio ambiente para el mantenimiento de las generaciones futuras, a fin de proyectar su protección como un derecho fundamental. Del alcance constitucional accedido a la Ley del Medio Ambiente, han ascendido principios entre los que la inversión de la carga de la prueba, de naturaleza implícita relativa a forma o procedimiento. Teniendo estos derechos transindividuales peculiar naturaleza legal, el modelo distributivo y estático de la carga de la prueba ya no resulta adecuado, siendo más preciso el paradigma de ministración dinámica de las cargas para salvaguardar su sentencia. En este marco, del principio ambiental advén los beneficios positivos emitidos como base eficiente para determinar la inversión del *onus probandi* en las acciones de clase preventivas o cautelares. Esta tesis pretende, por inducción, validar esta hipótesis.

Palabras Clave: Derecho Ambiental. Principio de precaución. Inversión. Carga. Prueba.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O seu objetivo científico é demonstrar que princípio constitucional e ambiental da precaução serve como fundamento eficiente para justificar a decretação da inversão do ônus da prova em ações coletivas de natureza preventiva ou inibitória, enquanto técnica formal ou adjetiva de tutela do meio ambiente.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A natureza difusa dos direitos transindividuais ambientais exige técnica processual mais apurada e eficiente para a sua tutela.

b) O princípio da precaução e as prestações positivas dele emanadas exsurgem como fundamentos eficientes para determinarem a inversão do ônus probatório em ações coletivas preventivas.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, anotando-se que a problemática da poluição atmosférica foi veiculada de forma relevante na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (ONU), realizada em Estocolmo, no ano de 1972.

Naquela ocasião, restou inserida a temática ambiental na agenda mundial, destacando-se a responsabilidade pela conservação do meio ambiente.

Sobrevieram as conceituações de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade.

As grandes conferências e discussões mundiais sobre a temática da sustentabilidade que se seguiram destacaram a importância da conservação do meio ambiente para a manutenção das gerações futuras, de molde a projetar-se sua tutela como direito fundamental, de matriz e proteção constitucionais, emprestando-se ao Direito Ambiental autonomia científica e uma feição nunca antes verificada.

Cogitou-se, pois, da “constitucionalização” do Direito Ambiental.

Do assento constitucional conferido à proteção do meio ambiente, emanaram técnicas específicas de tutela, de várias ordens.

O capítulo 1 examina precisamente essas técnicas de tutela, partindo-se de um breve esboço histórico da legislação ambiental pátria, desde o período colonial.

Alocada topograficamente a inversão do ônus da prova enquanto técnica constitucional implícita e formal ou processual de tutela do meio ambiente, o Capítulo 2, ao veicular a relevância do tema proposto, trata de alicerçar a matéria, repercutindo sobre a distribuição normal e regular do *onus probandi*, perpassando por aspectos gerais da teoria probatória, do modelo distributivo estático e do paradigma distributivo dinâmico da carga probatória no novel Código de Processo Civil (NCPC).

Arremate-se com investigação acerca da peculiar natureza dos direitos transindividuais (coletivos e difusos) e se propõe a inversão do ônus da prova como técnica processual adequada de tutela do meio ambiente, confirmando-se a hipótese primeira.

O Capítulo 3 dedica-se ao enfrentamento da temática principal e proclama o princípio da precaução como vero fundamento para a inversão do ônus da prova.

Examina-se inicialmente a principiologia aplicável ao Direito Ambiental, tecendo-se breves considerações acerca de princípios de relevância objetiva destacada, enfatizado o princípio da precaução.

Estabelecida a anatomia das ações coletivas e suas tipologias básicas, delimitando-se o tema ao âmbito das *actioes* preventivas ou inibitórias, culmina-se por concluir que o princípio da precaução e as prestações positivas dele emanadas exsurtem como fundamentos eficientes para determinarem a inversão do ônus probatório na espécie, confirmando-se a segunda hipótese.

O presente relatório de pesquisa se encerra com as considerações finais,

em que são apresentados aspectos destacados da contribuição oportunizada à comunidade científica e jurídica quanto ao tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e de reflexões sobre o apuro da inversão do ônus da prova enquanto técnica processual adequada para a tutela do meio ambiente, determinada pela aplicação do princípio da precaução.

A investigação dar-se-á por método indutivo de pesquisa, que segundo César Luiz Pasold significa “pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”¹, utilizando-se de documentação indireta.

1 PASOLD, César Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 86.

CAPÍTULO 1

A EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE: A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO TÉCNICA FORMAL

1.1. AS TÉCNICAS DE TUTELA AMBIENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

1.1.1. Período colonial

As primeiras ordenações da legislação ambiental brasileira e suas respectivas técnicas de tutela do meio ambiente remontam ao período colonial e à submissão da colônia brasileira à metrópole portuguesa, como leciona Ann Helen Wainer, em obra sobre o tema².

Anota-se, bem a propósito, o pioneirismo dos diplomas legislativos ambientais portugueses, sempre preocupados em oferecer instrumentos de responsabilização por danos ao meio ambiente, sublinhando-se ser inviável estudar a legislação pátria sem recorrer ao exame da legislação lusitana, que por aqui vigeu até o início do século XIX (ordenações do reino)³.

Todavia, a legislação ambiental portuguesa então em vigor e, por via de consequência, a nacional pioneira, vam antes de tudo resguardar os interesses da Coroa, no tocante ao fornecimento de produtos de elevada monta e não se mostravam propriamente ocupadas com a tutela ambiental como uma salutar finalidade em si mesma considerada, mas sim instrumentalmente afetas ao interesse econômico subjacente⁴.

2 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 03.

3 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 03.

4 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito**

Sobre o tema extrai-se da obra de Pery Saraiva Neto:

O Brasil dispôs de uma primeira fase em matéria de legislação ambiental, cujo escopo não era propriamente promover a proteção do meio ambiente, mas, isto sim, tinha foco nos recursos naturais, numa perspectiva utilitarista. Ely Melo registra tal período assinalando que ‘as primeiras leis brasileiras de proteção ambiental surgiram dentro do referido contexto de concepção privatista do direito de propriedade, não podendo servir de suporte legal para que o poder público atuasse de maneira incisiva na defesa do meio ambiente, pois ao agir neste sentido, estaria limitando tanto o direito de propriedade, como a iniciativa privada. [...] a preocupação central era o aspecto econômico dos recursos naturais. Somente quando se tomou ciência que a saúde da população está diretamente relacionada com o ambiente que a cerca, é que se passou concretizar uma política deliberativa no intuito de controlar os efeitos da degradação ambiental⁵.

Digno de reiteração, portanto, que o objetivo da incipiente legislação ambiental, em razão da dominação promovida pela Coroa Lusitana, vigente tanto na Metrópole, como na Colônia, repita-se, era nem tanto salutar, mas muito mais egoístico e econômico, assumindo feição utilitarista de abastecimento de Portugal e ocupação das novas terras.

Dito isso, remete-se ao exame cronológico da legislação metropolitana portuguesa em vigor no Brasil Colônia.

As Ordenações Afonsinas (1446-1521) formataram o primeiro registro legislativo do período colonial.

Delas já constava preocupação com a proteção às florestas, tendo em vista a premente necessidade de utilização de madeira para a expansão ultramarina portuguesa.

Colhia-se ainda a proibição ao corte deliberado de árvores frutíferas tipificado como injúria real, bem como o furto de aves e outros animais, prevendo

Ambiental. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 03.

⁵ SARAIVA. Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 33-34.

reparação ao prejudicado.

O sistema de sesmarias, determinado pela escassez de alimentos, pelo qual todos que possuíam terra deveriam nela plantar alimentos, sob pena de perderem para quem o pudesse, berço de uma espécie de desapropriação, já revelava incipiente preocupação com a sustentabilidade em sentido mais amplo. Nesse contexto, o pau-brasil se destacou como o primeiro gênero natural a ser explorado e degradado, dado o valor econômico que detinha à indústria têxtil, sendo sua exploração concedida pela Coroa a consórcios de comerciantes, faturando Portugal um percentual sobre as vendas⁶.

Das Ordenações Afonsinas evoluiu-se, ainda no lapso colonial, para as Ordenações Manuelinas (1521-1595).

Por ocasião dessa fase, as sesmarias ganharam feição ocupacional, ensejando as capitanias hereditárias, como modelos de aproveitamento do território.

Nesse mesmo momento, sucedeu proibição à caça a determinados animais com meios dolorosos ou cruéis, inclusive em determinados locais, bem assim uma proteção específica às abelhas⁷.

O terceiro movimento legislativo colonial restou inaugurado com o advento das Ordenações Filipinas (1595-1916).

Por ocasião dessa legislação de regência sobrevieram disposições semelhantes a licenças ou autorizações para fins de obras públicas, bem com disposições sobre caça não autorizada a animais de autoridades.

Operou-se, sob o mesmo pálio, o reaproveitamento do instituto das sesmarias, com finalidade de repovoamento, desta feita, bem como a manutenção da proibição de corte indiscriminado de árvores frutíferas, sob pena de crime e responsabilidade incipiente por dano ambiental e ainda a manutenção da proteção

6 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, pp. 04-08.

7 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, pp. 08-14.

específica às abelhas, doravante acrescentada da tutela dos olivares e pomares, contra animais de pasto.

A previsão, todavia, remontava a um paradigma subjetivo de responsabilização, posto que a obrigação de reparar os danos causados exsurgia se concorrente o elemento “malícia” na produção do resultado.

Reiterou-se a proibição de caça cruel a determinados animais, com a apreensão dos equipamentos empregados.

Nesse mesmo período, foram novamente instituídas temporadas de caça em determinados lugares, o mesmo sucedendo com relação à pesca, onde não houvesse maré, com redes, proibindo-se a poluição das águas⁸.

Ato contínuo, edificou-se o Regimento do Pau Brasil (1605), outra legislação digna de nota compartilhada entre Metrópole e Colônia, que estabelecia as seguintes diretrizes: proibição de corte sem autorização real ou do provedor-mor da capitania, sob pena de morte e confisco da fazenda (percebe-se uma penalidade severa, quicá desproporcional, e uma ideia incipiente de licenciamento ambiental).

Extraí-se do mesmo ordenamento a existência de uma espécie de processo administrativo anterior à concessão⁹.

Paralelamente às Ordenações Filipinas e ao Regimento do Pau Brasil, foi editada toda uma legislação “extravagante”, sobre temas diversos, como caça e pesca, ocupação do território e plantio, proteção a animais e árvores, bem como sobre o manejo dos índios e escravos, que foi precisamente a Legislação ambiental vigente no Brasil no século XVII¹⁰.

Relativamente à ulterior dominação holandesa no Nordeste e sua legislação ambiental, alguns registros dignos de anotação consistem na proibição de

8 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, pp. 14-19.

9 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, pp. 19-21.

10 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, pp. 21-25.

abate de cajueiros, proibição de poluição das águas e obrigação de plantio de mandioca, tudo sob pena de multa.

No mesmo vértice, caça e pesca, a esse tempo, eram permitidas, desde que não predatórias.

Havia também um estímulo à ocupação e ao plantio das terras, com a aplicação de um instituto semelhante às sesmarias portuguesas¹¹.

Todavia, a descoberta do ouro e da prata, bem como o declínio da lavoura de cana, determinaram a expansão da colonização para o interior do Brasil, a partir do litoral, mais especialmente para Minas Gerais, resultando inaugurado o ciclo da mineração e sua consequente e necessária regulação.

A Coroa não tardou regulamentar a matéria, reservando para si as jazidas descobertas, estabelecendo uma espécie de regime de concessão para a respectiva exploração pelos candidatos, tributando a quinta parte de todo o metal extraído, posteriormente elevada tal tributação ao mínimo de 1.500 kg/ano.

Tal formatação puramente tributária e o esgotamento natural das jazidas conhecidas na época determinaram o declínio da atividade mineradora, já no final do mesmo século XVIII¹².

Paralelamente à mineração, desenvolveu-se no século XVIII, na região amazônica, caça e pesca, bem como o cultivo de cravo e canela, editando-se as normas regulamentadoras respectivas, atividades estas posteriormente substituídas pela exploração do látex (borracha), já no século XIX, com imenso prejuízo ambiental local¹³.

Na sequência, a interiorização promovida pela mineração no século XVIII determinou a imperativa necessidade de abastecimento, suprida pelo

11 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, pp. 25-28.

12 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, pp. 33-34.

13 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 35.

desenvolvimento da agricultura e da pecuária no Sul, com a edição de normas sobre o solo e sobre o abate¹⁴.

Ato contínuo, a legislação ambiental do século XIX até a Independência (1822) restou caracterizada pela abertura dos portos e a vinda da Família Real para o Brasil, determinando a permissão de exportação de todos os gêneros de produção coloniais, com exceção do pau-brasil, advindo diploma legislativo nesse sentido, aplicado por novas repartições administrativas.

Foi criado o Jardim Botânico do Rio de Janeiro, com a introdução da Palmeira-Mater, plantada pelo próprio D. João VI.

O período restou marcado por preocupação destacada com o corte e as queimadas indiscriminados de árvores para a construção naval.

Acrescenta-se que o aparato burocrático advindo permitiu a formatação de órgãos de fiscalização ambiental¹⁵.

Em seguida, a legislação ambiental posterior à Independência (1822) marcou não apenas a continuidade da dinastia Portuguesa, já que nomeado Imperador o próprio Príncipe Regente luso, D. Pedro I, mas também a continuidade de grande parte da legislação em vigor, como as Ordenações Filipinas, vigentes até 1916, com o advento do antigo Código Civil.

Todavia, foi período profícuo relativamente à edição de novas normas também.

A Constituição do Império de 1824¹⁶ estabeleceu diretos humanos, fulminando as penas corporais e de “degredo” como sanções e determinou a edição dos códigos brasileiros.

14 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 36.

15 WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 41.

16 BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I. Data da publicação n/d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

O primeiro Código Penal de 1830¹⁷ veio à baila prevendo dois crimes por corte ilegal de madeira.

A seus turnos, o Código Comercial de 1850¹⁸ regulava transações e a Lei de Terras (Lei n. 601)¹⁹ definiu o conceito de terras devolutas, conferiu disposições sobre a ocupação do solo e previu responsabilidade civil por danos ambientais.

Com a edificação das estradas de ferro, exsurgiu a correlata legislação de responsabilidade civil objetiva²⁰, mais tarde aproveitada em matéria civil, dentre outras²¹.

1.1.2. Período Republicano

Ao final do século XIX, em 1889, proclamada a República, sob o contexto da precedente Modernização emanada da Revolução Industrial²² e na moldura determinada pela formação de uma Sociedade de Risco²³, renova-se o interesse

¹⁷ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Penal do Império. Data da publicação n/d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Data da publicação n/d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

¹⁹ BRASIL. Lei n. 661, de 18 de setembro de 1850. Lei de Terras. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Data da publicação n/d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

²⁰ BRASIL. Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1912. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

²¹ WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 41-48.

²² Revolução industrial, enquanto transição histórica de um paradigma de produção artesanal para novos processos mecanizados de manufatura, neste trabalho, por não afetação ao tema central, será tratada em acepção mais genérica, como modernização, que tal qual na lição de Ulrich Beck “significa o salto tecnológico de racionalização e a transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das concepções de realidade e das normas cognitivas. O arado, a locomotiva a vapor e o microchip são, na concepção sócio-científica da modernização, indicadores visíveis de um processo de alcance muito mais profundo, que abrange e reconfigura toda a trama social, na qual se alteram, em última instância, as fontes da certeza das quais se nutre a vida. Normalmente, distingue-se entre modernização e industrialização. Aqui, por razões de simplificação da linguagem, utilizaremos preponderantemente ‘modernização’ como um conceito mais generalizante”. BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

²³ Conceito desenvolvido por Ulrich Beck, concebido como “etapa do desenvolvimento da sociedade moderna em que as ameaças – sejam elas sociais, políticas, econômicas ou individuais – tendem cada vez mais a escapar dos mecanismos de controle, seja do Estado ou da sociedade”. SARAIVA. Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado

afeto ao meio ambiente como bem público e comum de todos e daí precisamente exsurge um terreno fértil para o desenvolvimento das primeiras noções de Ecologia, impulsionadas pelos estudos pioneiros de *Malthus, Darwin e Ernst Haeckel* e mais tarde Desenvolvimento Sustentável²⁴ e Sustentabilidade²⁵, diretrizes estas informadoras da legislação pátria dos séculos XX e XXI²⁶.

Registre-se, a este propósito, o advento do centenário Código Civil de 1916²⁷, que ao consolidar a diretriz básica de tutela dos direitos de vizinhança entre prédios, permitiu, numa exegese ampliativa a zonas, o aproveitamento do instituto como técnica de tutela genérica do meio ambiente.

Leciona José Afonso da Silva:

Foi, contudo, neste contexto que surgiram as primeiras normas protetoras, mas de incidência restrita, porque destinadas a proteger direitos privados na composição dos conflitos de vizinhança. Desse tipo é o art. 554 do Código Civil, que atribuiu ao proprietário ou inquilino de um prédio o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, o sossego e a saúde dos que o habitam. Este dispositivo possibilitou sólida construção jurisprudencial ampliativa do conceito de direito de vizinhança, que passou significar zona ou área dentro da qual era sentido o efeito

Editora, 2010, pp. 18-19.

²⁴ Para José Afonso da Silva “consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse e das gerações futuras. Sustainable development is development that meets the needs of the presente without compromising the ability of future generations to meet their own needs. It contains within it two concepts: the concept of needs, in particular the essential needs of the world's poor, to which overriding priority should be given; and the idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment's ability to meet present and the future needs” (The Commission on Environment and Development, Our Common Future, 1991) in SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27.

²⁵ Para Juarez Freitas, “sustentabilidade, numa fórmula sintética, consiste em assegurar, de forma inédita, as condições propícias ao bem-estar físico e psíquico no presente, sem empobrecer e inviabilizar o bem-estar no amanhã, razão pela qual implica o abandono, um a um, dos conceitos insatisfatórios de praxe. Traduz-se, portanto, a sustentabilidade, como dever fundamental de, a longo prazo, produzir e partilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos os sentidos, aí abrangidos os componentes primordialmente éticos, em combinação com os elementos sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-16 e 40.

²⁶ WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 52-53.

²⁷ BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 1º jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

nocivo. Serviu também para fundamentar a ação cominatória visando a impedir a contaminação do meio ambiente por indústrias²⁸.

Para além do Código Civil de 1916, foi editado também, na sequência e no mesmo diapasão, o Regulamento da Saúde Pública (Decreto n. 16.300, de 31/12/1923)²⁹, que instituiu uma incipiente espécie de licenciamento e afastou fábricas e oficinas supostamente poluidoras do ambiente de “vizinhança”³⁰.

Ato contínuo, emergiram ao mundo jurídico legislações setoriais ou parciais, como os Códigos Florestais (Decreto n. 23.793, de 23/01/1934; Lei n. 4.771 e Lei n. 12.651, de 25/05/2012)³¹; Código de Águas (Decreto n. 26.643, de 10/07/1934)³² e Lei de Águas (Lei n. 9.433/1997)³³; Códigos de Pesca (Decreto-Lei n. 794, de 19/10/1938³⁴ e Decreto-Lei n. 221, de 28/01/1967)³⁵; Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30/12/1964)³⁶; Lei de Proteção à Fauna³⁷ (Lei n. 5.197, de

28 SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 38.

29 BRASIL. Decreto n. 16.300, de 31 de dezembro de 1923. Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1923. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16300.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

30 SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 38.

31 BRASIL. Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934. Aprova o Código Florestal que com este baixa. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 23 jan. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm. Acesso em: 07 out. 2016. BRASIL. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. Aprova o novo Código Florestal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 set. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771.htm. Acesso em: 07 out. 2016. BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 mai. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

32 BRASIL. Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 10 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

33 BRASIL. Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recurso Hídricos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 jan. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

34 BRASIL. Decreto-Lei n. 794, de 19 de outubro de 1938. Aprova e baixa o Código de Pesca. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 31 Out. 1938. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-794-19-outubro-1938-350346-norma-pe.html>. Acesso em: 07 out. 2016.

35 BRASIL. Decreto-Lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a proteção a estímulos à pesca e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0221.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

36 BRASIL. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras

03/01/1967) e Código de Mineração³⁸ (Decreto-Lei n. 227, de 28/02/1967).

Dignos de nota ainda o Decreto-Lei n. 248³⁹, de 28/02/1967, que instituiu a Política Nacional de Saneamento Básico e, da mesma data, o Decreto-Lei n. 303⁴⁰, que criou o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental, mais tarde substituído pela Lei n. 5.318, de 26/09/1967⁴¹.

Relativamente a parcelamentos do sólo urbano, o Decreto-Lei n. 58, de 10/12/1937⁴² e Lei n. 6.766, de 19/12/1979⁴³.

Emprestando moderna sistematização à temática, o diploma básico do Direito Ambiental, qual seja, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938, de 31/08/1981)⁴⁴.

Disciplinando a seara criminal, a Lei dos Crimes Ambientais (Lei n. 9.605, de 12/02/1998)⁴⁵.

-
- providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 nov. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm. Acesso em: 07 out. 2016.
- ³⁷ BRASIL. Lei n. 5.197, de 03 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm. Acesso em: 07 out. 2016.
- ³⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967. Código de Minas. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm. Acesso em: 07 out. 2016.
- ³⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 248, de 28 de fevereiro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento Básico. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-248-28-fevereiro-1967-356864-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 07 out. 2016.
- ⁴⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 303, de 28 de fevereiro de 1967. Cria o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0303.htm. Acesso em: 07 out. 2016.
- ⁴¹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 41. BRASIL. Lei n. 5.318, de 26 de setembro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 set. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5318.htm. Acesso em: 07 out. 2016.
- ⁴² BRASIL. Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre loteamentos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 17 Dez. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm. Acesso em: 07 out. 2016.
- ⁴³ BRASIL. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do sólo urbano e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 dez. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm. Acesso em: 07 out. 2016.
- ⁴⁴ BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 07 out. 2016.
- ⁴⁵ BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e

E sobre espaços especialmente protegidos, mais recentemente a Lei n. 9.985, de 18/07/2000⁴⁶, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

Nesse interregno, floresceram dois diplomas legislativos absolutamente relevantes enquanto técnicas de tutela do meio ambiente, quais sejam, a Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29/06/1965)⁴⁷ e a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24/07/1985)⁴⁸, como consectários fundamentais do reconhecimento da teoria dos direitos transindividuais (coletivos ou difusos) e enquanto manifestações prévias da constitucionalização do Direito Ambiental, que seria consolidada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁴⁹, sobre o que versará tópico seguinte.

1.2. SOCIEDADE DE RISCO E SUSTENTABILIDADE: UM NOVO PARADIGMA

A revolução industrial e o processo de modernização antes repercutidos operaram não apenas significativas alterações no modo de produção de bens de consumo, como também determinaram efeitos sobre sociedade e meio ambiente, por eles alterados.

Sucedeu profunda modificação da trama social, estabelecendo-se modelos cartesianos, antropocêntrico-utilitaristas, individualistas e

administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

⁴⁶ BRASIL. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

⁴⁸ BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

⁴⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

desenvolvimentistas⁵⁰.

O presente item , pois, contextualizar uma moldura de crise ambiental experimentada a partir dessa evolução histórica de formatação da sociedade de risco, em seus dois momentos distintos.

O conflito entre o homem e a natureza subsiste desde o seu surgimento na terra, em decorrência da necessária adequação do meio às suas demandas⁵¹.

Esse conflito, porém, resultou soberbamente agravado pelo advento de novas tecnologias de manufatura ou ferramentas de produção, que possibilitaram ao homem progredir para além da própria subsistência, experimentando novas perspectivas a partir do excedente, numa busca constante por maiores níveis de produção, sob pálio marcadamente utilitarista⁵².

A esse primeiro momento da modernização (ou industrialização), praticamente coincidente com a primeira metade do século XX, Ulrich Beck denominou Modernidade Simples ou Primeira Modernidade.

Sobre a modernidade simples ou primeira modernidade preconiza Ulrich Beck:

“Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos”⁵³.

Nesse momento, todavia, as ameaças ou os perigos eram sistematicamente produzidos, porém aceitos ou não repercutidos (não refletidos) pelo homem, tributados à natureza ou a fatores externos, ou mesmo à qualificação

⁵⁰ SARAIVA. Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 16.

⁵¹ SARAIVA. Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 16.

⁵² SARAIVA. Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 16.

⁵³ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

ou à saúde.

Para Beck, aliás:

Os riscos do desenvolvimento industrial são certamente tão antigos quanto ele mesmo. A pauperização de grande parte da população – o risco da pobreza - prendeu a respiração do século XIX. Riscos de qualificação e riscos à saúde já são há muito tema do processo de racionalização e de conflitos sociais, salvaguardas (e pesquisas) a eles relacionados ⁵⁴.

Sobre a modernidade simples ou primeira modernidade arremata Pery Saraiva Neto:

Caracteriza-se como o período em que as auto-ameaças são sistematicamente produzidas e aceitas pelo homem, já que estão conformes aos padrões da sociedade industrial. Soma-se à crença na sustentabilidade de tal modelo - pois, de fato, nenhum acontecimento, até então, levava a pensar o contrário⁵⁵.

Na segunda metade do século XX, todavia, a ocorrência de diversos eventos de natureza catastrófica expõe as repercussões negativas desse paradigma e revela a nefasta interferência do homem sobre o meio (e não de outros fatores externos), ensejando profundas reflexões sobre a adequação do modelo para o futuro.

A segunda metade do século XX é marcada pela constatação das repercussões negativas desse paradigma. Surge o denominado consenso ecológico acerca das agressões promovidas ao meio ambiente. Este consenso decorre de uma expansão da sensibilidade ecológica, diante da ocorrência de catástrofes ambientais, sendo marcantes para a formação desta sensibilidade os eventos relacionados às indústrias químicas, às indústrias petrolíferas e à indústria nuclear⁵⁶.

Relativamente a tais eventos, prossegue o escritor:

⁵⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 26.

⁵⁵ SARAIVA. Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 19.

⁵⁶ SARAIVA. Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, pp. 17-18.

Paralelos a estes acontecimentos, ocorrem outros que merecem especial atenção. Trata-se de ameaças ao meio ambiente que se caracterizam por serem desconhecidas: a poluição invisível, que está em toda parte, e os riscos ocultos da tecnologia. No final da década de 1980, tais ameaças começaram a se concretizar. Alphandéry, Bitoun e Dupont ilustram a concretização das ameaças com o fenômeno das chuvas ácidas, a emissão de CFC e o consequente buraco na camada de ozônio e a emissão de gases que implicaram o denominado efeito estufa e, em decorrência, o aquecimento global, que hoje está no centro das preocupações mundiais. O ano de 1989 é especialmente marcado pelo acidente nuclear de Chernobyl, momento em que a ocorrência de um evento contra o meio ambiente tomou, pela primeira vez, dimensões que extrapolaram o âmbito local. Num período de tomada de consciência da crise ambiental, Chernobyl foi o evento principal, a demonstrar que o destino de todos os países de um continente estava ligado, e que os governos, tanto quanto os especialistas, estavam amplamente impotentes para encarar as ameaças e não hesitavam, se necessário, em dissimular sua realidade. O sociólogo alemão Ulrich Beck destaca Chernobyl como um momento emblemático, em que rompemos com a sociedade meramente industrial e adentramos numa fase que o autor denomina sociedade de risco⁵⁷.

E sobre a mesma temática:

Muitos dos novos riscos (contaminações nucleares ou químicas, substâncias tóxicas nos alimentos, enfermidades civilizacionais) escapam inteiramente à capacidade perceptiva humana imediata. Cada vez mais estão no centro das atenções ameaças que com frequência não são nem visíveis nem perceptíveis para os afetados, ameaças que, possivelmente, sequer produzirão efeitos durante toda a vida dos afetados, e sim na vida de seus descendentes⁵⁸.

Por sociedade de risco, compreende-se, pois, “uma etapa do desenvolvimento da sociedade moderna em que as ameaças, sejam elas sociais, políticas, econômicas ou individuais, tendem cada vez mais a escapar dos mecanismos de controle, seja do Estado ou da sociedade”⁵⁹.

⁵⁷ SARAIVA. Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 18.

⁵⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 32.

⁵⁹ SARAIVA. Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado

A sucessão daqueles eventos nefastos ou catástrofes ambientais acaba por causar impressionante perplexidade e proporcionar uma reflexão social mais profunda acerca do modelo adotado e é precisamente este momento da história da sociedade industrial que Ulrich Beck denomina Modernidade Reflexiva ou Pós-modernidade.

A teoria desenvolvida pelo referido autor enfrenta o momento de percepção da ocorrência de uma virada. Não a virada de um modelo, mas a percepção das implicações desse modelo. A percepção do descontrole. A sociedade de risco representa um momento da sociedade industrial em que, pela ocorrência de eventos significativamente maléficos, deparamo-nos com a constatação dos resultados negativos e da insustentabilidade no modo de produção e no modo de vida estabelecido. Para melhor ilustrar, vale distinguir dois momentos, o que Beck denomina de modernidade simples e modernidade reflexiva. A modernidade simples ou primeira modernidade – que coincide com a primeira etapa da sociedade industrial – caracteriza-se como o período em que as auto-ameaças são sistematicamente produzidas e aceitas pelo homem, já que estão conforme aos padrões da sociedade industrial. Soma-se à crença na sustentabilidade de tal modelo – pois, de fato, nenhum acontecimento, até então, levava a pensar o contrário. A modernidade reflexiva, por outro lado, é o momento do embate: a autoconfrontação do modelo. Trata-se do momento em que começam a se concretizar – agora são percebidas, sentidas, visíveis – aquelas ameaças construídas pela sociedade industrial⁶⁰.

O elemento nuclear ou caracterizador desse momento é o risco, que informa a própria formatação da sociedade.

O elemento risco, deste modo, deixa de ser compreendido como uma ameaça externa, para ser encarado como fruto da própria fase evolutiva. Nossa sociedade, que ainda segue a matriz industrial e desenvolvimentista, passa a conviver com as consequências deste modelo. O sucesso do modelo pode implicar seu colapso ou, em outros termos, o ocidente é controlado por questões que desafiam as premissas fundamentais do seu próprio sistema social e político. O que caracteriza o risco é, portanto, o fato de que a origem destas ameaças tem uma dimensão reconhecidamente humana,

Editora, 2010, pp. 18-19.

⁶⁰ SARAIVA. Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 19.

porque decorrem de escolhas. A sociedade atual é qualificada como sociedade de risco porque tem consciência das ameaças e aceita conviver com elas⁶¹.

E mais especialmente sobre a consciência das ameaças:

Não é o modo de lidar com os riscos que diferencia a sociedade de risco da sociedade industrial, tampouco a melhor qualidade ou o maior alcance dos riscos produzidos por novas tecnologias e racionalizações. Decisivo é sobretudo o fato de que as circunstâncias são radicalmente alteradas no curso de processos reflexivos de modernização: com a cientificização dos riscos da modernização, seu caráter latente é cancelado⁶².

O risco, que como visto se caracteriza pela consciência e pela aceitação das ameaças, também detém um componente futuro e outro globalizado⁶³.

Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente futuro. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto amplificador de risco. Riscos tem, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido já são reais hoje⁶⁴.

E sobre o componente globalizado:

Isto fica ainda mais claro se tivermos em conta o feitio peculiar, o padrão distributivo específico dos riscos da modernização: eles possuem uma tendência imanente à globalização. A produção industrial é acompanhada por um universalismo das ameaças, independente dos lugares onde são produzidas: cadeias alimentares interligam cada um a praticamente todos os demais na face da terra. Submersas, elas atravessam fronteiras. O teor de acidez do ar carcome não apenas

⁶¹ SARAIVA, Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 20.

⁶² BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 232.

⁶³ Digno de nota refletir que essa consciência e tal aceitação prévias das ameaças, serviu de fundamento eficiente para justificar a adoção de modelos objetivos de responsabilidade civil, inclusive e sobretudo em temática ambiental, com base na teoria do risco, tornando-se dispensável a prova do elemento subjetivo (dolo ou culpa), quando a consciência da potencialidade lesiva quase certa já precede o fato, que ainda assim é explorado ou levado a efeito por opção de lucratividade.

⁶⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 39.

esculturas e tesouros artísticos, mas há muito corroeu também os marcos de fronteira. Mesmo no Canadá acidificam-se os mares, mesmo nos extremos setentrionais da Escandinávia morrem florestas⁶⁵.

O conteúdo até então exposto indica, pois, a passagem de uma modernidade simples para um período reflexivo, momento em que a consciência e a concretização de ameaças severas e globalizadas ao meio ambiente proporcionaram questionamentos sobre a adequação do modelo de produção e de vida, a sinalizarem a necessidade imperativa de evolução paradigmática.

Assim, como já consignado, sob a moldura determinada pela formação da sociedade de risco, renovou-se o interesse afeto ao meio ambiente como bem público e comum de todos e daí precisamente exsurgiu um terreno fértil para o desenvolvimento das primeiras noções de ecologia, impulsionadas pelos estudos pioneiros de *Malthus*, *Darwin* e *Ernst Haeckel* e mais tarde desenvolvimento sustentável⁶⁶ e sustentabilidade⁶⁷, diretrizes estas informadoras da legislação pátria dos séculos XX e XXI⁶⁸.

O assento meramente legislativo ordinário, todavia, já não mais acomodava condignamente os relevantes interesses que gravitavam em torno da necessidade de proteção ao meio ambiente, pelo que a verticalização constitucional

⁶⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 43.

⁶⁶ Para José Afonso da Silva “consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse e das gerações futuras. Sustainable development is development that meets the needs of the presente without compromising the ability of future generations to meet their own needs. It contains within it two concepts: the concept of needs, in particular the essential needs of the world's poor, to which overriding priority should be given; and the idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment's ability to meet present and the future needs” (The Commission on Environment and Development, Our Common Future, 1991) in SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27.

⁶⁷ Para Juarez Freitas, “sustentabilidade, numa fórmula sintética, consiste em assegurar, de forma inédita, as condições propícias ao bem-estar físico e psíquico no presente, sem empobrecer e inviabilizar o bem-estar no amanhã, razão pela qual implica o abandono, um a um, dos conceitos insatisfatórios de praxe. Traduz-se, portanto, a sustentabilidade, como dever fundamental de, a longo prazo, produzir e partilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos os sentidos, aí abrangidos os componentes primordialmente éticos, em combinação com os elementos sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-16 e 40.

⁶⁸ WAINER, Ann Helen. **Legislação Ambiental Brasileira: subsídios para a história do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999, p. 52-53.

da matéria resultou essencial e precisamente sobre isso repercutirá o item seguinte.

1.3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL: TÉCNICAS DE TUTELA DO MEIO AMBIENTE NA CF/1988

A problemática da poluição atmosférica foi veiculada de forma relevante na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (ONU), realizada em Estocolmo, no ano de 1972.

Naquela ocasião, foi inserida a temática ambiental na agenda mundial, destacando-se a responsabilidade pela conservação do meio ambiente⁶⁹.

Sobrevieram as conceituações de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade.

Jacques Demajorovic assim define desenvolvimento sustentável:

O desenvolvimento sustentável não se refere especificamente a um problema limitado de adequações ecológicas de um processo social, mas a uma estratégia ou modelo múltiplo para a sociedade, que deve levar em conta tanto a viabilidade econômica como a ecológica⁷⁰.

Leonardo Boff salienta que:

O desenvolvimento se mostra sustentável se conseguir atender tais necessidades para todas as pessoas (princípio da inclusão), o que exige um sentido de equidade e de sensibilidade humanitária para com as demandas de seus semelhantes. Comumente, indicam-se nove necessidades básicas: a subsistência, a proteção, o afeto (amar e ser amado), o entendimento (aceitar os outros como são e ser também aceito), a criatividade, a participação, o lazer, a identidade pessoal e cultural e a liberdade⁷¹.

Juarez Freitas define sustentabilidade como:

69 SCHRAMM, Alexandre Murilo e CORBETTA, Janiara Maldaner. Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade: conceitos antagônicos ou compatíveis. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de e ARMADA, Charles Alexandre (Org.). **Sustentabilidade, Meio Ambiente e Sociedade: reflexões e perspectivas**. Umuarama: Universidade Paranaense – UNIPAR, 2015, p. 34. E-Book.

70 DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa**. São Paulo: SENAC, 2003, p. 10.

71 BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é; o que não é**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 139.

A sustentabilidade, numa fórmula sintética, consiste em assegurar, de forma inédita, as condições propícias ao bem-estar físico e psíquico no presente, sem empobrecer e inviabilizar o bem-estar no amanhã, razão pela qual implica o abandono, um a um, dos conceitos insatisfatórios de praxe. Traduz-se portanto a sustentabilidade, como dever fundamental de, a longo prazo, produzir e partilhar o desenvolvimento limpo e propício à saúde, em todos os sentidos, aí abrangidos os componentes primordialmente éticos, em combinação com os elementos sociais, ambientais, econômicos e jurídico-políticos⁷².

As grandes conferências e discussões mundiais sobre a temática da sustentabilidade que se seguiram destacaram a importância da conservação do meio ambiente para a manutenção das gerações futuras, de molde a projetar-se sua tutela como direito fundamental, de matriz e proteção constitucionais, emprestando-se ao Direito Ambiental autonomia científica e uma feição nunca antes verificada.

Sobre o meio ambiente erigido à condição de direito fundamental preleciona Antônio Herman Benjamin:

Assim posta, a proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou acidental no ordenamento jurídico, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis, discussões no terreno não jurígeno das ciências naturais ou da literatura. Pela via da norma constitucional, o meio ambiente é alçado ao ponto máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes depois décadas, ou mesmo séculos, lograram conquistar. Tanto como dever de não degradar, como na fórmula do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a constitucionalização presta-se para contrabalançar as prerrogativas tradicionais do direito de propriedade, o que enseja novas e fortalece velhas limitações implícitas e explícitas⁷³.

Cogitou-se, pois, da “constitucionalização” do Direito Ambiental, fenômeno já antes verificado na Alemanha, na Suíça, na Bulgária, na URSS e mais

72 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 15-16 e 40.

73 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 73.

especialmente na Constituição Portuguesa de 1976 e na Constituição da Espanha de 1978⁷⁴.

No Brasil, o relevante salto qualitativo no disciplinamento da matéria sucedeu com o advento da Constituição Federal de 1988:

As constituições brasileiras anteriores à de 1988 nada traziam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que possibilitava a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, Água e de Pesca⁷⁵.

Do assento constitucional conferido à proteção do meio ambiente, emanaram técnicas específicas de tutela, de várias ordens, a seguir repercutidas.

O art. 225, *caput*, da CF/1988, ao preconizar que todos tem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado pela Carta Política como bem de uso comum do povo, impõe também o respectivo dever de conservação ambiental.

Da redação do preceptivo extraem-se dois elementos integrantes de relações jurídicas (direito e dever), bem assim uma categoria normativa (princípio), esta amalhada ao longo do texto magno.

Bem por isso sublinha Antônio Herman Benjamin que o art. 225 da Carta Magna é apenas o ponto de partida “de uma série de outros dispositivos que, direta ou indiretamente, instituem uma verdadeira malha regulatória que compõe a ordem pública ambiental”⁷⁶.

74 Sobre a história do Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia – UE ver também CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 01-55.

75 SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 49.

76 BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental**

Há, pois, direitos, deveres e princípios informativos, que materializam e externam as técnicas de tutela ao meio ambiente.

Leciona Antônio Herman Benjamin:

Na Constituição, há direitos, deveres e princípios ambientais (a) explícitos e implícitos, (b) substantivos e procedimentais e (c) genéricos e específicos. São explícitos aqueles incorporados, como nome e sobrenome, na regulação constitucional do meio ambiente (a título de exemplo, citem-se, novamente, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio do poluidor-pagador, ambos previstos no art. 225). Como implícitos, há os direitos, deveres e princípios que defluem via interpretativa, da norma e do sistema constitucional de proteção do meio ambiente. É o caso do dever genérico de não degradar e dos princípios da primariedade do meio ambiente e da explorabilidade limitada da propriedade. Por outro enfoque, na Constituição, é possível localizar direitos, deveres e princípios ambientais substantivos (=materiais ou primários), além de outros de índole total ou preponderantemente procedimental (=instrumental). Pertencem àquela categoria os que definem posições jurídicas, qualificam o domínio ou restringem a exploração dos recursos naturais. Entre eles, interessa citar o próprio direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, para limitar-se a apenas dois exemplos. Procedimentais ou instrumentais são os que se prestam à viabilização, execução ou implementação dos direitos e das obrigações materiais, alguns com feição estritamente ambiental, outros de aplicação mais abrangente, não restritos ao campo da tutela do ambiente (p. ex., o direito à informação ou o direito a audiências públicas). Finalmente, uma terceira perspectiva vislumbra direitos, deveres e princípios gerais e especiais (setoriais). Aqueles se caracterizam por sua aplicação fungível a todos os sujeitos ou campos ambientais; estes, diversamente, vêm com destinação material ou subjetiva mais definida e reduzida, ora dirigindo-se apenas ao Poder Público, ora a alguns sujeitos de relações obrigacionais (minerador, p. ex.), ora, ainda, recobrando apenas partes do vastíssimo universo da proteção do meio ambiente⁷⁷.

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado,

Brasileiro. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 94.

77 BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 94-95.

previsto na cabeça do art. 225 da CF/1988 é, em si considerado, uma técnica autônoma de tutela ambiental.

Na leitura de Antônio Herman Benjamin, “direitos fundamentais são aqueles que, reconhecidos na Constituição ou em tratados internacionais, atribuem ao indivíduo ou a grupos de indivíduos, uma garantia subjetiva ou pessoal⁷⁸.

Constitucionalizado e alçado a tal condição, o direito ao meio ambiente equilibrado se reveste de sólida proteção material ou substancial, decorrente da superior estratificação da norma da Carta Magna, marcada por irrenunciabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

Ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado corresponde o respectivo dever do Estado e da sociedade de sua implementação, o que também consiste, em si, numa técnica de tutela ambiental, caracterizada por prestações negativas e positivas.

A constitucionalização da temática também ensejou a edificação de princípios, que são espécies do gênero norma e que de conteúdo mais axiológico e menos axiomático, detendo eficácia plena e imperativa, estabelecem comandos e informam a aplicação do direito-regra.

Adota-se, para tanto, pelo conveniente sincretismo teórico, as definições de J. J. Gomes Canotilho:

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (*Norm-Prinzip*, *Principles-rules*, *Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

Saber como distinguir, no âmbito do supraconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos:

a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as

78 BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 96.

regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.

c) Caráter de fundamentalidade nos sistemas das fontes de direito: os princípios são norma de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

f) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.⁷⁹

E mais adiante arremata:

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos: os princípios são normas impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas se excluem. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais, nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação e harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou

⁷⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003, pp. 1.160-1.161.

“standards” que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas, devem ser alteradas).⁸⁰

Uma outra técnica de tutela ambiental digna de nota é a da função ambiental da propriedade, pela qual a propriedade privada atenderá sua função social se houver a preservação do ambiente e forem adequadamente utilizados os recursos disponíveis, sob pena de ato expropriatório⁸¹.

A Constituição consagra também em matéria ambiental objetivos públicos vinculantes a serem seguidos pelo Estado na formulação de suas políticas públicas, bem assim programas públicos abertos⁸².

Há ainda, como técnica de tutela, biomas e áreas especialmente protegidas e, por fim, instrumentos ambientais específicos, como o licenciamento ambiental, o estudo prévio de impacto ambiental, as sanções penais e administrativas e a responsabilidade civil por dano ambiental, com inversão do ônus da prova em processos ambientais⁸³.

A inversão do ônus da prova emerge, pois, assim contextualizada, como técnica (de princípio) implícita (porque emanada de outros princípios) e formal ou adjetiva (porque referível ao direito processual) de tutela do meio ambiente, de digno assento constitucional, cujos fundamentos mais adiante serão devidamente investigados no capítulo terceiro, consistente nisso a essência do trabalho ora proposto.

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003

⁸¹ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 118-120.

⁸² BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120.

⁸³ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.121.

Antes, porém, convém sublinhar que a proteção constitucional conferida ao meio ambiente, por sua natureza essencialmente transindividual, reclama mesmo abordagens mais específicas, daí se sobrelevando a construção de técnicas de tutela mais apropriadas, como a inversão do ônus da prova, o que será repercutido no próximo capítulo.

CAPÍTULO 2

A RELEVÂNCIA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA TUTELA JURISDICIONAL DO MEIO AMBIENTE

O presente capítulo essencialmente abordar e justificar a premente importância da inversão do ônus probatório na tutela jurisdicional do meio ambiente.

Alude-se especificadamente à tutela jurisdicional do meio ambiente porque circunscrito o objeto da investigação ao cenário das relações processuais e aos debates travados em ações coletivas preventivas ou inibitórias, cujas causas de pedir veiculem fatos e direitos ambientais, tudo sob a incidência do princípio da precaução, como se verá.

Pretende-se demonstrar, a partir de uma abordagem geral sobre prova e ônus probatório, que os direitos ambientais, classificados doutrinariamente como difusos, dada sua peculiar natureza jurídica, demandam tratamento diferenciado, bem assim mais dinâmico e seguro, no tocante à distribuição das cargas probatórias.

Daí emergindo, pois, a relevância da inversão do ônus da prova, enquanto técnica formal de tutela do meio ambiente.

2.1. A DISTRIBUIÇÃO NORMAL E REGULAR DO ÔNUS DA PROVA

O presente tópico pretende repercutir a distribuição normal e regular do ônus probatório adotada no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973)⁸⁴, bem como veicular, a par da manutenção da regra geral, a evolução operada com o advento da nova codificação de regência, qual seja, o novo Código de Processo Civil (NCPC)⁸⁵, mas não sem antes tecer breves considerações sobre a temática da

⁸⁴ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 28 out. 2016.

⁸⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

teoria da prova.

2.1.1. Aspectos gerais sobre prova

A prova é um dos temas nucleares do Direito Processual Civil moderno e científico.

É perfeitamente razoável consignar que o objetivo do processo e da cognição propriamente dita é a formatação de coisa julgada e que, nessa moldura contextual, a prova é verdadeiramente o objeto do processo⁸⁶, instrumento, requisito ou pressuposto legitimador da composição final do litígio⁸⁷.

Daí emerge, pois, a irrecusável relevância do tema.

Há, porém, certa divergência doutrinária sobre a total pertinência temática da prova ao campo científico do Direito Processual Civil, cuidando-se, para muitos escritores, de instituto híbrido, uma vez que regulado pelo direito material, no tocante à forma essencial de que se reveste o ato/negócio e ao valor probante do meio empregado e pelo direito processual relativamente aos demais aspectos, atinentes aos sujeitos, ao objeto, às fontes, aos meios, à produção, ao processamento e ao ônus.

Bem por isso preconiza Pontes de Miranda:

O Código de Processo Civil deixou, em princípio, às leis de direito material as regras jurídicas sobre admissão dos meios de prova. Reservou-se a si as regras sobre processo e produção das provas⁸⁸.

O autor, ao reportar-se à admissão da prova, refere-se à forma de que deve revestir-se eventualmente determinado ato ou negócio jurídico de direito

Acesso em: 28 out. 2016.

⁸⁶ Assevera Humberto Theodoro Júnior que “enquanto o processo de execução é voltado para a satisfação do crédito do credor e atua sobre bens, o processo de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelos litigantes de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes. THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. 1, p. 461.

⁸⁷ ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 128.

⁸⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, t. IV, p. 213.

material para ser admitido ou considerado válido, com implicação, pois, sobre o valor probante do meio empregado, donde pode concluir-se, com efeito, que efetivamente a maior parte da disciplina probatória (sujeitos, objeto, fontes, meios, produção, processamento e ônus) é temática de direito processual.

Por isso mesmo pontifica Arruda Alvim:

A prova é um dos capítulos do Direito Processual. Em nosso entender, as normas que disciplinam as provas não pertencem exclusivamente ao campo do direito material, o que se daria se o objetivo único do processo fosse o convencimento da parte contrária e não o do juiz, que, na verdade, é, por excelência, o destinatário da prova. A maior parte da disciplina das mesmas pertence ao Direito Processual Civil, que as regula, salvo no caso das provas legais e de outros aspectos⁸⁹.

À luz dessa preponderância do Direito Processual Civil no concernente à disciplina jurídica da prova e de uma melhor adequação topográfica e temática da matéria ao direito adjetivo, Alexandre Freitas Câmara registra a seguinte crítica em suas Lições, digna de nota:

Não se pode, todavia, prosseguir o trabalho sem antes proceder-se a uma tomada de posição a respeito das normas jurídicas que regulamentam a prova (até mesmo para que se possa situar a que ramo do direito está vinculado o tema, se ao direito material ou ao direito processual, o que influirá, certamente, na verificação de quais institutos servirão de base ao estudo da matéria). Parece-me que as normas sobre prova tem natureza processual, pois regulam o meio pelo qual o juiz formará sua convicção, a fim de exercer a função jurisdicional. Esta é, como se sabe, a função de toda norma processual – a regulamentação de todos os instrumentos de que dispõe o Estado para exercer a jurisdição. Não se pode confundir tais normas com as que regulam a forma de determinados atos jurídicos (como o dispositivo que exige instrumento público para o contrato de compra e venda de bens imóveis), pois estas possuem caráter material (estando ligadas à própria validade dos atos jurídicos, pois que a forma é, nestas hipóteses, determinada *ad substantiam*). (...) Mais criticável ainda do que isso, todavia, é a própria inclusão de regras sobre prova no Código Civil. Ainda que se admita a idéia de que a prova é instituto de natureza mista, com aspectos substanciais

⁸⁹ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 961.

e processuais, é o Código de Processo Civil a sede adequada de sua regulamentação. Isto se dá porque o direito probatório é o mesmo, qualquer que seja a natureza da matéria de fundo. Em outros termos, são as mesmas as regras sobre provas nos casos em que o processo verse sobre direito privado (civil, comercial) ou público (tributário, previdenciário, administrativo etc.).⁹⁰

Nada obstante o esforço argumentativo do escritor, em termos abstratos, não se pode remar contra a vontade concreta do legislador e ignorar que há sim diplomas legislativos materiais, a exemplo do Código Civil de 2002 (CC/2002)⁹¹, que disciplinam, ainda que de modo reflexo, alguns aspectos relativos à admissão das provas (forma de que deve revestir-se eventualmente determinado ato ou negócio jurídico de direito material para ser admitido ou considerado válido, com implicação, pois, sobre o valor probante do meio empregado), ainda que prestando obséquio à preponderância científica e melhor adequação topográfica do Código de Processo Civil quanto ao mais.

Forçoso reconhecer, portanto, ainda certa influência do direito material na disciplina jurídica da prova, ainda que se queira limitada à forma e ao valor probante dos instrumentos, pelo que se afigura efetivamente mais prudente conceber a prova como instituo de natureza híbrida ou mista, porém tanto mais afeto ao Direito Processual Civil.

Nesse sentido arremata Cássio Scarpinella Bueno, professando entendimento mais sincrético:

Vale destacar que há polêmica interessante na doutrina do direito processual civil sobre a natureza jurídica das regras de prova: se são normas de direito material ou de direito processual. A questão não é tão teórica quanto pode parecer porque o regime jurídico de uma e de outra espécie de norma é bastante diverso. O tema ganha ainda mais interesse porque o Código Civil de 2002 traz uma série de normas relativas à prova dos atos jurídicos em geral, o que levou diversos autores a pesquisarem em que medida aquelas normas, então mais

⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, vol. I, p. 378.

⁹¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 out. 2016.

recentes, influenciariam ou não o sistema probatório. Rigorosamente, ao direito material cabe disciplinar as condições essenciais à prova dos atos e fatos jurídicos em geral e o seu respectivo valor probante. Ao direito processual civil, de seu turno, cabe a disciplina de como transportar aquelas provas para o plano do processo e de como viabilizar a sua produção em juízo em termos amplos. Ocorre, contudo, que nem toda norma jurídica sobre prova que traz o Código Civil, como, de resto, outros diplomas legislativos, é de cunho material no sentido aqui proposto e nem toda norma jurídica sobre prova que consta do Código de Processo Civil é, ontologicamente, norma de direito processual civil, também de acordo com o mesmo critério proposto⁹².

Prossegue o autor:

Assim, melhor do que elaborar listas de normas de uma ou outra espécie, parece providência suficiente a compreensão das normas constantes do Código de Processo Civil à luz das normas de direito material, assim e principalmente as do Código Civil, com vistas a criar um sistema probatório que apresente condições mínimas de aplicação prática. Assim, independentemente da natureza que as normas jurídicas sobre prova possam ter – e não há razão para aceitar a dicotomia colocada em referencia -, não há como impedir que o Código Civil trate da mesma matéria que, de uma forma ou de outra já tratava – e continua a tratar – o Código de Processo Civil, rendendo ensejo ao que a doutrina vem denominando de “normas heterotópicas”, isto é, aquelas normas que, sendo típicas de direito processual civil, são veiculadas por lei civil ou vice-versa. E, desta forma, o que se põe em cada caso concreto é a necessidade de verificar qual das normas que, eventualmente, disciplinam um mesmo assunto prevalece sobre a outra. De resto, à medida que não há essa primazia de uma norma sobre a outra, a solução correta é a de compatibilizar os diversos comandos.⁹³

Investigada a natureza jurídica do instituto, de mister doravante delimitar-lhe a conceituação.

Prova, na clássica lição de Carnelutti, num primeiro momento, “em termos

⁹² BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. II, t. I, pp. 231-232

⁹³ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. II, t. I, pp. 231-232.

gerais, são meios dos quais o juiz se serve para conhecer os fatos”.⁹⁴

Melhor apurando a conceituação, do mesmo Carnelutti, registra-se o seguinte excerto:

Na linguagem comum, prova se utiliza como comprovação da verdade de uma proposição; somente se fala de prova a propósito de alguma coisa que foi afirmada e cuja exatidão se trata de comprovar; não pertence à prova o procedimento mediante o qual se descobre uma verdade não afirmada senão, pelo contrario, aquele mediante o qual se demonstra ou se encontra uma verdade afirmada. Acaso o exemplo além a propósito para esclarecer este conteúdo comum do conceito se encontra na antítese entre a operação aritmética e a prova da operação: até que se tenha efetuado a operação não se pensa na prova, e isso tão-somente para verificar o novo resultado que aquela leva a afirmar.⁹⁵

Do até agora exposto se apanha que por prova se pode conceber o meio ou o instrumento pelo qual se atesta a existência ou a modificação de um fato.

Tal acepção, todavia, revela-se puramente objetiva e ignora uma outra feição de que a prova judiciária se reveste, de ordem subjetiva e condizente com a formação do convencimento no espírito do magistrado.

Por isso Humberto Theodoro Júnior reparte o conceito a partir de dois sentidos.

Sobre o tema:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar a prova no processo: um objetivo, isto é, como o instrumento ou meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, as perícias etc.); e outro subjetivo, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.⁹⁶

⁹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz Editora, 2004, vol. II, p. 131.

⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller Editora, 2005, p. 67.

⁹⁶ THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. 1, p. 461.

Repercutindo também essa duplicidade dimensional da prova, acrescenta Ovídio Baptista da Silva:

A palavra prova tem inúmeros significados, tanto na linguagem vulgar, quanto no sentido que os cientistas e particularmente os juristas fazem do vocábulo. As ciências experimentais geralmente se valem da expressão para significar o ensaio, a verificação, ou a confirmação pela experiência, de uma dado fenômeno, objeto de investigação científica. No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra prova não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos que haverão de basear a convicção do julgador, quanto ao instrumento por meio do qual essa verificação se faz. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação. No segundo sentido, a palavra prova é empregada para significar, não mais a ação de provar, mas o próprio instrumento utilizado, ou o meio com que a prova se faz.⁹⁷

Adicionando uma nova dimensão colaciona-se a doutrina de Fredie Didier Júnior:

Num sentido comum, diz-se que prova é a demonstração da verdade de uma proposição. No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova documental, testemunhal, pericial etc. c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento do juiz e é nesse sentido, por exemplo, que se diz que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir. Quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que se está falando de prova num sentido objetivo. Quando ele é utilizado para designar a

⁹⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: SAFE Editor, 1996, vol. I, p. 283.

convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que se está usando aí termo prova num sentido subjetivo.⁹⁸

A feição ou o conceito objetivo de prova parece aproximar a definição do instituto, para além da atividade ou da ação probatória, à idéia estática de meio material de prova (instrumento ou prova em espécie), o que resultaria por limitar o objeto do estudo às suas espécies representativas, motivo pelo qual é consideravelmente sensível nas doutrinas colocadas certa preponderância da feição subjetiva acima apresentada.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, bem a esse propósito, em apanhado geral, apresentam definição mais sofisticada e emblemática, assim enunciada:

Nessa perspectiva se retorna à definição que já lançamos, e que parece refletir, razoavelmente, a natureza da prova, como se pretende denotá-la: a prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.⁹⁹

Estabelecidas tais premissas sobre a definição do instituto, relevante firmar o objeto da prova.

E nesse particular forçoso admitir também residir certa controvérsia doutrinária.

As mais clássicas lições apontam como objeto da prova o fato.

Nesse vértice colhe-se dos comentários de Pontes de Miranda sobre o art. 332 da codificação processual pretérita¹⁰⁰:

⁹⁸ DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, pp. 44-45.

⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009, p. 57.

¹⁰⁰ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 28 out. 2016

A prova refere-se a fatos; portanto: a elementos do suporte fático, ao suporte fático e aos fatos jurídicos que de suportes fáticos resultam. Direitos, pretensões, ações e exceções são efeitos de fatos jurídicos: é preciso que se provem fatos jurídicos para que se tenham por existentes, no tempo e no espaço, esses efeitos. Quando se diz “prove seu direito”, “prove a pretensão, a ação, a exceção”, emprega-se forma elíptica; em verdade o que se pensou foi: “prove o fato jurídico de que se irradia o direito, a pretensão, a ação ou a exceção de que se trata”. A prova concerne, portanto, à existência e à inexistência no mundo fático ou no mundo jurídico. Há prova de fatos no mundo fático e há prova de fatos no mundo jurídico (= de suportes fáticos + entrada no mundo jurídico).¹⁰¹

Na mesma linha tradicional de argumentação o escólio de Ovídio Baptista da Silva:

Segundo um princípio elementar de direito probatório, apenas os fatos devem ser objeto de prova, desde que a regra de direito presume-se conhecida pelo juiz. O próprio art. 332 do CPC [1973], por nós referido, confirma esta regra, ao dispor que a atividade probatória das partes dirige-se a estabelecer a veracidade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa.¹⁰²

À mesma escola se filia Humberto Theodoro Júnior, ao proclamar que os fatos litigiosos são o objeto da prova:

Por isso, para a lei processual, os meios legais de prova e os moralmente legítimos são empregados no processo para provar a veracidade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa. São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova.¹⁰³

E ainda no mesmo sentido a lição colacionada de Cássio Scarpinella Beuno:

Objeto da prova, isto é, sobre o que a prova deve recair, é tema de que se ocupa expressamente o Código de Processo Civil [1973]. Em geral, o objeto da prova recai sobre fatos cuja existência devidamente reconhecida pelo juiz darão ensejo ao

¹⁰¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, t. IV, p. 209.

¹⁰² SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: SAFE Editor, 1996, vol. I, p. 287.

¹⁰³ THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. 1, p. 463.

acolhimento ou à rejeição dos pedidos de tutela jurisdicional.¹⁰⁴

Todavia, os fatos pertencem ao mundo real e na concretude da natureza, ao menos ao plano do mundo físico, existem ou não existem.¹⁰⁵

Por isso mesmo, abordagens mais comprometidas ao detalhe científico de há muito vem professando que o objeto da prova, com efeito, não consiste no fato, mas sim na afirmação acerca do fato ou na proposição.

Sob essa premissa já pontificava Carnelutti, no respeitante ao objeto da prova:

Rigorosamente, pois, a prova deve diferenciar-se do procedimento utilizado para a verificação da proposição (afirmada); a distinção surge de maneira clara do exemplo da operação aritmética: a prova (do resultado) de uma operação se faz mediante outra operação, que é a operação de prova. Assim, a prova da afirmação acerca da existência de um fato, se faz mediante o conhecimento de um mesmo fato; o conhecimento não é a prova, porém dá a prova da afirmação. Nesse sentido, é justo reconhecer que o objeto da prova não são os fatos, senão as afirmações, as quais não se conhecem, porém se comprovam, enquanto que aqueles não se comprovam, senão que se conhecem.¹⁰⁶

Emprestando semelhante enfoque ao objeto da prova, elucidam ainda mais a temática as notas de Marinoni e outro:

Da definição acima apresentada, um elemento deve ser destacado, qual seja, a menção a que a prova não se destina a provar os fatos, mas sim as afirmações de fato. É, com efeito, a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que existe ou não existe. É a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância a demonstração da veracidade da alegação do fato.¹⁰⁷

¹⁰⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. II, t. I, p. 245.

¹⁰⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, vol. I, p. 376.

¹⁰⁶ CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller Editora, 2005, pp. 67-68.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de**

Em arremate, sintetizando os posicionamentos, prelecionam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Costuma-se dizer que os fatos da causa compõem o objeto da prova, o *thema probandum*. A doutrina mais atual, porém, nega essa conclusão. Afirmam que provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes. O fato probando precisa ser controvertido, relevante e determinado.¹⁰⁸

Assim divisado o objeto da prova, resta cogitar acerca de suas demais características e classificações:

Toda prova há de ter um objeto, uma finalidade, um destinatário, e deverá ser obtida mediante meios e métodos determinados. A prova judiciária tem como objeto os fatos deduzidos em juízo. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O destinatário é o juiz, pois é ele que deverá se convencer acerca dos fatos para dar solução jurídica ao litígio. Os meios de prova são os previstos em lei, mas além deles, permite o Código outros não especificados, desde que legais e moralmente legítimos. Há quem faça distinção entre fontes, objeto e meio de prova. O objeto, para a doutrina dominante, são os fatos [proposições] relevantes para o julgamento da causa. Fonte é aquilo que se utiliza para comprovar o fato inspecionado (como o relato concreto de uma testemunha, o efetivo conteúdo de um documento, o teor de uma confissão, a informação técnica prestada pelo perito). Meio, por fim, seriam os modos admitidos em lei para a realização da prova (o testemunho, o documento, a confissão, a perícia, a inspeção judicial, o indício). É em relação ao meio que se diz que o processo se serve da prova documental, testemunhal, pericial etc.¹⁰⁹

Dai emerge claramente, já sob o prenúncio de mais uma polêmica técnica, a distinção entre meios e fontes de prova.

conhecimento. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, vol. 2, p. 265.

¹⁰⁸ DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil.** 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, pp. 57-58.

¹⁰⁹ THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil.** 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. 1, p. 462.

Os meios são os modos, os instrumentos concretos de produção da prova (depoimento pessoal, confissão, documentos, testemunhas, perícias, inspeções e indícios, exemplificativamente).

As fontes são a gênese, a origem ou conteúdo dos meios, ou seja, o dado puro veiculado no meio de prova.

Apurando essa distinção lecionam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

A prova dos fatos se faz por meios adequados a fixá-los em juízo. Os meios de prova variam conforme a natureza do ato, podendo um mesmo fato ser provado por vários meios. No processo, os meios de prova precisam ser juridicamente idôneos. Distinguem-se os meios das fontes de prova: os meios são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte). São fontes de prova as coisas, as pessoas e os fenômenos. Os meios de prova são pontes através das quais os fatos passam para chegar, primeiro, aos sentidos, depois à mente do juiz.¹¹⁰

De tais características emanam classificações, erigidas basicamente a partir do objeto, das fontes, das formas, da preparação e dos meios de prova, assim sintetizadas pela doutrina de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Quanto ao objeto, as provas classificam-se em: a) diretas, se se referem ao próprio fato probando, como p. ex., a testemunha que narra o fato do acidente a que assistiu; b) indiretas, se não se referem ao fato probando, mas a outro, do qual por trabalho do raciocínio se chega àquele, como p. ex., quando o perito descreve a posição em que encontrou os veículos após o acidente, fazendo presumir como este poderia ter ocorrido. A prova indiciária é prova indireta. Quanto à fonte, as provas podem ser: a) pessoais: é a que se extrai da afirmação pessoal consciente, destinada a fazer fé dos fatos afirmados; o testemunho é uma prova pessoal; b) real: é aquela que se deduz do exame das coisas, consistindo, pois, na atestação inconsciente, feita por uma coisa, das modalidades que o fato probando lhe imprimiu, p. ex., os bambus como prova dos limites entre dois imóveis; o terror, o

¹¹⁰ DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, p. 45.

desespero; trincas na parede etc.; o documento é uma prova real. Quanto à forma (modalidade ou maneira pela qual se apresenta em juízo), as provas podem ser: a) orais: em sentido amplo, é a afirmação pessoal oral. No quadro das provas orais, estão as provas testemunhal, depoimento pessoal e confissão; b) documentais: afirmação escrita ou gravada, escritura pública ou particular, cartas missivas, plantas, projetos, desenhos, fotografias etc.; c) material: a consistente em toda e qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime. Quanto à sua preparação, as provas podem ser: a) casuais ou simples: as provas preparadas durante o processo; b) preconstituídas: em sentido amplo, se entendem as provas preparadas preventivamente, em vista de possível utilização em futuro processo, em sentido estrito, dizem-se preconstituídas as provas consistentes em instrumentos públicos ou particulares representativos de atos jurídicos que somente por instrumento se constituem. Prova composta é a que resulta da concordância, entre si, de muitos meios de prova, os quais, cada um, é insuficiente para demonstrar o alegado. É a combinação entre si de vários meios imperfeitos de prova.¹¹¹

Cássio Scarpinella Bueno oferece uma classificação um tanto quanto peculiar, isolando o objeto e seus desdobramentos (prova direta e indireta, no tocante ao fato ou à proposição) e aglutinando as demais classificações ou características acima propostas (quanto à fonte – pessoal e real; quanto à forma – oral, documental ou escrita e material; e quanto ao tempo, preparação ou momento – casuais e pré constituídas) como espécies derivativas do gênero meios de prova¹¹² (depoimento pessoal, confissão, documento, testemunha, perícia e inspeção judicial, além de indícios e presunções), meios estes que para alguns escritores integram classificação própria.

Seguindo a mesma linha de classificação de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, em quatro partições, mas com singela diferença de referencial terminológico, registra-se a lição de Alexandre Freitas Câmara, para quem as provas podem ser: quanto ao fato [proposição ou objeto], diretas e indiretas; quanto ao sujeito [fontes], reais e pessoais; quanto ao objeto

¹¹¹ DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, pp. 48-50.

¹¹² BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. II, t. I, p. 233-234.

[forma, meios], testemunhais, documentais e materiais; e quanto à preparação, tempo ou momento, casuais e preconstituídas.¹¹³

O professor Ovídio A. Baptista da Silva também oferece sua classificação, que pela riqueza científica resulta digna de especial consideração, anotando o seguinte:

O célebre jurista italiano Malatesta, em seu clássico tratado de direito probatório, classifica-as segundo seu objeto, em diretas e indiretas; quanto às fontes ou aos sujeitos, em pessoais e reais; finalmente quanto à forma, em prova testemunhal, prova documental e prova material. Moacir Amaral Santos dá os seguintes exemplos de provas diretas e indiretas, a partir da classificação de Malatesta: “se uma testemunha vem a juízo e depõe que viu o automóvel de Tício dobrar a esquina na contramão e chocar-se com a carroça de Caio; ou se a corrida daquele automóvel estava sendo cinematografada e o aparelho cinematográfico o colheu dobrando a esquina na contramão, verificam-se provas tipicamente diretas. Mas se uma testemunha vem a juízo e narra apenas a posição e o estado final em que ficaram o automóvel e a carroça após o acidente, por ela visto; ou se é exibida em juízo fotografia referente à posição e ao estado final desses veículos depois do choque, tais provas são indiretas, porque não se referem diretamente ao fato probando, isto é, como se deu o acidente. O exemplo clássico de prova indireta são os indícios, que muitos juristas não consideram um meio de prova capaz de ser comparado, por exemplo, aos documentos. Quanto ao sujeito [fontes] de que a prova emana, dizem-se pessoais aquelas que consistem na revelação consciente de um fato por uma pessoa, tal como a prova testemunhal; e reais as provas que são produzidas pelas [emanam, decorrem das] coisas ou pelas pessoas inconsciente ou involuntariamente, como as modificações corpóreas e psíquicas causadas na testemunha por ocasião da prestar o depoimento, e que servirão de subsídios para demonstrar a probabilidade da existência de algum fato ou indicar determinado estado de espírito. Finalmente, quanto à forma, as provas, segundo Malatesta, podem ser testemunhais, documentais e materiais. Classificam-se como prova testemunhal [oral], além da prova feita por testemunhas, a confissão e, nos sistemas que o admitem, também o juramento; documental, que é a declaração consciente feita por uma pessoa sob forma escrita e irreproduzível oralmente;

¹¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, vol. I, pp. 375-376.

finalmente, provas materiais seriam para o jurista as mesmas provas reais, quando consideradas sob o ponto de vista da forma.¹¹⁴

Em complemento, o doutrinador colaciona as classificações de Carnelutti e Bentham:

Carnelutti, considerando a relação entre o sujeito e o objeto, mostra que essa relação pode ser imediata ou mediata, segundo o próprio fato a provar incida diretamente sobre os sentidos do observador ou somente o atinja indiretamente através de um fato intermediário. Segundo este critério, as provas são diretas ou indiretas. Igualmente para Carnelutti as provas podem ser pessoais ou reais, segundo provenham de um homem ou de coisas. E podem dividir-se em provas históricas ou críticas. A prova testemunhal, enquanto a testemunha reproduz perante o juiz o fato probando, é uma forma de prova histórica; o indício, na medida em que não reproduz o fato que se pretende provar diretamente ao destinatário da prova, mas apenas permite que, pelo raciocínio, chegue-se à conclusão de sua veracidade, é uma prova crítica. Para Bentham, as provas podem ser divididas em pessoais e reais, segundo provenham de uma pessoa ou de uma coisa; conforme um outro critério, podem ser diretas ou indiretas. Classifica Bentham também as provas em casuais e preconstituídas, segundo o meio de prova tenha sido utilizado ocasionalmente, sem intenção de utilizá-la como prova em sua formação, ou, ao contrário, tenha-se formado a prova com o propósito de empregá-la num processo futuro.¹¹⁵

Examinadas tais premissas sobre a teoria geral das provas, reputa-se devidamente amealhado o alicerce indispensável para o entendimento do tópico seguinte, que investigar o ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973, à luz do paradigma distributivo estático então eleito e, sucessivamente, o ônus probatório dinâmico, sugerido pela nova codificação de regência.

2.1.2. Paradigma distributivo estático do ônus probatório

O presente tópico pretende perquirir acerca do ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973, à luz do paradigma distributivo estático então eleito pela

¹¹⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: SAFE Editor, 1996, vol. I, p. 285-286.

¹¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: SAFE Editor, 1996, vol. I, p. 286.

legislação de regência, qual seja, a Lei n. 5.859, de 11 de janeiro de 1973, doravante somente denominada CPC/1973.¹¹⁶

O mesmo modelo, aliás, qual seja, o da distribuição estática do *onus probandi*, conforme a natureza do fato alegado, resultou outrossim estabelecido como regra geral no novo Código de Processo de Civil, doravante apenas NCPC¹¹⁷, acrescido, todavia, da possibilidade de distribuição dinâmica das cargas probatórias, quando concorrentes suas condições de admissibilidade.

Das lições mais basilares e comezinhas sobre ônus da prova e diretamente das fontes romanas, fontes estas que abasteceram a ciência do Direito na evolução da escola romano-germânica, extrai-se que, ainda que por via de rudimentar postulação, a prova compete a quem alega ou formula uma proposição fática.

Nesse sentido corrobora Ovídio A. Baptista da Silva, aludindo às fontes romanas:

O rigor do princípio romano sobre ônus da prova, segundo o qual a prova incumbe a quem alega e nunca a quem nega (*actore nom probante reus absolvitur*) (...) mantém um grave e profundo compromisso com a estrutura e os princípios formadores do procedimento ordinário, derivado da *actio* do direito privado romano.¹¹⁸

No mesmo vértice proclama Pontes de Miranda: “o ônus vai ao que alega, anda quando alegue fato, modificação, ou extinção, juridicização, ou saída do mundo jurídico, insuficiência ou deficiência do suporte fático”.¹¹⁹

Detendo-se mais profundamente no exame das fontes romanas, o

¹¹⁶ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 28 out. 2016.

¹¹⁷ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 28 out. 2016

¹¹⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: SAFE Editor, 1996, vol. I, p. 290.

¹¹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, t. IV, p. 227.

processualista Moacyr Amaral Santos assim registra resenha histórica sobre o ônus probatório:

No Direito Romano aplicava-se a regra *semper onus probandi ei incumbit illi qui dicit* – ou seja – *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. Incumbe o ônus da prova a quem diz, afirma ou age. Ora, quem vem a juízo em primeiro lugar é o autor; quem inicia a lide é o autor, quem afirma o fato é o autor. Donde tudo parecia mostrar, como corolário imediato daquele preceito, que ao autor cumpria o ônus da prova. Este preceito tinha ainda a seu favor a interpretação puramente gramatical do texto acima citado, tanto mais que esse se completava de forma a parecer eximir da prova a parte que negasse a afirmação do autor: *ei incumbit probatio, qui difict, non qui negat*.¹²⁰

De notar-se que ao astuto tirocínio dos jurisconsultos romanos não escapou a circunstância de que, de acordo com o direito material vigente, ao réu não acedia unicamente se defender diretamente da *actio* deflagrada pelo autor, mas também lhe socorria levantar fatos positivos contra os direitos autorais, consistentes em exceções de direito material, tais como o pagamento.

Por isso mesmo se colhe o seguinte excerto, novamente do processualista Moacyr Amaral Santos:

Mas como nem sempre a defesa do réu consiste em negar o direito afirmado pelo autor, e sim, muitas vezes, consiste na articulação de outro fato que extingue, anula, impede ou modifica aquele, a defesa, então mais corretamente chamada exceção, importa numa afirmação, que cumpre igualmente ser comprovada por quem a traz a juízo. Daí a regra – *reus excipiendo fit actor*, assim enuciada por Ulpiniano: *reus in exceptione actor est*.¹²¹

Sob tais premissas, sem dúvida já bastante evoluídas para a época, o Direito Romano se sedimentou e posteriormente sobreviveu ao longo dos anos, mesmo após a derrocada do Império, difundindo-se entre os invasores bárbaros e povos germânicos e atingindo outras culturas do Europa. Atravessou ainda a Idade

¹²⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol. IV, pp. 29-30.

¹²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol. IV, p. 30.

Média, sob a releitura do Direito Canônico e dos glosadores e atingiu o Direito Português, penetrando no Brasil ainda colônia, via Ordenações do Reino.¹²²

Mais recentemente, o modelo romano-germânico experimentou a releitura e o aprimoramento conferidos pelos juristas alemães e italianos, também legítimos herdeiros daquela tradição, que emprestaram apuramento científico às fontes, ensejando notável evolução conceitual.

Bem a esse propósito, sobre o ponto de encontro e aprimoramento, aplaca Giuseppe Chiovenda:

A disciplina do ônus da prova figura entre os problemas vitais do processo e aqui se vinculam as mais profundas diferenças entre os processos de civilizações diversas, como desde o princípio explanei, confrontando entre si o processo romano e o germânico, no momento do seu encontro.¹²³

O ordenamento jurídico brasileiro e mais especificadamente o Direito Processual Civil e as normas sobre a distribuição do ônus probatório são produtos dessa resenha histórica, que prestou obséquio às fontes romanas, ao Direito Português e depois se inspirou no apuro científico dos processualistas alemães e italianos.¹²⁴

Dessa formidável evolução científica resultou que a velha máxima de que o ônus probatório compete a quem alega restou efetivamente aperfeiçoada, de molde a conferir-se o encargo da prova mediante subministração estática às partes (autor e réu), conforme suas posições processuais (ativa e passiva na relação jurídica com o Estado-juiz) e cogitando-se da natureza do fato que, por isso mesmo, melhor lhes aproveita, à luz do critério do interesse na veiculação de cada proposição.

Tal formulação perpassa pela evidente constatação de que as partes, ao se apresentarem em suas respectivas e diferentes posições processuais, encampam

¹²² SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol. IV, pp. 30-31.

¹²³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, vol.II, pp. 443-444.

¹²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol. IV, pp. 30-31.

interesses diversos, que se traduzem em comportamentos, alegações ou proposições diferenciados.

Ao autor, posto supostamente titularizar um direito subjetivo, interessa demonstrar proposições atinentes à sua existência; ao réu, naturalmente interessa que o autor não logre êxito na demonstração de tais proposições (podendo ainda ele mesmo demonstrar a inexistência delas ou fazer-lhes a contraprova) e interessa também e sobretudo apresentar proposições concernentes à extinção, à modificação ou ao impedimento das do autor, tudo a depender do comportamento (ou técnica de defesa) adotado.

Sobre tais postulados gerais professa uma vez mais Giuseppe Chiovenda:

Nos processos primitivos, quando, para destrinçar a lide, se provocava a manifestação da divindade, e um grande número de lides se dirimia por meio de juramento, a possibilidade carear vitória pela simples prestação de juramento induzia a que, pelo mais das vezes, se reputasse a prova um direito do réu. À proporção que se transmuda o caráter da lide para converter-se em decisão de controvérsias sobre o plinto da convicção do juiz, vai-se aguçando a necessidade de provas mais perfeitas. A subministração da prova se opera, então, como em encargo, e dois fatos concorrem para onerar com esse encargo o autor: primeiro, a condição mesma de autor, como iniciador da lide; e, depois, o interesse para o autor de, à medida que esse período de transição apouque a seriedade dos juramentos, tomar a si a prova, a fim de obviar ao juramento do adversário. Sem embargo, nem toda prova, que se torne necessária no processo para influir na convicção do juiz, é incumbida ao autor. Quando o réu não se limita a negar o direito do autor, mas afirma que o direito desapareceu, toca-lhe provar o fato extintivo e outro tanto ocorre quanto aos fatos impeditivos. Essa é uma regra que encontramos aplicada também em nosso direito comum.¹²⁵

Esse comportamento diferenciado ou alternativo do réu decorre da peculiar posição por ele ocupada na relação jurídica de direito processual (passiva), cabendo-lhe, portanto, operar a defesa da forma mais ampla que puder e assim veicular proposições que pela natureza do direito material lhe aproveitem ou

¹²⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: BookIseller, 2002, vol.II, pp. 444-445.

simplesmente não as veicular, conforme seu interesse defensivo.

Por isso se afirma que ao réu socorrem dois comportamentos: i - poderá laborar técnica de defesa direta ou imediata, limitando-se a negar as proposições constitutivas veiculadas pelo autor¹²⁶; ii - ou poderá manejar proposições que, pela natureza do direito material lhe sejam de interesse, laborando em técnica de defesa indireta ou mediata, repercutindo alegações extintivas, modificativas ou impeditivas das do autor, denominadas exceções de direito substancial.¹²⁷ Naquela moldura de defesa direta, ainda se faculta ao autor promover a contraprova.¹²⁸

Da investigação até o momento aplicada sobressai que, recapitulando, emergem como elementos relevantes na subministração do ônus probatório a posição (ou estática) das partes na relação jurídico-processual (com destaque para a peculiar acomodação do réu); a natureza do fato ou da proposição, conforme o direito material; e o legítimo interesse da parte na veiculação, consoante melhor lhe aproveitar.

Sobre o interesse enquanto critério elementar para a distribuição do *onus probandi* destaca Carnelutti, preconizando, em arremate, o seguinte:

O critério que a nossa lei adota para distinguir a qual das partes incumba o ônus da prova de uma afirmação, repousa sobre o interesse quanto à afirmação própria. O ônus de provar recai sobre quem tenha o interesse de afirmar; portanto, quem propuser a pretensão tem o ônus de provar os fatos constitutivos; quem propuser a exceção tem ônus de provar os fatos extintivos ou as condições impeditivas ou modificativas. Este é um critério coerente com o conteúdo do litígio, posto que se funda na diferença entre defesa e exceção; é, além disso, um critério sugerido por uma regra de exceção, posto que quase sempre aquele em cujo favor um fato constitui a base de uma pretensão ou de uma exceção, proporciona-se a disponibilidade dos meios necessários para demonstrá-lo.¹²⁹

¹²⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: SAFE Editor, 1996, vol. I, p. 290.

¹²⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. II, t. I, p. 247.

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, vol. 2, p. 269.

¹²⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz

De todo o arcabouço produzido, pois, pode deduzir-se o acerto do CPC/1973 ao perfilhar a teoria ou o paradigma distributivo estático para fins de subministração do ônus probatório, sob as influências da posição (ou estática) das partes na relação jurídico-processual; da natureza do fato ou da proposição, conforme o direito material; e do interesse da parte como critério de inteligência, modelo este de resto transplantado também, como regra geral, para o NCPC de 2015.

Com efeito:

O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que se funda a pretensão/exceção (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo); c) o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo deste mesmo direito.¹³⁰

Destarte, dispõe o CPC/1973, em seu art. 333: “o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.¹³¹

E na mesma linha de princípio, como regra geral, deflui do preceptivo contido no art. 373 do NCPC idêntico comando: “o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.¹³²

Comentando o diploma pretérito, recorre-se ao escólio de Pontes de Miranda:

Os fatos que tem de ser afirmados são os fatos jurídicos – formativos, extintivos, impeditivos, ou modificativos. O autor é

Editora, 2004, vol. II, p. 133.

¹³⁰ DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, p.114.

¹³¹ BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 28 out. 2016.

¹³² BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 out. 2016.

carregado com o ônus de afirmar o fato constitutivo da sua ação ou da sua exceção, em sentido de direito material. (...) Quanto aos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, a regra toca ao réu e não ao autor, afirmá-los.¹³³

Tecendo seus comentários sobre o mesmo dispositivo legislativo, empolga Moacyr Amaral Santos:

Betti justifica a distribuição do ônus da prova entre os litigantes com muita clareza. Para ele, a repartição do ônus da prova acompanha paralelamente a repartição do ônus da afirmação e da demanda e se inspira no critério da igualdade entre as partes. “Como ao ônus do pedido – ônus da ação e da exceção – se coordena o ônus da afirmação, assim também ao ônus da afirmação se coordena o ônus da prova”. Quem pede ao juiz tem o ônus de afirmar fatos que autorizem seu pedido, logo tem o ônus de provar os fatos afirmados. Assim, tem o autor o ônus da ação. Igualmente, quem contesta, o réu, se não se limita a negar os fatos deduzidos pelo autor, tem o ônus de afirmar outros fatos que, sem excluir a existência daqueles, elidam sua eficácia jurídica, seja originária ou atual: ao ônus dessa afirmação se subordina o ônus da respectiva prova, o ônus da exceção (no sentido lato). O critério da distribuição do ônus da prova deduzida do ônus da afirmação evoca a antítese entre ação, no sentido lato e exceção, também no sentido lato, a cujos ônus respectivos se coordena o ônus da afirmação para os fins da prova.¹³⁴

Debatendo sobre a distribuição legal do ônus da prova, asseveram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

De acordo com o art. 333 do CPC/1973 [art. 373 do NCPC], o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra, que distribui o ônus da prova entre o autor e o réu, funda-se na lógica de que o autor deve comprovar os fatos que constituem o direito por ele alegado, mas não a não-existência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção. Não há racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento pelo juiz. Isso deve

¹³³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, t. IV, p. 212.

¹³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol. IV, pp. 32-33.

ser feito por aquele que pretende que o direito não seja reconhecido, isto é, pelo réu. Na Alemanha (...) na ausência de regra expressa sobre a divisão do ônus da prova, a doutrina, desenvolvendo a idéia de que a discussão em torno da aplicação de uma norma pode girar em torno dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, chegou à conclusão lógica de que o autor somente deveria provar os fatos pressupostos para a aplicação da norma, e o réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos. Por isso, a teoria que expressou tal problema ficou conhecida como *Normentheorie*.¹³⁵

À consideração do conteúdo investigado, é possível formular um conceito operacional de ônus da prova, como sendo o encargo ou a faculdade processual atribuída às partes ou aos sujeitos processuais de demonstrarem a veracidade das proposições que lhes aproveitem e contribuam eficazmente na formação do convencimento espiritual do julgador, conforme suas posições ou estáticas na relação jurídico-processual, a natureza de direito material dos fatos e os respectivos interesses.

Do enunciado extrai-se, já numa primeira confrontação, a diferença técnica entre ônus e dever.

Ônus é encargo ou faculdade processual:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem o interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.¹³⁶

Ainda sobre a clássica distinção entre ônus e dever esclarece Pontes de Miranda:

A diferença entre dever e ônus está em que o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade; há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação do interesse é do sujeito ativo. Ônus é em relação a

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, vol. 2, p. 267.

¹³⁶ DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, p.110.

si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado.¹³⁷

Do conceito operacional reverberam também claramente duas perspectivas (dimensões ou funções) do ônus da prova, quais sejam, uma de natureza subjetiva e uma outra de natureza objetiva:

As regras de ônus da prova devem ser analisadas a partir de duas perspectivas (dimensões ou funções). Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em ônus subjetivo (ônus formal, segundo Barbosa Moreira) ou função subjetiva do ônus da prova, que permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato. Sucede que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar a verdade dos fatos. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, é vedado o *non liquet*. É aí que entra a segunda perspectiva pela qual se podem enxergar as regras sobre ônus da prova: trata-se de regramento dirigido ao juiz (uma regra de julgamento), que indica qual das partes deverá suportar as conseqüências negativas eventualmente advindas da ausência, ao cabo da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova. Sob esse ângulo, trata-se do ônus objetivo (ou material, segundo Barbosa Moreira). Em resumo, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que orientam sobre o que precisam provar (ônus subjetivo), como são regras de julgamento dirigidas ao julgador, tendo em vista que orientam como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (ônus objetivo) – o último refúgio para evitar o *non liquet*.¹³⁸

Simplificando as noções encartadas, resulta lícito propugnar que o ônus subjetivo da prova é a pertinência ou a atribuição legal (subjetiva) do encargo às partes do processo e, nessa dimensão, é prévio, geral, abstrato e dito estático e invariável, decorrendo da lei (opera *ope legis*). O ônus objetivo da prova, a seu turno, é a conseqüência (peso ou castigo) da inobservância ao ônus subjetivo e,

¹³⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, t. IV, p. 217.

¹³⁸ DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, p.110-112.

nessa dimensão, condiz com a formação do convencimento ou com a convicção espiritual do magistrado, encerrando vera regra de julgamento, a ser considerada no ato compositivo final.

Para certa fatia da doutrina, a dimensão objetiva do ônus probatório prevalece:

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos tem o dever de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula consequência de se não haver produzido prova.¹³⁹

O entendimento majoritário, todavia, é profligado por Marinoni e Arenhart, para quem “a regra do ônus da prova não se dirige apenas ao juiz, mas também às partes, com o fim de dar-lhes ciência de que a prova dos fatos constitutivos cabe ao autor, e a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos ao réu”.¹⁴⁰

Essas, pois, foram as premissas mais relevantes sobre a distribuição normal e regular do ônus probatório.

Todavia, relevante sublinhar que o modelo distributivo estático do ônus probatório foi edificado, embora não exclusivamente, basicamente para a composição de litígios obrigacionais e reais, na maior parte das vezes versando sobre direitos individuais, patrimoniais e disponíveis.

Há situações de direito material, como aquelas em que as proposições ou os fatos são disciplinados por normas de direito transindividuais, em que o paradigma distributivo estático não responde adequadamente à tutela da coletividade protegida, impondo-se tratamento diferenciado no manejo das provas, como se verá adiante.

Objetivando responder adequadamente à tutela desses direitos materiais

¹³⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, t. IV, p. 228.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, vol. 2, p. 269.

diferenciados, em obséquio aos princípios da igualdade material e da adequação¹⁴¹, à luz de vigorosa tecnologia processual, doutrina e jurisprudência concentraram esforços em engendrar alternativas, o que culminou no desenvolvimento da teoria distributiva dinâmica do ônus probatório ou das cargas probatórias dinâmicas, já bastante arraigada do Direito Argentino.¹⁴²

Assim, se a subministração normal e regular do ônus da prova, informada pelo paradigma distributivo estático, decorre da lei (*ope legis*) e é invariável, o mesmo não se diga sobre a novidade introduzida pelo § 1º do art. 373 do NCPC, que ao prestar obséquio à doutrina e à jurisprudência acima homenageadas, fez incluir na moldura legislativa atual, como exceção à regra geral, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou das cargas probatórias dinâmicas, que será objeto do próximo tópico e depende de manifestação *a posteriori*, concreta e expressa do magistrado quanto à concorrência dos seus requisitos (*opera ope judici*), consistindo em regra de instrução e não de julgamento.

2.1.3. O NCPC e o modelo distributivo dinâmico do *onus probandi*

O presente tópico pretende investigar as principais características do paradigma distributivo dinâmico do ônus probatório, adotado como exceção à regra geral do *caput* do art. 373 do NCPC.

Colhe-se do art. 373, §1º, do NCPC:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.¹⁴³

¹⁴¹ DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, p.126.

¹⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, vol. I, p. 380.

¹⁴³ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 out. 2016.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas, adotada em caráter de exceção pela novel legislação de regência, reconhece cogitar-se, no plano dos fatos, de situações de direito material, como aquelas em que as proposições são disciplinadas por normas de direito transindividuais, em que o paradigma distributivo estático não responde adequadamente à tutela da coletividade protegida, impondo-se tratamento diferenciado no manejo das provas, como se verá adiante.

ndo responder adequadamente à tutela desses direitos materiais diferenciados, em obséquio aos princípios da igualdade material e da adequação¹⁴⁴, à luz de vigorosa tecnologia processual, doutrina e jurisprudência concentraram esforços em engendrar alternativas, o que culminou no desenvolvimento da teoria distributiva dinâmica do ônus probatório ou das cargas probatórias dinâmicas, já bastante arraigada do Direito Argentino.

Sobre o tema introduz Cássio Scarpinella Bueno:

A diretriz, justamente em função de sua vinculação ao “modelo constitucional do Direito Processual Civil”, deve ser amplamente aplicada no processo na linha do que vem sendo defendido, fundamentalmente com base nas lições do processualista argentino Jorge Peyrano, como teoria da carga probatória dinâmica ou teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Por esta teoria, a distribuição do ônus da prova deve atentar não apenas a regra derivada da previsão abstrata legislativa, mas também, senão principalmente, às peculiaridades de cada caso concreto e às reais possibilidades de os litigantes, inclusive com relação ao objeto e aos meios de prova, desincumbirem-se adequadamente de seu ônus probatório, com vistas à formação do convencimento do magistrado.¹⁴⁵

Das lições de Alexandre Freitas Câmara se apanha ainda o seguinte escólio:

Do que se viu até aqui fica fácil verificar que a lei processual brasileira opta por uma distribuição estática do ônus probatório. Moderna doutrina tem afirmado a possibilidade uma

¹⁴⁴ DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, p.126.

¹⁴⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. II, t. I, p. 248.

distribuição dinâmica do ônus probatório à parte que, no caso concreto, revele ter melhores condições de a produzir. Busca-se com isso permitir que o juiz modifique o ônus da prova quando verifique que este impõe à parte o ônus de uma prova diabólica (isto é, de uma prova de difícil produção). Neste caso, por decisão judicial, inverte-se o ônus da prova e se atribui tal ônus a quem tenha melhores condições de a produzir.¹⁴⁶

Vale, por oportuno e relevante, reiterar a advertência de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

O legislador brasileiro autoriza o juiz a, preenchidos certos pressupostos legais, redistribuir o ônus da prova, diante da peculiaridade do caso concreto. A redistribuição é feita caso a caso. É chamada, por isso, de distribuição dinâmica do ônus da prova – embora, como já se viu, também ser dinâmica a distribuição feita por convenção das partes. A redistribuição judicial da prova pode ser feita de ofício e é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, XI, do NCPC). É preciso destacar que a regra é a distribuição legal do ônus da prova; a dinamização depende de decisão do magistrado, seja de ofício ou a requerimentos da parte. Ou seja, a dinamização é excepcional e depende do reconhecimento dos pressupostos do NCPC.¹⁴⁷

Assim, se a subministração normal e regular do ônus da prova, informada pelo paradigma distributivo estático, decorre da lei (*ope legis*) e é invariável, o mesmo não se diga sobre a novidade introduzida pelo § 1º do art. 373 do NCPC, que ao prestar obséquio à doutrina e à jurisprudência acima homenageadas, fez incluir na moldura legislativa atual, como exceção à regra geral, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou das cargas probatórias dinâmicas, que será objeto do próximo tópico e depende de manifestação *a posteriori*, concreta e expressa do magistrado quanto à concorrência dos seus requisitos (*opera ope judici*), consistindo em regra de instrução e não de julgamento.

Daí emergem pressupostos de ordem material e de ordem formal para a efetiva implementação do instituto a uma relação jurídico-processual.

¹⁴⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, vol. I, pp. 380-381.

¹⁴⁷ DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, p.125.

Os requisitos materiais são, em verdade, as hipóteses legais de cabimento ou autorizadoras da dinamização da carga probante entre as partes de uma relação processual, podendo alcançar ao extremo útil da total inversão.

Assim, a subministração dinâmica do ônus probatório reclama a verificação de prova diabólica unilateral¹⁴⁸, ou seja, aquela impossível ou extremamente dificultosa para uma das partes, mas viável para a outra; ou, alternativamente, a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário ou da proposição contrária, nessa hipótese, naturalmente, pela parte adversa, por óbvio. Nessa última moldura, concretiza-se a idéia inspiradora do instituto de que a carga da prova deve recair sobre quem mais facilmente a possa produzir.¹⁴⁹

Os pressupostos formais perpassam pelo necessário pronunciamento concreto e motivado do juiz¹⁵⁰; pela proclamação anterior à sentença¹⁵¹, recomendando-se em doutrina por via de decisão de saneamento; e a não-imposição de prova diabólica reversa, ou seja, que a dinamização da carga não replique à parte contrária prova impossível ou extremamente difícil, o que seria

¹⁴⁸ Prova diabólica é aquela cuja produção é considerada impossível ou extremamente difícil. Normalmente se designa diabólica a prova do fato negativo, por ser impossível ou extremamente dificultosa sua produção. Todavia, adverte-se em doutrina que nem toda proposição negativa é essencialmente prova diabólica, na dimensão investigada. Há proposições negativas relativas e absolutas. As proposições negativas absolutas são negações indefinidas no tempo e no espaço, como, por exemplo, nunca se ter ido a determinado local. As relativas recusam (relativamente) em parte um fato, mas o definem no tempo e no espaço, à negação vinculando um fato positivo ou álibi: por exemplo, não estava em dado local, a certa hora, porque se encontrava em outro lugar (álibi). Nesse caso, o fato positivo vinculado à negativa relativa pode e dever demonstrado pelo interlocutor. Portanto, apenas as negativas absolutas são tecnicamente provas diabólicas. Por seu turno, as provas diabólicas (negativas absolutas) podem ser unilaterais, quando impossíveis ou dificultosas para apenas uma das partes, resolvendo-se a perplexidade mediante dinamização ou inversão da carga *probandi*; ou bilaterais, quando impossíveis ou dificultosas para ambas. Neste último caso, o estado doutrinário de “inesclarecibilidade” se resolve por juízos de verossimilhança, indícios, presunções ou iniciativa probatória *ex officio* do juiz, excepcional por força do princípio dispositivo, mas justificada nesses casos ou ainda em tema de direitos indisponíveis e ações de estado ou desigualdade entre as partes. Assim, conclui-se que a subministração dinâmica do ônus probatório tem lugar apenas quando se cogitar de vera prova diabólica (negativa absoluta) e unilateral. Nesse sentido: DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, pp.117-121.

¹⁴⁹ DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, p.130.

¹⁵⁰ A inversão do ônus da prova, como visto, não é regra, mas sim exceção e opera *ope judici*.

¹⁵¹ A dinamização da carga probatória é regra de instrução (procedimento) e não de julgamento, ao contrário do regular ônus objetivo da prova, como já repercutido.

totalmente incoerente, por resolver um problema criando outro.¹⁵²

Dito isso, reputa-se devidamente repercutida, em caráter geral, a dinamização do ônus probatório, inovação legislativa esta reclamada por doutrina e jurisprudência, enquanto técnica processual adequada para a tutela de direitos materiais diferenciados, como os metaindividuais, por sua natureza, o que será objeto de investigação a seguir.

2.2. A PECULIAR NATUREZA DOS DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS

Norberto Bobbio teorizou acerca da historicidade dos direitos fundamentais, a partir da evolução dos direitos humanos ao longo dos tempos, classificando-os em gerações.

Por direitos de primeira geração designou as garantias individuais, de feição negativa, enquanto proibições dirigidas ao Estado, em favor da preservação da esfera jurídica particular do indivíduo.

Por direitos de segunda geração nomeou os direitos sociais, decorrentes das lutas de classe, enquanto provisões ou prestações positivas do Estado em favor do indivíduo, inserido na sociedade.

Por direitos de terceira geração concebeu os transindividuais (coletivos e difusos), como imanentes às coletividades.

Por direitos de quarta geração vinculou aqueles de ordem genética ou bioética¹⁵³.

Especificadamente sobre o tema dos direitos coletivos e difusos, de terceira geração, pois, professa o escritor:

Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os direitos de terceira geração, que consistem numa categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, que nos impede de

¹⁵² DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2, pp.126-129.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992, pp. 05-06.

compreender ainda do que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.¹⁵⁴

A menção à vagueza do conceito naturalmente se justifica pelo momento em que foi concebida a teoria, eis que o aprimoramento da matéria conduziu a contornos já bastante precisos, inclusive legislativos, sobre os quais se debruçará doravante.

Laborando em panorama geral sobre a matéria, colaciona-se a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli:

Situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados de interesses coletivos em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados de um mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito do estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público. Sob o aspecto processual, o que caracteriza os interesses transindividuais, ou de grupo, não é apenas o fato de serem compartilhados por vários titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas, mais do que isso, é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à justiça seja substituído por um processo coletivo, que não apenas deve ser apto a evitar decisões contraditórias, como ainda deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido uma só vez, em proveito de todo o grupo lesado.¹⁵⁵

Os interesses transindividuais, também designados metaindividuais ou coletivos em sentido amplo (*lato sensu*), subdividem-se em coletivos (*stricto sensu*) e difusos, conforme a melhor técnica.

Para o mesmo autor:

Atendendo a esta realidade e procurando melhor sistematizar a defesa dos interesses transindividuais que já tinha sido iniciada pela Lei da Ação Civil Pública (LAP), o Código de Defesa do

¹⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992, p. 06.

¹⁵⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48.

Consumidor (CDC), passou a distingui-los segundo a origem: a) se o que une interessados determináveis, que compartilham interesses divisíveis, é a origem comum da lesão, temos interesses individuais homogêneos; b) se o que une interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica indivisível, temos interesses coletivos em sentido estrito; c) se o que une interessados indetermináveis é a mesma relação de fato, mas o dano é individualmente indivisível, temos interesses difusos. Há, pois, interesses que envolvem uma categoria determinável de pessoas (como os interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos); outros são compartilhados por um grupo indeterminável de indivíduos ou por grupo cujos indivíduos são de difícil ou praticamente impossível determinação (como os interesses difusos).¹⁵⁶

A determinação precisa, ou melhor, oficial dos conceitos hoje é emprestada pelo ordenamento jurídico, mais especificadamente pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁵⁷.

O art. 81 da legislação consumerista estabelece que interesses ou direitos difusos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Do mesmo preceptivo ressaí que interesses ou direitos coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e interesses ou direitos individuais homogêneos são assim entendidos os decorrentes de origem comum.

À luz da concepção normativa pontifica Hugo Nigro Mazzilli, em nova consulta:

Difusos – como conceitua o CDC – são interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Os interesses difusos compreendem grupos menos

¹⁵⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 48-49

¹⁵⁷ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas, são antes pessoas indetermináveis), entre as quais existe um vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas. (...) Ao mesmo tempo em que se admite esse conceito amplo de interesses coletivos, o CDC, entretanto, introduziu também um conceito mais restrito de interesses coletivos. Coletivos, em sentido estrito, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas reunidas por uma relação jurídica básica comum. (...) Tanto os interesses difusos, quanto os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não apenas pela origem da lesão, como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.¹⁵⁸

De outra doutrina:

A principal distinção entre interesses coletivos e interesses difusos se encontra na determinabilidade dos titulares. Enquanto no interesse coletivo é possível identificá-los, no difuso os interessados são indeterminados ou indetermináveis. Ambos são interesses transindividuais, pois num dos pólos da relação jurídica há mais de um indivíduo, no entanto nos interesses coletivos é possível determinar quais são os interessados, que estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica. Já nos interesses difusos, sujeitos indetermináveis estão ligados por circunstâncias de fato. O interesse ao meio ambiente, em regra, é classificado como difuso, em decorrência de sua natureza indivisível, bem como por envolver segmentos indeterminados da sociedade.¹⁵⁹

Na mesma linha de abordagem a lição de Mauro Cappelletti e Byrant Garth: “interesses difusos são interesses fragmentados ou coletivos [em sentido amplo], tais como o direito ao meio ambiente saudável, ou a proteção do

¹⁵⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 50-53.

¹⁵⁹ THOME, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 122.

consumidor”.¹⁶⁰

Daí se apanha que a peculiar natureza de direito material dos interesses transindividuais ou metaindividuais coletivos e difusos reside na circunstância de que, sendo eles de titularidade de coletividades (determináveis porque jungidas por relação jurídica base ou indetermináveis porque conectadas por meros elementos de fato), não pertencem a indivíduos em particular, senão a estas mesmas coletividades como um todo, daí por que são indivisíveis entre os titulares.

E é precisamente dessa titularidade coletiva (determinável ou indeterminável) e dessa indivisibilidade do direito que decorre a inaptidão do paradigma estático de distribuição do ônus da prova, afigurando-se mais adequada a dinamização das cargas, o que se prospectará no tópico seguinte.

2.3. A INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO COMO TÉCNICA ADEQUADA DE TUTELA

Como restou investigado, a particular natureza de direito material dos interesses transindividuais ou metaindividuais coletivos e difusos reside na circunstância de que, sendo eles de titularidade de coletividades (determináveis porque jungidas por relação jurídica base ou indetermináveis porque conectadas por meros elementos de fato), não pertencem a indivíduos em particular, senão a estas mesmas coletividades como um todo, daí por que são indivisíveis entre os titulares.

E é exatamente dessa titularidade coletiva (determinável ou indeterminável) e dessa indivisibilidade do direito respectivo que decorre a inépcia do modelo estático de subministração do ônus da prova, afigurando-se mais adequada a dinamização das cargas.

É, pois, o que se pretende examinar a seguir, na linha do conselho de Marinoni e Arenhart, para quem há “situações de direito material que exigem que o ônus da prova seja tratado de maneira diferenciada”.¹⁶¹

¹⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 26.

¹⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, vol. 2, p. 273.

Os direitos transindividuais ou metaindividuais pertencem a coletividades e nessa dimensão de pertinência coletiva (sujeitos determináveis) ou difusa (sujeitos indetermináveis), resulta dificultado sobremaneira o manejo do ônus subjetivo da prova (ou feição ou função subjetiva do *onus probandi*), ou seja, resta obstaculizada a subministração parcial do encargo de produzir o material probatório entre estes sujeitos múltiplos, o que em si já transcende e desborda o paradigma normal, regular e estático de distribuição da carga probatória entre partes certas e determinadas, naturalmente porque concebido esse modelo ordinário para a singela tutela de relações jurídicas simples, individuais e patrimoniais.

Não bastasse isso e por isso mesmo, como boa tecnologia de otimização da tutela desses direitos em juízo, concebeu-se a substituição processual ou a legitimação extraordinária como instituto adequado para a composição do pólo ativo em demandas ambientais, a ser exercitada pelos co-legitimados em ACP, basicamente o Ministério Público e as associações.

Leciona sobre a matéria Rodolfo de Camargo Mancuso:

Visto ser o processo civil tradicional um instrumento de tutela de posições jurídicas individuais, é natural que, ordinariamente, coincidam numa mesma pessoa as figuras do titular do interesse e do legitimado (=aquele a quem a norma confere o poder de agir), razão pela qual a legitimação chama-se ordinária. Esse esquema, porém, não pode ser trasladado perfeitamente à legitimação para agir nas ações coletivas, onde o objeto tutelado é metaindividual, como se dá na ação civil pública da Lei n. 7.347/85. E isso porque, simplesmente, não se vai encontrar o titular, o dono do interesse objetivado, dada a inviabilidade de sua partição ou fracionamento (a chamada indivisibilidade do objeto) e, de outro lado, dada a impossibilidade de sua atribuição a certos titulares (a chamada indeterminação dos sujeitos).¹⁶²

Para Hugo Nigro Mazzilli, “a substituição processual é uma forma de legitimação processual extraordinária, que consiste na possibilidade de alguém, em nome próprio, defender em juízo interesse alheio”.¹⁶³

¹⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 9. ed. São Paulo: RT, 2004, pp. 130-131.

¹⁶³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva,

E ainda:

A legitimação extraordinária ou especial dá-se em proveito da efetividade da defesa do interesse violado. Nas lesões a interesses de grupos, categorias, ou classes de pessoas, seria impraticável buscar a restauração da ordem jurídica violada se tivéssemos de sempre nos valer da legitimação ordinária e, com isso, deixar a cargo de cada lesado a iniciativa de comparecer em juízo, diante do ônus que isso representa (não só os relacionados ao custeio da ação, como os de caráter probatório).¹⁶⁴

Essa figuração extraordinária no pólo ativo da demanda ambiental traz consigo a dificuldade residente na circunstância de que o substituto processual estará a defender em nome próprio interesse alheio e de uma multiplicidade de sujeitos, decorrendo disso mais um óbice à subministração estática da carga probatória, tornando-se impossível ou muito difícil o cumprimento do encargo pelo próprio pólo ou se mostrando muitas vezes mais facilitada a demonstração da proposição fática contrária pela parte adversa, a justificar a dinamização das cargas ou inversão do ônus, na forma do art. 373, § 1º, do NCPC¹⁶⁵.

A tudo se acrescenta que o direito indivisível comum a essa titularidade coletiva (determinável) ou difusa (indeterminável) se vinca a fatos ou proposições fáticas outrossim comuns e indivisíveis e por isso mesmo de inviável fatiamento ou separação entre os sujeitos, daí emergindo mais um motivo de adequação da dinamização do ônus probatório como boa técnica de tutela.

Finalmente, a principiologia aplicável ao Direito Ambiental atribui, em muitas hipóteses, determinadas obrigações ou prestações positivas a certos atores, em especial àqueles que explorem atividade ou serviço potencialmente lesivo ao meio ambiente (art. 225 da CF/1988)¹⁶⁶, daí decorrendo posturas ativas necessárias

2007, p. 62.

¹⁶⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 62.

¹⁶⁵ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 28 out. 2016.

¹⁶⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 out.

por parte desses empreendedores, cuja prova das proposições fáticas respectivas melhor lhes incumbirá, conquanto estejam no pólo passivo, ao invés de se atribuir a prova negativa absoluta ou diabólica unilateral aos co-legitimados ativos da demanda coletiva, substitutos processuais que são.

Nessa última moldura principiológica, aliás, insere-se e atua o princípio da precaução, de matriz constitucional, a determinar a inversão do ônus da prova, enquanto técnica (de princípio) implícita (porque emanada de outros princípios) e formal ou adjetiva (porque referível ao direito processual) de tutela do meio ambiente, o que será objeto de repercussão no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O presente capítulo objetiva examinar o princípio da precaução como fundamento adequado e eficiente para determinar a dinamização da carga probatória em demandas ambientais coletivas preventivas ou inibitórias, enquanto técnica (de princípio) implícita (porque emanada de outros princípios) e formal ou adjetiva (porque referível ao direito processual) de tutela do meio ambiente.

Proceder-se-á a isso através da investigação dos princípios aplicáveis ao Direito Ambiental, especificamente o princípio da precaução e seus caracteres jurídicos.

Isso porque do conteúdo normativo emanado do art. 225 da CF/1988¹⁶⁷ e, como se verá abaixo, sob as influências dos princípios do meio ambiente ecologicamente equilibrado e da participação comunitária, decorrem imposições de posturas ativas ou positivas por parte da sociedade (e nesse contexto por parte dos empreendedores/interessados também).

Essas posturas ativas, devidamente observadas pelos empreendedores, legitimam a interferência no meio ambiente, pelo que se lhes incumbirá a respectiva prova, se acionados em demandas ambientais coletivas inibitórias, como já adiantado.

Vale dizer, a observância desses princípios e das prestações positivas que lhes são correlatas é que autoriza a atuação no meio.

Por isso, como premissa, justifica-se um breve estudo da principiologia

¹⁶⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

ambiental, donde precisamente emanam tais imposições, que determinam a subministração dinâmica do ônus probatório e, em especial, a investigação do princípio da precaução, que por deter a maior carga preventiva frente à incerteza científica do dano, é concebido como o mais proeminente gerador de obrigações ou posturas ativas.

Verte-se ao estudo dos princípios.

3.1. DA PRINCIPIOLOGIA APLICÁVEL AO DIREITO AMBIENTAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

O presente tópico abordará a principiologia básica aplicável ao Direito Ambiental.

Por não ser objeto da presente investigação, adota-se por aceita a definição de princípio como espécie de norma jurídica, de conteúdo tanto mais fluído e axiológico, que funciona como dever de otimização.

Pela síntese teórica, anotam-se as definições de J. J. Gomes Canotilho:

A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (*Norm-Prinzip*, *Principles-rules*, *Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em substituição, se sugerir: (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.

Saber como distinguir, no âmbito do supraconceito norma, entre regras e princípios, é uma tarefa particularmente complexa. Vários são os critérios sugeridos:

a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta.

c) Caráter de fundamentalidade nos sistemas das fontes de direito: os princípios são norma de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).

- d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são “standards” juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- f) Natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.¹⁶⁸

E mais adiante arremata:

Os princípios interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, das regras jurídicas. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos: os princípios são normas impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência das regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas se excluem. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exata medida de suas prescrições, nem mais, nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação e harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou “standards” que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm fixações normativas definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são corretas, devem ser alteradas).¹⁶⁹

Examinados tais vetores, relativamente à categorização dogmática dos

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003, pp. 1.160-1.161.

¹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003

princípios, enquanto espécies normativas, transmuda-se ao exame particularizado das mais nucleares diretrizes aplicáveis ao Direito Ambiental.

Dito isso, reporta-se ao exame dos princípios do Direito Ambiental em espécie.

3.1.1. Princípio do desenvolvimento sustentável

O princípio do desenvolvimento sustentável é concebido como o *prima principium* do Direito Ambiental e tem como pilares de sustentação três vertentes fundamentais e que carecem de equilibrada harmonização, quais sejam, crescimento econômico, preservação ambiental e equidade social, apenas se reputando sustentável o desenvolvimento quando as três vertentes restarem efetivamente observadas de sorte simultânea.¹⁷⁰

Sobre a temática:

A ideia de desenvolvimento socioeconômico em harmonia com a preservação ambiental emergiu da Conferência de Estocolmo, em 1972, marco histórico na discussão dos problemas ambientais. Designado à época como “abordagem do eco-desenvolvimento” e posteriormente renomeado “desenvolvimento sustentável”, o conceito vem sendo continuamente aprimorado. Desenvolvimento sustentável, segundo a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (*World Commission on Environment and Development*) significa um desenvolvimento que faz face às necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras na satisfação de suas necessidades. As gerações presentes devem buscar seu bem-estar através do crescimento econômico e social, mas sem comprometer os recursos naturais fundamentais para a qualidade de vida das gerações subsequentes.¹⁷¹

Para Juarez Freitas seria ainda “um paradigma axiológico e existencial de sustentabilidade”.¹⁷²

A concepção de desenvolvimento pode assumir uma feição

¹⁷⁰ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 58.

¹⁷¹ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, pp. 58-59.

¹⁷² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 32.

antropocêntrica, quando voltado ao atendimento das demandas do homem, em acepção meramente utilitarista ou sob pálio protecionista e ecocêntrica ou biocêntrica, quando facetado ao atendimento do meio, considerado o ser humano como integrante dele. A feição antropocêntrica protecionista é a adotada pela CF/1988, em seus arts. 170 e 225.¹⁷³

3.1.2. Princípio do ambiente ecologicamente equilibrado

O conteúdo do princípio do ambiente ecologicamente equilibrado consiste na conservação de suas propriedades e suas funções naturais, equivalendo afirmar-se que existe, por premissa, uma diretriz geral proibitiva de que se desequilibre significativamente o meio.¹⁷⁴

Sobre a noção de equilíbrio reportada pelo princípio discorre Paulo Affonso Leme Machado:

O conceito de equilíbrio não é estranho ao Direito. Pelo contrário, a busca pelo equilíbrio nas relações pessoais e sociais tem sido um fim a atingir nas legislações. O equilíbrio pode ser conceituado como igualdade, absoluta ou aproximada, entre forças opostas.¹⁷⁵

E aprimorando o conceito e o espectro de atuação do princípio prossegue mais adiante o mesmo escritor:

A especial característica do princípio é a de que o desequilíbrio ecológico não é indiferente ao Direito, pois o Direito Ambiental realiza-se somente numa sociedade equilibrada ecologicamente. Cada ser humano só fruirá plenamente de um estado de bem-estar e de equidade se lhe for assegurado o direito fundamental de viver num meio ambiente ecologicamente equilibrado. A Constituição do Brasil, além de afirmar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determina que incumbe ao Poder Público proteger a fauna e a

¹⁷³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

¹⁷⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58.

¹⁷⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 58.

flora, interditando as práticas que coloquem em risco sua função ecológica ou provoquem a extinção de espécies (art. 225).¹⁷⁶

O princípio do ambiente ecologicamente equilibrado, nada obstante sua topografia constitucional, é concebido como direito fundamental e “intimamente ligado ao direito fundamental à vida e à proteção da dignidade da vida humana, garantindo, sobretudo, condições adequadas de qualidade de vida”.¹⁷⁷

3.1.3. Princípio do poluidor-pagador

O princípio do poluidor-pagador estabelece que aquele que causar dano ao meio ambiente deverá suportar os custos da reparação, por isso mesmo também conhecido como princípio da reparação ou da responsabilidade.¹⁷⁸

Todavia, não detém apenas mister distributivo, mas também função preventiva.

Sobre o tema consigna-se:

O princípio do poluidor-pagador, analisado sob o prisma constitucional aceita, portanto, duas interpretações: a) obrigação de reparação do dano ambiental, devendo o poluidor assumir todas as consequências derivadas do dano ambiental; b) incentivo negativo face àqueles que pretendem praticar conduta lesiva ao meio ambiente (função dissuasiva, e não restitutiva). O poluidor, uma vez identificado, deve suportar as despesas de prevenção do dano ambiental. Numa primeira interpretação, o princípio em tela traz uma exigência dirigida ao poluidor para que assuma todas as consequências derivadas do dano ambiental. De acordo com esse entendimento, esse princípio se traduz na obrigação de reparar danos e prejuízos. De acordo com outra interpretação, compatível com a primeira, o princípio passa a ter uma finalidade dissuasiva, e não tanto restitutiva, tendo em vista que a obrigação de pagar pelo dano causado atua, ou deveria atuar, como incentivo negativo face a todos aqueles que pretendam praticar uma conduta lesiva ao

¹⁷⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 60.

¹⁷⁷ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 66.

¹⁷⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67.

meio ambiente.¹⁷⁹

De tudo emerge, mais compreensivamente, que o princípio do poluidor-pagador “pode ser entendido como um instrumento econômico que exige do poluidor, uma vez identificado, suportar as despesas de prevenção, reparação e repressão dos danos ambientais”.¹⁸⁰

E ainda:

Para sua aplicação, os custos sociais externos que acompanham o processo de produção devem ser internalizados, ou seja, o custo resultante da poluição deve ser assumido pelos empreendedores de atividades potencialmente poluidoras, nos custos da produção.¹⁸¹

3.1.4. Princípio do usuário-pagador

Cuida-se, sob essa rubrica, de evolução do princípio desenvolvido anteriormente.

Por este princípio se estabelece que o usuário de recursos naturais finitos deve pagar por sua utilização, independentemente de ilicitude ou dano, daí defluindo a ideia de valor econômico do bem natural, objetivando racionalizar-lhe o uso e evitar desperdícios.¹⁸²

Sobre o tema complementa Paulo Affonso Leme Machado:

O princípio usuário-pagador não é uma punição, pois mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento do pagador, ele pode ser implementado. Assim, para tornar obrigatório o pagamento pelo uso do recurso ou pela sua poluição não há necessidade de ser provado que o usuário e o poluidor estão cometendo faltas ou infrações.¹⁸³

3.1.5. Princípio da intervenção estatal e princípio da participação comunitária

¹⁷⁹ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 75.

¹⁸⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 67-68.

¹⁸¹ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 73.

¹⁸² THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 77.

¹⁸³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 68.

A tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado incumbe ao Estado, porém não apenas a ele, mas também à coletividade como um todo, na forma do art. 225 da CF/1988.¹⁸⁴

A atuação obrigatória do Estado decorre da natureza indisponível do meio ambiente.

Colhe-se da doutrina:

O poder estatal, segundo a Constituição Federal, deve intervir obrigatoriamente para: a) preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; b) preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país; c) definir em todas as unidades da federação espaços que deverão ser protegidos; d) exigir estudo prévio de impacto ambiental.¹⁸⁵

Assim, o Estado exercita políticas públicas de fiscalização, de aplicação de multas ou sanções administrativas e de incentivos fiscais, como instrumentos eficientes de intervenção e defesa do meio ambiente.¹⁸⁶

A coletividade, por outro giro, atua: nos processos de criação de legislação ambiental, mediante iniciativas populares, audiências públicas, referendos e plebiscitos; na formulação e na execução de políticas ambientais; nas demandas ou ações judiciais coletivas, por substituição processual ou legitimação extraordinária dos co-legitimados em ACP (Ministério Público e associações, basicamente).¹⁸⁷

3.1.6. Princípio da informação

O princípio objeto do tópico antecedente, relativamente à participação comunitária, pressupõe como precedente lógico o dessa rubrica, qual seja, a

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

¹⁸⁵ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 79.

¹⁸⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 110-112.

¹⁸⁷ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 81.

informação, cujo conteúdo se vaza na própria essência da palavra e o objetivo é o de incutir educação e incrementar participação.¹⁸⁸

Sobre o assunto o escólio de Romeu Thomé:

Os dados ambientais devem ser amplamente divulgados para que haja efetiva participação dos interessados nas questões ambientais. As informações ambientais recebidas pelos órgãos públicos devem ser transmitidas à sociedade civil, excetuando-se as matérias que envolvam comprovadamente segredo industrial ou de Estado. A informação ambiental deve ser transmitida sistematicamente, e não só nos chamados acidentes ambientais.¹⁸⁹

3.1.7. Princípio da educação ambiental

O princípio da educação ambiental não revela maior complexidade conceitual e fundamentalmente se consubstancia em relevante instrumento para esclarecer e envolver a comunidade no mister da proteção ao meio ambiente, resultando essencial à formatação de uma plena cidadania ambiental.¹⁹⁰

3.1.8. Princípio da função socioambiental da propriedade

A CF/1988, ao garantir sob influência individualista o pleno exercício da propriedade privada, condicionou sua fruição ao atendimento de sua função social. Da mesma sorte, no manejo dos princípios regentes da atividade econômica previu a função social da propriedade e, no tocante ao seu atendimento, em temática de propriedade rural, expressamente elencou como requisito a preservação do meio ambiente.¹⁹¹

De todo esse arcabouço normativo resulta evidente que o nosso ordenamento jurídico consagrou, para além da função meramente social da propriedade privada, sua feição socioambiental, daí querendo significar que ela

¹⁸⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 98.

¹⁸⁹ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 83.

¹⁹⁰ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 85.

¹⁹¹ BENJAMIN, Antônio Herman. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 120.

deverá respeitar o meio ambiente, impondo-se ao titular do direito diversas obrigações nesse vértice.

3.1.9. Princípio da vedação de retrocesso ou efeito *cliquet*

O princípio do ambiente ecologicamente equilibrado, nada obstante sua topografia constitucional, é concebido como direito fundamental e “intimamente ligado ao direito fundamental à vida e à proteção da dignidade da vida humana, garantindo, sobretudo, condições adequadas de qualidade de vida”.¹⁹²

Sob essa blindagem magna, aplicável a cláusula de vedação de retrocesso, de concepções doutrinária e jurisprudencial, e constitucionalmente implícita no primado da segurança jurídica e nas máximas eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

Esclarecendo sobre a matéria:

A proibição de retrocesso diz respeito mais especificamente a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto infraconstitucional, e também proteção em face da atuação da administração pública. Segundo Sarlet e Fensterseifer, “a proibição de retrocesso, de acordo com o entendimento consolidado na doutrina, consiste em princípio constitucional implícito, tendo como fundamento constitucional, entre outros, o princípio do Estado (Democrático e Social) de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima efetividade e eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, o princípio da segurança jurídica e seus desdobramentos”. Em sentido amplo, pode-se afirmar que a garantia da proibição de retrocesso tem por objetivo preservar o bloco normativo – constitucional e infraconstitucional – já consolidado no ordenamento jurídico, sobretudo naquilo em que pretende assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle dos atos que venham a provocar a sua supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais.¹⁹³

3.1.10. Princípio da prevenção

¹⁹² THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 66.

¹⁹³ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, pp. 89-90.

A ênfase preventiva é da natureza essencial do Direito Ambiental desde sua gênese.

Por isso traz-se à colação, a propósito da prevenção em sentido amplo, o entendimento Ramón Martín Mateo:

Aunque el Derecho ambiental se apoya a la postre em um dispositivo sancionador, sin embargo, sus objetivos son fundamentalmente preventivos. Ciertamente que la represión lleva implícita siempre uma vocación de prevención en cuanto que lo pretende es precisamente por vía de amenaza y admoestación evitar el que se produzcan los supuestos que dan lugar a la sanción, pero en el Derecho ambiental la coacción “a posteriori” resulta particularmente ineficaz, por um lado em cuanto que de haberse producido y alas consecuencias, biológica e también socialmente nocivas, la represión podrá tener uma transcendencia moral, pero difícilmente compensará graves daños, quizá irreparables, lo que es válido también para las compensaciones impuestas imperativamente. Los efectos psicológicos de la sanción o de la compensación-sanción se encuentran aqui muy debilitados, ya que, como se há observado, las sanciones suelen ser de muy escasso monta, siendo habitualmente preferible para los contaminadores pagar la multa que cesar em sus conductas ilegítimas.¹⁹⁴

Evitar a incidência de danos ambientais, por via de ações prévias ou precedentes, é medida mais inteligente e mais afeiçoada ao texto constitucional, que ao positivar expressamente os princípios do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da intervenção estatal obrigatória e da participação comunitária, implicitamente positivou também a obrigação de se adotarem medidas preventivas à ocorrência de prejuízos ao meio, tudo sob a autoridade do texto magno.

Sobre a pertinência do princípio da prevenção à atmosfera constitucional extrai-se de Antônio Herman Benjamin:

A Constituição de 1988 consagra um leque de princípios ambientais, que ora são expressos ou implícitos, ora gerais ou especiais, ora substantivos ou procedimentais. Assim, tem-se, na Constituição brasileira, dentre outros, o princípio da primariedade do meio ambiente, o princípio da explorabilidade

¹⁹⁴ MATEO, Ramón Martín. **Derecho Ambiental**. Madrid: Editora Instituto de Estudios de Administración Local, 1977, p. 85.

limitada da propriedade (e dos recursos naturais), o princípio do uso sustentável dos recursos naturais, o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador, o princípio do usuário-pagador e o princípio da função ecológica da propriedade. De todo o sistema e não apenas do art. 225, extrai-se o princípio da precaução.¹⁹⁵

O objetivo apriorístico do princípio ambiental da prevenção, comum nesse ponto, aliás, à precaução, como se verá, é evitar que o dano ambiental venha a produzir-se.¹⁹⁶

A ação antecipada, prévia ou precedente, não arrostar o dano, decorre da própria etimologia da palavra, consoante a abordagem de Paulo Affonso Leme Machado:

“Prevenir” em Português, *prévenir* em Francês, *prevenir* em Espanhol, *prevenire* em Italiano e *to prevent* em Inglês – todos tem a mesma raiz latina, *praevenire*, e tem a mesma significação: agir antecipadamente. Contudo, para que haja ação é preciso que se forme o conhecimento do que prevenir. Sem informação organizada e sem pesquisa, não há prevenção.¹⁹⁷

Do até aqui investigado resulta evidente que o princípio da prevenção se consubstancia na adoção de medidas prévias, objetivando impedir o dano, mas esse traço apriorístico, como dito, por si não delimita sua extensão.

Seu característico exclusivo, pois, decorre precisamente do conhecimento, da cognição, informação, da certeza científica acerca do dano, sendo tal a moldura de sua influência.

Emprestando definição, à guisa de estudo de direito comparado, colhe-se de J. J. Gomes Canotilho:

O princípio da prevenção implica, então, a adoção de medidas previamente à ocorrência de um dano concreto, cujas causas

¹⁹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118.

¹⁹⁶ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p.67.

¹⁹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 94.

são bem conhecidas, com o fim de evitar a verificação desses danos ou, pelo menos, de minorar significativamente seus efeitos.¹⁹⁸

Ainda sobre a certeza científica como hipótese para a aplicação do princípio prevenção coleta-se da doutrina:

Todavia, tal princípio não é aplicado em qualquer hipótese de perigo de dano. O princípio da prevenção se apoia na certeza científica do impacto ambiental de determinada atividade. Ao se conhecer os impactos sobre o meio ambiente, impõe-se a adoção de todas as medidas preventivas hábeis a minimizar ou eliminar os efeitos negativos de uma atividade sobre o ecossistema. Caso não haja certeza científica, o princípio a ser aplicado será o da precaução.¹⁹⁹

A aplicação prática da prevenção, por ser diretriz fortemente arraigada na cognição científica, materializa-se no estudo de impacto ambiental (EIA)²⁰⁰ e em outras providências, assim sintetizadas pela doutrina:

Divido em cinco itens a aplicação do princípio da prevenção: 1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas e do mar quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventários dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 3º) planejamento ambiental e econômico integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão e 5º) estudo de impacto ambiental.²⁰¹

Examinados tais adminículos, verte-se, doravante, ao enfrentamento do princípio da precaução.

3.2. DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O presente tópico objetiva repercutir considerações gerais acerca do princípio da precaução, enquanto premissas para a veiculação da inversão do ônus

¹⁹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45.

¹⁹⁹ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 68.

²⁰⁰ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 68.

²⁰¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 94.

da prova dele decorrente, a ser tratada no subitem seguinte e derradeiro, objeto da presente dissertação.

Impende reiterar que os princípios aplicáveis ao direito ambiental são pródigos em gerar obrigações ou posturas ativas aos empreendedores ou em geral aos interessados em interferir no meio ambiente.

Tais posturas, normalmente consubstanciadas em atos materiais, tais como estudos científicos, exames, inventários, relatórios e/ou outros procedimentos, positivam-se em fatos ou proposições fácticas processuais que apesar de constitutivas de direito (de atuar no meio), acabam por encarregar ao réu (empreendedor) em demandas coletivas preventivas ou inibitórias, posto que mais razoável assim se lhe impor, como se verá.

De todos, o princípio da precaução, dada a incerteza científica que lhe permeia e lhe dimensiona a essência, é o mais proeminente em impor essas posturas ativas ou diligências, pelo que é utilizado pela doutrina como fundamento por excelência para determinar a subministração dinâmica do ônus probatório, na hipótese antes tratada.

No mais, principia-se por ratificar que arrostar a incidência de danos ambientais, por via de ações prévias ou precedentes, é medida mais inteligente e mais afeiçãoada ao texto constitucional, que ao positivar expressamente os princípios do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da intervenção estatal obrigatória e da participação comunitária, implicitamente estabeleceu também a obrigação de se adotarem medidas de precaução à ocorrência de prejuízos ao meio, tudo sob a autoridade do texto magno, conquanto implicitamente.

Sobre o assento constitucional também emprestado ao princípio da precaução apanha-se da doutrina:

A Constituição de 1988 consagra um leque de princípios ambientais, que ora são expressos ou implícitos, ora gerais ou especiais, ora substantivos ou procedimentais. Assim, tem-se, na Constituição brasileira, dentre outros, o princípio da primariedade do meio ambiente, o princípio da explorabilidade limitada da propriedade (e dos recursos naturais), o princípio do

uso sustentável dos recursos naturais, o princípio da prevenção, o princípio do poluidor-pagador, o princípio do usuário-pagador e o princípio da função ecológica da propriedade. De todo o sistema e não apenas do art. 225, extrai-se o princípio da precaução.²⁰²

E sob idêntico enfoque:

No Direito brasileiro, a atuação preventiva e o princípio da precaução emanam de vários dispositivos constitucionais, sendo certo que o último não está expresso na Constituição, mas claramente incorporado ao sistema exercendo função normativa relevante. É possível destacar o art. 225, §1º, II, III, IV e V, da Carta Magna, bem como art. 54, §3º, da Lei n. 9.605/98, que penaliza criminalmente quem deixar de adotar medidas precaucionais exigidas pelo Poder Público. Encontra-se, ainda, expressamente referido pelo art. 5º do Decreto federal n. 4.297/2002, regulando o art. 9º, II, da Lei n. 6.938/81, e também no art. 2º do Decreto federal n. 5.098/2004, tratando de acidentes com cargas perigosas.²⁰³

Ainda sobre o arcabouço normativo incorporador do princípio da precaução:

Não é demais assinalar que algumas leis nacionais fazem menção expressa ao princípio da precaução, com a Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), que elenca como diretrizes em seu art. 1º “o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente”, e a Lei de Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei n. 12.187/2009) que, nos termos do seu art. 3º, deverá observar “os princípios da precaução, da prevenção, da participação cidadã, do desenvolvimento sustentável e o das responsabilidades comuns, porém diferenciadas”.²⁰⁴

Digno de anotação outrossim que a precaução também restou consagrada no princípio 15 da Declaração do Rio 92, devidamente internalizada,

²⁰² BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 118.

²⁰³ LEITE, José Rubens Morato. *Sociedade de Risco e Estado*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 178.

²⁰⁴ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 70.

porque ratificada pela República Federativa do Brasil, juntamente com mais dois diplomas internacionais: a Convenção sobre Diversidade Biológica e o Protocolo de Kyoto à Convecção-Quadro sobre Mudanças do Clima.²⁰⁵

Destarte, irrecusável a pertinência normativa do princípio da precaução ao ordenamento que, para além do assento meramente ordinário, orbita também a atmosfera constitucional, como técnica de tutela de princípio implícita e de ordem material ou substancial, da qual emana outra técnica (de princípio) implícita (porque emanada de outros princípios) e formal ou adjetiva (porque referível ao direito processual – inversão do ônus da prova), como se tratou.

No tocante à gênese do princípio da precaução colaciona-se o seguinte escólio:

O princípio da precaução tem sua origem no direito alemão a partir do conceito do *Vorsorgeprinzip*, do ordenamento jurídico, que exige a atuação mesmo antes de qualquer dano efetivo. Esse princípio apareceu em meados de 1960, quando as questões ambientais se tornaram um grande tema político na Alemanha, tendo sido posteriormente, em 1970, positivado.²⁰⁶

Assim investigados esses informes, impende assinalar que, nada obstante detenha traço comum com o princípio da prevenção, consubstanciado na ação prévia ou precedente, o princípio da precaução daquele difere porque supõe incerteza científica, como característico próprio e essencial:

Já o princípio da precaução é considerado uma garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o atual conhecimento, não podem ser ainda identificados. (...) Este princípio afirma que no caso de ausência de certeza científica formal, a existência do risco de um dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prever e/ou evitar essa dano. Nesse sentido, a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para postergar a adoção de medidas de modo a evitar a degradação ambiental. Vale dizer, a incerteza científica milita em favor do ambiente,

²⁰⁵ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, pp. 69-70.

²⁰⁶ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 174.

carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não são perigosas e/ou poluentes. Este princípio tem sido muito utilizado em Ações Cíveis Públicas, seja requerendo a paralisação de obras, seja requerendo a proibição de explorações que possam causar, ainda que hipoteticamente, danos ao meio ambiente.²⁰⁷

E ainda sobre a distinção entre os princípios e a delimitação de suas eficácias operativas registra-se:

Diante de tais constatações, é possível delinear uma nítida diferença entre o princípio da prevenção e o princípio da precaução. O princípio da prevenção é aplicado quando são conhecidos os males provocados ao meio ambiente decorrentes da atividade potencialmente predadora ou poluidora, possuindo elementos seguros para afirmar se a atividade é efetivamente perigosa. Como exemplo temos as atividades de mineração, seara na qual os impactos sobre o meio ambiente são notórios. Por outro lado, quando não se conhece o impacto de atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental, deve-se aplicar o princípio da precaução, ou seja, como não se tem certeza quanto aos possíveis efeitos negativos, por precaução, impõem-se restrições ou impede-se a intervenção no meio ambiente, até que se comprove que a atividade não acarreta efeitos adversos sobre o meio ambiente.²⁰⁸

Em arremate, sob enfoque diferenciado:

Segundo Kiss, a diferença entre os princípios da prevenção e da precaução está na avaliação do risco ao meio ambiente. A precaução surge quando o risco é alto, sendo que o princípio deve ser acionado nos casos em que a atividade pode resultar em degradação irreversível, ou por longo período, do meio ambiente, assim como nas hipóteses em que os benefícios derivados das atividades particulares são desproporcionais ao impacto negativo ao meio ambiente. Já a prevenção constitui o ponto inicial para alargar o Direito Ambiental e, especificamente, o Direito Ambiental internacional. A maioria das convenções internacionais é fundamentada no princípio de que a degradação ambiental deve ser prevenida através de medidas de combate à poluição, em vez de esperar que esta

²⁰⁷ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, pp. 68-69.

²⁰⁸ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 72.

ocorra para tentar combater os seus efeitos.²⁰⁹

Nessa linha de pensamento se afirma que “a aplicação do princípio da precaução deve ainda limitar-se a casos de riscos graves e irreversíveis, e não a riscos de qualquer natureza (o que inviabilizaria o próprio desenvolvimento científico e econômico)”²¹⁰.

O melhor critério de diferenciação, porém, subsiste vincado à cognição, à informação, à certeza científica, presentes na prevenção e ausentes na precaução, enquanto ambas providências prévias e antecedentes ao dano.

Do até aqui exposto exsurge de rigor depurar o seguinte conceito de precaução:

De acordo com o princípio da precaução, é preciso tomar as medidas necessárias para se evitar o dano ambiental por não se conhecer as consequências ou reflexos que determinado ato, ou empreendimento, ou aplicação científica causarão ao meio ambiente no espaço e/ou tempo. Há incerteza científica não dirimida quanto ao impacto ambiental de determinada atividade.²¹¹

Observa-se que a principiologia aplicável ao Direito Ambiental atribui, em muitas hipóteses, determinadas obrigações ou prestações positivas a certos atores, em especial àqueles que explorem atividade ou serviço potencialmente lesivo ao meio ambiente (art. 225 da CF/1988), daí decorrendo posturas ativas necessárias por parte desses empreendedores, cuja prova das proposições fáticas respectivas melhor lhes incumbirá, conquanto estejam no pólo passivo, ao invés de se atribuir a prova negativa absoluta ou diabólica unilateral aos co-legitimados ativos da demanda coletiva, substitutos processuais que são.

Destarte, do conceito e dos característicos repercutidos permite-se extrair que o princípio da precaução, ao preconizar posturas prévias ou antecedentes tendentes a evitar o dano, quando inexistente cognição (conhecimento, informação)

²⁰⁹ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 171.

²¹⁰ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 70.

²¹¹ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 73.

ou certeza científica sobre a potencialidade lesiva da obra, serviço, ato, aplicação científica ou empreendimento, acaba por impor ou carregar ao empreendedor a obrigação material de demonstrar que a sua intervenção sobre a natureza não é danosa, sob pena de restrições.

Dessa obrigação se desincumbe o empreendedor positivando estudos científicos, inventários, relatórios e/ou outros procedimentos capazes de atestar a segurança da sua interferência sobre o meio e essa obrigação material, na relação jurídico-processual coletiva, figurando a coletividade no pólo ativo por substituição processual e o empreendedor no pólo passivo, traduz-se em ônus da prova:

Então, uma aplicação estrita do princípio da precaução inverte o ônus normal da prova e impõe ao autor [material] potencial provar, com anterioridade, que sua ação não causará danos ao meio ambiente.²¹²

Esse ônus de demonstrar a lisura da intervenção sobre a natureza reduz-se a fatos positivos (estudos científicos, inventários, relatórios e/ou outros procedimentos) e assim, nessa dimensão, melhor incumbe ao empreendedor (réu), justificando-se a dinamização da carga probatória ou inversão do *onus probandi*, sob o argumento geral de que à coletividade essa demonstração seria impossível ou muito difícil.

A subministração dinâmica ou inversão do ônus da prova com fundamento no princípio da precaução e suas obrigações materiais será o objeto do próximo item.

3.3. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COM BASE NO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E SEUS DEVERES ANEXOS

Sob o presente tópico se pretende demonstrar que o ônus da prova em ações coletivas preventivas²¹³ (ação civil pública e ação popular) pode ser manejado

²¹² THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 71.

²¹³ De mister reiterar, todavia, à guisa de escurteira delimitação do objeto, que o âmbito adequado de influência do princípio da precaução é o das ações coletivas (ação civil pública e ação popular) preventivas, inibitórias ou de remoção de risco; no espectro das ações coletivas retributivas ou indenizatórias, que supõem a já ocorrência do dano, atuam a teoria do risco e o princípio do poluidor-pagador. Nesse sentido: ABELHA, Marcelo. **Processo Civil Ambiental**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011,

mediante distribuição ou subministração dinâmica, operando-se autêntica inversão da carga probante em favor da coletividade e -se divisar ainda que tal inversão se opera por imperativos ou em decorrência de certos deveres obrigacionais de direito material, impostos ao empreendedor-interessado pelo princípio da precaução, de matriz constitucional implícita (técnicas constitucionais de tutela do meio ambiente).

Dai por que se proclamou que a principiologia aplicável ao Direito Ambiental atribui, em muitas hipóteses, determinadas obrigações ou prestações positivas a certos atores, em especial àqueles que explorem atividade ou serviço potencialmente lesivo ao meio ambiente (art. 225 da CF/1988), daí decorrendo posturas ativas necessárias por parte desses empreendedores, cuja prova das proposições fáticas respectivas melhor lhes incumbirá, conquanto estejam no pólo passivo, ao invés de se atribuir a prova negativa absoluta ou diabólica unilateral aos co-legitimados ativos da demanda coletiva, substitutos processuais que são.

Destarte, do conceito e dos característicos amealhados permite-se extrair que o princípio da precaução, ao preconizar posturas prévias ou antecedentes tendentes a evitar o dano, quando inexistente cognição (conhecimento, informação) ou certeza científica sobre a potencialidade lesiva da obra, serviço, ato, aplicação científica ou empreendimento, acaba por impor ou carregar ao empreendedor a obrigação material de demonstrar que a sua intervenção sobre a natureza não é danosa, sob pena de restrições.

Dessa obrigação se desincumbe o empreendedor positivando estudos científicos, inventários, relatórios e/ou outros procedimentos capazes de atestar a segurança da sua interferência sobre o meio e essa obrigação material, na relação jurídico-processual coletiva, figurando a coletividade no pólo ativo por substituição processual e o empreendedor no pólo passivo, traduz-se em ônus da prova:

Então, uma aplicação estrita do princípio da precaução inverte o ônus normal da prova e impõe ao autor [material] potencial provar, com anterioridade, que sua ação não causará danos ao

meio ambiente.²¹⁴

Esse ônus de demonstrar a lisura da intervenção sobre a natureza reduz-se a fatos positivos (estudos científicos, inventários, relatórios e/ou outros procedimentos) e assim, nessa dimensão, melhor incumbe ao empreendedor (réu), justificando-se a inversão do *onus probandi*, sob o argumento geral de que à coletividade essa demonstração seria impossível ou muito difícil e o instrumento adequado à consecução de tal mister é a teoria (paradigma ou modelo) da distribuição ou da subministração dinâmica previsto na legislação adjetiva.

Repercutindo sobre o princípio da precaução e acerca dos deveres substanciais dele decorrentes, conclui Landolfo Andrade pela inversão do ônus da prova, enquanto tradução, espelhamento ou releitura processual daquelas obrigações materiais:

Nesse contexto, o princípio da precaução, reconhecido implícita e explicitamente pelo direito brasileiro, estabelece, diante do dever genérico e abstrato de conservação do meio ambiente, um regime ético-jurídico em que o exercício de atividade potencialmente poluidora, sobretudo quando perigosa, conduz à inversão das regras de gestão de ilicitude e causalidade, com a imposição ao empreendedor do encargo de demonstrar a sua inofensividade.²¹⁵

E mais adiante:

Nesse sentir, sempre que existir dúvida científica expressa com argumentos razoáveis a respeito dos riscos de determinada atividade, terá incidência o princípio da precaução, com a consequente inversão do ônus da prova. A incerteza científica milita em favor do meio ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de prova que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejáveis.²¹⁶

Igualmente mirando nos reflexos processuais da precaução, pondera Álvaro Luiz Valery Mirra:

²¹⁴ THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015, p. 71.

²¹⁵ ANDRADE, Landolfo. **O ônus da prova na ação civil pública**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, pp. 138-139.

²¹⁶ ANDRADE, Landolfo. **O ônus da prova na ação civil pública**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015, p. 139.

Como decorrência da substituição do critério da certeza pelo da probabilidade, consagrado com o advento do princípio da precaução, pode-se dizer que, nas ações ambientais, para o autor da demanda basta a demonstração de elementos concretos e com base científica, que levem à conclusão quanto à probabilidade da caracterização da degradação, cabendo, então, ao réu a comprovação de que a sua conduta ou atividade, com absoluta segurança, não provoca ou não provocará a alegada ou temida lesão do meio ambiente. Assim, o princípio da precaução tem também essa outra relevantíssima consequência na esfera judicial: acarretar a inversão do ônus da prova, impondo ao degradador o encargo de provar, sem sombra dúvida, que a sua atividade questionada não é efetiva ou potencialmente degradadora da qualidade ambiental. Do contrário, a conclusão será no sentido de considerar caracterizada a degradação ambiental.²¹⁷

Aprofundando, posiciona-se Pery Saraiva Neto:

Conclui-se, desta forma, que o argumento favorável à inversão do ônus da prova em demandas ambientais, com amparo nos princípios da precaução e da prevenção, decorre da imposição ao demandado do ônus relacionado à incerteza acerca do caráter lesivo de sua atividade. Frisa-se: pela inversão do *onus probandi* pretende-se impor o encargo da prova àquele cuja atuação implica efeitos ambientalmente incertos.²¹⁸

Seguindo e abordando as obrigações promanadas do princípio da precaução e sua reflexão jurídico-processual enquanto ônus, registra Marcelo Abelha:

O próprio Direito Ambiental possui regra principiológica que determina essa diferenciação de tutela em relação à distribuição do encargo probatório. (...) Quando se trata de incerteza científica da atividade supostamente poluidora, é o princípio da precaução ambiental que determina que cabe ao suposto poluidor a prova de que não há risco de poluição. Com isso queremos dizer que é regra de direito material, vinculada ao princípio da precaução, a que determina que, em toda ação de responsabilidade civil ambiental (sic – ações coletivas inibitórias), onde a existência de dano (sic - ações coletivas inibitórias) esteja vinculada a uma incerteza científica

²¹⁷ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 268.

²¹⁸ SARAIVA, Pery Neto. **A Prova na Jurisdição Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 123.

(hipossuficiência científica), o ônus de provar que os danos advindos ao meio ambiente não são do suposto poluidor a este cabe, de modo que a dúvida é sempre em prol do meio ambiente.²¹⁹

Há vozes que ecoam suceder, nessas hipóteses em que os deveres substanciais imanentes ao princípio da precaução determinam como reflexo no espelhamento processual da matéria a inversão do ônus da prova, certa presunção de veracidade no nexo etiológico (entre um suposto ilícito e um futuro dano).

Todavia, essa imagem não se afigura apropriada, uma vez que o princípio da precaução induz subministração dinâmica do *onus probandi* na seara das ações coletivas inibitórias ou de remoção de dano.

Volvendo-se à prumada correta da investigação, conclui-se que o obséquio às obrigações oriundas da precaução opera vera inversão da carga probatória, isso porque diante da incerteza científica que gravita em torno da intervenção na natureza, encarrega-se o empreendedor de demonstrar, por via de proposições afirmativas (estudos científicos, pareceres, laudos, inventários, exames etc.), a prerrogativa de interferir no meio, ou seja, atribui-se a ele atestar a certeza científica ou algo muito próximo disso de que não causará danos.

O cumprimento desse dever, através de condutas positivas, ao mesmo tempo que arreda o dano, enseja afirmativamente a possibilidade de empreender numa moldura anterior de dúvida, vale dizer, equipara-se a fato constitutivo ou possibilidade de intervir no meio.

Cumprе rememorar que no quadro geral das ações coletivas preventivas, a coletividade difusa integra o pólo ativo da demanda, por substituição processual ou legitimação extraordinária dos co-legitimados (Ministério Público, associações) e o empreendedor figura no pólo passivo.

Nessa moldura, a influência do princípio da precaução e dos seus deveres materiais tem o condão de atribuir ao réu a veiculação daquelas proposições fáticas afirmativas (estudos científicos, pareceres, laudos, inventários,

²¹⁹ ABELHA, Marcelo. **Processo Civil Ambiental**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

exames que chancelem a ausência de dano etc.) como “defesa” contra a incerteza científica que paira no ar, ou seja, carrega ao réu a dedução de proposição fática equiparada a constitutiva ou de gênese da sua possibilidade/interesse de intervir no ambiente e assim operando induz efetivamente inversão do ônus da prova, reitera-se.

Destarte, cuida-se, com efeito, de autêntica inversão do ônus probatório e não de mera imanência ao direito material subjacente à relação processual.

Cumpra, por derradeiro, não se confundir a necessidade de dinamização da carga probatória, decorrente do direito material, embora não coincidente com ele, com o instrumento adequado para operacionalizá-la, qual seja, a lei adjetiva.

Atualmente, com o advento do art. 373, §1º, do NCPC²²⁰ resulta desnecessário o esforço de hermenêutica dantes empreendido, que preconizava exegese combinativa entre os arts. 117 do CDC²²¹ e 21 da LACP²²², o que causava perplexidade quanto à incidência ou não do art. 6º, VIII, do CDC²²³, que previa a inversão naquele âmbito.

A incorporação da teoria da subministração dinâmica do ônus da prova pelo novel diploma processual, ao que se apanha, encerrou a discussão e facilitou a aplicação do instrumento.

²²⁰ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 out. 2016.

²²¹ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

²²² BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

²²³ “A Lei n. 8.078/90, que instituiu o CDC, conferiu nova redação ao art. 21 da LACP, determinando a aplicação do seu Título III, que trata de questões processuais, à ação civil pública. O diploma consumerista, porém, traz regra de inversão do ônus para facilitar a defesa do consumidor em juízo, mas esta regra não está prevista no Título III, aplicável, como dito, à ACP, mas no Título I, art. 6º, VIII. Desta forma, a rigor, está delimitada qual parte do CDC é aplicável à ACP e, como visto, o dispositivo que trata da inversão do ônus da prova não está incluído do referido Título. Não obstante a ausência de previsão expressa de aplicação do art. 6º, VIII, há entendimentos defendendo a possibilidade de estender a inversão do ônus da prova a todas as hipóteses de cabimento da ACP. (...) Este raciocínio, não obstante, não parece ser apropriado”. SARAIVA, Pery Neto. **A Prova na Jurisdição Ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 124.

Enfim, reputa-se demonstrado que o ônus da prova em ações coletivas preventivas ou inibitórias (ação civil pública e ação popular) pode ser manejado mediante distribuição ou subministração dinâmica, operando-se autêntica inversão da carga probante em favor da coletividade e considera-se positivado ainda que tal inversão se opera por imperativos ou em decorrência de certos deveres de direito material, impostos ao empreendedor-interessado pela incidência do princípio da precaução, de matriz vertical constitucional implícita (técnicas constitucionais de tutela do meio ambiente).

A influência do princípio da precaução e dos seus deveres materiais atribui ao demandado a veiculação de proposições fáticas afirmativas contra a incerteza científica, ou seja, carrega ao réu a dedução de proposição fática equiparada a constitutiva ou de gênese da sua possibilidade/interesse de intervir no ambiente e assim operando induz efetivamente inversão do ônus da prova, conclui-se.

3.4. ANÁLISE DE CASO: RECURSO ESPECIAL N. 883.656/SP

Cumpra, enfim, examinar sob a ótica das premissas e conclusões até então propugnadas emblemático julgado sobre a temática investigada, freqüentemente reproduzido em jurisprudência, qual seja, o Recurso Especial (REsp.) n. 883.656/SP, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO*. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO *ONUS PROBANDI* NO DIREITO AMBIENTAL. *PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA*.

1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave *contaminação com mercúrio*, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal *a quo*.
2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga

probatória assenta-se no art. 333, *caput*, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do *ônus dinâmico da prova*, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a *probatio diabólica*, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do *ônus dinâmico da prova* concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, especifica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitem no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do *ônus da prova* é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, “Justifica-se a inversão do *ônus da prova*, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o *ônus de demonstrar a segurança do empreendimento*, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução” (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar “que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva” (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do *ônus da prova*, prevista no art. 6º, VIII, do

Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência – juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas – não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.

9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. “Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade” (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008).

10. Recurso Especial não provido.²²⁴

O recurso trata de suposta contaminação por mercúrio, veiculada em ACP deflagrada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (pólo ativo) em desfavor de Alberto Pasqualini REFAP S/A (pólo passivo), postulando-se reparação de danos causados ao meio ambiente.

A jurisdição, em seu mister pacificador, compõe casos concretos e por isso mesmo aplica e acomoda alguns conceitos doutrinários, porém nem sempre com o mesmo purismo científico.

Daí se conclui que alguns institutos nem sempre são alocados nas suas reais hipóteses de aplicação, ao menos quanto ao aqui concluído.

A análise que se segue promoverá, nesse contexto, crítica ao julgado,

²²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 883.656-RS. Recorrente: Alberto Pasqualini REFAP S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 09 de março de 2010. Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 239, p. 1.141 e ss.

relativamente às premissas e conclusões desta dissertação.

De pronto, relevante sublinhar que na hipótese focada no reclamo se cogita de ACP reparatória ou de remoção de dano já causado e não de tutela preventiva ou inibitória.

Nessas hipóteses, a incidência do princípio da precaução como fundamento para a inversão do ônus da prova é acessória ou coadjuvante e basicamente influencia quanto a “outros elementos da responsabilidade civil”, conforme firmado na ementa do aresto, eis que a subministração dinâmica em realidade decorre do próprio paradigma objetivo de responsabilidade civil²²⁵, acerca do que não se aprofundará, por desbordar por completo o objeto da presente pesquisa científica.

O princípio da precaução, como visto, protagoniza a inversão do ônus da prova em ações ambientais (ação civil pública, ação popular) preventivas ou inibitórias, posto que prévias ao dano e propensas à veiculação da principiologia ambiental preventiva como causa de pedir imediata.

A precaução, ao preconizar posturas prévias ou antecedentes tendentes a evitar o dano, quando inexistente cognição (conhecimento, informação) ou certeza científica sobre a potencialidade lesiva da obra, serviço, ato, aplicação científica ou empreendimento, acaba por impor ou carregar ao empreendedor a obrigação material de demonstrar que a sua intervenção sobre a natureza não é danosa.

Dessa obrigação se desincumbe o empreendedor positivando estudos científicos, inventários, relatórios e/ou outros procedimentos capazes de atestar a segurança da sua interferência sobre o meio e essa obrigação material, na relação jurídico-processual coletiva, figurando a coletividade no pólo ativo por substituição processual (Ministério Público) e o empreendedor no pólo passivo, traduz-se em ônus da prova.

²²⁵ A respeito: ABELHA, Marcelo. **Processo Civil Ambiental**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 198 e ss.

Daí por que o princípio da precaução opera com proeminência a inversão do ônus da prova na seara das ações preventivas ou inibitórias.

Entende-se também que o princípio da precaução, enquanto norma de direito material, é fundamento para a subministração dinâmica da carga probante, mas não a opera diretamente, pelo que se concluiu, em alinhamento com a doutrina preponderante ameadada, que a inversão sucede *ope judicis* e não *ope legis*, como sugere o aresto.

A precaução impõe posturas ativas que produzem fatos ou proposições fáticas positivas a cargo do empreendedor, resultando pouco razoável carregar tal conhecimento à coletividade.

A perplexidade, verificada pelo juiz, como visto, resolve-se com a dinamização das cargas, o que não acontece automaticamente, reclamando exame e decisão judicial, antes com fundamento no CDC e na LACP e hoje no NCPC, cuidando-se de regra de procedimento ou instrução e não de julgamento, como repercutido.

Quanto ao mais, o julgado ratifica as premissas e conclusões da presente investigação, vertendo-se, pois, às considerações finais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verte-se, pois, às considerações finais.

Encetou-se, no Capítulo 1, anotando-se que a problemática da poluição atmosférica foi veiculada de forma relevante na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (ONU), realizada em Estocolmo, no ano de 1972.

Naquela ocasião, restou inserida a temática ambiental na agenda mundial, destacando-se a responsabilidade pela conservação do meio ambiente.

Sobrevieram as conceituações de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade.

As grandes conferências e discussões mundiais sobre a temática da sustentabilidade que se seguiram destacaram a importância da conservação do meio ambiente para a manutenção das gerações futuras, de molde a projetar-se sua tutela como direito fundamental, de matriz e proteção constitucionais, emprestando-se ao Direito Ambiental autonomia científica e uma feição nunca antes verificada.

Cogitou-se, pois, da “constitucionalização” do Direito Ambiental.

Do assento constitucional conferido à proteção do meio ambiente, emanaram técnicas específicas de tutela, de várias ordens.

O capítulo 1 examinou precisamente essas técnicas de tutela, partindo-se de um breve esboço histórico da legislação ambiental pátria, desde o período colonial.

Alocada topograficamente a inversão do ônus da prova enquanto técnica constitucional implícita e formal, adjetiva ou processual de tutela do meio ambiente, o Capítulo 2, ao veicular a relevância do tema proposto, tratou de alicerçar a matéria, repercutindo sobre a distribuição normal e regular do *onus probandi*, perpassando por aspectos gerais da teoria probatória, do modelo distributivo estático e do paradigma distributivo dinâmico da carga probatória no novel Código de Processo Civil (NCPC).

Arrematou-se com investigação acerca da peculiar natureza dos direitos transindividuais (coletivos e difusos) e se propôs a inversão do ônus da prova como técnica processual adequada de tutela do meio ambiente.

O Capítulo 3 dedicou-se ao enfrentamento da temática principal e proclamou o princípio da precaução como vero fundamento para a inversão do ônus da prova.

Examinou-se inicialmente a principiologia aplicável ao Direito Ambiental, tecendo-se breves considerações acerca de princípios de relevância objetiva destacada, enfatizado o princípio da precaução.

Estabelecida a anatomia das ações coletivas e suas tipologias básicas, delimitando-se o tema ao âmbito das *actios* preventivas ou inibitórias, culminou-se por concluir que o princípio da precaução e as prestações positivas dele emanadas exsurtem como fundamentos eficientes para determinarem a inversão do ônus probatório na espécie.

Para a pesquisa foram levantadas as seguintes hipóteses:

a) A natureza difusa dos direitos transindividuais ambientais exige técnica processual mais apurada e eficiente para a sua tutela.

b) O princípio da precaução e as prestações positivas dele emanadas exsurtem como fundamentos eficientes para determinarem a inversão do ônus probatório em ações coletivas preventivas.

As hipóteses resultaram ambas confirmadas.

Isso porque, no tocante à hipótese primeira **(a)**, restou investigado que a particular natureza de direito material dos interesses transindividuais ou metaindividuais coletivos e difusos reside na circunstância de que, sendo eles de titularidade de coletividades (determináveis porque jungidas por relação jurídica base ou indetermináveis porque conectadas por meros elementos de fato), não pertencem a indivíduos em particular, senão a estas mesmas coletividades como um todo, daí por que são indivisíveis entre os titulares. E é exatamente dessa

titularidade coletiva (determinável ou indeterminável) e dessa indivisibilidade do direito respectivo que decorre a inépcia do modelo estático de subministração do ônus da prova, afigurando-se mais adequada a dinamização das cargas.

E no respeitante à hipótese segunda **(b)**, a principiologia aplicável ao Direito Ambiental atribui, em muitos casos, determinadas obrigações ou prestações positivas a certos atores, em especial àqueles que explorem atividade ou serviço potencialmente lesivo ao meio ambiente, daí decorrendo posturas ativas necessárias por parte desses empreendedores, cuja prova das proposições fáticas respectivas melhor lhes incumbirá, conquanto estejam no pólo passivo, ao invés de se atribuir a prova aos co-legitimados ativos da demanda coletiva, substitutos processuais que são.

Destarte, permite-se extrair que o princípio da precaução, ao preconizar posturas prévias ou antecedentes tendentes a evitar o dano, quando inexistente cognição (conhecimento, informação) ou certeza científica sobre a potencialidade lesiva da obra, serviço, ato, aplicação científica ou empreendimento, acaba por impor ou carregar ao empreendedor a obrigação material de demonstrar que a sua intervenção sobre a natureza não é danosa, sob pena de restrições.

Dessa obrigação se desincumbe o empreendedor positivando estudos científicos, inventários, relatórios e/ou outros procedimentos capazes de atestar a segurança da sua interferência sobre o meio e essa obrigação material, na relação jurídico-processual coletiva, figurando a coletividade no pólo ativo por substituição processual e o empreendedor no pólo passivo, traduz-se em ônus da prova.

Confirmadas as hipóteses, volve-se às referências das fontes citadas.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABELHA, Marcelo. **Ação Civil Pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ABELHA, Marcelo. **Processo Civil Ambiental**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: RT, 2013.

ANDRADE, Landolfo. **O ônus da prova na ação civil pública**. São Paulo: Editora Verbatim, 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus Editora, 1992.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é; o que não é**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. II, t. I.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I. Data da publicação n/d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Penal do Império. Data da publicação n/d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. n/d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 661, de 18 de setembro de 1850. Lei de Terras. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Data da publicação n/d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Decreto n. 2.681, de 07 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 07 dez. 1912. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2681_1912.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 1º jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Decreto n. 16.300, de 31 de dezembro de 1923. Aprova o regulamento do Departamento Nacional de Saúde Pública. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1923. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D16300.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934. Aprova o Código Florestal que com este baixa. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 23 jan. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Decreto n. 24.643, de 10 de julho de 1934. Decreta o Código de Águas. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 10 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

Decreto-Lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre loteamentos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 17 Dez. 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 794, de 19 de outubro de 1938. Aprova e baixa o Código de Pesca. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, RJ, 31 Out. 1938. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-794-19-outubro-1938-350346-norma-pe.html>. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 nov. 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 jul. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 4.771, de 15 de setembro de 1965. Aprova o novo Código Florestal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 15 set. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 5.197, de 03 de janeiro de 1967. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 221, de 28 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a proteção a estímulos à pesca e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0221.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967. Código de Minas. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0227.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 248, de 28 de fevereiro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento Básico. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-248-28-fevereiro-1967-356864-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 303, de 28 de fevereiro de 1967. Cria o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0303.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 5.318, de 26 de setembro de 1967. Institui a Política Nacional de Saneamento. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 set. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5318.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 dez. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm.

BRASIL. Lei n. 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recurso Hídricos. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 08 jan. 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 jul. 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 25 mai. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 07 out. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 out. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 883.656-RS. Recorrente: Alberto Pasqualini REFAP S/A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Herman Benjamin. Brasília, 09 de março de 2010. Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 239.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2009, vol. I

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller Editora, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Lemos e Cruz Editora, 2004, vol. I.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, vol.II.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental**: perspectivas para a educação corporativa. São Paulo: SENAC, 2003.

DIDIER, Fredie Júnior. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2016, vol. 2

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. 9. ed. São Paulo: RT, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008, vol. 2, p. 265.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2009.

MATEO, Ramón Martín. **Derecho Ambiental**. Madrid: Editora Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, t. IV.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. 2.ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

PASOLD, César Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976, vol. IV.

SARAIVA, Pery Neto. **A prova na jurisdição ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SCHRAMM, Alexandre Murilo e CORBETTA, Janiara Maldaner. Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade: conceitos antagônicos ou compatíveis. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de e ARMADA, Charles Alexandre (Org.). **Sustentabilidade, Meio Ambiente e Sociedade: reflexões e perspectivas**. Umuarama: Universidade Paranaense – UNIPAR, 2015, E-Book.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: SAFE Editor, 1996, vol. I.

THEODORO, Humberto Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, vol. 1.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. Salvador: Jus Podivm Editora, 2015.