

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

DANYLLO ALMEIDA MAGALHÃES COUTINHO

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES CIVIS
PÚBLICAS AMBIENTAIS:**

**Possibilidade de sua aplicação como comportamento reclamado pelo princípio da
isonomia processual, sob o enfoque da “Teoria dos Princípios”, de Humberto Ávila.**

Juiz de Fora

2014

DANYLLO ALMEIDA MAGALHÃES COUTINHO

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES CIVIS
PÚBLICAS AMBIENTAIS:**

**Possibilidade de sua aplicação como comportamento reclamado pelo princípio da
isonomia processual, sob o enfoque da “Teoria dos Princípios”, de Humberto Ávila.**

Monografia de conclusão de curso na área de Direito
Processual Constitucional apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Juiz de Fora

2014

Danyllo Almeida Magalhães Coutinho

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO NAS AÇÕES CIVIS
PÚBLICAS AMBIENTAIS:**

Possibilidade de sua aplicação como comportamento reclamado pelo princípio da isonomia processual, sob o enfoque da “Teoria dos Princípios”, de Humberto Ávila.

Monografia de conclusão de curso na área de Direito Processual Constitucional apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora. Data: _____ / _____ / _____

Prof.^a Orientadora: Clarissa Diniz Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Aline Araújo Passos
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Flávia Lovisi Procópio de Souza
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora

2014

RESUMO

O objeto deste estudo volta-se para a identificação da distribuição dinâmica do ônus probatório aos comportamentos havidos como necessários para a realização do estado ideal de coisas enunciado pelo princípio da isonomia processual – o que se faz mediante uso de metodologia específica proposta em obra que constitui o marco teórico deste trabalho -, no contexto das ações civis públicas ambientais, de modo que, nos casos concretos desta natureza se possa aplicar a distribuição dinâmica do ônus probatório quando o estado ideal de coisas assinalado pela isonomia processual o reclamar. Reflexamente, pretende-se afastar a incidência de determinadas regras infraconstitucionais frequentemente usadas para justificar a alocação dinâmica do ônus nos processos coletivos ambientais.

Palavras-chave: Princípio da Isonomia Processual; Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório; Ação Civil Pública; Direitos Metaindividuais Ambientais.

RÉSUMÉ

Cette étude a lieu à l'occasion d'une recherche sur l'état idéal de choses introduit par le principe d'isonomie processuelle et les comportements qui sont demandés pour lui réaliser, en particulier la distribution dynamique de la charge de preuve, sous le point de vue de la méthodologie présentée par l'ouvrage marquant de ce travail. Il faut dire que cette étude sera développée dans le contexte des actions civiles de défense des droits de la collectivité à l'environnement durable. Indirectement, ce travail prétend éviter l'application irréfléchie des règles légales de temps en temps utilisées pour justifier la allocation dynamique de la charge de preuve dans les procès collectifs de défense à l'environnement durable.

Mots-clés : Principe d'isonomie processuelle ; Distribution dynamique de la charge de preuve ; Action Civile Publique ; Droits collectifs à l'environnement durable.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO / DELIMITAÇÃO DO TEMA

O estudo da distribuição do ônus probatório no processo civil afigura-se deveras relevante na contemporaneidade, sobretudo quando se está a analisar a tutela dos direitos transindividuais.

Tradicionalmente associado a um modelo de estado liberal, consagrador de um processo civil individualista, a distribuição do encargo probatório encontrou-se, por muitos anos, subordinada a um modelo estático, pré-concebido, no qual a produção probatória era incumbência daquele que apresentava determinada afirmação de fato em juízo.

No entanto, com o processo de complexificação das relações interpessoais e o simultâneo desenvolvimento tecnológico, no seio dos quais iniciou-se um processo de surgimento de direitos intergeracionais ou transindividuais, o tradicional modelo de prestação jurisdicional consagrado no Processo Civil, quedou-se paralisado, ao se verificar sua incapacidade de oferecer uma prestação jurisdicional adequada e efetiva a tais direitos.

Em face deste contexto, fez-se necessário forjar novos instrumentos de proteção aos direitos transindividuais, tendo-se por premissa o imperativo de compatibilização de tais instrumentos com a natureza dos aludidos direitos.

Neste sentido, Bryant Garth e Mauro Cappelletti, em obra intitulada “Acesso à Justiça”¹, acenaram para a necessidade de que o processo judicial observasse três ondas renovatórias para se tornar efetivamente um instrumento de acesso à justiça, sendo a segunda caracterizada pela adequada representação em juízo dos direitos metaindividuais, o que se faz mediante a criação de um processo judicial coletivo, com princípios e regras próprios. É por esta razão que habitualmente se define que o nascimento do processo coletivo ocorreu a partir das noções introduzidas por esses autores.

No direito brasileiro, este fenômeno fez-se sentir com o surgimento de diplomas legais protetores dos direitos coletivos *lato sensu*, como a Lei da Ação Popular, a lei 7347/85, o Código de Defesa do Consumidor, a lei de 8429/92 e, em posição hierarquicamente superior, a Constituição Federal de 1988.

Este processo de substituição de paradigmas, na acepção que lhe confere Thomas Kuhn², como ocorre nas revoluções científicas frequentemente, encontra-se submetido a inúmeros óbices tendentes a obstaculizar sua adaptação.

¹ CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, reimpresso em 2002.

² KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

É neste cenário que desponta a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus probatório nas ações civis públicas voltadas à inibição/reparação de danos ambientais, como instrumento adequado para a proteção dos direitos transindividuais, assinalando uma superação do tradicional modelo estático de repartição da faina de demonstrar a veracidade das afirmações de fato deduzidas em juízo.

Situando-se nesta espécie de paradigma, este estudo constitui-se com a finalidade de construir comportamentos probatórios havidos como necessários para a concretização do estado ideal de coisas reclamado pelo princípio da isonomia processual nos processos em que estejam em jogo direitos transindividuais a um meio ambiente saudável e equilibrado.

O estabelecimento destes comportamentos tendo em vista determinadas notas características de certas relações jurídico-processuais, através de uma teoria dos princípios que introduz critérios científicos para: a) viabilizar uma distinção entre as espécies normativas; b) se proceder a uma determinação-especificação de comportamentos necessários para a realização de princípios; c) se deixar de aplicar uma regra quando satisfeitas suas condições de superabilidade; e d) se proceder à aplicação de determinada espécie normativa utilizando-se de um método adequado – postulados normativo-aplicativos -; sobre afigurar-se relevante para reduzir o cenário de incertezas e inseguranças que caracteriza a aplicação da noção de inversão do ônus probatório na jurisprudência brasileira, constitui sistematização necessária para a determinação de um critério residual de distribuição dos riscos de erros entre as partes no processo coletivo.

Acrescente-se, colateralmente, que pretende-se refutar a aplicação irrestrita da regra de distribuição estática do ônus probatório previsto no CPC/73, rebater a possibilidade da inversão do ônus probatório através da extensão do âmbito de incidência da regra prevista no art.6º, VIII, do CDC, para fazê-la incidir como regra nos processos coletivos ambientais, com supedâneo no microssistema do processo coletivo, como igualmente afastar a possibilidade de sua realização indiscriminadamente a partir da conjugação da sobredita regra consumerista com os princípios da precaução da precaução ou do “*in dubio pro natura*”.

Em síntese, o objeto deste estudo identifica-se com o estabelecimento das notas características de comportamentos havidos como necessários à realização do estado ideal de coisas enunciado pelo princípio da isonomia processual – o que se faz

mediante uso de metodologia específica proposta em obra que constitui o marco teórico deste trabalho - no contexto das ações civis públicas ambientais, de modo que, nos casos concretos desta natureza se possa aplicar a distribuição dinâmica do onus probatório quando houver uma correlação entre o estado de coisas enunciado por um princípio e o referido comportamento havido como necessário à sua realização – dotados de um caráter vinculativo ao intérprete mas não equivalente a uma regra, vez que não dotado de pretensão de decidibilidade e abarcância e sim de complementariedade. Desta forma, permitir-se-á que as decisões em tais processos sejam pautadas pelo postulado da razoabilidade, o que significa, nos termos do marco teórico adotado por este estudo, a consideração a aspectos específicos de um grupo de casos concretos, contemplados nos comportamentos havidos como necessários, distribuindo-se adequadamente os riscos de erros nas decisões judiciais – quando não eliminados pela adoção de um *standard* probatório adequado -, o que poderia ser inviabilizado através de uma aplicação irrestrita da regra do art.333 do CPC/73 ou do art.6º, VIII, do CDC.

1. DEFINIÇÕES PRELIMINARES

1.1. Conceito e objeto de proteção do Direito ambiental.

Define Édis Milaré o Direito Ambiental da seguinte forma:

(...) o complexo de princípios e normas coercitivas reguladora das atividades humanas que, direta ou indiretamente, possam afetar a sanidade do ambiente em sua dimensão global, visando à sua sustentabilidade para as presentes e futuras gerações.³

Nesta conceituação observa-se a consideração, pelo autor, de dois princípios fundamentais do direito do ambiente, o princípio do meio ambiente equilibrado e o princípio da solidariedade intergeracional, previstos no art. 225, *caput*, da CF/88, que encerram um dever geral de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

³ MILARÉ, Edis. “Direito do Ambiente – A gestão Ambiental em foco – Doutrina. Jurisprudencia. Glossário.” 7ª ed., 2011, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais. p.255

Se, por um lado, pode-se entrever no conceito supracitado o objeto do direito fundamental, consistente nas normas reguladoras das condutas humanas com vistas à sustentabilidade do ambiente para as presentes e futuras gerações, por outro não se identifica precisamente o objeto de proteção de tais normas.

Com efeito, pode-se contornar esta imprecisão, com a análise do texto do art. 225, *caput*, da CF/88, que se faz a seguir.

De acordo com o texto do art.225, "caput", da CF/88, tutela-se o meio ambiente, considerado como bem de uso comum do povo. No entanto, esta caracterização não deve ser interpretada nos termos da classificação administrativa dos bens públicos, pois é evidente que o meio ambiente não pertence ao Estado, e tampouco pode ser alvo de desafetação e transformação em bens dominicais para efeito de alienação.

Ao revés, deve-se interpretar esta caracterização apenas como um aceno do legislador constituinte quanto a relevância do bem ambiental, que, em verdade, deve ser considerado um bem jurídico autônomo de interesse público, a ser visualizado sob duas perspectivas distintas: como macrobem, quando se alude ao seu caráter incorpóreo; como microbem, quando se refere ao seu aspecto corpóreo.

Ressalte-se que, na esteira dos ensinamentos de José Afonso da Silva⁴, pode-se classificar o meio ambiente em quatro categorias, a saber, meio ambiente natural, cultural, artificial e do trabalho, tomando por base as notas características de tais espécies de bem ambiental.

1.1.1. Direitos ambientais como direitos transindividuais.

É cediço que no cenário doutrinário o direito ao meio ambiente saudável e equilibrado é considerado um direito fundamental, enunciador de uma situação jurídica oponível *erga omnes*.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5.^a ed., Malheiros, São Paulo, 2004. p.20.

Sobre se revestir da nota de fundamentalidade típica dos direitos humanos positivados constitucionalmente, o direito ao meio ambiente, na perspectiva do direito constitucional, é conotado com um direito de terceira geração⁵, consagrador da solidariedade, e do qual são titulares uma coletividade indeterminada de pessoas.

Por outras palavras, a par de sua indisponibilidade e indivisibilidade, o direito fundamental ao meio ambiente saudável e equilibrado é titularizado tanto pelas presentes como pelas futuras gerações, consoante dicção expressa do multicitado art. 225 da CF/88, assumindo, inegavelmente, a feição de um direito coletivo *lato sensu* ou transindividual.

1.2. Responsabilidade civil por danos ambientais individuais e coletivos

O art. 225, §3º, da CF/88, prevê que aquele que causar lesão ao meio ambiente está sujeito a responsabilização administrativa, civil e penal.

Para os fins deste estudo, faz-se mister proceder apenas a análise da responsabilidade civil.

Com esse desiderato, tem-se que a responsabilidade civil por dano ao meio ambiente causado por particular é objetiva, prescindindo da demonstração de dolo ou culpa, e assentando-se nos arts. 4º, VII, e 14, §1º da lei 6938/81.

Esta responsabilidade funda-se, segundo Édis Milaré⁶, na teoria do risco integral, a qual admite a responsabilização independente da licitude da atividade, da existência de hipóteses excludentes do nexo de causalidade – como o caso fortuito e a força maior –, e da cláusula de não indenização.

Segundo esta teoria, para que haja incidência da responsabilidade por dano ambiental, são necessários o dano ou sua potencial ocorrência, a atividade potencial ou efetivamente lesiva, e o nexo de causalidade entre eles, aplicando-se, para aferição da existência da relação causal, a teoria da equivalência das condições, e não a conhecida teoria da causalidade adequada.

⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7.ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.32 e 33.

⁶ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 8ª ed., 2013, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais. p.426.

Estabelecido, em um primeiro momento, os contornos e os pressupostos da responsabilidade civil ambiental, passa-se a análise do significado de dano ambiental.

Para tanto impende trazer a baila o conceito fornecido por José Rubens Morato Leite, que define dano ambiental com as seguintes palavras:

Dano ambiental deve ser compreendido como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente, diretamente, como macrobem de interesse da coletividade, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis que refletem no macrobem.⁷

Esta definição pode ser complementada com as noções elencadas no art. 3º, II e III, da lei 6938/81, enunciadores do significado de degradação e poluição.

Traçados os contornos da responsabilidade civil por dano ambiental, é preciso analisar quais os instrumentos processuais para sua efetivação no domínio dos direitos transindividuais.

1.3. Instrumentos processuais de defesa dos direitos transindividuais ao meio ambiente saudável e equilibrado

No ordenamento jurídico brasileiro vigente podem ser catalogados diversos institutos processuais concebidos para salvaguardar os direitos transindividuais ao meio ambiente saudável e equilibrado.

Édis Milaré alude à Ação Civil Pública, à Ação Popular Constitucional, à Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ao Mandado de Segurança Coletivo, ao Mandado de Injunção e à Ação Penal Pública.⁸

⁷ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática*. 3ªed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 102.

⁸ MILARÉ, Edis. “Direito do Ambiente – A gestão Ambiental em foco – Doutrina. Jurisprudencia. Glossário.” 7ª ed., 2011, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais.

Como o estudo da disciplina penal de proteção dos direitos fundamentais excede os limites deste estudo – não obstante possa a ação penal pública ser considerada instrumento processual de defesa dos direitos ambientais, incidindo em sua aplicação as normas correlatas do processo penal – não nos debruçaremos sobre os contornos da ação penal pública nestas linhas.

No que concerne as ações de natureza não penal supracitadas, em virtude das características e dos procedimentos específicos de tais instrumentos, preferiu-se adotar a ação civil pública como instrumento processual coletivo modelo para a proteção dos direitos transindividuais, seja porque é o único que estabelece uma legitimação concorrente e disjuntiva de órgãos coletivos para requerer uma tutela preventiva e/ou reparatória do meio ambiente, seja porque é, indiscutivelmente, o meio mais utilizado no Judiciário brasileiro para resguardar direitos desta natureza.

1.3.1. A ação civil pública e a lei 7.347/1985.

A ação civil pública, no direito brasileiro, pode ser conotada como ação de natureza não penal, ajuizada pelo Ministério Público ou outros órgãos legitimados, voltada a proteção de direitos metaindividuais.

Este instrumento processual, inicialmente previsto na lei 6938/81 – Política Nacional do Meio Ambiente -, foi consolidado com o advento da lei 7347/85 e com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – que expressamente o previu no inciso III, de seu art.129 -, tendo sido potencializado com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor – que viabilizou a existência de um “Código Coletivo, como ordenamento processual geral”.⁹

A conformação que o instituto recebeu do legislador brasileiro – através da lei 7347/85 - permite entrever sua inspiração no modelo norte-americano das “class actions”, notadamente nas regras 23 B(1), 23 B(2) e 23 B(3) da Legislação Federal Processual Civil americana, vigentes naquele país antes da reforma de 1966, que pôs fim a tripartição das ações com base no interesse tutelado.

⁹ GIDI, Antonio. Coisa Julgada e Litispendências em Ações Coletivas. Saraiva. São Paulo, 2005. p. 77.

Hodiernamente, após sucessivas alterações legislativas, a ação civil pública está regulamentada em um diploma central – não se olvida a existência de leis específicas disciplinadoras de ações civis públicas voltadas a proteção de bens específicos, como a lei 7913/89, protetiva dos investidores no mercado de valores mobiliário -, a saber, a citada lei 7347/85, diploma de natureza processual que, nas palavras de Marcelo Abelha Rodrigues:

(...) congrega um conjunto de regras e técnicas processuais (processo e procedimento) que são utilizadas para a tutela dos interesses coletivos em sentido lato, ou seja, a tutela coletiva dos direitos é provocada pelo exercício do direito de agir e, as técnicas e regras a serem desenvolvidas no processo coletivo seguirão, regra geral, a Lei de Ação Civil Pública, excluídas hipóteses de leis específicas para outros direitos coletivos, tais como ação popular, ação de improbidade etc., onde a aplicação da lei 7347/85 é apenas subsidiária.¹⁰

A partir dos dispositivos da LACP, do Título III do CDC, dos veículos introdutores de normas processuais coletivas no ordenamento jurídico nacional, e tendo em vista os princípios expressos e implícitos aplicáveis aos processos coletivos em geral, a doutrina pátria construiu o instituto da Ação Civil Pública, com características específicas quanto ao pedido, à legitimidade, objeto, competência para o seu ajuizamento, coisa julgada, entre outros, cuja análise, ainda que perfunctória, impõe-se, para que se possa estabelecer os traços característicos do instrumento processual sobre o qual se debruça este estudo monográfico.

Neste viés, destaque-se que o pedido na ação civil pública pode voltar-se para a obtenção de um provimento jurisdicional de cunho declaratório, constitutivo ou impositivo de uma prestação, sendo suficiente para debelar qualquer crise jurídica, conforme entende Marcelo Abelha Rodrigues.¹¹

Em relação ao seu objeto, pode-se assinalar, com base nos arts. 1º e 3º, II, da lei 7347/85, que consiste na tutela preventiva (inibitória ou de remoção do ilícito) ou reparatória (em razão de dano material ou moral), dos direitos metaindividuais afetos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio histórico e cultural, a ordem

¹⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: Ações Constitucionais. Org. Fredie Didier Jr. 6ªed. Juspodium. Salvador. 2012. p. 366.

¹¹ Op. Cit. p. 372/373.

econômica e urbanística, e a qualquer outro direito transindividual, desde que não abarcados pela questionável vedação do parágrafo único do art. 1º da LACP.

No tocante a legitimidade para sua propositura, reconhece-se doutrinariamente – sem embargo de alguma divergência quanto a possibilidade de ação coletiva passiva – a existência de uma legitimidade ativa e de uma legitimidade passiva nas ações civis públicas.¹²

A legitimidade ativa, concorrente e disjuntiva, é estabelecida no art.5º da LACP e no art. 82 do CDC, possuindo natureza, segundo entendemos, de legitimação extraordinária quando se tratar de direitos individuais homogêneos, e de legitimação autônoma para a condução do processo, quando estiver em jogo direitos difusos e coletivos “stricto sensu”, sendo passível de controle judicial para efetivação da representação adequada, e admitindo litisconsórcio ativo inicial, facultativo e unitário.

A legitimidade passiva, por sua vez, apesar de não possuir previsão em lei, é admitida por parte da doutrina nacional, como dito, e pelo Superior Tribunal de Justiça como desdobramento jurídico do fenômeno da coletivização de direitos, há muito observado na esfera trabalhista, a qual viabiliza um litisconsórcio passivo facultativo.

No que concerne a competência para o ajuizamento da Ação Civil Pública, com previsão nos arts. 2º da LACP e 93 do CDC, a doutrina nacional tece pesadas críticas aos critérios territoriais – instituidores de competência absoluta -, previstos nesses dispositivos, definindo que, diferentemente do que pode resultar da aplicação desses critérios, a competência se definirá pelo local do dano quando este abarcar apenas uma comarca ou subseção e pela prevenção, quando for regional – salvo se entre os locais atingidos pelo dano encontrar-se capital do estado, hipótese em que a competência territorial será de juízo sediado na capital -, incidindo, seja qual for a extensão do dano, o princípio da competência adequada em conjunto com os princípios da prevalência do julgamento do mérito e do promotor natural.¹³

No que pertine à identidade integral ou parcial de ações civis públicas, tem-se que sua identidade total – coisa julgada ou litispendência – ensejará, em regra, a

¹² DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes:Curso de Direito Processual Civil. V.4. 7ª ed, Juspodivm, Salvador, 2012

¹³ Para que se tenha uma dimensão do posicionamento doutrinário a respeito, veja: DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes:Curso de Direito Processual Civil. V.4. 7ª ed, Juspodivm, Salvador, 2012.

extinção de uma das demandas, em conformidade com o art. 267 do CPC/73. Por outro lado, quando se tratar de identidade parcial – conexão ou continência – ocorrerá, em regra, a reunião das ações coletivas para julgamento conjunto.

Em relação ao rito processual, segue a ACP o rito do procedimento ordinário previsto no CPC/73, com incidência específica do princípio da prioridade na tramitação das ações coletivas, a par dos demais princípios do processo coletivo.

Outro aspecto relevante no processamento das ações civis públicas é o da característica das provas produzidas em seu bojo, notadamente em face do interesse público primário inerente aos processos coletivos.

Neste viés, ressalta Marcelo Abelha¹⁴ que as provas no processo coletivo, são concebidas, a partir de seu caráter público, como meio ou instrumento de obtenção da verdade, e não como arma que a parte pode sonegar ao magistrado.

Ademais, salienta o autor, incide em tais processos as técnicas de inversão e de distribuição do onus probatório, esta última objeto central deste estudo monográfico.

Por fim, destaque-se, em linhas gerais, que a coisa julgada nas ações civis públicas, adquire feição particular, distinta do processo individual clássico, sendo *erga omnes* ou *ultrapartes*, quando versar sobre direitos essencialmente coletivos – direitos difusos e coletivos *stricto sensu* - ou acidentalmente coletivos – direitos individuais homogêneos -, respectivamente. Note-se que, exceto quando associada a direitos individuais homogêneos, a coisa julgada somente obstará a propositura de uma nova ação civil pública quando a decisão final – sentencial ou por meio de acórdão – julgar o pedido improcedente com base em suficiência de provas. Em qualquer caso, contudo, em virtude do princípio do máximo benefício da tutela coletiva, a coisa julgada só poderá ser transportada *in utilibus* para o caso individual, não atingindo os particulares para prejudica-los.

Traçados os contornos gerais do instituto da ACP no direito brasileiro – o que se fez nos estreitos limites propostos por este estudo, razão pela qual deixou-se de abordar o procedimento de inquérito civil a cargo do MP, bem como a possibilidade de celebração de TACs pelos legitimados, entre outros pontos -, passa-se a análise dos

¹⁴ Op. Cit. p. 359.

modelos de distribuição do ônus probatório previstos doutrinariamente no contexto da proteção dos direitos metaindividuais.

1.4. O modelo estático de distribuição do ônus probatório, a teoria das cargas dinâmicas e os direitos transindividuais ambientais.

Com fundamento nos ensinamentos de Hernando Devis Echandia, pode-se definir a regra de distribuição estática do ônus probatório no sentido de que a cada parte corresponde o ônus de demonstrar as afirmações de fato requeridas pela norma que consagra o efeito jurídico por ela perseguido, independente de sua posição processual.¹⁵

Esta definição permite contornar eventuais inconsistências e lacunas presentes na redação do dispositivo processual pátrio definidor da repartição do múnus probatório – o art. 333 do CPC/73 – que contempla apenas o aspecto subjetivo da regra de distribuição do *ônus probandi*, vinculando-o à natureza do fato afirmado pela parte, olvidando-se, dentre outros, do princípio da comunhão das provas no processo.

Discorrendo sobre o problema conceitual relativo ao ônus probatório, leciona Alfredo Buzaid que:

(...) bem se vê que o problema do ônus da prova tem duas faces: uma, voltada para os litigantes, indagando-se qual deles há de suportar o risco da prova frustrada. É o aspecto subjetivo. E outra, voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente ligado à função jurisdicional.¹⁶

Explicitado o conceito referente ao modelo tradicional de alocação do múnus probatório, passa-se a análise da aplicação de tal modelo aos direitos transindividuais afeitos ao meio ambiente, com o fito de evidenciar sua incapacidade de viabilizar uma prestação jurisdicional adequada para os mais diferentes tipos de processos judiciais.

¹⁵ ECHANDIA, Ernando Devis. *Teoria General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Ed. Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1970. p.138

¹⁶ BUZOID, Alfredo. *Do ônus da prova*. Estudos de Direito. V. I. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 66.

No cenário do atual Estado de Direito Democrático e Ambientalmente Sustentável, conforme tracejado por José Joaquim Gomes Canotilho¹⁷, a diversificação e complexificação das relações interpessoais estão repercutindo nas relações jurídicas processuais, reclamando novos instrumentos para que os princípios derivados do sobreprincípio do devido processo legal, não venham a se tornar fórmulas vazias.

Neste sentido, situações como aquelas em que se nota nítida hipossuficiência probatória de uma das partes em relação à outra, ou excessiva dificuldade ou impossibilidade de produção de elementos probatórios por qualquer das partes – *probatio diabólica* - requerem instrumentos processuais adequados ao restabelecimento da isonomia na relação processual, à efetivação da tutela jurisdicional e à compatibilização dos mecanismos probatórios com o interesse público subjacente a proteção processual de determinados direitos.

Neste domínio, a aplicação incontestada do art. 333 do CPC/73, pode produzir inúmeras iniquidades, sacrificando-se o sobreprincípio do devido processo legal e seu consectário logico-jurídico, o princípio da isonomia processual.

Com supedâneo nos ensinamentos de Jorge W. Peyrano, o min. do Superior Tribunal de Justiça, Herman Benjamin, em voto proferido no âmbito do Recurso Especial n.º 883.656/RS, explicitou os inconvenientes da adoção do modelo estático de estipulação do encargo probatório, nos seguintes termos:

Realmente, não é de hoje que Jorge W. Peyrano e seus discípulos criticam a ‘maneira demasiadamente rígida’ das regras que disciplinam a prova, exatamente por deixarem de considerar ‘as circunstâncias do caso’ e as ‘situações singulares’, o que impossibilita ‘servir à justiça do caso levado à instância judicial, serviço, bem sabemos, que é a meta do processo civil contemporâneo’ (Jorge W. Peyrano e Julio O. Chiappini, Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”, in El Derecho: Jurisprudência General, Tomo 107, Buenos Aires, 1984, pp. 1006/1007).¹⁸

Nesta conjuntura, a teoria das cargas dinâmicas desponta como um modelo teórico capaz de responder aos reclamos da proteção jurisdicional aos direitos transindividuais, assinalando, com o seu advento, a superação da regra estática de distribuição do ônus probatório como único critério de julgamento admissível.

¹⁷ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999.

¹⁸ Disponível: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=895689&sReg=200601451399&sData=20120228&formato=PDF.

Acesso em: 02/01/2014.

Esta teoria pode ser definida, nas palavras de seu idealizador, o jurista argentino Jorge W. Peyrano, como uma exceção às regras gerais de distribuição do ônus da prova, fazendo recair o *múnus probatório* sobre a parte em melhores condições técnicas ou fáticas de exercê-lo, em situação na qual a distribuição estática redundaria em decisões iníquas¹⁹.

Portanto, segundo esta teoria o “*ônus probandi*” deve ser atribuído àquele que estiver em melhores condições de exercê-lo, segundo os delineamentos do caso concreto submetido à apreciação judicial.

Este é inclusive o entendimento de Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, ao mencionar que:

A solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou se ré) ou a espécie de fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco se releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo.²⁰

Em síntese, segundo esta concepção, deve-se ter por base as peculiaridades do caso concreto e a natureza do fato a se provar, imputando o magistrado (*ope judicis*) o ônus probatório à parte que dispuser de meios mais eficazes para exercê-lo quando a aplicação dos parâmetros correntes de alocação do onus probatórios redundar em decisões manifestamente iníquas.

Se, por um lado, há certo alinhamento quanto à definição da teoria das cargas dinâmicas, por outro afigura-se tormentoso definir o momento em que se deve proceder a realocação do ônus probatório.

No âmbito deste estudo, estamos em que a aplicação da distribuição dinâmica deve-se dar após a fase instrutória, pois antes desta fase não há como se aferir a facilidade de uma parte em produzir determinada prova, em contraponto à excessiva dificuldade da outra parte em confeccioná-la. Assim, com o estabelecimento da equiparação - propiciada pela distribuição dinâmica do *múnus probatório* - analisa-se a produção probatória de cada parte: se a parte ré não produziu prova que, com a realocação, incumbia-lhe, não sofrerá qualquer sanção – constatação que afasta

¹⁹ PEYRANO, Jorge W. Nuevos Lineamentos de las Cargas Probatorias Dinámicas, in WHITE, Inés Lépori et al (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 21-24.

²⁰ DALL’AGNOL JR, Antônio Janyr. *Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório*. RT: 788. Junho de 2001. São Paulo. p.98.

eventual fundamentação de que inversão decorre de um dever geral de colaboração; no entanto, estará sujeita, caso a parte autora tenha se desincumbido do ônus resultante da realocação, a um pronunciamento judicial desfavorável, o que não quer dizer, reiterese, que a parte ré deve, em determinadas circunstâncias, produzir prova que à parte autora interesse, como, v.g., a ocorrência de dano ambiental em decorrência de sua atividade, mas sim que a parte ré tem o ônus de demonstrar a sustentabilidade de sua atividade e conseqüente inexistência do nexo de causalidade entre sua atividade e o dano eventualmente constatado, prova que a interessa e cuja ausência não necessariamente lhe trará prejuízo, pois pode ocorrer de a parte autora não demonstrar a existência do dano.

2. APLICABILIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. Aplicação da distribuição dinâmica nas relações civis comuns.

No domínio das relações jurídicas privadas, a par do critério residual de julgamento adotado pelo magistrado como standard de constatação das afirmações de fato deduzidas pelas partes, aplica-se, como “critério residual ao quadrado”, a distribuição do ônus probatório estática, conforme prescreve o dispositivo do art.333 do CPC/73.

Neste sentido manifesta-se Clarissa Diniz Guedes, em sua tese de doutoramento:

Inobservado este parâmetro mínimo, aplica-se um critério ainda mais residual, consistente na regra de distribuição do ônus da prova. Esta é destinada às situações em que: a) a verdade de uma proposição não é confirmada ou é confirmada de forma insuficiente, insatisfatória pelos elementos dos autos e, ao mesmo tempo, b) a comprovação da falsidade desta mesma proposição também não é confirmada, ou é confirmada de maneira débil. Nestes casos, a distribuição de riscos estará embasada no critério legal que, via de regra, estabelece, estaticamente, uma relação do ônus da prova com a posição processual das partes e a classificação do fato a se provar. Tal distribuição tem como pressuposto fundamental o princípio da igualdade entre as partes, valendo-se de critérios como o interesse na prova de um fato e a normalidade das circunstâncias para estabelecer sobre quem deve recair a consequência negativa da prova insuficiente ou deficiente.²¹”

²¹ GUEDES, Clarissa Diniz. Persuasão Racional e Limitações Probatórias: Enfoque Comparativo entre os Processos Civil e Penal. 2013. 469 fls. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade

Esta regra, contudo, não impede que as partes convençam a distribuição do ônus probatório de forma distinta. Ao revés, esta autorização é veiculada expressamente no parágrafo único do aludido art.333 do CPC/73.

Em que pese este dispositivo – o art.333, *caput*, do CPC/73 - apresentar-se como regra processual, sua eficácia e validade não obstam a aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório nos processos civis individuais.

A possibilidade da aplicação da distribuição dinâmica do onus probatório no processo civil individual é defendida pela doutrina, seja com base na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, incidindo no processo civil o acesso à justiça, o devido processo legal e a igualdade material, seja com base em dispositivos específicos do CPC/73 autorizadores deste entendimento.

Neste sentido, ora costuma-se aludir ao art. 125, I, do CPC/73, que determina que o juiz confira igualdade de tratamento as partes, ora se faz menção ao art.130 deste diploma, que confere expressamente iniciativa probatória ao juiz, registrando-se ademais posicionamentos como os que fundamentam a distribuição dinâmica no art. 355 do CPC/73, que faculta ao juiz determinar a exibição de documento que se encontra em poder da parte, ainda que seu teor possa ser-lhe desfavorável, ou no art. 339 do CPC/73, instituidor do dever direcionado as partes de colaboração com o judiciário para o descobrimento da verdade.²²

Ressalte-se que a jurisprudência do STJ (REsp nº 1.135.543/SP)²³, assenta nos princípios da solidariedade, da boa-fé e lealdade processual, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do múnus probatório no processo civil individual.

Neste cenário, caracterizado pela aceitação da distribuição dinâmica do ônus probatório no processo civil individual, a defesa da aplicação irrestrita do modelo estático parece ter-se tornado um verdadeiro anacronismo.

2.2. Aplicação da distribuição dinâmica nas relações consumeristas.

de São Paulo, São Paulo, 2013. p.412.

²² Analisando tais posicionamentos: BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. Revista de Processo, São Paulo. Vol. 205, p.55-88, mar.2012.

²³Disponível:https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1119188&sReg=200900698600&sData=20121107&formato=PDF. Acesso em 02/01/2014.

O diploma consumerista brasileiro, em seu art.6º, inc. VIII estabeleceu que, em caso de hipossuficiência do consumidor ou de verossimilhança das suas alegações, o magistrado pode, segundo critérios próprios, proceder à *inversão do ônus da prova*.

Esta previsão, no entanto, não pode ser compreendida como manifestação da teoria das cargas dinâmicas no direito brasileiro, pelas seguintes razões.

Em primeiro lugar, o dispositivo alude a facilitação da defesa do consumidor em juízo, com a possibilidade de inversão do onus probatório quando suas afirmações de fato, a critério do intérprete, se afigurarem verossímeis.

Conforme observa Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart, a verossimilhança das alegações não pode ser associada à inversão do onus probatório, pois identifica-se, antes, com a redução das exigências de provas para a prolação de uma decisão favorável a parte titular de um direito de especial proteção – como o que resguarda os consumidores -, protegendo-o em momento anterior a inversão do ônus probatório.

A propósito, transcreve-se arguta observação desses autores:

Essa convicção de verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova, e assim, em princípio, seria distinta da inversão do ônus da prova. Mas, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor alude expressamente à possibilidade de inversão do ônus da prova quando a alegação for verossímil. Na verdade, quando esse Código mistura verossimilhança com inversão do ônus da prova, está querendo dizer que basta a verossimilhança preponderante, embora chame a técnica da verossimilhança preponderante de inversão do onus da prova. (grifos do autor)²⁴

Destarte, nota-se que o que o CDC denomina de inversão do onus probatório em decorrência do caráter verossímil das alegações não possui qualquer relação com a teoria das cargas dinâmicas, pois esta teoria não embasa a distribuição dinâmica do encargo probatório na natureza do direito material em litígio, conforme restou demonstrado em tópico anterior.

Em segundo lugar, ao aludir a hipossuficiência do consumidor como critério para a inversão do múnus probatório, o CDC não faz distinção entre hipossuficiência

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. Vol. 2. 7ª ed. São Paulo, RT, 2008. p. 277.

econômica ou material e hipossuficiência probatória, bem como parece prescrever a inversão do ônus probatório mesmo nos casos em que a confirmação ou falsificação das afirmações de fato deduzidas em juízo se revelar impossível para ambas as partes, com nítida opção pela proteção de uma das partes envolvidas, o consumidor.

Com esteio nessas afirmações, parece adequado concluir que, embora o CDC preveja a inversão do onus da prova nas relações de consumo, não o faz com base na teoria das cargas dinâmicas ou distribuição dinâmica do “*onus probandi*”.

2.3. Aplicação da distribuição dinâmica aos processos coletivos em geral.

Parcela significativa da doutrina nacional tem admitido a aplicação da distribuição dinâmica nas tutelas coletivas, sobretudo quando se está a falar dos direitos ambientais.

Ilustrando-se este entendimento impõe-se trazer à baila dispositivos dos diversos projetos de código de processo coletivo desenvolvidos para a aplicação no direito brasileiro.

Neste sentido, o “Código de Processo Civil Coletivo: um Modelo para Países de Direito Escrito” elaborado pelo jurista Antonio Gidi, dispõe, em seu art. 11 o seguinte:

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.²⁵

Por sua vez, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em seu art.11, §1º, assevera:

(...) o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.²⁶

Em consonância com este posicionamento manifesta-se o Anteprojeto de Código de Processos Coletivo elaborado em conjunto pelos programas de pós-

²⁵ DIDIER JR, Fredie e ZANETI JR, Hermes. Op. Cit. p.468.

²⁶ Ibidem. p. 493.

graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, coordenado pelo Prof. Aluísio Gonçalves Mendes, em seu art.19, §1º:

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.²⁷

E, finalmente, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, estabelece, em seu art.12, §1º:

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 a 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 do Fundo de Direitos de Grupo.²⁸

Com ressalva de parcela da doutrina nacional, como Ada Pellegrini Grinover e Edis Milaré²⁹, que entendem pela inaplicabilidade da distribuição dinâmica nas ações civis públicas por ausência de expressa autorização legal, observa-se que parcela significativa da doutrina – ilustrada nos anteprojetos supracitados – e da jurisprudência – conforme se exporá a seguir – nacionais admitem-na nas ações civis públicas em geral.

Ressalte-se apenas que a distribuição dinâmica não deve incidir, em regra, nos processos coletivos voltados a aplicação de sanções graves, como aquele previsto na Lei de Improbidade Administrativa, pois nesses casos, caso a parte autora não satisfaça o *standard* de constatação exigido para o atendimento de sua pretensão, não deve o magistrado valer-se da alteração das cargas probatórias para julgar favorável seus pedidos, condenando o réu em sanções de gravidade equiparáveis às penais.

2.3.1. Aplicação da distribuição dinâmica as ações civis públicas ambientais em particular.

²⁷ Ibidem. p. 517.

²⁸ Ibidem. p. 480.

²⁹ Op. Cit. p. 1462.

No que concerne especificamente às ações civis públicas voltadas à proteção do meio ambiente, reguladas pela Lei 7347/85, não há previsão expressa de aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório.

Com o fito de oferecer uma solução a esta lacuna, alguns autores passaram a defender a inversão do ônus probatório como decorrência da ampliação do âmbito de incidência da regra prevista no inc. VII, do art.6º, do CDC, com argumentações variadas para subsidiar esta extensão, enquanto outros passaram a pugnar pela aplicação da distribuição do ônus probatório como desdobramento de determinados princípios, observando-se, por outro lado, autores que encerram por negar qualquer aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório nas ações civis públicas ambientais.

Entre os primeiros, destaque-se o posicionamento de Celso Antônio Pacheco Fiorillo³⁰, para quem deve-se aplicar o art.6º, VIII, do CDC, através da abertura prevista no art.21 da lei 7347/85, afastando-se eventuais argumentos de natureza topológica em abono a isonomia e ampla defesa. Para o autor, inverte-se o ônus após a instrução e antes do julgamento, pois se trata de regra de julgamento.

Embora com argumentação distinta, Leonardo Greco defende uma extensão dos limites da regra consumerista, para fazê-la incidir nos processos coletivos ambientais³¹.

Note-se que este autor considera possível a inversão, estendendo-se a norma do CDC, quando afigurar-se insuficiente a aplicação do art.333 do CPC/73, desde que a esta insuficiência acrescente-se a maior disponibilidade e facilidade na produção da prova, sendo que esta inversão não pode se dar quando ambas as partes não tiverem facilidade em obter as provas que pretendem produzir, sob pena de se verificar uma “escolha ideológica do perdedor”, comprometendo-se a imparcialidade do juiz.

Não se pode deixar de observar que há certa inconsistência neste entendimento, pois, em verdade, defende-se a incidência de uma regra como se princípio fosse, pois apenas os princípios possuem conteúdo predominantemente descritivo de um fim e pretensão de complementariedade, o que condiciona sua aplicação em consideração aos elementos de um caso ou grupo de casos concretos.

³⁰ Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do Direito Processual Ambiental*. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

³¹ GRECO, Leonardo. *As provas no processo ambiental*. In: Revista de Processo. São Paulo. Vol. 128, p.40, out. 2005.

Por outro, dentre os autores que defendem a inversão como desdobramento de determinado(s) princípio(s), inclui-se Gabriel Wedy, que em sua obra dedicada ao princípio da precaução, faz decorrer do mesmo a noção de inversão do onus probandi, como resta evidenciado no seguinte excerto:

A inversão do ônus da prova, como elemento integrante do princípio da precaução, é justamente o propiciador da implementação do princípio na prática: pela aplicação da inversão do onus da prova, o ente propositor da atividade de risco, se quiser implementá-la, terá de provar que ela não causará qualquer risco a saúde pública ou ao meio ambiente.³²

Por fim, representando parcela da doutrina que posiciona-se pela inaplicabilidade da inversão do múnus probatório nas ações coletivas ambientais, destacam-se Edis Milaré³³ e Ada Pellegrini Grinover.

Milaré assinala que, em relação à distribuição do ônus probatório nas ações coletivas ambientais viabilizadas pela lei 7347/85, parte da doutrina defende que, através de uma interpretação extensiva do art. 21 desta lei se possa estender a incidência do art. 6º, VIII, do CDC, aos demais casos tutelados pela Ação civil pública, aplicando-se, portanto, a inversão do onus probatório nos processos instaurados por intermédio da lei 7347/85, registrando-se entendimentos que embora com argumentação distinta – baseada no princípio da precaução – igualmente reclamam a aplicação da inversão do onus probatório, ao passo que outra parte da doutrina, capitaneada pelo processualista da escola paulista Ada Pellegrini Grinover³⁴, opõe-se a aplicação da regra do CDC aos casos tutelados pela ACP, ao argumento de que o art. 21 da lei 7347/85 apenas admite a incidência dos dispositivos contidos no Título III do CDC, não se podendo admitir que esta norma de abertura alcance também dispositivos de cunho material situados em outras partes do diploma consumerista, sob pena de violação a legalidade, verificando-se, outrossim, entendimentos que, não obstante desenvolvidos com argumentação distinta – seja de que a regra do art.6º, VIII, do CDC, impõe um gravame para o réu, e portanto não se

³² WEDY, Gabriel. *O Princípio Constitucional da Precaução como Instrumento de Tutela do Meio Ambiente e da Saúde Pública*. 1ªed Belo Horizonte, Forum, 2009, p.44.

³³ Op. Cit. p. 1462.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações ambientais de hoje e amanhã*. Em Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo, RT, 1993, p.252.

poderia realizar uma analogia em prejuízo do mesmo; seja no sentido de que a sobredita regra do diploma consumerista sofre o forte influxo da relação jurídica de direito material consumerista, constituindo-se em norma de direito processual-material, não se podendo estender um elemento desta relação a todas as outras demandas coletivas – encerram a mesma conclusão.

Após descrever este cenário, o autor posiciona-se pela impossibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do onus da prova no casos regidos pela LACP, em virtude da ausência de regra expressa determinando sua aplicação nos casos de direitos coletivos regidos pela ACP, e notadamente em face do caráter restritivo do direito de defesa do réu que esta regra impõe.

Este posicionamento, conquanto apresente argumentos fortes, encerra conclusão que não se harmoniza com a força normativa dos princípios e com sua eficácia horizontalizante, pois indiretamente nega-lhes o atributo de norma voltada a estipulação de comportamentos necessários a realização de um fim, que se concretizaria com a distribuição dinâmico do múnus probatório.

Como se nota, não há uniformidade de posicionamentos em relação a fundamentação adotada para a aplicação da multicitada teoria da cargas dinâmicas. É com o propósito de oferecer uma fundamentação lastreada em uma teoria dos princípios com pretensões científicas que serão desenvolvidos os tópicos seguintes.

3. A APLICAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA COMO COMPORTAMENTO RECLAMADO PELO ESTADO DE COISAS IDEAL ASSINALADO PELO PRINCÍPIO DA ISONOMIA PROCESSUAL.

3.1. Definição da espécie normativa “Princípios” consoante o marco teórico adotado por este estudo.

Humberto Ávila, após promover o que denomina de “dissociação entre princípios e regras”, oferece um conceito de “princípios” como espécie normativa dotada de pretensão de complementaridade e de parcialidade, conforme se pode verificar no fragmento abaixo:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.³⁵

No âmbito deste estudo monográfico, este conceito fornecido por Ávila será o ponto de partida para o desenvolvimento das conclusões a que se pretende chegar, especificamente em razão desta definição admitir que se obtenha a partir do enunciado de um princípio aquela conduta havida como necessária a sua realização, possibilitando, em situações excepcionais, que essa conduta afaste outra diametralmente oposta reclamada pelo enunciado de uma regra.

3.2. Exposição do método utilizado para extrair do princípio da isonomia processual o comportamento necessário à realização do estado ideal de coisas por ele enunciado.

É plenamente concebível que, após assinalar em seu conceito de princípios a possibilidade de uma correlação entre o estado de coisas a ser promovido por um princípio e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção, o autor de “Teoria dos Princípios” se veja envolvido pelo questionamento sobre como se extrair do enunciado de um princípio o estado ideal de coisas a ser realizado e - o que é mais complexo - como se obter a conduta necessária para a realização desse estado ideal.

Com o intuito de solucionar esse aparente impasse, Ávila estabelece diretrizes para a análise dos princípios, o que, em verdade, assemelha-se mais a um método para a obtenção de comportamentos reclamados por um princípio determinado a partir da análise dos dispositivos legais e dos posicionamentos jurisprudenciais afetos a concretização do princípio em destaque.

³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo, Malheiros, 2013, p. 85.

Este método ou estas “diretrizes” enuncia um percurso que o intérprete deve seguir para a concretização de um princípio determinado, que pode ser apresentado nesta ordem: a) especificação dos fins ao máximo; b) pesquisas de casos paradigmáticos para iniciar a composição do estado ideal de coisas apontado por um princípio; c) exame das similaridades dos casos pesquisados para agrupá-los em torno de uma solução comum; d) verificação da existência de critérios capazes de possibilitar a determinação dos bens resguardados e do comportamento necessário para a realização de um princípio; e) realização do percurso inverso: verificação de casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise.

A definição das fases deste percurso e sua implementação para o caso objeto deste estudo serão desenvolvidas nos próximos tópicos.

3.2.1. Especificação dos fins ao máximo.

Segundo Ávila, consiste esta fase na transformação do fim vago, apresentado por um princípio, em um fim específico, o que se faz mediante pesquisa dos dispositivos constitucionais consubstanciadores do princípio, relacionando-os em função dos princípios fundamentais do sistema e cotejando-os com outras normas constitucionais que possam direta ou indiretamente restringir o âmbito de aplicação do princípio.³⁶

Acrescente-se que, em razão das funções definitórias, interpretativas e bloqueadoras relacionadas a eficácia interna indireta dos princípios, a especificação de seus fins ao máximo deve levar em consideração os dispositivos infraconstitucionais associados ao princípio em questão.

Exposto o método, passa-se a análise da conceituação do princípio da isonomia processual e dos dispositivos que o contemplam, com o escopo de delimitar os seus fins.

Em estudo sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade ou isonomia, Celso Antonio Bandeira de Mello menciona a clássica definição aristotélica segundo a qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais,

³⁶ Ibidem. p. 99.

ressalvando que o que esta asserção não responde é à indagação sobre como definir os desiguais.

Com o fito de oferecer uma resposta a esta indagação, o administrativista estabelece situações suscetíveis de ensejar violação ao princípio constitucional da isonomia, a saber: a) a norma singulariza atual e definitivamente um destinatário singularizado; b) a norma adota como *discrímen* elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparados; c) não há correlação lógica entre o critério distintivo e a disparidade de tratamento em função dele estabelecida; d) o *discrímen* conduz a efeitos contrapostos aos interesses prestigiados constitucionalmente; e) a interpretação da norma conduz a distinções que não foram professadamente assumidas por ela, ainda que implicitamente.³⁷

Dessarte, as desequiparações não enquadráveis nessas hipóteses devem ser tidas por compatíveis com a isonomia.

Em análise do significado do princípio da isonomia no domínio do processo civil, Fredie Didier Jr., citando fragmento da obra de Luiz Guilherme Marinoni, assinala que:

A garantia da igualdade significa dar as mesmas oportunidades e os mesmos instrumentos processuais para que possam fazer valer os seus direitos e pretensões, ajuizando ação, deduzindo resposta etc. ‘Como explica Chiavario, essa paridade de armas entre as partes não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e obrigações. O que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de uma das partes.’³⁸

Como se nota, é perfeitamente possível – e, antes, desejável – o estabelecimento de critérios distintivos a partir dos quais são concebidos tratamentos jurídicos diferenciados a pessoas, coisas ou situações, desde que lastreado em justificativa razoável.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ªed. 11ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2003.

³⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 14ª ed. Salvador, Juspodivm, 2011, p. 69/70.

Acrescente-se que, no domínio da interpretação/aplicação das normas processuais, a estipulação de discriminações para se conferir tratamentos diferenciados às partes, sobre ser decorrência direta da isonomia processual ou paridade de armas, assenta-se igualmente na exigência de adequação formal ou elasticidade a que o magistrado está jungido para a efetivação de uma prestação jurisdicional adequada.

Com essas considerações, torna-se nítida a relação entre o princípio da isonomia – seja aqui adjetiva de processual ou apresentando a partir de uma de suas manifestações, a “paridade de armas” – e o estabelecimento de distinções – *ope legis* ou *ope judicis* – entre os sujeitos de uma relação jurídico-processual - seja no que concerne às exigências de prova para uma decisão favorável, seja para atribuir-lhe o ônus de produzir de determinada prova -, constatação que constitui premissa fundamental para que se chegue a distribuição dinâmica do ônus probatório a partir da isonomia processual.

No âmbito do direito positivo, o sobredito princípio pode ser encontrado nos seguintes dispositivos constitucionais: art. 1º, III, como manifestação da dignidade da pessoa humana; art. 3º, IV, a vedar discriminações gratuitas ou arbitrárias; art.5º, *caput*, consagrando a isonomia formal e material; art. 5º, I, a vedar discriminações de gênero; art. 5º, XXXV, como pressuposto para o acesso à justiça; art.5º, LIV, como consectário lógico do devido processual, mais especificamente em sua feição de proteção a paridade de armas; art. 5º, LV, como pressuposto de exercício do contraditório – notadamente o material – e da ampla defesa; art.37, *caput*, sob o signo da impessoalidade, a proscrever discriminações injustas ou detrimetosas; art.145, §1º, e 150, II, no tocante a ordem tributária; e nos títulos VII e VIII, nas normas relativas a ordem econômica e financeira e naquelas atinentes a ordem social, respectivamente, notadamente quando alude à justiça social, a assistência social e ao caráter transindividual do direito ao meio ambiente, sem embargo de outras interpretações que acrescentem outros dispositivos consagradores da isonomia no corpo constitucional.

No cenário infraconstitucional, por outro lado, esboçar uma catalogação dos dispositivos consagradores da isonomia seria tarefa quase impossível, razão pela qual cita-se apenas dois dispositivos do CPC/73, intimamente relacionados com o propósito deste estudo, o seu art.333, consagrador de uma isonomia formal – cunhada sob os

auspícios do liberalismo -, e seu art. 125, I, que outorga poderes ao juiz para dirigir o processo, assegurando igualdade de tratamento as partes.

Como o propósito deste estudo identifica-se com a demonstração de que a distribuição dinâmica do ônus probatório nas ações civis públicas ambientais é decorrência direta da isonomia processual, os dispositivos normativos capazes de especificar o fim assinalado por este princípio são: art.5º, *caput*, e incisos XXXV, LIV e LV, da CF/88, e art. 125, I, do CPC/73.

Por outro lado, no tocante ao objeto deste estudo, restringem o âmbito de aplicação da isonomia processual na acepção que lhe foi atribuída nos parágrafos anteriores, ao menos aprioristicamente, o princípio constitucional implícito da segurança jurídica, o princípio da legalidade – que habita, entre outros, o art.5º, II, da CF/88-, e o supracitado art.333 do CPC/73 c/c o art. 19 da lei 7347/85.

Procedendo-se a um confronto entre o significado do princípio da isonomia processual e os dispositivos normativos citados, conclui-se que o fim instituído por este princípio não pode ser outro senão o da adoção dos critérios processuais adequados ao (re)estabelecimento ou manutenção da igualdade entre as partes em uma relação processual, estabelecendo-se distinções entre elas para efeito de tratamento jurídico diferenciado, quando o autorizar o ordenamento jurídico.

3.2.2. Pesquisa de casos paradigmáticos que possam iniciar o processo de esclarecimento das condições que compõem o estado ideal de coisas a ser buscado pelos comportamentos necessários a sua realização.

Nesta fase proceder-se-á a pesquisa da jurisprudência dos tribunais superiores a fim de se encetar o processo de delimitação do estado ideal de coisas assinalado pela isonomia processual ou paridade de armas ou, em outras palavras, a definição do cenário que este princípio visa instaurar, segundo o posicionamento dos tribunais superiores.

Para atingir este desiderato, iniciou-se a pesquisa pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mediante uso dos seguintes critérios (palavra-chave): “isonomia e processual”, “isonomia adj. processual” e “paridade e de e armas”.

No que concerne ao primeiro critério, analisou-se os acórdãos proferidos pelo STF entre 29/09/2010 e 27/12/2013, sendo que, em relação aos outros critérios, analisou-se a totalidade dos acórdãos encontrados.

Com esteio nessa análise pode-se catalogar os seguintes posicionamentos do STF, ao aludir a isonomia – material ou processual - ou a paridade de armas: a) identifica-se isonomia material à vedação a tratamentos discriminatórios em função de fatores específicos, como nacionalidade (HC 117878); b) aproxima-se isonomia e vedação ao estabelecimento de tratamento distinto entre estado e particular, e entre cidadãos em condições etárias assemelhadas, nos casos envolvendo pagamento de precatórios (ADI 4425); c) situa-se a isonomia na vinculatividade dos precedentes submetidos à repercussão geral (AI 795809); d) sustenta-se na isonomia a constitucionalidade das ações afirmativas no âmbito do Prouni (ADI 3330) e de piso salarial regional fixado com vistas à redução das desigualdades sociais; e) apoia-se no multicitado princípio a extensão de benefício a corréu em idêntica situação fático-processual (RHC 97458); f) e, especificamente no campo probatório, com espeque na isonomia processual, o STF, em um primeiro caso, houve por dilatar prazo para sustentação oral da acusação em processo de elevada complexidade, conferindo efetivo direito de participação na formação do convencimento dos integrantes do órgão julgador (AP 470), registrando-se outro no qual considerou nulo julgamento com ausência justificada de testemunha arrolada com cláusula de imprescindibilidade (HC 96905), um terceiro no qual considerou que a acusação deve dispor do mesmo prazo processual da defesa, sendo incabível a adoção do expediente de “colocação do processo em prateleira” para ulterior aposição do “ciente” pela acusação e início da contagem de seu prazo processual, e, por fim, a declaração de inconstitucionalidade de medida provisória que estabelecia prazo distinto para o ajuizamento de ação rescisória pelo poder público (ADI 1910 MC).³⁹

Em sequência, procedeu-se a pesquisa no repositório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a partir dos seguintes critérios (palavra-chave): “isonomia adj. processual” e “paridade e de e armas”; os quais propiciaram a catalogação dos seguintes casos, representativos do entendimento deste tribunal sobre o princípio em questão.

³⁹ Todas os julgados do STF mencionados estão disponíveis em: <http://www.stf.jus.br> . Acesso em 16/01/2014.

Em um primeiro caso, o STJ fundou na isonomia o desaforamento de processo submetido ao Tribunal do Júri, atribuindo à paridade de armas a necessidade de um julgamento por um órgão jurisdicional isento, que pudesse valorar adequadamente as provas produzidas pelas partes (HC 185.450/PR). Em um segundo julgado, a paridade de armas surge como direito fundamental e óbice à mitigação das regras processuais (AgRg na AR 3.223/SP). Em outros precedentes, ora assume a feição de elemento restrigente da aplicação da instrumentalidade das formas (REsp 944.040/RS), ora alude-se à paridade como elemento informador do processo civil, contrário a que o órgão judicial forneça subsídios úteis a apenas uma das partes, que com tais informações poderá influir mais decisivamente no livre convencimento do próprio órgão (AgRg na MC 13.123/RJ), registrando-se julgados nos quais a isonomia é identificada, por vezes, com o estabelecimento de prazos similares para recorrer ou responder a recurso (AgRg no Ag 831.838/BA e REsp 556.711/MG), sendo, em outras, assimilada com a impossibilidade de vedação a participação em contraditório na produção de determinada prova por corréu (HC 198.668/SC).

Acrescente-se que há outros julgados igualmente relevantes, como o HC 114.789/SP, no qual a isonomia processual surge vinculada a dispensa de igual tratamento às partes ocupantes do mesmo polo processual, estendendo-se o benefício concedido a uma delas à outra quando entre elas houver identidade de situação fático-processual entre eles, o REsp 1032974/PE, o AgRg nos EDcl no Ag 489.420/RS e o REsp 82.553/DF, enunciadores de que a isonomia ou paridade de armas equivale a interpretar as regras processuais de modo a não conferir às partes tratamento distinto não autorizado ou previsto em lei.

Dentre todos os acórdão encontrados nessa pesquisa, sobreleva destacar dois em especial, por condensarem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a isonomia processual ou paridade de armas, sendo o primeiro o REsp 1096396/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 21/05/2013, no qual restou assentado que a paridade de armas se identifica com a maior possibilidade de contrabalançar a desigualdade que afeta às partes, permitindo que ambos os litigantes tenham no processo as mesmas oportunidades de tentar influir na decisão da causa, e o segundo o REsp 565.937/PR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 02/08/2004, no seio do qual afirma-se o poder atribuído ao magistrado para adequação do processo às peculiaridades do caso concreto, em observância a paridade de armas, que se identifica

com a viabilização de meios probatórios equânimes para que a parte participe da formação do convencimento judicial.⁴⁰

Em síntese, pode-se dizer que, segundo os julgados do STF e do STJ, a isonomia processual institui um estado ideal de coisas em que as partes, em um processo, devem situar-se em posições equivalentes e equipolentes, com disponibilidade de meios para que possam contribuir, equanimemente e efetivamente, para a formação do convencimento do órgão julgador, impondo-se ao juiz, quando defrontar-se com situação fática caracterizada pelo desequilíbrio entre as posições processuais das partes, adequar o procedimento de sorte a restabelecer a isonomia desejada.

Explicitada a noção de isonomia processual atribuída por parte da doutrina e pela jurisprudência dos tribunais superiores, passa-se à cogitação da materialização da isonomia processual através da distribuição dinâmica do ônus probatório, especificamente no âmbito das ações coletivas voltadas a proteção do meio ambiente.

3.2.3. Exames das similaridades capazes de possibilitar a constituição de grupos de casos que girem em torno de um mesmo problema comum.

Como o propósito principal deste estudo é o de definir a distribuição dinâmica do ônus probatório como comportamento reclamado pela isonomia processual – demonstrando, colateralmente, a falibilidade de outros argumentos -, proceder-se-á, nesta fase, a uma pesquisa dos precedentes dos tribunais superiores tendo em vista a solução por eles ofertada ao problema da distribuição do encargo de provar nas ações civis públicas ambientais, com a consequente síntese dos contornos conferidos por tais tribunais a alocação do múnus probatório.

Em primeiro lugar, compulsando o repositório da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, adotando-se como critérios **“Inversão e do e ônus e da e prova”**, **“Ação e civil e pública e meio e ambiente e ônus e prova”**, **“Processo e Coletivo e Onus e da e Prova”**, **“Distribuição e dinâmica e Onus e Prova”** e **“Direito e ambiental e prova”**, não se pode obter qualquer precedente representativo desta técnica processual,

⁴⁰ Todos os julgados proferidos pelo STJ mencionados neste estudo encontram-se disponíveis no sítio eletrônico: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp .

por se tratar de matéria infraconstitucional e ensejadora, segundo o aludido tribunal, quando muito, de ofensa reflexa e indireta ao texto constitucional.

Em relação ao Superior Tribunal de Justiça, mediante utilização dos critérios (palavra-chave) “Ambiental e ônus e prova e direito”, “Ambiental e distribuição e ônus e direito”, “Ambiental e provas e pública e ação e direito e civil”, “Ambiental e isonomia e pública e processual e ação e civil e direito” e “ambiental e responsabilidade e provas e dano e civil”, pode-se, com a apreciação da totalidade dos julgados encontrados, chegar ao entendimento adotado pelo tribunal para definir os contornos da alocação do encargo probatório nas ações civis públicas ambientais.

Assim é que, através da leitura da ementa do AgRg no AREsp 206.748/SP⁴¹ e do REsp 1330027/SP⁴², vislumbra-se, em um primeiro momento, que o STJ utiliza como fundamento central do que denomina de “inversão do onus probatório” nas ações coletivas ambientais o princípio da precaução, norma de direito material voltado a proteção do meio ambiente.

Analisando-se mais detidamente os julgados encontrados, observou-se, no âmbito do REsp 883.656/RS, extensa fundamentação a respeito da aludida “inversão do ônus probatório”, razão pela qual este precedente deve ser considerado como representativo do pensamento do tribunal a respeito do assunto, fazendo-se necessária sua análise nos próximos parágrafos.

Nesta ordem de ideias, impende colacionar abaixo a ementa do REsp 883.656/RS (os grifos abaixo não constam do acórdão original):

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

1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei

⁴¹Disponível:https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1211048&sReg=201201507675&sData=20130227&formato=PDF.

Acesso em 17/01/2014.

⁴²Disponível:https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1192244&sReg=201200487660&sData=20121109&formato=PDF.

Acesso em 17/01/2014.

6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo.

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

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

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

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

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

7. **A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).**

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

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

10. Recurso Especial não provido.

(REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012)⁴³

Debruçando-se sobre este precedente, em um primeiro momento, identifica-se os seguintes fundamentos para a inversão do ônus probatório: a) a aplicação do art.6º, VIII, do CDC, considerando-o de natureza estritamente processual, incidente nos casos de ACP, em razão do microssistema do processo coletivo; b) o princípio da precaução; c) o princípio do “in dubio pro natura”; d) a natureza indisponível dos bens jurídicos tutelados pelo direito material ambiental. Destaque-se que, conforme se pretende demonstrar ao longo deste estudo, tais fundamentos são inapropriados para sustentar a aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório nos processos coletivos ambientais.

Em um segundo momento, refere-se este acórdão a dois objetivos inegáveis do “ônus dinâmico”, a saber, instituir um ambiente ético-processual virtuoso e corrigir eventuais iniquidades práticas, objetivos estes que entendemos reclamados pelo princípio da isonomia processual e que nos permitiria dizer que, ainda que indiretamente, em sua interpretação do significado da distribuição dinâmica do encargo probatório, o STJ adotou como base o princípio da isonomia processual.

Por fim, o *decisum supra* assinala que a técnica do ônus dinâmico da prova “concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça,

⁴³Disponível:[https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=895689&sReg=200601451399&sData=20120228&formato=PDF)

[sSeq=895689&sReg=200601451399&sData=20120228&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=895689&sReg=200601451399&sData=20120228&formato=PDF). Acesso em: 02/01/2014.

da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*”, em evidente consideração ao sobreprincípio do devido processo legal e, novamente, a seu consectário lógico jurídico, a isonomia processual, afinal não se pode negar que a isonomia processual, na visão do próprio STJ – conforme assinalada em tópico anterior -, concretiza a solidariedade, facilita o acesso à justiça, confere efetividade a prestação jurisdicional e, sobretudo, combate as desigualdades processuais entre as partes.

O que se conclui a partir da interpretação desse julgado é que o STJ, no que concerne a solução para o problema da distribuição do onus probatório nas ações civis públicas ambientais, aplica a técnica denominada como “inversão do ônus da prova” pelo CDC, identificando-a com uma espécie de técnica do ônus dinâmico da prova - cuja conformação revela estreita similitude com o princípio da isonomia processual - e embasando-a no microssistema do art. 117 do CDC c/c art.21 da LACP e em considerações principiológicas de direito material ambiental.

Em síntese, nota-se que o STJ, embora com denominação diversa e baseado em outras espécies normativas, ao prescrever a “inversão” do *onus probandi* para combater iniquidades práticas ou desigualdades processuais, adota implicitamente o princípio da isonomia processual ou paridade de armas.

3.2.4. Verificação da existência de critérios capazes de possibilitar a delimitação de quais são os bens jurídicos que compõem o estado ideal de coisas e de quais são os comportamentos considerados necessários à sua realização.

Cotejando a definição jurisprudencial do princípio da isonomia processual com os contornos da aplicação da “técnica da inversão do onus probatório” pelos tribunais superiores, torna-se possível delinear o estado ideal de coisas instituído pela isonomia processual e estabelecer a adoção da distribuição dinâmica do ônus probatório como comportamento necessário à sua realização.

Primeiramente, é imperioso definir o critério a partir do qual se pode chegar aos bens jurídicos salvaguardados pela isonomia processual - e, conseqüentemente, ao estado ideal de coisas por ela instituído.

Na esteira dos posicionamentos jurisprudenciais citados, assinala-se que o sobredito critério pode ser traduzido como: “bens jurídicos afetos à exigibilidade de equivalência das posições processuais quanto à possibilidade de influir no convencimento do órgão julgador”. A partir deste critério pode-se chegar aos bens jurídicos específicos tutelados quando se exige, por exemplo, prazos assemelhados para que as partes manifestem-se no processo; instrumentos equivalentes para veiculação de suas pretensões; dispensa de tratamento isonômico entre as partes pelo magistrado, considerando seus argumentos como igualmente válidos *a priori*; distribuição do ônus probatório de acordo com a facilidade/excessiva dificuldade de uma das partes de produzir determinada prova; entre outros.

Em sequência, divisa-se o estado ideal de coisas instaurado pela isonomia processual, identificando-se este com a materialização, *in concreto*, de um cenário no qual as partes encontrem-se em posições equivalentes e equipolentes, com disponibilidade de meios para que possam contribuir, equanimemente e efetivamente, para a formação do convencimento do órgão julgador.

Em segundo lugar, é necessário precisar o critério a partir do qual se pode chegar à distribuição dinâmica do ônus probatório como comportamento reclamado pela isonomia processual.

Neste sentido, com esteio na caracterização da isonomia processual pelos tribunais superiores, tem-se que o referido critério equivale à “adoção do comportamento necessário para, em face de situação fática caracterizada pelo desequilíbrio entre as posições processuais das partes, realizar a adequação do procedimento de sorte a restabelecer a isonomia desejada”. Com efeito, revela-se evidente que a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, por viabilizar a realocação deste ônus em situação na qual a produção de determinada prova afigurar-se excessivamente difícil ou mesmo impossível por uma das partes e, por outro lado, plenamente viável pela outra, constitui comportamento conducente à adequação procedimental com vistas à concretização da isonomia processual.

3.2.5. Realização do percurso inverso: verificação da existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise.

Nesta fase, não se procederá à verificação de outros casos que deveriam ter sido julgados com base no princípio da isonomia, isso porque em todos os julgados mencionados no tópico relativo à solução jurisprudencial do problema da distribuição do ônus probatório nas ações civis públicas ambientais os tribunais superiores aludiram, ainda que indiretamente e ao lado de outras espécies normativas, à isonomia processual.

Acrescente-se que, embora este estudo defenda que a inversão do ônus probatório deva se dar como decorrência direta e exclusiva da isonomia processual – ou, indiretamente, do sobreprincípio do devido processo legal –, por uma questão de estruturação do raciocínio desenvolvido neste trabalho, analisaremos caso representativo em que este entendimento deveria ter sido adotado pelos tribunais superiores, apenas no tópico 6.2.5, ao final deste estudo.

4. O APARENTE ÓBICE APLICATIVO CAUSADO PELA INCIDÊNCIA DA REGRA DO ART. 333 DO CPC/73 E SUA SUPERABILIDADE.

4.1. Definição da espécie normativa “regra” consoante o marco teórico adotado por este estudo.

Humberto Ávila, em seu “Teoria dos Princípios” define “regra” nos seguintes termos:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.⁴⁴

Ao esclarecer os termos desta definição, Ávila admite que, nas hipóteses em que as razões substanciais para o não cumprimento de determinada regra sobreponham-se àquelas responsáveis por sua produção e aplicação - sobreposição esta que se afere a partir dos princípios e finalidades que lhes são correlatos -, possa

⁴⁴ Op. Cit. p. 85.

uma regra deixar de incidir sobre determinados casos, sem que isso signifique, obliquamente, a decretação de sua invalidade.

Fixada esta premissa, passa-se à apreciação da possibilidade de superação da regra contida no art.333 do CPC/73 pelo princípio isonomia processual.

4.2. Requisitos materiais e procedimentais de superação das regras.

À especificação do comportamento havido como necessário para a realização de um fim segue-se, necessariamente, a análise de sua aplicação a um determinado grupo de casos, cotejando os traços característicos deste comportamento com outros comportamentos prescritos por outros dispositivos do ordenamento, notadamente daqueles prescritos por regras enunciadoras de comportamentos contrários ao reclamado por determinado princípio.

Neste sentido, impõe-se cotejar o comportamento requerido pelo estado de coisas enunciado pelo princípio constitucional da isonomia processual, e o comportamento previsto na regra estipulada no art. 333 do CPC/73, utilizando-se a descrição metódica introduzida pelo postulado normativo aplicativo da razoabilidade, destacando-se, antes, as condições de superabilidade das regras, assinaladas por Humberto Ávila em seu multicitado “Teoria dos Princípios”.

Com efeito, destaque-se que a superação de uma regra por um princípio requer a satisfação de requisitos de conteúdo e requisitos procedimentais.

Nessa esteira, segundo Ávila⁴⁵, a satisfação dos requisitos de conteúdo ou materiais realiza-se com a preservação do valor subjacente a regra superada (valor substancial específico) e com a preservação do valor formal subjacente às regras em geral (valor formal da segurança jurídica) pelo enunciado descritivo de um comportamento reclamado por outra norma, de modo que: a) este comportamento afigure-se mais consentâneo com o valor substancial subjacente à regra que seu conteúdo preliminar de sentido no contexto analisado; e b) este comportamento deve realizar a justiça em determinado grupo de casos sem afetar a realização da justiça para a maior parte dos casos, ou seja, a possibilidade de reaparecimento frequente da

⁴⁵ Op. Cit. p. 122 a 128.

hipótese excepcionalizadora não pode significar um esvaziamento do âmbito geral de incidência da regra, de sorte a ensejar incertezas, arbitrariedades e dificuldades de coordenação, de deliberação e de conhecimento.

Em sequência, consoante o entendimento do autor supracitado, a satisfação dos requisitos procedimentais de superação das regras concretiza-se nos seguintes termos: a) justificação condizente, consistente na demonstração da incompatibilidade entre a hipótese da regra e sua finalidade subjacente e na demonstração de que o afastamento da regra não provocará expressiva insegurança jurídica; b) fundamentação condizente : é preciso exteriorizar as razões com base nas quais efetivar-se-á a superação; e c) comprovação condizente: a ausência do aumento exponencial de controvérsias com o conseqüente surgimento de incertezas e arbitrariedades e a inexistência de problemas de coordenação, deliberação e conhecimento, quando não presumidas ou necessárias, devem ser demonstradas por meios de prova adequados.

Expostas abstratamente as condições de superabilidade das regras, faz-se mister expender algumas considerações sobre o postulado normativo que estabelecerá o método para o afastamento da regra insculpida no art. 333 do CPC/72 em abono ao comportamento reclamado pelos princípios da isonomia processual e precaução.

4.3. Postulado da razoabilidade

O postulado normativo-aplicativo da razoabilidade, segundo leciona Humberto Ávila⁴⁶, em obra multicitada neste estudo, corresponde a um método de estruturação da aplicação de outras normas, princípio e regras, que pode assumir três acepções distintas: a razoabilidade como equidade, a razoabilidade como congruência, e a razoabilidade como equivalência.

A acepção que deve ser considerada para os fins deste estudo monográfico é a da razoabilidade como equidade, a exigir a harmonização da norma geral com o caso individual, impondo-se, quando da aplicação de uma norma geral, a consideração daquilo que normalmente acontece nos casos particulares, e a consideração do aspecto

⁴⁶ Op. Cit. p.174 a 176.

individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal.

Neste sentido, a aplicabilidade de uma regra legal a um caso ou grupo de casos está condicionada a que suas condições de implementação sejam satisfeitas e a que sua aplicação não seja excluída pelas razões justificantes de seu enunciado ou pela existência de um princípio instituidor de uma razão contrária.

Segundo Ávila, este postulado radica em um princípio fundamental de justiça (art.3º, da CF/88).

4.4. Verificação da satisfação das condições de superabilidade da regra do art. 333 do CPC/73 pelo princípio da isonomia processual.

Definida abstratamente as condições de superabilidade das regras em geral e o postulado normativo utilizado para se aferir a aplicabilidade da regra do art. 333 do CPC/73 aos processos em geral, passa-se ao processo ao término do qual concluir-se-á pelo afastamento desta regra em abono a isonomia processual.

4.4.1. Prevalência da razão justificante do princípio da isonomia processual sobre as razões formal e substancial da regra da distribuição estática do onus probatório.

Note-se que o conteúdo preliminar de sentido do art.333 do CPC/73 estabelece, estaticamente, uma relação do ônus da prova com a posição processual das partes e a classificação do fato a se provar.

Não se pode negar que sua finalidade constitutiva assenta-se na igualdade entre as partes, princípio que pretende concretizar adotando critérios como o interesse na prova de um fato e a normalidade das circunstâncias para determinar sobre quem deve recair a consequência negativa da prova insuficiente ou deficiente.

Ocorre que, em situações excepcionais, em que o desequilíbrio no que concerne às possibilidades probatórias das partes reclama um comportamento tendente

a eliminá-lo, a aplicação da regra em questão ofende a isonomia processual, na acepção que lhe tem sido atribuída pela doutrina e jurisprudência nacionais.

Nesses casos a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório é medida que se impõe, sobretudo tendo em vista o postulado normativo-aplicativo da razoabilidade como equidade, e que não causa qualquer insegurança jurídica, seja porque como se demonstrou alhures tal teoria enuncia a adoção de comportamento reclamado pela isonomia processual, seja porque o próprio CPC/73 autoriza a adequação do procedimento judicial pelo magistrado com o intuito de conferir tratamento isonômico às partes.

Por essa razão, revela-se plenamente aplicável a distribuição dinâmica do ônus probatório nos processos civis individuais, e, com mais razão, nos processos coletivos ambientais, frequentemente caracterizados pelo hipossuficiência processual de uma das partes.

4.4.2. Demonstração da incompatibilidade entre a hipótese da regra do art. 333 do CPC/73 e sua finalidade constitutiva.

Para demonstrar esta incompatibilidade basta analisar os casos em que, não tendo qualquer das partes logrado êxito em demonstrar a veracidade ou a falsificabilidade das afirmações de fato submetidas ao crivo do órgão julgador – consequência da omissão da parte ré em produzir prova crucial para o deslinde da controvérsia, que lhe era técnica e materialmente acessível, mas de difícil ou impossível acesso à parte autora -, este conclua pela improcedência da pretensão autoral.

Nessa situação, violada estará a isonomia processual, finalidade constitutiva da regra em comento.

4.4.3. Exposição de uma fundamentação condizente: exteriorização das razões da prevalência.

Em apertada síntese, as razões determinadoras do afastamento da regra do art.333 do CPC/73 em abono a isonomia processual, nos casos excepcionais como o exemplificado no tópico anterior, estão relacionadas com a interpretação neoconstitucionalista da isonomia – prevista no art.5º, *caput*, da CF/88, concebida em seu aspecto material e formal, e sua eficácia horizontalizante sobre as normas infraconstitucionais, cujo reflexo no processo diz com a adoção de providências pelo magistrado para assegurar a paridade de armas e, em última análise, o devido processo legal.

.4.4. Demonstração da ausência do aumento das demandas judiciais e da inoportunidade da elevação da incerteza, insegurança ou dos problemas de coordenação, deliberação e conhecimento associados ao afastamento das regras em geral.

Em razão da excepcionalidade do afastamento da regra do art.333 do CPC/73, do caráter residual ao quadrado do critério de distribuição dinâmica do onus probatório, e da presença de regras específicas autorizadas da adequação procedimental pelo órgão julgador no próprio CPC/73, não há se falar em aumento de demandas judiciais – como se, em decorrência de tal constatação, os jurisdicionados passassem a ajuizar ações infundadas na expectativa de serem favorecidos com esta realocação do ônus de provar -, tampouco em incerteza jurídica ou problemas relacionados com a eficácia e efetividade do processo civil individual ou coletivo.

4.5. Síntese: a decisão individualizante de superação da regra e seu impacto para a aplicação das regras em geral.

Em face das ideias desenvolvidas ao longo deste capítulo, conclui-se que a regra do art. 333 do CPC/73 deve permanecer vigendo como regra geral,

excepcionalmente afastada quando o conteúdo semântico-normativo da isonomia processual o exigir.

5. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DA REGRA DO INC. VIII DO ART. 6º DO CDC.

5.1. Requisitos materiais e procedimentais de ampliação do alcance das regras.

Os requisitos materiais e procedimentais para a ampliação do alcance de determinada regra assemelham-se àqueles reclamados para a superação desta espécie normativa, impondo-se apenas certa adequação.

Neste sentido, em relação aos requisitos materiais, a extensão do alcance de determinada regra deve ser caracterizada como comportamento requerido por um ou mais princípios, sendo admissível quando respeitar a finalidade constitutiva e a segurança jurídica ínsita à incidência da regra apenas sobre os casos para os quais foi originariamente concebida, sendo que os novos casos submetidos à incidência da regra expandida devem ser compatíveis com seu conteúdo preliminar de sentido e sua finalidade constitutiva.

Em relação aos requisitos procedimentais, ressalve-se apenas que, se antes se tratava de justificar, fundamentar e demonstrar a viabilidade da superação, agora deve-se fazê-lo com o fito de viabilizar a ampliação.

5.2. Impossibilidade de ampliação do âmbito de incidência da regra consumerista.

Passa-se, em sequência, à verificação da viabilidade ou não da aludida ampliação.

5.2.1. Ausência de compatibilidade entre a ampliação da incidência da regra consumerista requerida mediante interpretação do princípio do microsistema processual coletivo e o conteúdo e finalidade constitutivos desta regra.

Defende o processualista Rodrigo Mazzei, citado em obra de Hermes Zanetti Jr. e Freddie Didier, a existência de um microsistema de processo coletivo do seguinte modo:

“Com a certeza da importância dos ‘microsistemas’ para o direito privado, tema que desperta o interesse de grandes juristas a respeito, papel de destaque há de ser dado também no ‘direito processual civil’ quanto à possibilidade da formação de ‘sistema especial’ concernente à tutela coletiva. Aferindo-se pois a existência do ‘microsistema coletivo’, que cuidará, com regras e princípios próprios, processualmente da tutela de massa à margem do Código de Processo Civil, pelo caráter individual deste...”⁴⁷

Analisando esta teoria, Hermes Zanetti Jr. e Freddie Didier assinalam o seguinte :

“Para solucionar um problema de processo coletivo, em uma ação civil pública, o caminho deve ser mais ou menos o seguinte: a) buscar a solução no diploma específico da ACP (Lei Federal nº 7347/1985). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória : b) buscar a solução no Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema : c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos identificar a ratio do processo coletivo para melhor resolver a questão.”⁴⁸

Como se nota, o princípio do microsistema processual coletivo deve orientar a aplicação de normas estritamente processuais, previstas, em princípio, ou na lei 7347/85 ou no título III do CDC.

Ocorre que, a regra do art.6º, VIII, do CDC, por estar inserida no título I, capítulo III, do diploma consumerista, alusivos aos direitos do consumidor, por

⁴⁷ DIDIER JR, Fredie e ZANETTI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil. V.4. 7ª ed. Salvador, Juspodivm, 2012, pág.48.

⁴⁸ DIDIER JR., Freddie e ZANETTI JR, Hermes. Op. Cit. p.55.

recomendar a facilitação de sua defesa quando o órgão julgador constatar a hipossuficiência que lhe caracteriza – econômico-social ou processual, pois a lei não faz distinção – ou a verossimilhança de suas alegações – critério que deve ser relacionado exclusivamente à redução das exigências probatórias para uma decisão favorável, segundo Marinoni⁴⁹, e associado a especial proteção conferida ao direito material em questão - possui nítida feição de norma material, não podendo ser integrada interpretativamente ao título III do CDC para efeito de compor o microsistema processual de tutela dos direitos coletivos.

Ademais, conforme citado quando se abordou a aplicabilidade da distribuição dinâmica nas ações civis ambientais, a extensão da regra consumerista aos casos regidos pela LACP, sobre violar a legalidade, constitui nítida hipótese de analogia em prejuízo do réu, pois não se poderia admitir que a mencionada regra prejudicasse, no âmbito das ações coletivas ambientais, o poluidor ou degradador, quando a este fosse demasiadamente difícil a produção de prova que ao autor legitimado apresentava-se acessível.

Por essas razões, conclui-se que a ampliação da abrangência da regra do inc. VIII , do art.6º, do CDC, fazendo com que incida nas ações civis públicas voltadas a tutela do meio ambiente, não respeita a compatibilidade exigida entre os novos casos submetidos à incidência da regra expandida e seus conteúdo preliminar de sentido e finalidade constitutiva, situando-se a causa desta incompatibilidade na própria estrutura das relações jurídico-processuais coletivas ambientais.

5.2.2. Ausência de compatibilidade entre a ampliação da incidência da regra consumerista requerida mediante interpretação do natureza do bem jurídico ambiental e do princípio da precaução e o conteúdo e finalidade constitutivos desta regra.

⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. Vol. 2. 7ª ed. São Paulo, RT, 2008. p.277.

Em relação ao estabelecimento da razão justificante do princípio da precaução e de sua aplicação aos casos concretos, interessante colacionar fragmento da obra “O Princípio Constitucional da Precaução”, de Gabriel Wedy, que enuncia:

A aplicação do princípio da precaução, portanto, deve ser feita no sentido de se proteger um bem constitucionalmente tutelado, sem que outro bem constitucionalmente seja sacrificado desproporcionalmente como, por exemplo, a propriedade privada e a livre-iniciativa. O princípio da precaução visa basicamente a proteção da coletividade contra riscos de danos ao meio ambiente e à saúde pública com o intuito, como afirma Kiss, de ‘preservar o meio ambiente para o futuro.’⁵⁰

Neste mesmo estudo, Gabriel Wedy alude a definição atribuída ao princípio da precaução pela Declaração de Wingspread, de 1998, no qual se observa a íntima conexão entre este princípio e o postulado da distribuição dinâmica do ônus probatório, e cujo enunciado é o seguinte:

Portanto, faz-se necessário implantar o Princípio da Precaução quando uma atividade representa ameaças de danos à saúde humana ou ao meio ambiente, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo se as relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidas cientificamente [...]. Neste contexto, ao proponente de uma atividade, e não ao público, deve caber o ônus da prova [...]. O processo de aplicação do Princípio da Precaução deve ser aberto, informado e democrático, com a participação das partes potencialmente afetadas.”⁵¹

E conclui o ambientalista:

O princípio da precaução traz a inversão do ônus da prova como um dos seus elementos que deve ser procedido contra aquele que propõe a atividade potencialmente danosa. O ônus, em verdade, não pode ser de a sociedade provar que determinada atividade causa riscos de danos e é potencialmente danosa, pois a coletividade não está a lucrar com ela e, sim, o provável poluidor.⁵²

⁵⁰ WEDY, Gabriel. O Princípio Constitucional da Precaução como Instrumento de Tutela do Meio Ambiente e da Saúde Pública, 1ªed., Forum, Belo Horizonte , 2009, p.44.

⁵¹ WEDY, Gabriel. Op. Cit. p.28.

⁵² WEDY, Gabriel. Op. Cit. p.72.

O que se nota do posicionamento esposado por Wedy é que o princípio da precaução, aplicado ao direito processual ambiental, pode propiciar o efeito de articular a alocação do ônus probatório em função das seguintes variáveis: indisponibilidade do interesse público subjacente à defesa dos direitos ambientais e incidência do ônus de provar sobre a parte que, em razão de sua posição específica de interessada na execução de uma atividade potencialmente danosa, encontra-se obrigada a exercê-lo – demonstrando a indenidade da atividade em questão, tanto em um cenário de certeza quanto de incerteza científica.

Este entendimento sofre profundas críticas, seja porque em determinadas situações poderá haver duas ou mais medidas idôneas a promover bens jurídicos ambientais distintos, cuja proteção reveste-se de idêntico interesse público, seja porque não se pode definir qual parte está em melhores condições de produzir certo elemento probatório apenas a partir do princípio da precaução, cujo núcleo conceitual remete apenas à adoção de medidas adequadas a proteção do meio-ambiente – o que admite a interpretação de que, em um cenário de incerteza científica, poder-se-ia prescindir do nexo de causalidade necessário à responsabilização civil por danos ambientais.

Neste viés manifesta-se Leonardo Greco⁵³, em artigo intitulado “As provas no processo ambiental”, no qual assinala que sendo o meio ambiente a interação de um conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais, voltados a promoção do desenvolvido equilibrado da vida⁵⁴, não se pode extrair da asserção de que esta interação é indisponível a necessária indisponibilidade de seus elementos, posto que estes podem interagir-se de diversas formas promovendo estados de equilíbrio igualmente relevantes, o que ilustra com a hipótese de uma municipalidade que pretenda destruir um jardim para construir uma rodovia.

Em relação ao princípio da precaução, aduz não poder este lastrear uma condenação do Estado ou do particular em virtude de um dano ocorrido ou cuja consumação revela-se inevitável. Pontua que, a admitir-se, sem prova do nexo de causalidade, esta condenação, estará se vulnerando a legalidade e a necessária reconstrução da verdade dos fatos como pressuposto da tutela jurisdicional dos direitos.

⁵³ Leonardo Greco. “As provas no processo ambiental”, in Revista de Processo, vol.128, p.40, out/2005.

⁵⁴ José Afonso da Silva, *Direito ambiental constitucional*, 5.^a ed., Malheiros, São Paulo, 2004. p. 20.

Na realidade, os dois fundamentos utilizados por Wedy para defender a “inversão do ônus da prova” em benefício do meio ambiente, bem como o princípio interpretativo do “in dubio pro natura” vez ou outra mencionado doutrinária e jurisprudencialmente, identificam-se, em última análise, com a natureza do bem jurídico tutelado pelo direito ambiental e o elevado valor a este atribuído pelo ordenamento jurídico, cuja proteção viabiliza-se com a precaução.

Reforçando-se a crítica tecida por Greco, acentue-se que a natureza ou relevância deste bem repercute no estabelecimento de um *standard* probatório menos elevado pelo magistrado, a fim de viabilizar a procedência de uma eventual ação inibitória ou reparatória de dano ambiental, e não na inversão do encargo de provar, que deve estar associado à isonomia processual.

Atente-se que há decisões do STJ indiretamente prestigiadoras deste entendimento – e denotativas de certa incongruência do tribunal ao abordar o assunto -, como se pode observar no REsp 1071741/SP⁵⁵, de relatoria do Min. Herman Benjamin, do qual pode-se inferir que se as circunstâncias indicam um dever de atuação estatal mais rigoroso – como no caso o exercício do poder de polícia ambiental -, deve-se adotar a tese da responsabilidade civil objetiva do Estado por omissão causadora de dano. Isso significa, no campo processual, que haverá uma redução do *standard* probatório exigido para a responsabilização do Estado, pois a parte vitimada não terá que demonstrar a ilicitude da omissão. Igual conclusão extrai-se da adoção da teoria do risco integral na responsabilidade civil por dano ambiental por aquele tribunal.

Logo, pode-se concluir que parcela da jurisprudência também endossa o entendimento de que a natureza do bem jurídico tutelado reclama uma redução do *standard* de constatação das afirmações de fato deduzidas em juízo para a prolação de uma eventual condenação – afinal, o dever de proteção estatal é tanto mais intenso quanto mais relevante for o bem jurídico objeto da proteção.

Assim, não parece adequado situar o elevado valor do bem jurídico tutelado – e bem assim os princípios materiais voltados a salvaguardá-lo, como a precaução - como fundamento para a adoção da inversão do onus probatório – através da extensão do alcance do art. 6º, VII, do CDC.

⁵⁵Disponível: [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=863210&sReg=200801460435&sData=20101216&formato=PDF)

[sSeq=863210&sReg=200801460435&sData=20101216&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=863210&sReg=200801460435&sData=20101216&formato=PDF). Acesso em 17/01/2014.

5.2.3. Demonstração da incompatibilidade entre a ampliação do alcance da regra do inc. VIII, do art.6º, do CDC e seu conteúdo e finalidade constitutivos.

Conforme exposto nos tópicos precedentes, esta incompatibilidade resulta do fato de que a regra consumerista institui um comportamento estreitamente relacionado com o direito material tutelado, visando a especial proteção do consumidor, finalidade esta corroborada por seu conteúdo preliminar de sentido, afigurando-se inadequado e desnecessário fazê-la incidir sobre situações dessemelhantes, que não guardem correspondência com sua construção conceitual ou hipótese de incidência.

Demonstra-se, assim, que a aludida incompatibilidade manifesta-se, verdadeiramente, como ausência de fundamento lógico-jurídico para a ampliação da regra consumerista aos processos coletivos ambientais, vinculando-se à sua estrutura a causa da dita incompatibilidade.

5.2.4. Exposição de uma fundamentação condizente: exteriorização das razões obstaculizadoras da ampliação do alcance.

Sinteticamente, conforme exposto neste capítulo, obstam a ampliação da regra consumerista o caráter material desta norma (não inclusão no microsistema processual coletivo), a impossibilidade de analogia em prejuízo do réu, a ausência de previsão legal neste sentido (legalidade), o caráter residual ao quadrado do critério de distribuição do onus probatório – adverso ao influxo de princípios de direito material, como a precaução, a indisponibilidade dos bens jurídicos ambientais ou o “*in dubio pro natura*” -, a estrutura das relações jurídico-processuais coletivas ambientais, todas conducentes a conclusão pela incompatibilidade da aludida ampliação.

5.2.5. Demonstração da ocorrência da elevação da incerteza, insegurança ou dos problemas de coordenação, deliberação e conhecimento em decorrência da extensão da regra consumerista.

O grande problema da extensão da regra consumerista aos processos coletivos ambientais centra-se na aplicação da inversão do onus da prova independente da consideração do *standard* probatório exigido pelos princípios afetos ao direito material envolvido.

Com o propósito de ilustrar a repercussão deste problema, traz-se à baila a ementa do seguinte *decisum*:

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

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual.
2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.
4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.
5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano.
6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial. (REsp 1060753/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009)⁵⁶

Note-se que, tivesse o STJ adotado a distribuição dinâmica como critério residual ao quadrado, poderia ter denegado o referido recurso, por considerar que a formação do convencimento do órgão judicial ocorrera segundo padrões de exigências probatórias reduzidos - “*standard*”, como tem feito em outros precedentes, conforme notícia Danilo Knijnik⁵⁷ -, não havendo que se falar, portanto, em “inversão do ônus probatório” – em razão da verossimilhança ou da hipossuficiência, critérios afetos a formação do convencimento do órgão julgador, ressalvada a hipossuficiência probatória -, conferindo efetividade e celeridade a proteção dos direitos ambientais, e aplicando o princípio do processo coletivo da primazia do conhecimento do mérito.

⁵⁶Disponível:https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=933448&sReg=200801130826&sData=20091214&formato=PDF, acesso em: 02/01/2014.

⁵⁷ KNIJNIK, Danilo. Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu Possível Controle. In: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm> . Acesso em 16/01/2014.

As consequências deletérias deste julgado, por si só, denunciam a insegurança jurídica e os problemas associados à eficácia e efetividade que a aplicação desmedida da regra consumerista pode causar.

CONCLUSÃO

Ao final deste estudo monográfico espera-se ter conseguido demonstrar que o problema da distribuição do ônus probatório nas ações civis públicas em geral – e naquelas voltadas à proteção do meio ambiente em particular - deve ser solucionado mediante aplicação do comportamento reclamado pelo princípio da isonomia processual, na acepção resultante da interpretação dos significados atribuídos por este princípio por parte da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores nacionais, em metodologia construída no bojo de uma teoria dos princípios.

Colateralmente, pretendeu-se legitimar o afastamento da regra insculpida no art. 333 do CPC/73, quando presentes as hipóteses ensejadoras da distribuição dinâmica do múnus probatório, mediante adoção de método fornecido pelo marco teórico desta obra, refutando-se a argumentação de que inexistente previsão legal específica na LACP deve-se distribuir o ônus probatório conforme o CPC/73 - na esteira da heterorreferencialidade do art. 19 da LACP.

Igualmente, pretendeu-se, acessoriamente, ter evidenciado a impossibilidade de extensão da regra prevista no inc. VIII, do art.6º do CDC às ações civis públicas ambientais, em virtude da necessidade de preservação: a) da conexão entre o conteúdo preliminar de sentido da regra e sua finalidade constitutiva; e b) do valor formal ínsito à aplicação de qualquer regra – segurança jurídica -; com análise de julgado ilustrativo dos potenciais efeitos deletérios da ampliação do alcance desta regra consumerista.

Objetivou-se, ademais, em breve menção à noção de standards probatórios, assentar a premissa de que o critério da distribuição do ônus probatório é um critério “residual ao quadrado”, que só encontra lugar onde a aplicação dos standards revelar-se insuficiente para a prolação de uma decisão judicial em face da proibição do “non liquet”, premissa que se revelou fundamental como argumento para o afastamento da incidência da regra do inc. VIII, do art. 6º, do CDC, nas ações coletivas ambientais.

Com isso, espera-se ter contribuído para fornecer uma visão do que se pode compreender como aplicação adequada da distribuição do ônus probatório no âmbito

das ações civis públicas ambientais, a partir de uma teoria dos princípios radicada nos fundamentos do pós-positivismo, que viabilizou a obtenção de um comportamento endereçado ao magistrado a partir de um princípio constitucional, alocando-se os argumentos correntemente utilizados para esta distribuição dinâmica nos campos que lhes são devidos – como a alocação da princípio da indisponibilidade dos bens ambientais no campo dos standars de constatação exigidos para a formação do livre convencimento judicial -, e afastando os argumentos legalistas excludentes desta distribuição nas ações civis públicas ambientais ao argumento de inexistência de previsão legal específica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS INICIAIS

- ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14ª ed. São Paulo, Malheiros, 2013.
- BAZZANEZE, Thaís. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça*. **Revista de Processo**, São Paulo. Vol. 205, p.55-88, mar.2012
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 7.ª reimp. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.32 e 33.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1973.
- BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1985.
- BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. REsp 1096396/DF, julgado em 15/02/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1231777&sReg=200802185789&sData=20130521&formato=PDF, acesso em: 02/01/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Rel. Min. Luiz Fux. REsp 565.937/PR, julgado em 25/05/2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=465232&sReg=200301331259&sData=20040802&formato=PDF, acesso em: 02/01/2014.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. REsp 883.656/RS, julgado em 09/03/2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=895689&sReg=200601451399&sData=20120228&formato=PDF, acesso em: 02/01/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. REsp 1171741/SP, julgado em 24/03/2009.

Disponível: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=863210&sReg=200801460435&sData=20101216&formato=PDF. Acesso em 17/01/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. REsp 1060753/SP, julgado em 01/12/2009. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=933448&sReg=200801130826&sData=20091214&formato=PDF, acesso em: 02/01/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi. REsp 1135543/SP, julgado em 07/05/2012. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1119188&sReg=200900698600&sData=20121107&formato=PDF, acesso em: 02/01/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. REsp AgRg no AREsp 206748/SP, julgado em 21/02/2013. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1211048&sReg=201201507675&sData=20130227&formato=PDF, acesso em 17/01/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. REsp 1330027/SP, julgado em 06/11/2012.

Disponível: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1192244&sReg=201200487660&sData=20121109&formato=PDF. Acesso em 17/01/2014.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. In: *Estudos de Direito*. v.1. São Paulo, Saraiva, 1972.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, reimpresso em 2002.

DALL'AGNOL JR, Antônio Janyr. *Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório*. RT: 788. Junho de 2001. São Paulo.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 13ª ed. Salvador, Juspodivm, 2011.

- _____ e ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 4. 7ª ed. Salvador, Juspodivm, 2012.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do Direito Processual Ambiental*. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.
- GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndências em Ações Coletivas*. São Paulo, Saraiva, 1995.
- GRECO, Leonardo. *As provas no processo ambiental*. In: Revista de Processo. São Paulo. Vol. 128, p.40, out. 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações ambientais de hoje e amanhã*. In: Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993, p.252.
- GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão Racional e Limitações Probatórias: Enfoque Comparativo entre os Processos Civil e Penal*. 2013. 469 fls. Tese de Doutorado em Direito. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- KNIJNIK, Danilo. *Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu Possível Controle*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>. Acesso em: 02/01/2014.
- KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 7ª ed. São Paulo. Perspectiva, 2003.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática*. 3ªed. São Paulo, RT, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. Vol. 2. 7ª ed. São Paulo, RT, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ªed. 11ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2003.
- MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente – A gestão Ambiental em foco – Doutrina. Jurisprudencia. Glossário*. 7ª ed. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2011.
- _____ *Direito do Ambiente*. 8ª ed., 2013, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo, RT, 2000.
- PEYRANO, Jorge W. *Nuevos Lineamentos de las Cargas Probatorias Dinámicas*, in WHITE, Inés Lépori et al (coord.), *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: *Ações Constitucionais*. Org. Fredie Didier Jr. 6ªed. Salvador, Juspodivm, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5.ª ed., Malheiros, São Paulo, 2004.

WEDY, Gabriel. *O Princípio Constitucional da Precaução como Instrumento de Tutela do Meio Ambiente e da Saúde Pública*. 1ªed. Belo Horizonte, Forum, 2009.