

1. INTRODUÇÃO

O direito humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado trata-se de direito fundamental de terceira geração, uma vez que, refere-se a direitos transindividuais, tendo como finalidade principal a tutela do gênero humano que abrange toda a coletividade, e que por esse motivo, deve ser protegido e garantido como prioridade.

Na verdade, a Constituição Federal dispõe que: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Neste sentido, cabe frisar o entendimento de Canotilho, ao analisar a Constituição Portuguesa, que traz dispositivos semelhantes à nossa, a respeito da solidariedade entre às gerações:

“Torna-se também claro que a profunda imbricação dos efeitos combinados e das suas implicações globais e duradouras colocam em causa comportamentos ecológicos e ambientalmente relevantes das gerações actuais que, a continuarem sem a adopção de medidas restritivas, acabarão por comprometer, de forma insustentável e irreversível, os interesses das gerações futuras na manutenção e na defesa da integridade dos componentes ambientais naturais. Estes interesses só podem proteger-se se partirmos do pressuposto ineliminável e incontornável de que as actuações sobre o ambiente adoptadas pelas gerações actuais devem tomar em consideração os interesses das gerações futuras”¹

Ocorre que, em que pese a constatação doutrinária no sentido da obrigatoriedade das gerações atuais adotarem posturas tendentes a garantia de um futuro ainda promissor às gerações futuras, o que podemos presenciar é o crescimento desenfreado das formas de produção, muitas vezes, em manifesta afronta aos princípios ambientais.

O presente estudo tem o objetivo de esclarecer o reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado no Estado Socioambiental de Direito, inclusive, com a análise das modificações legais, doutrinárias, jurisprudenciais e processuais no que tange a inversão do ônus da prova, suporte necessário para conferir maior proteção ao mínimo existencial ambiental.

¹ ARAGÃO, Alexandra; BENJAMIN, Antônio Herman; FERREIRA, Helene Sivini; CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato; BIANCHI, Patricia Nunes Lima; AYALA, Patryck de Araújo; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Constitucional Ambiental Português*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. p. 02

Nesse sentido, realizou-se uma análise bibliográfica da Constituição Federal de 1988, das normas de direito ambiental existentes no país e efetuou-se um comparativo entre as normas ambientais e os dispositivos inseridos no Código de Defesa do Consumidor, principalmente, no que tange a inversão probatória.

2. O DIREITO AO EQUILÍBRIO ECOLÓGICO NA ATUALIDADE

O Ordenamento Jurídico Brasileiro traz uma proteção especial ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, criando diversos dispositivos legais que tratam da matéria traçando uma relação entre a tutela ambiental com outros temas constitucionais de considerável importância, a exemplo do direito de propriedade. Vejamos:

Art. 186 “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências, estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
II- utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”²

Ademais, ao observar o art. 225 da CF cumulado com o art. 5º, §2º do mesmo diploma legal podemos verificar que o Direito pátrio atribui à proteção ambiental o status de direito fundamental tanto da coletividade quanto do indivíduo, posicionamento também adotado tanto pela doutrina majoritária como pela jurisprudência. Decorre daqui a justificativa da apresentação do Estado brasileiro como um Estado Socioambiental de direito.

A existência de um mínimo existencial ecológico, surge no posicionamento de um constitucionalismo socioambiental, relacionado de forma direta com as disposições legais oferecidas pela Carta Magna no que tange à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Cumprindo ressaltar que o direito ambiental passa por uma transformação, uma vez que, a concepção de proteção do ambiente a partir do interesse do humano tem sido substituída pelo reconhecimento da necessidade da proteção do ambiente pelo seu valor intrínseco.

A Professora Silva dispõe que:

“(…) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental do cidadão porque representa uma das condições necessárias à efetivação de sua liberdade real e de sua sobrevivência, uma vez que tem

² Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Art. 186,II Disponível em: < planalto.gov.br>.

implicações direta no direito à vida.”³

Neste contexto, surge a premente necessidade de se concretizar o direito humano ao mínimo existencial ambiental, de modo a garantir o direito fundamental à vida com dignidade.

3. PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL

Acerca dos princípios ambientais, existe uma grande variedade de opiniões entre os doutrinadores brasileiros.

No entanto, para análise do estudo, destacaremos os seguintes princípios: princípio da solidariedade entre as presentes gerações, princípio do desenvolvimento sustentável, princípio da precaução, princípio da prevenção, princípio da proibição do retrocesso, princípio da participação e princípio do poluidor-pagador.

O conceito do *princípio da solidariedade entre às gerações* consiste em obrigar às gerações presentes a observar os interesses das futuras gerações nas atuações que, porventura, produzam impacto em relação ao ambiente.

A fundamentação jurídica que respalda o dano ambiental futuro no direito pátrio se consubstancia no art. 225 da Constituição de 1988, cujos termos preveem tanto as presentes quanto as gerações futuras, como titulares de um direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O *princípio do desenvolvimento sustentável* admite o desenvolvimento que atenda às demandas das gerações presentes sem comprometer às gerações futuras.

Salienta-se que, é pela adoção de instrumentos econômicos e fiscais que se desenvolvem as políticas de desenvolvimento sustentável, uma vez que, é assim que surge a possibilidade de incorporação de tecnologias que podem neutralizar, minimizar ou realizar punições pelos danos ao meio ambiente.

Desta forma, aplicação do *princípio do desenvolvimento sustentável* implica a vedação da utilização dos recursos existentes de modo a comprometer a capacidade de renovação natural dos ecossistemas sobretudo por está intimamente ligado ao princípio da solidariedade entre as gerações presentes e futuras.

Do mesmo modo, o *princípio da precaução* guarda relação com o princípio do

³ SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação Popular Ambiental: Direitos coletivos e ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.1, 2008. Pg. 236

desenvolvimento sustentável e com o princípio da solidariedade entre as gerações, uma vez que, segundo entendimento doutrinário, o referido princípio significa que o equilíbrio ambiental deve ser premiado com o benefício da dúvida quando haja incerteza sobre se uma ação vai comprometê-lo de modo irreversível.

Desta forma, deve-se utilizar o princípio da precaução com a finalidade de impedir a atuação humana que possa comprometer os interesses das gerações futuras.

O referido princípio teve sua origem nos tratados internacionais, onde, os países que integram a União Europeia destacaram a sua grande relevância e expansão.

O tratado da Comunidade Europeia determina que:

“A política da Comunidade no domínio do meio ambiente terá por objetivo atingir um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da Comunidade. Basear-se-á nos princípios da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente e do poluidor-pagador”⁴

Na declaração do Rio de Janeiro, no âmbito da conferência das Nações Unidas para a promoção do meio ambiente e do desenvolvimento, a Comissão Econômica das Nações Unidas, nos anos de 1989 e 1990, consagrou o princípio da precaução como o princípio geral da política ambiental.

Assim, considera-se a referida Convenção como o marco inicial do reconhecimento do princípio da precaução.

A Convenção das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento atribui um conceito ao princípio da precaução, além de determinar o modo de sua aplicação:

“Com o fim de proteger o Meio Ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”⁵

O princípio da precaução, tem uma vasta aplicação quando trata-se de meio ambiente, uma vez que tem uma atuação anterior à identificação ou conhecimento do risco. Deste modo, o referido princípio deverá ser aplicado por intermédio de medidas preventivas, objetivando a

⁴ BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.pg. 532.

⁵ Declaração do Rio de Janeiro sobre ambiente e desenvolvimento. Rio 92. Disponível em www.onu.org.br. Princípio 15.

frustração de um provável dano. Ou, ainda que o dano não seja provável e nem previsível, mas, que se faça presente tão somente uma incerteza científica, o princípio da precaução deverá ser aplicado.

O princípio da prevenção é muito semelhante ao princípio da precaução, mas, não pode ser confundido com este, porque a sua aplicação, ao contrário do que ocorre com o princípio da precaução, se dá nos casos em que, os impactos ambientais já são conhecidos, devendo existir necessariamente o licenciamento ambiental e o estudo prévio do impacto ambiental (EIA), que enquadra-se como um dos principais instrumentos de proteção ao meio ambiente.

Segundo o entendimento do professor Sarlet (2010, p.22):

“(...) verifica-se que o estudo prévio de impacto ambiental (art.225, § 1º, IV, da CF) exigido para a instalação de obra ou atividade causadora ou potencialmente causadora de significativa degradação ambiental é um mecanismo jurídico de ajuste e regulação da atividade econômica, bem como constitui um dever fundamental que limita o direito de propriedade e a livre iniciativa dos atores econômicos privados, conformando o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável.”

A fim de resguardar o direito fundamental que assiste a todo indivíduo, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é que surge a necessidade de se trazer uma consciência ecológica à população. E assim, dar efetividade ao princípio da participação com o fito de salvaguardar esse direito.

Na verdade, o princípio da participação é a melhor forma de tratar das questões do meio ambiente de modo a fazer com que todo indivíduo possa efetivamente proteger esse bem de interesse difuso, exercendo a cidadania e protegendo a de forma direta a dignidade da pessoa humana.

Em uma seara mais dinâmica, relacionada diretamente com a efetivação do dano ambiental, tem-se o que chamamos de princípio do poluidor-pagador.

De acordo com o referido princípio, ocorrendo dano ao meio ambiente, em razão do desenvolvimento de alguma atividade, o poluidor será responsável pela reparação do dano causado.

A Constituição Federal dispõe que:

“Art. 225 (...)

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

Por meio da análise do dispositivo constitucional supracitado, podemos verificar que o princípio do poluidor pagador tem um caráter eminentemente repressivo, e que sobre ele incide uma responsabilidade civil, uma vez que não há um caráter de pena no pagamento resultante da poluição, podendo inclusive haver uma cumulação no que tange à responsabilização civil, administrativa e penal.

Intimamente relacionado com todos os outros princípios do direito ambiental, temos o que chamamos de princípio da proibição do retrocesso.

Embora tenha pouca aplicação no direito brasileiro, ganhando mais destaque em países da Europa, como, Portugal e Alemanha, o princípio da proibição do retrocesso está inserido no texto constitucional de forma implícita, se conectando à ideia da segurança jurídica, proporcionando maior proteção aos direitos fundamentais.

Evidenciada a nítida relação entre os princípios ambientais como formas de garantir o direito humano fundamental ao equilíbrio ecológico, passamos a realizar uma análise a respeito das inovações doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais no Estado Socioambiental de Direito.

4. O ESTADO AMBIENTAL DE DIREITO

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de dispositivos destinados a preservação do equilíbrio ambiental a ponto de instituir, entre nós, um Estado ambiental de direito.

A fim de analisar o assunto, é importante destacar a previsão constitucional acerca dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

“Art. 3º- Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.⁶

Assim, em razão de estar previsto entre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é mandamento constitucional que vincula a atuação do administrador público, do legislador, dos juízes e de todos os servidores públicos. Neste sentido, reconhece-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de terceira geração alicerçado na “fraternidade” ou na “solidariedade”

E assim, em obediência ao princípio da solidariedade entre as presentes e futuras

⁶ _____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Art. 3º, I. Disponível em: <planalto.gov.br>.

gerações, estabelece-se o compromisso da geração atual garantir um futuro ainda promissor às gerações futuras.

A Constituição da República condicionou o exercício das atividades econômicas e à utilização da propriedade à observância das normas ambientais.

Neste sentido, conforme destacado pelo Ministro Antônio Hermann Benjamin:

“constata-se que os fundamentos do art. 225 da Constituição Federal não estão ilhados, pois ligam-se à proteção à vida e à saúde, à salvaguarda da dignidade da pessoa humana e à funcionalização ecológica da propriedade”⁷

Constatada a existência de um Estado democrático ambiental de direito no Brasil que reconhece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano, passamos a analisar as consequências decorrentes deste fato.

4.1 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ESTADO DEMOCRÁTICO AMBIENTAL DE DIREITO

No Estado ambiental, todo e qualquer agente público ou privado deverá levar em consideração as exigências de um Estado constitucional ecológico.

Nesse sentido, citamos o entendimento coerente do renomado Professor J. J. Gomes Canotilho no sentido de que:

“A força normativa da Constituição ambiental dependerá da concretização do programa jurídico-constitucional, pois qualquer Constituição do ambiente só poderá lograr força normativa se os vários agentes – públicos e privados – o colocarem como fim de suas decisões”⁸

Deste modo, os agentes privados (empresas, cidadãos, profissionais liberais) também estão vinculados à promessa constitucional de garantir a todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

⁷ ARAGÃO, Alexandra; BENJAMIN, Antônio Herman; FERREIRA, Helene Sivini; CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato; BIANCHI, Patricia Nunes Lima; AYALA, Patryck de Araújo; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Constitucional Ambiental Português*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. p. 104

⁸ ARAGÃO, Alexandra; BENJAMIN, Antônio Herman; FERREIRA, Helene Sivini; CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato; BIANCHI, Patricia Nunes Lima; AYALA, Patryck de Araújo; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Constitucional Ambiental Português*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. p. 05

5. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Incorporando a tendência mundial no que tange a influência do direito público sobre o direito privado, a Carta Magna de 1988, adotou o que chamamos de constitucionalização do direito civil, trazendo à baila a defesa do consumidor, disposto em seu artigo 5º, inciso XXXII, se não vejamos:

Art. 5º- (...)

XXXII- O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Na atualidade, há uma inserção dos direitos fundamentais, nas relações de direito privado, devendo ser observado com muita cautela, a presença dos princípios constitucionais, de modo que seja verificada a denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”.

O Ministro Joaquim Barbosa esclarece que:

“o fato é que, entre nós, a aplicabilidade dos direitos fundamentais na esfera privada é consequência de diversos fatores, muitos deles observáveis na prática jurídica contemporânea, inclusive entre nós”⁹

Assim, podemos observar que os direitos fundamentais não são mais concebidos como limitações impostas única e exclusivamente ao Estado.

De modo a garantir os direitos fundamentais dos indivíduos, a Carta Magna inseriu a figura do consumidor como agente econômico e social em seu artigo 170, que trata do princípio da ordem econômica, de modo que:

“Art. 170- A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V- defesa do consumidor.”

Não por acaso, podemos observar no mesmo diploma legal, a presença de dispositivo que trata da tutela ambiental, qual seja:

VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos e elaboração e prestação;

⁹ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência*. 6ª ed. Rio de Janeiro, Niterói: Ed. ImpetusLtda, 2010.pg.04.

Vale salientar que o Código de Defesa do Consumidor, é um verdadeiro “microssistema jurídico” onde o foco principal não está na tutela dos iguais, uma vez que esta já se faz presente no Direito Civil, mas, objetiva a proteção dos desiguais, efetuando um tratamento diferenciado entre o fornecedor e o consumidor, com o fito de que a igualdade seja alcançada. Pois as normas inseridas no CDC, são de ordem pública e interesse social, não podendo ser derogadas pela vontade das partes.

O ilustre doutrinador Nelson Nery considera que:

“ser de interesse social, significa a possibilidade de o Ministério Público poder atuar em todas as lides coletivas de consumo inclusive as que tratam sobre os direitos individuais homogêneos”¹⁰

5.1 A INFLUÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NAS DEMANDAS DE DIREITO AMBIENTAL

A Carta Magna além de erigir a proteção ao consumidor, como um direito fundamental, possibilita a concretização dessa proteção mediante o ingresso de ações como Impetração de Mandado de Segurança Coletivo, disposto em seu texto, no art. 5º, LXX e propositura de Ação Civil Pública pelo órgão do Ministério Público, conforme o disposto no artigo 129, III. Também possibilita maior proteção em se tratando dos direitos individuais homogêneos.

A Lei 9.605/98, mais precisamente em seu artigo 4º que dispõe: “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.” Aqui, nota-se a evidente influência do artigo 28, § 5º do Código de defesa do Consumidor na elaboração deste dispositivo.

Para a efetivação da defesa e dos direitos e interesses tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, admite-se todas as espécies de ações capazes de assegurar a efetivação de sua tutela é o que dispõe o artigo 83 do Diploma Legal se não vejamos:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.¹¹

¹⁰ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**: código comentado e jurisprudência. 6ª ed. Rio de Janeiro, Niteroi: Ed. ImpetusLtda, 2010. Pg 11

¹¹ _____. Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Art. 83, Legislação Federal. Disponível em: <planalto.gov.br>.

A Lei que disciplina a Ação Civil Pública teve adicionado, em seu artigo 1º, o inciso IV, a fim de determinar que “regem-se pelas disposições desta Lei sem prejuízo da Ação popular, as demandas que derivam da responsabilidade por prejuízos causados a todo e qualquer interesse difuso ou coletivo”. Valendo salientar que o referido inciso fora acrescido a este artigo, por determinação do artigo 110 do CDC.

Na atualidade, verifica-se que, em que pese ser o dano ambiental uma agressão a direito difuso, como regra, parte da doutrina também vem admitindo um dano ambiental particular, paralelamente ao dano difuso. De modo que se o dano atingir de forma direta determinado indivíduo, este será caracterizado como individual, e em vitimando uma pluralidade de pessoas, este será caracterizado como de interesse individual homogêneo.

O Código de Defesa do Consumidor traz dispositivos aplicáveis às demandas ambientais, inclusive, a inversão do ônus da prova e as normas relacionadas ao processo coletivo. Ademais, trata da teoria da desconsideração da pessoa jurídica, que influenciou a inserção de dispositivo genérico no Código Civil brasileiro.

6. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Em se tratando de ônus da prova, o Código de Processo Civil traz o seguinte dispositivo:

Art. 373- 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.

Portanto, podemos observar que de acordo com a lei processual civil, o ônus da prova, em regra, caberá ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto ao fato extintivo ou modificativo do direito do autor.

Já nas demandas consumeristas, caberá ao fornecedor provar tudo aquilo que possa excluir sua responsabilidade, a exemplo do caso fortuito, força maior, ou culpa exclusiva da vítima, posto que, a responsabilidade atribuída ao fornecedor será objetiva adotando-se, portanto, em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, a teoria do risco, onde o fornecedor responderá pelo dano causado com a simples comprovação do dano e do nexo, sem que haja a necessidade da comprovação de dolo ou culpa.

Em princípio, ao autor da demanda, caberá a prova do dano que alega ter sofrido ou, deverá este, trazer ao processo, indícios que corroborem suas alegações, pois do contrário,

haveria uma impossibilidade por parte do magistrado de inverter o ônus probatório em desfavor do réu.

De maneira diversa está prevista no artigo 38 do CDC que trata da inversão do ônus probatório quanto a veracidade da publicidade, senão vejamos:

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Nesse caso, a inversão do ônus probatório independe de ato discricionário do juiz. Será, portanto, obrigatória.

Assim, na publicidade, competirá ao fornecedor a informação correta dos dados técnicos, científicos e fáticos, na veiculação da mensagem publicitária, se não vejamos:

Art. 36 (...)

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.¹²

O ônus probatório, em se tratando de matéria de publicidade, conforme o artigo supra, mostra-se menos complexo posto que em geral, a matéria veiculada terá um caráter difuso, de forma que não será possível mensurar com precisão quais são os indivíduos atingidos.

Nesse caso, estando presente a verossimilhança da alegação por parte do consumidor, ou sendo este hipossuficiente, comprovando-se o preenchimento dos requisitos presentes no art. 6º, VIII, deverá o julgador inverter o ônus probatório em benefício do consumidor, mesmo que este não tenha logrado êxito na comprovação do nexos causal ou mesmo do dano.

Ademais, cumpre destacar o dispositivo que regula os direitos básicos do consumidor inserido no Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

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

¹² _____.Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Legislação Federal. Disponível em: < planalto.gov.br>.

Deste modo, o Código de Defesa do Consumidor, em que pese admitir a possibilidade de inversão do ônus da prova em caso de vulnerabilidade do consumidor, considera nula àquela cláusula que traga prejuízo ao consumidor.

Cabe destacar o seguinte dispositivo do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12 (...)

.....

§ 3º. O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Consoante o citado dispositivo, para que haja uma exclusão da responsabilidade do fornecedor quanto à indenização do dano advindo de acidente de consumo, será necessário que o fornecedor efetue a comprovação da presença de uma das excludentes legais.

Por tratar-se de uma norma de ordem pública, no que tange a atribuição do ônus da prova ao fornecedor e não ao consumidor, esta norma não poderá ser derogada por convenção das partes.

6.1 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA DE DIREITO AMBIENTAL

Em se tratando de direito ambiental, a inversão do ônus probatório tem fundamento no princípio da precaução, posto que, há uma imposição ao autor do potencial dano de que este deva provar, com antecedência, que a atividade que visa implantar, não causará degradação significativa ao meio ambiente.

Neste sentido, cabe destacar o dispositivo que trata da Política Nacional do Meio Ambiente Lei 6.938/81 no sentido de estabelecer a aplicação da responsabilidade objetiva da forma que se segue:

Art. 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

É válido salientar que, o princípio da precaução estipula que “diante das situações de incerteza científica quanto as possibilidades de danos que poderão ser causados ao meio ambiente pela implementação de determinada atividade econômica deverão ser tomadas medidas de precaução a fim de atenuar os riscos que essa atividade possa causar, para que estes riscos, não venham a se transformar em um dano ao meio ambiente”.

Por outro lado, no direito processual, quando existir a necessidade de tutelar os bens ambientais e sempre que houver uma hipossuficiência quanto aos efeitos nocivos trazidos pela exploração de determinadas atividades econômicas, com fundamento no princípio da precaução nas demandas judiciais, sejam elas individuais ou coletivas, deve-se viabilizar a inversão do ônus probatório em favor do meio ambiente.

Sempre que houver a incerteza quanto à ocorrência do dano, o seu provável causador, deverá provar de maneira antecipada, que a atividade que pretende desenvolver não causará uma ofensa ao meio ambiente, ou que esta não gerará uma degradação grave ou irreversível.

Ao contrário do que ocorre nas demandas consumeristas, a inversão do ônus probatório em matéria ambiental, decorre, não da relação de hipossuficiência de uma parte em face da outra, mas, sim, do caráter público e indisponível do bem jurídico tutelado.

Vale salientar a redação da Lei 6.938/ 81 a respeito do conceito de poluidor da forma que se segue:

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

IV- poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

Ainda em conformidade com a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, se for comprovada a lesão ao meio ambiente, haverá uma relação de causa e efeito entre a atividade desenvolvida pelo agente e o dano que adveio do desenvolvimento de tal atividade, uma vez que o artigo 14, §1º da referida Lei atribui uma responsabilidade objetiva ao causador do dano ambiental, bastando para a responsabilização do agente, a comprovação do nexo causal e do resultado danoso alcançado. ¹³

¹³ Lei 6.938

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

Salienta-se que, ainda que da conduta do agente não advenha um resultado típico reconhecido como ilícito, haverá uma responsabilização ambiental pelo dano efetivamente causado ao meio ambiente, posto que esta responsabilização independe da comprovação de dolo ou de culpa.

Devemos entender que dano ambiental, representa uma grave lesão a um direito difuso, uma vez que, atinge a um número indeterminado de pessoas acarretando uma grave ofensa ao direito de todo e qualquer indivíduo que será impossibilitado de gozar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Salienta-se que o meio ambiente é um bem imaterial, incorpóreo e autônomo, constitucionalmente garantido como bem de uso comum do povo.

O dano causado ao meio ambiente poderá ser reparado compondo-se de dois elementos, quais sejam, a “*reparação in natura*”, retornando ou tentando retornar o bem ambiental afetado ao seu estado anterior, além de uma reparação pecuniária ou a condenação do poluidor a um “*quantum pecuniário*” que seja suficiente para reparar o dano efetivamente causado ao meio ambiente. Surgindo assim, uma obediência ao princípio ambiental do poluidor pagador.

Segundo o entendimento do renomado Professor J.J. Gomes Canotilho, temos que:

“O princípio da responsabilização ao implicar a assumpção das consequências pelos agentes causadores de danos ao ambiente significa a imputação de custas e obrigações de medidas de compensação e de recuperação que reconduzirão à consideração, de forma antecipativa, dos efeitos imediatos ou a prazo das respectivas actuações ambientalmente relevantes”¹⁴

No entanto, deve-se considerar que o dano ambiental é de difícil reparação, ou, muitas vezes, de recuperação impossível. E que, em algumas situações, mostra-se insatisfatória a indenização, posto que, não terá o condão de recuperar, mas tão somente de punir o agente

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

¹⁴ ARAGÃO, Alexandra; BENJAMIN, Antônio Herman; FERREIRA, Helene Sivini; CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato; BIANCHI, Patricia Nunes Lima; AYALA, Patryck de Araújo; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Constitucional Ambiental Português*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007. pg.9

causador do dano pelo prejuízo causado à sociedade por meio da lesão ao direito que assiste todo indivíduo de gozar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Portanto, segundo o entendimento doutrinário majoritário, e ainda, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, essa inversão do ônus probatório deverá ser aplicada toda vez que houver uma incerteza científica acerca das atividades econômicas a serem realizadas, em obediência ao princípio da precaução.

Pode-se verificar que a análise sobre o ônus da prova em relação ao dano ambiental deverá ser dirimida por meio da interpretação das Leis aplicáveis e à luz dos princípios do direito ambiental, uma vez que além de possuir sustentação legal, a inversão do ônus da prova também tem fundamento nos princípios.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, o ordenamento jurídico brasileiro, vem reconhecendo o direito do indivíduo de gozar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como sendo um direito humano fundamental. Mas apesar da urgência na resolução dos problemas ambientais, existe uma enorme distância entre a teoria e a prática, uma vez que o discurso ambientalista se sobrepõe à efetivação de atitudes que desestimule o dano.

Salientamos que o fortalecimento da educação ambiental, é o principal aliado para a efetivação de normas e princípios que amparam a proteção a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Mostramos que nesse contexto, o princípio da participação está intimamente ligado ao princípio da proibição do retrocesso, da solidariedade entre as presentes e futuras gerações, da precaução, da prevenção e do desenvolvimento sustentável, todos harmônicos entre si.

Observamos ainda que, segundo os preceitos normativos inseridos no Código de Processo Civil, o ônus da prova cabe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu quanto ao fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor. Constatamos assim, que o ordenamento jurídico brasileiro, adotou a teoria estática quanto ao ônus probatório.

Demonstramos que e apesar de a doutrina definir o ônus da prova como uma obrigação imposta àquele que alega ser possuidor de determinado direito, existem situações em que se poderá inverter o ônus probatório, a fim de que, a parte contrária seja incumbida de provar os fatos pendentes de comprovação, sendo o ônus retirado da parte que alegou os fatos. Assim, temos o que chamamos de inversão do ônus probatório.

Destacamos que a inversão do ônus probatório é admitido pelo Código de Defesa do Consumidor, no sentido de possibilitar a defesa daquele que possui uma posição de

hipossuficiência no processo. Nesta seara, a inversão do ônus da prova torna-se regra que autoriza o magistrado a direcionar à parte que possui uma posição privilegiada, o ônus de produzir as provas necessárias para a resolução da questão.

Esclarecemos que em se tratando das ações judiciais ambientais, utiliza-se a inversão do ônus probatório como uma regra de julgamento em benefício do meio ambiente. Cumprindo ao causador do dano ambiental, o ônus de provar que o dano causado não foi consequência de sua conduta.

discutimos também que em obediência ao princípio da precaução, existe a possibilidade de inversão do ônus da prova, mesmo antes da ocorrência do dano, ou seja, nos casos em que a realização de uma determinada atividade pode ensejar a ocorrência de um dano ambiental grave ou de difícil reparação, o potencial causador do dano, deve provar que a atividade que pretende desenvolver, não causará danos ao meio ambiente. Vimos que, para ocorrer a inversão do ônus da prova nesta situação, basta que se faça presente a incerteza científica quanto à possibilidade de agressão ambiental.

Destacou-se ainda que a aplicação da inversão do ônus da prova em matéria de direito ambiental, segue os requisitos de hipossuficiência ou da verossimilhança da alegação, dispostos no Código de Defesa do Consumidor uma vez que o direito ambiental é um bem de uso comum do povo, enquadrando-se como direito difuso e caracterizando-se pela sua essencialidade.

Ante tudo quanto fora exposto, e partindo do entendimento de que toda a coletividade deve colaborar com a proteção do meio ambiente, demonstramos a necessidade de colacionar o entendimento do professor Canotilho no sentido de que “Os fins dos estados devem ser a construção de Estados de direito democráticos, sociais e ambientais, no plano interno, e Estados abertos e internacionalmente cooperantes no plano externo comprometidos com um programa de “paz mundial” assentado em um ideal de *segurança coletiva*.”¹⁵

Concluimos, portanto, que tratando-se do direito fundamental que assiste a todo indivíduo, qual seja, o de gozar de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e considerando “a terra” como uma moradia comum a todos os indivíduos, deve-se buscar em conjunto com os outros direitos humanos, a preservação do equilíbrio ecológico mediante a fiscalização dos avanços legais, jurisprudenciais e processuais, considerando que a inversão do

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003. pg. 1369

ônus probatório traduz-se em meio eficaz de efetivação da proteção ambiental.

REFERÊNCIAS

1. ARAGÃO, Alexandra; BENJAMIN, Antônio Herman; FERREIRA, Heline Sivini; CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato; BIANCHI, Patricia Nunes Lima; AYALA, Patryck de Araújo; MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Constitucional Ambiental Português*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.
2. BORGES, José Souto Maior. *Curso de Direito Comunitário*. São Paulo: Saraiva, 2005.
3. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e a Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.
4. GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor: código comentado e jurisprudência*. 6ª ed. Rio de Janeiro, Niterói: Ed. Impetus Ltda, 2010.
5. KRELL, Andreas J.; MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang; SALZMAN James; BOSSELMANN Klaus; RENSBURG, Linda Jansen Van; KOTZÉ, Louis J.; KLOEPFER, Michael; FENSTERSEIFER, Tiago. *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Ed. Livraria Do Advogado, 2010.
6. SILVA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação Popular Ambiental: Direitos coletivos e ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v.1, 2008.
7. _____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Disponível em: < planalto.gov.br>.
8. _____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Política Nacional do Meio Ambiente. Legislação Federal. Disponível em: < planalto.gov.br>.

9. _____ Lei nº8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Legislação Federal. Disponível em: < planalto.gov.br>.

10. _____ Lei nº13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Legislação Federal. Disponível em: < planalto.gov.br>.

11. _____ Declaração do Rio de Janeiro sobre ambiente e desenvolvimento. Rio 92. Disponível em www.onu.org.br.