

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfoury Neto (UNICURITIBA)

A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL

DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF IN ENVIRONMENTAL CLASS ACTIONS

Juliana Rose Ishikawa da Silva Campos ¹

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar a distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental. A pesquisa analisa as diferentes teorias sobre o tema, desde a estática até a dinâmica, a fim de demonstrar que a questão reflete um problema de acesso à justiça e de devido processo legal. As inovações sobre a matéria trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, dentre outras normas, são analisadas. Nesta pesquisa utiliza-se o método indutivo e a técnica bibliográfica. Busca-se responder de que forma a distribuição do ônus da prova pode contribuir para um processo ambiental mais efetivo e justo.

Palavras-chave: Processo coletivo ambiental, Distribuição do ônus da prova, Novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the distribution of the burden of proof on environmental collective process. The research analyzes the different theories on the subject, from static to dynamic, in order to demonstrate that the question reflects a problem of access to justice and due process. Innovations on the matter brought by the Civil Procedure Code 2015, among other standards, are analyzed. In this research, the inductive method and the literature technique are used. Seeks to answer how the distribution of the burden of proof can contribute to a more effective and fair environmental process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Environmental class actions, Distribution of the burden of proof, New code of civil procedure

¹ Mestre em Direito Agroambiental. Professora de Direito na Universidade Federal de Mato Grosso. Advogada.

INTRODUÇÃO

A realidade brasileira mostra que os conflitos resultantes dos modelos econômicos e de consumo adotados, têm feito que se avolumem (em quantidade e qualidade), ano após ano, mesmo em face de todo esforço dos movimentos sociais e ambientalistas, as demandas judiciais ambientais, especialmente as de natureza coletiva.

Tais ações são problemáticas, por diversas razões. Uma delas é a dificuldade que as partes têm de provar suas alegações. As questões ambientais são, de regra, de difícil ou, em alguns casos, de impossível prova. Daí se fazer necessário que o problema da distribuição do ônus da prova seja analisado de forma séria pela pesquisa em Direito ambiental. É o que se propõe no presente ensaio, com ênfase para as ações coletivas, as quais, são sem dúvida, mais frequentes e mais eficazes no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código de Processo Civil de 1973¹ estabelecia como regra a distribuição estática do ônus da prova, a qual era, a princípio, aplicada às ações que versavam sobre meio ambiente, uma vez que estas são reguladas pelas normas processuais civis. Tal teoria clássica, se mostrou, como ver-se-á, limitadora, o que fez surgir novas teorias, tais quais a da inversão do ônus da prova, trazida pelo Código de Defesa do Consumidor e a da distribuição dinâmica do ônus da prova, trazida pelos projetos de Código de Processos Coletivos Brasileiro. Tais teoria serão melhores analisadas adiante. Merecerá menção também a nova codificação processual civil brasileira, a qual, já aprovada, altera a regra estática de 1973.

1. A EVOLUÇÃO DO PROCESSO COLETIVO NO BRASIL

A ação popular, prevista na Constituição de 1934 e regulamentada em 1965, com a Lei 4.717, é um dos primeiros instrumentos de tutela coletiva de direitos a surgir no Brasil. Daí ser tratada como a precursora do processo coletivo brasileiro. Tal ação, inspirada por um ideal de amplo acesso à justiça, permitiu que qualquer cidadão brasileiro estivesse em juízo para defender o patrimônio público. As inovações trazidas pela referida lei merecem elogio, mas não foram suficientes para garantir um processo coletivo verdadeiramente eficaz, pois o cidadão isolado, não tinha as mesmas capacidades que um Ministério Público, por exemplo, para estar em juízo e produzir provas. Havia pouco interesse dos cidadãos em relação à ação popular.

¹ 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.

Assim, com inspiração na *class action for damages* americana e em razão da necessidade de que o processo civil brasileiro “evoluisse”, o trabalho de importantes juristas, resultou na promulgação da Lei da ação civil pública (1985), lei que, de fato revolucionou e inovou na proteção dos direitos transindividuais. A referida lei, permitiu que o Ministério Público (o que não era possível na ação popular), dentre outras pessoas jurídicas, promovesse judicialmente a tutela de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Embora os avanços da Lei da ação civil pública sejam consideráveis, não se podia falar até naquele momento em um sistema de processo coletivo, o qual só veio a existir de fato com a promulgação do Código de defesa do consumidor.

Há que se considerar ainda, nesta senda, as contribuições trazidas pela Constituição Federal de 1988, as quais são referenciadas por Mazzilli²: *a) a ampliação do papel das associações civis e dos sindicatos, na defesa de interesses jurídicos de seus associados (art. 5º, XXI); b) a extensão do rol de legitimados a propor as ações abstratas de inconstitucionalidade (art. 103); c) a reforma na ação popular, estendida à defesa da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII); d) a criação do mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX); e, por fim, e) a independência funcional dos membros do Ministério Público (art. 127), aos quais foram garantidos inamovibilidade, vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos.*

Embora a matéria versada no Código de defesa do consumidor seja essencialmente a proteção do consumidor em suas relações contratuais de consumo, o referido diploma não se limitou a tal e tem como principal inovação a conceituação adequada e precisa, a qual restou sedimentada na doutrina³, dos interesses difusos - *os direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato* (art. 81, I), dos interesses coletivos - *os direitos 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* (art. 81, II) e dos direitos individuais homogêneos - *os decorrentes de origem comum* (art. 81, III).

Mais recentemente, a elaboração de projetos de um Código Brasileiro de Processos Coletivos significou maiores avanços na discussão e sistematização da matéria processual

² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127-128.

³ A título de exemplo, cita-se: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004, p. 48.

coletiva no Brasil. Mas a derrota do Anteprojeto⁴ redigido por Ada Grinover e outros juristas, na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ) é uma evidência de que ainda há muita luta na construção de um processo coletivo nacional efetivo e vocacionado para a proteção dos bens fundamentais. Há no Brasil, enorme esforço político, fruto de *lobbies* de grandes empresários, no sentido de se restringir a efetividade do processo coletivo. A doutrina⁵ sempre aponta, como exemplo emblemático desta afirmação, a inserção do artigo 16 na Lei de ação civil pública, o qual limita os efeitos de sentença prolatada por juiz aos limites de sua competência territorial.

Embora a promulgação de um Código de Processo Civil Coletivo brasileiro seja desejada, não há que se desmerecer o atual sistema de processo coletivo, o qual, dentre outras normas, é composto principalmente pelo CDC, CPC, lei da ação civil pública, lei da ação popular e lei do mandado de segurança. Neste sentido, é bom referenciar a obra de Marques⁶, a qual afirma a possibilidade de um “diálogo das fontes” (coerência) a envolver diferentes fontes normativas, sem a necessidade de que haja revogação de uma norma pela outra, de acordo com os critérios clássicos de antinomia jurídica. Tal diálogo parece poder ser provado pelos artigos 117 do CDC e 21 da Lei da ACP.

Tais novos instrumentos superam em muito a ideia do processo individual clássico (característico do Estado Liberal) e galgam cada vez maior acesso à justiça, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. O processo coletivo tem atuado, assim, na luta contra a morosidade do sistema judiciário, o qual, (ainda) depende grande tempo com o julgamento de demandas repetitivas que são resultados de lesões semelhantes causadas por agentes comuns.

Merecem menção ainda, alguns instrumentos extrajudiciais, uma vez que a proteção de direitos coletivos não se restringirá aos meios jurisdicionais, nem tampouco às ações que serão analisadas neste ensaio.

A Lei 7.347/85, em seu artigo 8º, § 1º, possibilitou ao Ministério Público a instauração de *inquérito civil* – instrumento apto para se investigar, antes da propositura da ação civil públicas, os possíveis danos, seus responsáveis, dentre outras questões que possam interessar ao processo. Trata-se de relevante acerto da Lei da ACP. Possibilitar que um órgão bem

⁴ Trata-se do Projeto de Lei 5.139/09, levado à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo, rejeitado mesmo antes de ser submetido ao plenário, por 17 (dezesete) votos contrários contra 14 (catorze) favoráveis.

⁵ Ver, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. (Curso de processo civil, v.5). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-341. Em sentido contrário, defendendo o referido dispositivo, WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da Sentença civil: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009, p. 304.

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. in: MARQUES, Cláudia Lima [org.]. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, p. 02-65.

aparamentado como o Ministério Público investigue e proponha as ações cabíveis em relação a direitos coletivos e difusos foi um avanço considerável para o processo coletivo nacional. Alves de Araújo pondera que o *inquérito civil mostrou-se um instrumento tão fértil que a Constituição de 1988 inseriu-o como função institucional do MP em seu ar. 129, III.*⁷ De fato, o instituto que antes de 1988 só era previsto na Lei da ACP, agora tem previsão constitucional, o que lhe dá ainda maior prestígio.

Além deste, convém ainda mencionar importante instrumento trazido pelo CDC (art. 113 - que incluiu na Lei da ACP, o artigo 5º, § 6º), qual seja o *compromisso de ajustamento de conduta*. No dizer de Marcelo Abelha, o referido instituto jurídico *constitui importante e eficaz mecanismo de efetivação do acesso à justiça. Evita a demanda coletiva, servindo como instrumento de efetivação dos direitos coletivos supra-individuais, e formando desde já, um título executivo extrajudicial.*⁸

Sobre a legitimidade, tem-se que a Lei da ACP deixou bem claro que apenas *os órgãos públicos legitimados* podem tomar dos interessados compromisso de ajustamento de condutas às exigências legais, mediante cominações.

O fato do acordo obtido no TAC possuir natureza de título extrajudicial (art. 784, IV, NCPC) permite que o mesmo, em caso de descumprimento, seja executado sem a necessidade de qualquer discussão sobre o mérito da questão.

Assim, tanto o inquérito civil, quanto o TAC parecem ser bons exemplos não-jurisdicionais de instrumentos na tutela de bens coletivos e difusos. Há, como visto, uma série de instrumentos (judiciais ou não) que devem conviver em harmonia e diálogo. Assim, convém nestas próximas linhas tecer algumas considerações sobre as principais ações judiciais coletivas que protegem, entre outros direitos difusos e coletivos, o direito fundamental ao meio ambiente.

2. AS AÇÕES COLETIVAS NA TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal de 1988, seguindo tendências do direito internacional e comparado, erigiu, o meio ambiente à categoria de direito (e dever) constitucional e fundamental.⁹ A questão ambiental já era amplamente debatida no cenário internacional desde

⁷ ARAÚJO, LÍLIAN ALVES DE. *Ação civil pública ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 68.

⁸ ABELHA, MARCELO. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 99.

⁹ Neste sentido, dentre outros, MACHADO, PAULO AFFONSO LEME. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 150-180 (O referido autor lembra que a CF/88 foi a primeira Constituição brasileira em que a

as décadas de 60 e 70¹⁰. Além disso, outras constituições de países de *civil law* já haviam tratado da proteção ao meio ambiente, ora enquanto direito, ora enquanto dever, ora como ambos. São exemplos a constituição portuguesa (1976)¹¹, a espanhola (1978)¹² a equatoriana (1979)¹³ e a chilena (1980)¹⁴.

expressão “meio ambiente” foi mencionada); BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. in: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato [org.]. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57-130; FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60-64; LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 91-96; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 109-152 e GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 21-52.

¹⁰ Vide a Declaração de Estocolmo de 1972, que proclamou, pela primeira vez, o direito humano ao meio ambiente.

¹¹ Artigo 66.

1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.
2. Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos:

a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão;
b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e a valorização da paisagem;
c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;

d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações;

e) Promover, em colaboração com as autarquias locais, a qualidade ambiental das povoações e da vida urbana, designadamente no plano arquitectónico e da protecção das zonas históricas;

f) Promover a integração de objectivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial;

g) Promover a educação ambiental e o respeito pelos valores do ambiente;

h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida.

Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art66>
Acesso em 13 maio 2015.

¹² Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

Disponível

em:

<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#a45>

Acesso em 13 maio 2015.

¹³ Artículo 44. El Estado protege el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantiza un desarrollo sustentable. Se declara de interés público y se regulará conforme a la Ley:

La preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país;

La prevención de la contaminación ambiental, la explotación sustentable de los recursos naturales y los requisitos que deban cumplir las actividades públicas o privadas que puedan afectar al medio ambiente; y, El establecimiento de un sistema de áreas naturales protegidas y el control del turismo receptivo y ecológico.

Disponível em: <http://constituyente.asambleanacional.gob.ec/documentos/biblioteca/1979-reformada-en-1996.pdf>
Acesso em 13 maio 2015.

¹⁴ Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

A existência e o reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente, a qual, no Brasil, é realidade certa desde 1988¹⁵, exige, a consequente existência de instrumentos jurídicos (judiciais ou não) aptos a promoverem a sua proteção. Os instrumentos judiciais se destacam quando há ameaça ou lesão ao bem. Courtis e Abramovich, neste sentido, afirmam que *se temos de fato um direito, devemos ter uma ação*.¹⁶

O Poder Judiciário, embora não seja o mais adequado para tratar de políticas públicas que tratem de direitos difusos e coletivos¹⁷, possui um importante papel na defesa de tais direitos, tanto o é que, as demandas coletivas têm aumentado em quantidade e qualidade, ano após ano. A acessibilidade¹⁸ e a eficiência do Poder Judiciário se mostra cada vez mais premente, pois as demandas coletivas, diferentemente das individuais, possuem maior amplitude, podendo afetar, inclusive, pessoas que não foram parte na relação jurídica processual.

No ordenamento brasileiro, o regramento do processo coletivo é novo, mas bastante “evoluído” quando comparado com outros. Em matéria ambiental, três ações se destacam, sendo aplicadas principalmente as seguintes leis: Lei n° 4.717/1965 (Lei da ação popular), Lei n° 7.347/1985 (Lei da ação civil pública), Lei n° 12.016/2009 (Lei do mandado de segurança individual e coletivo) e de forma complementar, a disposições do Título III da Lei n° 8.078/1990 (Código de defesa do consumidor)¹⁹ e da Lei n° 5.869/1973²⁰ (Código de processo civil).

8° *El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza. La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente;*

Disponível em: http://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf Acesso em 13 maio 2015.

¹⁵ O qual encontra respaldo constitucional no art. 225, *caput* (CRFB, 1988): “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.”

¹⁶ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. STEPHANOV, Luiz Carlos [trad.]. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 238.

¹⁷ *Idem*, pp. 53 e 148.

¹⁸ Sobre Acesso à Justiça, ver por todos CAPELETTI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. NORTHFLLET, Ellen Gracie [trad.]. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998, pp. 49-67, que trata das ondas evolutivas do acesso à justiça, sendo que na segunda delas aborda a dificuldade da representação dos interesses difusos.

¹⁹ É pacífica na doutrina a aplicação do CDC em ações coletivas, mesmo que a matéria não trate de relações de consumo, pois este diploma foi o que mais avançou, entre nós, no que toca à disciplina e regulamentação do processo coletivo. Ademais, a doutrina do diálogo das fontes (elaborada por Erik Jayme e trazida a nós por Cláudia Lima Marques) já permite a algum tempo a coordenação de normas (diálogo de coerência) no ordenamento jurídico brasileiro, abandonando as teorias antigas de antinomia jurídica. Para aprofundamentos ver: MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. in: MARQUES, Cláudia Lima [org.]. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012, pp. 17-66

²⁰ O qual, embora ainda vigente, se encontra em vias de revogação pela recém aprovada Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil).

Tais leis compõem, no direito processual brasileiro, o que a doutrina tem chamado de “microsistema de processo civil coletivo” – uma nova modalidade de processo civil que possui peculiaridades e regramentos próprios, tudo com o objetivo de proteger os novos direitos de terceira dimensão, marcados principalmente pela transindividualidade.

A codificação de tal processo coletivo, como visto, é bastante desejada pela doutrina especializada, tendo sido, inclusive, elaborados pelos menos quatro²¹ anteprojetos de código de processo coletivo. Em que pese o esforço de tais pesquisadores, a matéria não tem galgado sucesso no Congresso Nacional. Crê-se, contudo, que, tendo em vista a discussão ainda estar acessa no seio da doutrina, a pressão sobre o Poder Legislativo o fará retomar a questão e a analisar de forma mais séria. É o que se espera e deseja, pois, alguns avanços poderão ser trazidos pela codificação, potencializando a proteção aos direitos coletivos.

As ações coletivas são, entre outras, caracterizadas pelas diferenças que trazem em alguns institutos jurídicos clássicos – típicos do processo civil individual. São exemplos disso a *legitimidade*, que no processo coletivo, se apresenta de forma extraordinária (defesa em nome próprio de direito alheio) e a *coisa julgada*, que no processo coletivo ganhará outros contornos e apresentará menor rigidez que no processo individual.

Em matéria de processo judicial ambiental, estas discussões ganham ainda maior relevo, pois as ações que versam sobre a referida temática têm seguido principalmente o caminho coletivo, quer pela sua amplitude, quer pela maior eficiência, quer pelas questões probatórias, quer pela forte atuação do Ministério Público, quer ainda por outras tantas razões.

No ordenamento jurídico brasileiro três ações coletivas despontam na proteção do meio ambiente: a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

A ação popular, que inaugurou o processo coletivo no Brasil, encontra seu fundamento na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso LXXIII²² e é cabível para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, *ao meio ambiente* e ao patrimônio histórico e cultural, podendo ser manejada por qualquer cidadão. Em que pese seu fundamento ser a Constituição de 1988, na verdade foi apenas recepcionada por esta, uma vez que já era prevista na Constituição de 1934 e havia sido regulamentada pela Lei

²¹ Enumera-se os projetos: a) Código de Processo Civil Coletivo de Antonio Gidi; b) Anteprojeto de Código Modelo de Processo Coletivos para Ibero-América (o qual envolveu pesquisadores do quilate de Ada Pellegrini Grinover e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, dentre outros); c) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e d) Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (UERJ e UNESA – Aluisio Gonçalves de Castro Mendes).

²² Art. 5º. (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

nº 4.717 de 1965 (vigente até hoje). Tal instrumento, têm obtido pouca expressão em matéria ambiental (na verdade em todas as matérias), mas é uma via interessante, e que pode ser bastante eficaz, visto que não há necessidade da interposição da ação por uma instituição ou associação. O cidadão, por mais simples que seja, pode interpô-la e obter uma resposta judicial sobre questões coletivas e difusas.

A ação civil pública é regulamentada pela Lei 7.347/85 e foi criada com o intuito de proteger bens difusos, dos quais destacam-se o meio ambiente (art. 1º, I, Lei 7.347/85). A referida ação, bastante utilizada em matéria de direitos coletivos e difusos, com destaque para a atuação do Ministério Público, poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, sendo estas últimas bastantes relevantes em questões ambientais, nas quais se mostra mais relevante a recuperação do meio ambiente (obrigação de fazer) do que a indenização pelos danos causados (condenação pecuniária que não protege o meio ambiente, de fato).

O mandado de segurança, coletivo, por sua vez, é uma das ações constitucionais, prevista no art. 5º, LXIX, da CF 1988 e regulamentada atualmente pela Lei 12.016/2009 (que trata tanto do mandado de segurança individual quanto do coletivo). A utilização deste instrumento se dá quando há ofensa a um direito líquido e certo e que seja resultado de ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.²³

Fiorillo explica que essa “proteção de direito líquido e certo” faz menção na verdade à *caracterização de um momento sumário de cognição do juiz, qual seja, aquele em que verificará a possibilidade concessão de liminar. (...) constatamos que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito líquido e certo.*²⁴

Em sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito líquido e certo, não haveria dúvidas da possibilidade de utilização do Mandado de segurança na tutela do meio ambiente. Em que pese isso, alguns afirmam pela inutilidade (ou raríssima utilidade) do *writ* na defesa do bem ambiental, uma vez que há dificuldades em se comprovar liquidez e certeza nos danos ao meio ambiente.

²³ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 759.

²⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Mandado de segurança coletivo ambiental e a Lei n. 12.016/2009. in: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. [coord.]. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva*: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254.

Granziera aduz, entretanto, que o Mandando de segurança coletivo não deixa de ser instrumento de proteção do meio ambiente e traz como exemplo a anulação de licenciamento ambiental concedido sem o respeito às leis que regulam tal procedimento.²⁵

Nestas três ações, a questão probatória será determinante para a proteção do direito material. Em questões ambientais, como ver-se-á a prova será sempre um difícil problema processual a ser enfrentado pelas partes e se relaciona diretamente com importantes princípios tais como o acesso à justiça e o devido processo legal. Desta forma, a distribuição de seu ônus é assunto que merece análise e reflexão, inclusive pelos diferentes rumos que a questão tem seguido, na lei e na jurisprudência.

3. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA EM AÇÕES COLETIVAS AMBIENTAIS: PROBLEMAS E PERSPECTIVAS

O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 333²⁶, estabeleceu como regra a distribuição estática, abstrata e prévia do ônus da prova (teoria clássica). Acontece que, tal regra, *se observada à risca, pode se constituir em séria limitação às partes quanto à proteção de seus direitos subjetivos, principalmente se houver hipossuficiência técnica, social ou econômica de uma delas diante da potência econômica e técnica do adversário.*²⁷ Além disso, a restrição trazida pelo artigo 333 pode servir de grave e inaceitável empecilho para a proteção de direitos coletivos e difusos, mesmo quando defendidos por instituições gabaritadas tal como o Ministério Público, isto porque, em matérias complexas tal qual a ambiental, a prova pode se mostrar diabólica, ou seja, de difícil ou até mesmo impossível produção.

Neste ponto, Diddier e Zaneti lembram que em *não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento).*²⁸ Assim, defendem a ideia de que esta distribuição rígida *atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamento injustos.*²⁹

²⁵ GRANZIERA, op. cit., p. 759.

²⁶ “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.”

²⁷ BALEOTTI, Francisco Emilio. A distribuição do ônus da prova como problema de acesso à Justiça. in: *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. n. 01. 2014, p. 03. Disponível em: <http://www.riedpa.com/Default.aspx?EdicionID=31> Acesso em 30 junho 2015.

²⁸ DIDDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v.4. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 291.

²⁹ Idem.

Acontece que, há tempos a referida regra clássica vem sofrendo processos de flexibilização. O CDC, em 1990, trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a primeira previsão de possibilidade de inversão do ônus da prova. Trata-se do artigo 6º, VIII, que assim preceituou: “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; (...)”.

Como aduzem Milaré e Castanho:

Partindo do pressuposto de que o consumidor está em franca desvantagem perante o fornecedor de produtos e serviços, o CDC reconhece a vulnerabilidade daquele em face deste, conferindo-lhe então especial proteção legal, de cunho material e processual, com intuito de reequilibrar esta relação de consumo.³⁰

O CDC, uma das normas brasileiras mais inovadoras, fez de fato isto: conferiu especial proteção (material e processual) ao hipossuficiente, qual seja, o consumidor. Isto fez em razão da natureza do direito material em questão. Sem dúvida, um dos principais avanços em matéria processual foi a inversão do ônus da prova, a qual ficou condicionada aos requisitos da verossimilhança ou da hipossuficiência.

No que toca à verossimilhança, Milaré e Castanho a conceituam como *a aparência de veracidade da alegação, a exemplo do que já se exige para a antecipação dos efeitos da tutela (CPC, art. 273)*. A palavra verossímil, formada pelos vocábulos *vero* (verdadeiro) e *símil* (similar) dá a ideia de que se trata de algo que é similar ao verdadeiro, que aparenta ser verdade, que é semelhante à verdade. Miragem, nesta mesma senda, defende que *a verossimilhança se estabelece a partir de um critério de probabilidade, segundo os argumentos trazidos ao conhecimento do juiz, de que uma dada situação relatada tenha se dado de modo igual ou bastante semelhante ao conteúdo do relato.*³¹ Assim, a verossimilhança das alegações do “consumidor” é uma das possibilidades para que o juiz inverta o ônus da prova.

Outra possibilidade é a sua hipossuficiência – esta, relacionada às dificuldades que o “consumidor” possa ter para produzir a prova. Sobre o tema, Milaré e Castanho citam três exemplos: *hipossuficiência econômica, hipossuficiência técnica e hipossuficiência*

³⁰ MILARÉ, Édís; CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos. in: GRINOVER, : GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. [coord.]. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, p. 255.

³¹ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 215.

informativa.³² A primeira pode ser entendida como a impossibilidade financeira para arcar com os custos da prova. A segunda trata da possibilidade de que o “consumidor” não domine as *informações acerca do funcionamento do produto ou das condições de prestação do serviço*.³³ E por fim, a terceira, trata-se de dificuldade que impede acesso à obtenção das informações sob os quais estão consubstanciados os direitos alegados.³⁴

Assim, do texto da lei (art. 6º, CDC), da doutrina e da jurisprudência³⁵ resta pacífico o direito básico do consumidor em ver o ônus da prova invertido, quando atendidos os requisitos legais.

Acontece que, embora a inversão do ônus da prova em matéria consumerista seja pacífica, o mesmo não se pode dizer da sua aplicação na seara do direito ambiental, bem como na tutela de outros direitos coletivos e difusos (por meio de ação civil pública).

Milaré e Castanho apresentam os principais argumentos contrários à inversão. O primeiro deles giraria em torno de uma questão puramente formal: o fato do art. 21 da Lei 7.347/85 se referir apenas aos dispositivos constantes do Título III do CDC, sendo que a previsão da inversão do ônus da prova encontra-se no Título I (art. 6º, VIII, CDC). O segundo argumento, melhor fundamentado, baseia-se no fato de que, em sendo a inversão do ônus da prova um gravame para o réu, *a regra (...) não pode ser aplicada extensiva ou analogicamente às ações civis públicas que não envolvam relações de consumo, dado que é vedada a interpretação analógica ensejadora de restrição a direitos*.³⁶ O terceiro argumento contrário parte do ponto de vista que de o direito material consumerista influencia suas normas processuais, inclusive, o fundamento da inversão seria uma questão material do direito do consumidor, qual seja, a peculiaridade da relação entre consumidor e fornecedor.

Os autores, embora tragam os argumentos favoráveis à aplicação da inversão do ônus da prova na seara ambiental, concluem pela impossibilidade de analogia entre o CDC e as ações coletivas ambientais para restringir direitos, o que leva à sua conclusão de que *a inversão do ônus da prova em matéria ambiental, segundo rigorosa dicção do art. 21 da Lei 7.347/85,*

³² MILARÉ, op. cit., p. 255.

³³ Idem.

³⁴ Idem.

³⁵ Apenas a título de exemplo (pois a tese é largamente acatada na jurisprudência), referencia-se parte do acórdão que decidiu o AgRg no REsp 662891 / PR (2004/0074297-8), o qual afirma: “A inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos (...)” (Rel. Min. Fernando Gonçalves. j. 26.04.2005). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400742978&dt_publicacao=16/05/2005 Acesso em 30 junho 2015.

³⁶ MILARÉ, op. cit., p. 256.

*violenta postulados básicos, como o devido processo legal e a isonomia das partes.*³⁷

Argumentam este posicionamento na falta de previsão expressa no direito (material e processual) ambiental de tal possibilidade. Mas sugerem ao legislador que o faça, o que, para os tais, traria maior efetividade à jurisdição ambiental.

O posicionamento dos referidos autores já está em vias de ser completamente superado. Primeiramente porque uma leitura sistemática e teleológica do art. 21 da Lei 7.347/85 nos leva à conclusão de que, quando o legislador disse “Título III” na verdade estava querendo dizer “as normas processuais do CDC”, e, embora não se tenha como negar que a inversão do ônus da prova seja norma de direito material, também há que se concordar que se trata de uma norma de direito processual.

Em segundo lugar, tem-se que a regra processual da impossibilidade jurídica de analogia para restringir direitos não sobrevive a uma ponderação com os princípios constitucionais e internacionais de defesa do meio ambiente. O princípio da precaução aponta para um contínuo esforço de proteção, mesmo em face de incertezas científicas. *Com base neste princípio, o critério da certeza é substituído pelo critério da probabilidade, com intuito de resguardar, ao máximo possível, a integridade do ambiente, eximindo o autor da ação civil pública ambiental de provar o receio de dano.*³⁸

Como um terceiro argumento traz-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual, desde meados de 2012, tem firmado entendimento pela possibilidade de inversão do ônus da prova em matéria ambiental:

(...)

5. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte provido para determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento.³⁹

3. Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial

³⁷ Ibidem, p. 258.

³⁸ MILARÉ, op. cit., p. 257 (quando apresenta os argumentos favoráveis).

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.330.027 – SP (2012/0048766-0). Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. j. 06/11/12. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200487660&dt_publicacao=09/11/2012 Acesso em 30 junho 2015.

*perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução. Precedentes.*⁴⁰

Recentemente o mesmo posicionamento foi acompanhado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso⁴¹, o que, sem dúvida é uma grande contribuição para a proteção do bem ambiental.

Em que pese o gigantesco avanço processual trazido pelo CDC, novas propostas têm se apresentado. É importante que não se confunda a inversão do ônus da prova com a nova teoria da carga dinâmica da prova – teoria que a doutrina tem atribuído ao argentino Jorge Peyrano⁴² e que é caracterizada pela postura ativa do juiz, o qual atribui o encargo probatório, conforme a facilidade que cada parte tem para produzir a prova.⁴³

Tal teoria foi adotada no Brasil pelos diversos projetos de código de processo coletivo. De acordo com Didier e Zaneti, o primeiro projeto a tratar do tema de maneira sistemática foi o Código Modelo de Antonio Gidi:

Artigo 11. Ônus da prova

11. Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis.

Artigo 12. Custo da prova

12. Quando a produção da prova for extremamente difícil e custosa para uma das partes e não para outra, o juiz atribuirá a sua produção à parte contrária, que terá o direito de ser ressarcida das suas despesas.

Artigo 13. Prova estatística

*13. O uso de prova estatística ou por amostragem é permitido como complemento à prova direta ou quando a prova direta for custosa ou de difícil ou impossível produção.*⁴⁴

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.237.893 – SP (2011/0026590-4). Rel. Min.

Eliana Calmon. j. 24/09/13. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100265904&dt_publicacao=01/10/2013

Acesso em 30 junho 2015.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Terceira Câmara Cível. Rec. Agravo Regimento nº 73391/2014 (interposto nos autos do agravo de instrumento 57097/2014). Rel. Des. Maria Erotildes Kneip Baranjak. j. 05.08.14. Disponível em:

[http://www.tjmt.jus.br/jurisprudencia/home/RetornaDocumentoAcordao?tipoProcesso=Acordao&id=250926&c](http://www.tjmt.jus.br/jurisprudencia/home/RetornaDocumentoAcordao?tipoProcesso=Acordao&id=250926&colegiado=Segunda)

olegiado=Segunda. Acesso em 30 junho 2015.

⁴² Cfe. PEYRANO, Jorge W. *La carga de la prueba*. Disponível em: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf> Acesso em 30 junho 2015. Ver também, PEYRANO, Jorge W. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquinas de impedir en materia jurídica*. Disponível em:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PyrUbOwyHHwJ:www.jussantiago.gov.ar/jussantiago/EscuelaUnica/2009/peyrano/cargas%2520probatorias%2520dinamicas%25202.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> Acesso em 30 junho 2015.

⁴³ BALEOTTI, op. cit., p. 16.

⁴⁴ DIDDIER, op. cit., p. 290 e 419.

Embora o referido projeto tenha sido o primeiro a prever a questão da carga dinâmica, tem-se que o mesmo falhou ao exigir (nos moldes do que já fazia o CDC) a hipossuficiência e a verossimilhança. Os textos seguintes observaram estas questões e parecem, portanto, mais avançados.

Também o *Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América* abordou a questão e em seu artigo 12, § 1º prolatou:

*O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos de Grupo.*⁴⁵

O *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (IBDP)* também previu a teoria: *o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração*⁴⁶ (art. 11, §1º).

E, por fim, o *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (UERJ/UNESA – Aloisio Gonçalves de Castro Mendes)* também não foi omissivo quanto à questão: *o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora*⁴⁷ (art. 19, §1º).

A distribuição dinâmica do ônus da prova, proposta pelos modelos mencionados, seria, no sentir de Diddier e Zanetti, decorrência dos seguintes princípios: *igualdade, lealdade, boa fé e veracidade, solidariedade com o órgão judicial, devido processo legal e acesso à justiça*.⁴⁸

De fato, a carga dinâmica do ônus da prova se mostra mais condizente com uma paridade de armas processuais e com o espírito cooperativo típico de um Estado Democrático de Direito, o qual busca resultados judiciais justos, equânimes e efetivos.

É bom lembrar ainda, na esteira de Milaré e Castanho que a distribuição dinâmica do ônus da prova, prevista para o processo civil coletivo, *não afasta a regra geral do CPC* (art.

⁴⁵ DIDDIER, op. cit., p. 290 e 430.

⁴⁶ Ibidem, p. 290 e 442.

⁴⁷ Ibidem, p. 290 e 462

⁴⁸ Ibidem, p. 292.

333)⁴⁹, pois o mesmo não é um processo autônomo. Trata-se de processo especializado, o qual, embora não tenha sofrido a codificação desejada, compõe hoje, como já repisado, o *microssistema de processo coletivo*.

Ainda merece menção a questão referente ao momento de fixação do ônus probatório. Didier e Zaneti defendem veementemente que *essa repartição casuística e dinâmica (...) deve ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo da parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança jurídica da partes e seu direito fundamental à prova (...)*⁵⁰ Neste ponto, o Anteprojeto UERJ/UNESA é o único que se manifesta, dizendo que a distribuição se dará *por ocasião da decisão saneadora*⁵¹ (art. 19, §1º).

Além destas propostas de legislações, não se pode deixar de mencionar a mais recente norma processual civil brasileira a se manifestar sobre o tema: a Lei 13.105/2015. O novo Código de Processo Civil, em seu artigo 373, recebeu de forma expressa a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Da leitura do artigo percebe-se que a distribuição estática continua sendo a regra, embora possa se ver relativizada por decisão fundamentada do juiz. Pode-se dizer que o ordenamento jurídico brasileiro acolheu completamente a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. E tal se deu, não em um código específico para processos coletivos, mas na

⁴⁹ MILARÉ, op. cit., p. 260.

⁵⁰ DIDDIER, op. cit., p. 293.

⁵¹ Ibidem, p. 290 e 462

norma geral que rege todo o processo civil brasileiro. Trata-se, sem dúvida, de um importante e muito bem-vindo avanço trazido pelo novo texto. A distribuição dinâmica, já antes recebida pela jurisprudência e doutrina, fundamento legal, o que lhe atribui ainda maior importância. O processo coletivo ambiental só tem a ganhar com tal escolha legislativa e o mesmo, diga-se, dos demais processos que versem sobre direitos coletivos e difusos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A distribuição do ônus da prova, importante tema processual, como visto, pode configurar problema de acesso à justiça. A obediência à literalidade da regra estática pode levar a julgamentos injustos e que não protegem o meio ambiente. Tal é inaceitável frente a toda evolução que o processo coletivo experimentou, além da altíssima importância que o direito ao meio ambiente possui no ordenamento brasileiro (e na cena internacional), sendo direito fundamental que merece toda proteção do Estado e da sociedade.

As discussões doutrinárias, legais e jurisprudenciais em torno do processo coletivo têm percebido e apreciado estas dificuldades relacionadas à prova. Tanto o é que novas teorias, para além da clássica, surgiram no seio da doutrina jurídica brasileira. Nesta análise enfatizou-se a *inversão do ônus da prova*, trazida pelo CDC, e a *teoria da carga dinâmica da prova*, trazida pelos projetos de código de processo civil coletivo e, recentemente, adotada pelo novo código de processo civil brasileiro.

A inversão do ônus da prova enfrenta, ainda, alguns argumentos contrários para se ver aplicada em matéria ambiental. Tratam-se dos seguintes: a) a literalidade do art. 21 da Lei da ACP não permite a aplicação de normas do CDC que não as constantes do Título III, e uma vez que a previsão de inversão do ônus da prova consta do Título I a mesma não se aplicaria às ações civis públicas, qualquer que fosse a matéria, inclusive a ambiental; b) a vedação de interpretação analógica que implique em restrição a direitos e c) a regra da inversão do ônus da prova seria uma questão material do direito do consumidor, que atende às peculiaridades da relação entre consumidor e fornecedor.

Tem-se que todos estes argumentos têm sucumbido, uma vez que a jurisprudência dos tribunais tem caminhado no sentido de adotar a inversão do ônus da prova em matéria ambiental em uma bem-vinda analogia com o CDC e através de uma leitura constitucional que permite, ou melhor impõe, cada vez maior proteção ao bem ambiental, em honra aos princípios da sustentabilidade, prevenção, precaução e solidariedade com as presentes e futuras gerações.

Aplauso merece ainda a novíssima Lei 13.105/2015 (novo código de processo civil brasileiro), que, em seu artigo 373 adotou, não simplesmente a inversão do ônus da prova, mas uma teoria ainda mais “moderna” e “evoluída” - a teoria da distribuição dinâmica do ônus prova, a qual possibilita que o juiz, no caso concreto, verifique qual das partes detém maior facilidade para produzir a prova e decida (de forma fundamentada) atribuir o ônus de modo diverso da regra clássica.

Tratam-se de avanços processuais que são claros frutos do trabalho da doutrina, que há anos vêm apontando as dificuldades processuais relacionadas à carga probatória – dificuldades que não mais podiam ser ignoradas e negligenciadas pela lei e pelo julgador, sob pena de não proteção (ou proteção insuficiente) dos direitos fundamentais, especialmente estes marcados pela transindividualidade, quais sejam os direitos de terceira dimensão, dos quais neste artigo, destacou-se o direito fundamental ao meio ambiente.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. STEPHANOV, Luiz Carlos [trad.]. Porto Alegre: Ed. Dom Quixote, 2011, p. 238.
- ARAÚJO, Lílian Alves de. *Ação civil pública ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- BALEOTTI, Francisco Emilio. A distribuição do ônus da prova como problema de acesso à Justiça. in: *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. n. 01. 2014, p. 03. Disponível em: <http://www.riedpa.com/Default.aspx?EdicionID=31>.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. in: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato [org.]. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAPELLETI, Mauro; GARTH, Brian. *Acesso à justiça*. NORTHFLLET, Ellen Gracie [trad.]. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
- DIDDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v.4. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Mandado de segurança coletivo ambiental e a Lei n. 12.016/2009. in: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. [coord.]. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito fundamental ao ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Procedimentos especiais*. (Curso de processo civil, v.5). 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. in: MARQUES, Cláudia Lima [org.]. *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MILARÉ, Édís; CASTANHO, Renata. A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto de Código brasileiro de processos coletivos. in: GRINOVER, : GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. [coord.]. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEYRANO, Jorge W. *La carga de la prueba*. Disponível em: <https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>.

_____. *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la maquinas de impedir en materia jurídica*. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PyrUbOwyHHwJ:www.jussantiago>.

gov.ar/jussantiago/EscuelaUnica/2009/peyrano/cargas%2520probatorias%2520dinamicas%25202.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação da Sentença civil: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.