

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Lucas Senna Witt

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA DE
DEGRADAÇÃO AMBIENTAL:
Inconsistências da Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça**

Florianópolis, Santa Catarina

2019

Lucas Senna Witt

**A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA DE DEGRADAÇÃO
AMBIENTAL:
Inconsistências da Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça**

Trabalho Conclusão do Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Pedro de Menezes Niebuhr

Florianópolis, Santa Catarina

2019

Lucas Senna Witt

**A inversão do ônus da prova em matéria de degradação ambiental: inconsistências da
Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça**

Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Pedro de Menezes Niebuhr, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Membro: Cláudio Aricodemes Silva Júnior
Mestrando na Universidade Federal de Santa Catarina

Membro: Nelson Tonon Neto
Advogado especialista

Florianópolis, 25 de junho de 2019.

A aprovação da presente monografia não
significará o endosso do Professor Orientador,
da Banca Examinadora e da Universidade
Federal de Santa Catarina à ideologia que a
fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

A Súmula nº 618 do Superior Tribunal de Justiça afirma o entendimento jurisprudencial de que, nas ações que versem sobre degradação ambiental, poderá (ou deverá) ocorrer a inversão do ônus da prova. Nesse sentido, a súmula reforça a tendência do direito brasileiro de promover a proteção ampla dos bens ambientais. A inversão do ônus da prova implica em consequências processuais relevantes à parte incumbida. Dependendo do caso, a prova será de difícil constituição e, por isso, a inversão poderá representar a procedência ou a rejeição da demanda. A redação do enunciado é imprecisa, e junto a outras omissões possibilita interpretação equivocada sobre o teor material do que versa. Partindo dos precedentes, buscou-se entender qual era a intenção do STJ em sumular o entendimento, verificando-se que os fundamentos lançados nos precedentes para a alteração da regra geral de divisão do ônus de fazer prova vinculam-se diretamente à proteção dos bens jurídicos ambientais. Por fim, considerando a complexidade das demandas ambientais e a avaliação do teor do conteúdo sumulado conclui-se que a inversão ou alteração do ônus probatório deve ser ponderada caso a caso. Desse modo, edição da Súmula 618 mostra-se desnecessária, em especial pois entende-se que o Código Processual Civil vigente tem previsão suficiente para efetivar a tutela processual ambiental pretendida, na razoável forma da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, §§ 1º e 2º).

Palavras-chave: Direito ambiental. Inversão do ônus da prova. Súmula 618 do STJ.

ABSTRACT

The Summary Statement n° 618 of the Superior Court of Justice affirms the jurisprudential understanding that, in actions that discuss environmental degradation, the inversion of the burden of the proof may (or should) occur. In this sense, the summary reinforces the trend in Brazilian law on promoting the large protection on environmental law. The imposition of a reversal of the burden of proof implies procedural consequences that are relevant to the party in charge. Depending on the case, the proof will be difficult to establish and, in this sense, the inversion may represent the procedure or the rejection of the demand. The essay of the summary statement is imprecise, and among other omissions it allows misinterpretation of its material content. Starting from its precedents, the goal was to understand the main intention of the STJ in submit the understanding. It appears that the fundamentals set in the precedents for the amendment of the general rule of division of burden of proof are linked to the broad protection of environmental legal rights. Finally, considering the complexity of the environmental demands and the evaluation of the content of the summary statement it can be concluded that the inversion or alteration of the burden of proof should be weighted on a case-by-case basis. In this mode, the Summary Statement 618 is unnecessary, especially since it is understood that the Civil Process Code in force has sufficient foresight to carry out the intended environmental protection, in the reasonable form of the dynamic distribution of the burden of proof (article 373, §§ 1 and 2).

Keywords: Environmental law. Inversion of the burden of proof. Summary Statement 618 of the STJ.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Comparativo de fundamentação dos precedentes	64
---	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA PROVA	17
1.1 A PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: CONCEITOS E PRINCÍPIOS.....	18
1.2 DISPOSIÇÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA	25
1.2.1 A distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processual Civil de 2015..	29
1.2.2 A inversão como regra no Código de Defesa do Consumidor	31
1.2.3 Ônus da prova na Lei da Ação Civil Pública	33
2 A TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE	36
2.1 ASPECTOS DO PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL	38
2.1.1 Sobre a prova em Direito Ambiental.....	43
2.2 MEIOS DE PROVA E SUA VALORAÇÃO	45
2.2.1 Prova documental	46
2.2.2 Prova testemunhal	48
2.2.3 Prova pericial.....	49
2.2.4 A formação de prova no inquérito civil e a atuação do Ministério Público.....	50
3 INCONSISTÊNCIAS DA SÚMULA 618 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	55
3.1 AS SÚMULAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	56
3.2 A SÚMULA 618 DO STJ	59
3.2.1 Imprecisão hermenêutica e problemas de aplicação prática	61
3.2.2 Precedentes fundantes	64
3.2.3 Problemáticas sobre os fundamentos da inversão: o Código de Defesa do Consumidor, o princípio da Precaução e a responsabilidade civil objetiva (teoria do risco)...	67
3.2.4 Propostas e modificações necessárias	72
CONCLUSÃO.....	78
REFERÊNCIAS	80

INTRODUÇÃO

A Súmula 618, editada pelo Superior Tribunal de Justiça no final do ano de 2018, dispõe que “a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”.

Nesse sentido, a Súmula se propõe a consolidar a jurisprudência pátria que trata sobre a temática. Notadamente, a inversão do ônus da prova é aplicada de forma tranquila no âmbito de defesa do consumidor, regulada pelo inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor. O Código de Processo Civil, a seu tempo, versa sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova no §1 do seu artigo 373, possibilitando ao julgador, a depender do contexto apresentado.

A formulação de um aforismo transcrito em súmula, por certo, pretende reforçar e facilitar a defesa dos bens ambientais dentro do processo, além de servir de parâmetro às decisões proferidas após a sua publicação.

Nesse contexto, o objeto do presente trabalho consiste na análise da adequação e das implicações decorrentes da Súmula 618 do STJ.

Importa responder se o entendimento sumulado representa de forma clara efetiva o entendimento dos tribunais, avaliando seus precedentes e a fundamentação que permite a referida inversão do ônus probatório.

Para o desenvolvimento deste trabalho adotar-se-á a elaboração monográfica como procedimento, bem como o método de abordagem dedutivo. Por sua vez, a temática será construída a partir do uso de documentação indireta, envolvendo principalmente a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e documental.

O primeiro capítulo trata do instituto da prova enquanto meio de aferição da verdade a partir de alegações subsumidas ao processo. São apresentados os conceitos de prova e de ônus da prova, bem como suas previsões legais e doutrinárias, a servirem de pano de fundo introdutório necessário para a análise que se busca fazer da súmula. Ao fim, foram feitas algumas considerações sobre a distribuição do ônus nas codificações do Código de Processo Civil, do Código de Defesa do Consumidor, na Lei da Ação Civil Pública.

No segundo capítulo apresentam-se breves explicações sobre as questões ambientais, com foco específico na complexa conceituação de meio ambiente e na forma como o legislador pátrio optou por exprimir o arcabouço normativo de proteção aos bens ambientais. Após, é feito um rol dos meios de provas clássico da processualística civil no formato em que são transpostos às demandas ambientais.

O terceiro capítulo, por fim, elucida das tentativas do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a jurisprudência através da elaboração de súmulas que exprimem, em pequenos verbetes, o entendimento dado pelas cortes pátrias sobre determinada temática jurídica. Apresenta-se efetivamente a Súmula 618 do STJ, a partir de sua redação e seus precedentes, e, explorando-se seus fundamentos poderá ser exprimido o parecer final sobre sua adequação prática.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DA PROVA

Para a bem aventurança do presente trabalho, em um primeiro momento faz-se necessário estruturar a ontologia da prova enquanto instituto processual civil. Após este contato conceitual, se perpassará a análise dos encargos probatórios para, por fim, adentrar à esfera do direito processual ambiental e, mais especificamente, o *modus operandi* do ônus da prova nas determinações da recentemente promulgada Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça, que é o cerne desta obra monográfica.

Pois bem. Dentre todos os elementos que se entrelaçam no desenvolvimento do processo, desde a petição inicial até prolação dos dispositivos decisórios em sentença, a prova é, sem dúvidas, o instrumento com maiores capacidades para influir no convencimento fundamentado do magistrado, e conseqüentemente no conteúdo prático da decisão.

Primeiro porque a prova forte, indelével, é impassível de ser suprimida senão por outra prova de maior valor; segundo porque construções interpretativas e relativizações de princípios também encontrarão dificuldades de se valer.

Na esteira de Alexandre Freitas Câmara¹, “prova é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa”. Do que se conclui, de pronto, que a prova cumpre, *per si*, duas funções práticas e diretas: instrumentalmente, ao compor as tentativas materiais das partes de comprovarem suas alegações; e, de forma anímica, no convencimento do espírito do julgador, que, ao entrar em contato com os fatos narrados, aferirá seu potencial grau de verdade para subsumir à norma.

Basicamente, na visão do processo, prova tanto será um instrumento, um documento ou uma alegação dotada de fundamento, como a descrição de um fato ocorrido, das nuances em que ocorreu, e por que razão tal fato merece guarida jurisdicional.

A prova, assim como o próprio processo, é produto da cultura do homem e, como toda ciência, não existe apartada de seu momento histórico. A sua relevância está ligada à tentativa

¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil brasileiro*: volume único - 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2018, p. 227.

de reconstrução dos fatos no processo, formando uma “verdade processual” apta a fundamentar a decisão judicial.

Assim sendo, pode-se tomar a prova por demonstração cabal e inquestionável de fato pretérito em sua inteireza, enquanto tempo, meio e modo² (informação verbal). É o elemento processual que confirma ao entendimento do magistrado as alegações infirmadas pelas partes.

Nessa toada, as diversas confabulações doutrinárias sobre *prova e seu ônus* compõem um dos temas mais vigorosamente discutidos em direito processual civil brasileiro, em especial no que concerne à atividade instrutória.

É o que se passa a demonstrar ao longo do primeiro capítulo deste trabalho. O intento é dar contexto e embasamento ao instituto da prova no Processo Civil brasileiro, consolidando seu conceito e as matizes que toma a partir da modulação dos encargos probatórios incumbidos às partes, de modo a sistematizar tal conceito às nuances próprias do Direito Ambiental pátrio, assim embasando a análise pretendida sobre a Súmula 618 do STJ.

1.1 A PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: CONCEITOS E PRINCÍPIOS

A importância do instituto da prova enquanto cerne da processualística civil é pressuposto primordial para a concatenação temática que se propõe ao longo dessa elaboração monográfica. Observada tal consideração, passa-se a tecer alguns comentários sobre a construção do conceito da prova e suas repercussões, além de aproximá-la da principiologia constitucional pátria e de avaliar como o direito brasileiro se apropria do instituto no processo.

A prova se mostra, tanto na vida como no processo, um instrumento através do qual se visa demonstrar uma verdade, ou um ao menos uma versão dela. Nesse sentido, “a ideia de prova evoca, naturalmente, e não apenas no processo, a racionalização da descoberta da verdade”.³ Comumente, diz-se prova a “demonstração da verdade de uma proposição”.⁴

² Adaptação do conceito de prova formulado pelo professor Eduardo de Mello e Souza em suas aulas de Processo Civil IV proferidas no Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em 2018.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum* - 2 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 250.

Dessa proposição de prova enquanto racionalização da descoberta da verdade toma-se outra premissa. A de que a verdade, no processo, é a verdade constituída e demonstrada nos autos. Em âmbito judicial, portanto, é inconcebível se falar em prova apartada do processo.

A seu tempo, na construção probatória enquanto busca da verdade, relevante dizer, coexistem correntes distintas. O dualismo que se estabeleceu - dividindo os autores entre os que vêm no processo a busca de uma *verdade material* (absoluta), e os que concebem uma *verdade formal* (construída dentro do processo) - tem alicerce frágil e contrapõe finalidades que em realidade não se contradizem.

Sobre uma pretensa correspondência entre a realidade e a ideia que dela se faz, como quer a vertente que tem no processo a busca pela verdade material, é de se dizer, trata-se de um conceito absoluto; incompatível com a atividade probatória, formal por essência (vide a exclusão de provas ilícitas e vedações a determinados meios de prova; além de limites temporais, como a prescrição e a decadência).⁵

As construções atuais dispensam essa função “redentora” do processo. Afinal e ao cabo, não é papel do processo desvelar uma verdade em si, senão trabalhar com, nos dizeres de Miguel Reale⁶, uma “*quase verdade*”, que aceita a impossibilidade da absoluta certeza da reconstrução de fatos pretéritos.

Indo ao encontro dos clássicos da doutrina nacional, Neves e Castro e Pontes de Miranda sustentam que “podemos definir as provas no seu sentido lato: - o meio pelo qual a intelligencia chega á descoberta da verdade. No seu sentido jurídico, porém, define-as a nossa lei civil - a demonstração da verdade dos factos allegados em juízo”.⁷

⁴ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*: vol. 2, 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018. p. 48.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum - 2 ed. rev., atual. e ampl.* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 253.

⁶ REALE, Miguel. Verdade e conjectura apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum - 2 ed. rev., atual. e ampl.* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 255.

⁷ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis*, p. 14 - escrito como no original) apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum - 2 ed. rev., atual. e ampl.* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 257.

Essas são as veredas doutrinárias da teoria processual probatória que ora se propõe a trabalhar. No ponto, faz-se mister expor algumas categorizações relevantes para o estudo da prova às finalidades desta Monografia.

O termo prova possui simultaneamente um caráter subjetivo e objetivo. A prova de algo pode ser apreendida tanto como a consecução do convencimento de alguém sobre um fato apresentado como também pode se referir a um elemento trazido ao processo como um instrumento para realizar esse convencimento. Esse conceito é precisamente definido por Câmara, pelo que se reproduz em sua integralidade:

É interessante notar que o termo *prova* pode ser empregado em dois diferentes sentidos, um *subjetivo* e outro *objetivo*. Do ponto de vista subjetivo, a prova é o convencimento de alguém a respeito da veracidade de uma alegação. É neste sentido que se pode, então, dizer que em um determinado processo *existe prova* de que o pagamento aconteceu. Quem diz isso está, na verdade, a afirmar que se convenceu de que o pagamento foi feito. Trata-se, pois, de uma percepção subjetiva da prova. De outro lado, em seu sentido objetivo, prova é qualquer elemento trazido ao processo para tentar demonstrar que uma afirmação é verdadeira. Assim, por exemplo, quando uma das partes diz que com o documento trazido aos autos *faz prova* do alegado, pretende-se afirmar que tal documento é trazido ao processo para demonstrar a veracidade da alegação. Aqui, a prova é percebida com um dado objetivo. (p. 227-228).

Tal distinção pode definir prova, ao mesmo tempo, como um *meio*: instrumento que se presta a demonstrar um fato; e um *fim*: o convencimento de que a alegação pode ser tomada como verdadeira. Assim pode ser definida a percepção da prova, servindo tanto a ser fundamento processual como incentivador de convencimento do julgador.

O artigo 369 do Código de Processo Civil bem ilustra a relevância da atuação das partes na instrução probatória como meio de influir na formação do convencimento do juiz, além de decretar a vedação à prova ilícita, ao estabelecer que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Nota-se inclusive a constituição da prova como direito inafastável às partes, pressuposto do devido processo legal.

Uma outra análise é feita por Humberto Theodoro Jr.⁸, para quem toda prova reveste-se necessariamente de: um objeto (os fatos deduzidos que se pretende certificar), uma

⁸ THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: vol. I, 59ª ed. 2018.

finalidade (convencimento das alegações), um destinatário (magistrado que julgará o feito), além de ser obtida mediante meios e métodos determinados (tipos probatórios legais). Albergadas tais características, tem-se por sistematizado o conceito de prova judicial, que ora importa.

Pode-se dizer, assim, que a prova, simplificadamente, translada aos autos instrumentos legais e suficientes (sejam alegações verbais ou documentadas), aptos a formar o convencimento do espírito do julgador, que é o destinatário final da prova.

Em um cenário ideal, às partes seria sempre possível fazer o retrato do fato ocorrido em sua inteireza, como uma imagem idêntica e fidedigna, exercendo prova em sua mais ampla finalidade. Este cenário terminaria por extirpar a necessidade do próprio processo judicial, a medida que devidamente constituído o acervo probatório ao Juiz bastaria ser *la bouche de la loi*⁹ ao aplicar o direito material abstratamente cominado pela norma à tutela jurídica condizente.

Dentre os profícuos princípios que permeiam o instituto da prova e a ela são diretamente referentes destacam-se o *contraditório* e a *ampla defesa*, como corolários do devido processo legal. Tais princípios estão insculpidos no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal¹⁰, dispositivo que suporta todo o ideário de direitos fundamentais da amálgama que é o Estado democrático de direito brasileiro.

O direito à prova, que exsurge às partes, é, por sua natureza, um direito de contra argumentação, na medida em que permite às partes comprovar ou desdizer determinada alegação tomada como verdade. Por conseguinte, o direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório e, nessa medida, é também um direito fundamental.¹¹

Apenas para demonstrar a profundidade das implicações desse posicionamento, do direito à prova se ramificam, segundo Fredie Didier Jr.: a) o direito à adequada oportunidade de requerer provas; b) o direito de produzir provas; c) o direito de participar da produção da

⁹ “Boca da lei”: Termo que define a concepção do magistrado como mero interlocutor da norma.

¹⁰ Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil brasileiro*: volume único - 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2018, p. 228.

prova; d) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; e) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida¹².

É cediço que o princípio do contraditório impõe ao processo uma condição dialética, em que para todo ato produzido pelo autor caberá de igual forma o direito da defesa opor-se-lhe da forma que melhor lhe aprouver, dando outra versão fática ou interpretação jurídica ao que for alegado. O princípio do contraditório tem ligação direta com a própria mecânica da construção da prova, celebrando a isonomia processual.¹³

Alexandre Câmara entende que há intrínseca identidade entre a prova e o princípio constitucional do contraditório. Para o autor, é por meio da prova que a parte participa com influência na formação do excerto decisório. E o direito de participar com influência é o próprio direito do contraditório¹⁴.

Da mesma forma, “não parece possível o exercício da ampla defesa sem o concurso do direito fundamental à prova, já que, dentro do processo justo, idealizado no âmbito da Constituição, o ato de provar constitui ‘*projeção prática do direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório*’”¹⁵.

Ambos os princípios dão extremada eminência ao instituto da prova enquanto garantia processual, inflexível às alterações de humor do julgador quando do proferimento de suas decisões; é cânone do devido processo legal e, em última instância, da própria ordem constitucional estabelecida.

O exercício da ampla defesa, nos sábios dizeres de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

[...] envolve a possibilidade de apresentar razões, seja quanto ao direito seja em relação aos fatos; a realização adequada da prova; a concessão de prazos razoáveis para a defesa e o pronunciamento das partes; conhecimento pleno de todos os elementos necessários para a preparação da defesa; intimação válida para os atos relevantes do processo; a possibilidade de carrear ao processo elementos para o

¹² DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, vol. 2, 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018. p. 51.

¹³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*: 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 112-113.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil brasileiro*: volume único - 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 228.

¹⁵ THEODORO Jr, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: vol. I, 59ª ed., 2018. p. 883.

esclarecimento dos fatos; o direito de omitir-se ou calar-se; o direito de acesso aos autos do processo etc.¹⁶

Com certa simplicidade se reconhecem tais princípios.

Cassio Scarpinella elenca outros princípios fundantes do direito probatório. O “convencimento motivado do juiz” e a “aquisição da prova”. Se a ampla defesa e o contraditório constituem-se mais como garantias às partes, estes dois outros princípios têm sua razão vinculada na esfera de cognição da prova pelo Juízo.

Corroborando nesse teor, o artigo 371 do Código de Processo Civil pontua justamente que ao magistrado será indiferente qual das partes tiver incitado a prova já que, *ipsis litteris*, “O juiz apreciará a prova constante nos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

A redação deste artigo foi muito bem recebida pela doutrina, em razão de substituir o que antes se tinha como “o juiz apreciará livremente a prova” (artigo 13 do CPC de 1973). Em tempo, a apreciação do juiz jamais poderia ser “livre”, senão vinculada estritamente aos preceitos legais de acepção da prova e julgamento fundamentado.

As disposições sobre o direito probatório estão consolidadas no Código de Processo Civil de 2015, que dedica integralmente o seu capítulo XII do Título I do Livro I da Parte Especial, estendendo-se dos arts. 369 ao 484.

O *caput* e os incisos do art. 373 do CPC¹⁷ apresentam a regra geral da teoria da atribuição do ônus da prova, sendo de suma importância ao andamento que se pretende dar neste trabalho. É o dispositivo que consagra, no processo civil brasileiro, a tendência atual de formação e constituição da prova. A partir dele, como se melhor verificará a partir do tópico 1.2, andam todas as variações teóricas a seguir apresentadas.

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 434.

¹⁷ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

Apenas como introdução, em sua literalidade, e segundo os preceitos conceituais de provas já expostos, ao autor cabe demonstrar a prova do fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No âmbito do processo, instaurado por meio de petição inicial do autor, e devidamente deduzidos os seus pedidos com fulcro em um direito material violado ou sob ameaça, o réu será citado para que se manifeste sobre a questão controvertida, apresentando suas alegações em contradição. Judicializada a temática, caberá ao magistrado sanear o processo, eliminando vícios, irregularidades ou nulidades processuais. Nesse ponto, dá-se início à fase instrutória, na qual os fatos alegados merecerão dilação probatória.

O autor, portanto, é precipuamente compelido a trazer elementos de prova, no momento em que provoca o Juízo, a fim de demonstrar ao menos um início de direito a ser garantido. Quando se quer modular uma relação jurídica, por exemplo, é mister que se demonstre ao menos que a relação existe e é fundada em previsão legítima.

Por óbvio que em alguns casos a prova não está disponível antes da instrução processual, e a exigência de tutela jurisdicional depende da formação de uma prova específica.

Veja-se um caso hipotético de prestação de um serviço. Supondo que haja inadimplência no pagamento pelo serviço, ingressará o prestador com cobrança judicial de uma prestação pecuniária continuada não adimplida. O autor, mais das vezes, trará aos autos um contrato que demonstre a existência da relação jurídica, o objeto contratado e o adimplemento de sua obrigação, requerendo o adimplemento da parcela que lhe parece devida

Apenas argumentará o não pagamento da parcela mensal (até porque impossível constituir prova de fato negativo), fato este que, diante da existência sem nulidades do contrato, detém força probatória relativa, podendo ser afastada pela apresentação de comprovante de pagamento do réu (fato desconstitutivo do direito do autor).

Se o réu não apresentar prova de que adimpliu com a obrigação pagando o que era devido, inevitavelmente terá contra si julgamento desfavorável. É como anda a lógica e a regra geral prescrita do Código Processual Civil.

Na concepção do clássico utilitarista Jeremy Bentham, conforme nos apresenta Humberto Theodoro Jr, tem-se que “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de dominar as provas”¹⁸. Tal viés é indiscutível. Se o processo nada mais é do que um jogo dialético em que as partes, a partir de suas arguições, tentam persuadir o julgador de que os fatos ocorreram conforme sua ótica; e considerando, pelo próprio viés utilitarista de Bentham, que o objetivo último é “vencer” o litígio, através de decisão favorável pela convicção do juiz, por óbvio a fortuna acompanhará quem melhor manipular o contexto probatório.

Diante de tudo quanto se expôs permite-se concluir que, de forma pragmática, dentro do processo, às partes é fundamental controlar o aspecto subjetivo, enquanto responsável pela percepção do magistrado quanto ao tanto narrado e defendido. Do mesmo modo, fornecer bons subsídios para a formação do convencimento do Juízo (aspecto objetivo) é pressuposto básico do êxito processual, conquanto instrumentaliza as razões da fundamentação da decisão no mérito.

Por tudo isso, declama-se, parafraseando Alexandre Câmara, que “a prova é a alma do processo de conhecimento”¹⁹.

1.2 DISPOSIÇÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA

Ponderados os principais conceitos doutrinários acerca do instituto da prova, além da sua acepção pelo magistrado, passa-se a demonstrar como se configura na prática o ônus probatório, bem como suas implicações no processo.

Como visto, a regra geral de atribuição do ônus da prova é estabelecida no *caput* do art. 373 do CPC: ao autor incumbe demonstrar a prova do fato constitutivo de seu direito; ao réu, demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

¹⁸ BENTHAM, Jeremy apud DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*: vol. 2, 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018. p. 48.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil brasileiro: volume único* - 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2018, p. 228.

A própria dinâmica do processo civil, ao encarregar abertamente à diligência e ao interesse da parte o sucesso de suas demandas, transfere às questões pertinentes ao ônus da prova idêntico peso. Assim, as verdades construídas dentro do processo (verdade formal) são diretamente referíveis ao grau de comprometimento das partes na demonstração de suas alegações²⁰.

Essa distribuição genérica do encargo de fazer prova, conforme prescreve o *caput* do art. 373 do CPC, é o marco inicial do objetivo dessa obra, e o que se convencionou chamar de **distribuição estática do ônus da prova**. Definida *ope legis*, é o consectário básico da sistemática processual brasileira.

E o ônus da prova, nos termos desenvolvidos pela doutrina e úteis a esta explanação, é integrado pelo concerto de duas perspectivas: a subjetiva, enquanto espera determinadas condutas das partes; e objetiva, servindo como regra de julgamento.

Aos olhos do ilustre idealizador do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid²¹, o ônus da prova é inseparavelmente atrelado à atividade propositiva das partes:

O instituto do ônus da prova se liga, assim, direta e fundamentalmente à atividade das partes, que invocam a aplicação do direito. Conjugam-se dois princípios na elaboração dessa doutrina. O primeiro é o de que o juiz moderno não pode, à maneira do juiz romano, encerrar um processo, dizendo simplesmente *non liquet* e, portanto, esquivando-se de proferir uma decisão de mérito a favor de uma parte e contrária à outra. O segundo é o de que, estando a parte empenhada no triunfo da causa, a ela toca o encargo de produzir as provas, destinadas a formar a convicção do juiz na prestação jurisdicional.

Segundo Buzaid, referenciando o entendimento de Francesco Carnelutti, mostra-se de grande importância a diferenciação a se fazer entre ônus e obrigação. Enquanto a obrigação se apresenta como lado passivo com referência direta a um direito subjetivo (lado ativo), o ônus é atrelado a uma faculdade.

Assim, “é a obrigação um interesse subordinado mediante um vínculo da vontade; ou, em outros termos, um vínculo da vontade imposto pela subordinação de um interesse”. De outro modo, “falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é posto como condição

²⁰ THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: vol. I, 59ª ed. 2018.

²¹ BUZAID, Alfredo. *Do ônus da prova*. Revista Faculdade de Direito, USP, 57, 113-140, 1962.

para obter certa vantagem”. Se na obrigação o vínculo é imposto, para tutelar um interesse alheio, no que se refere ao ônus, a tutela é de um interesse próprio.²²

Na cátedra do professor Fredie Didier Jr, o ônus da prova deve ser considerado “um encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento”²³.

Percebe-se que a existência do ônus da prova, nesse sentido, é diferente de uma obrigação ou dever de realizar a prova, agindo muito mais como uma expectativa de conduta imputada à uma das partes, havendo por certo consequências negativas ante a ausência dessa prova, mormente se vinculada diretamente ao fato que liga a alegação ao direito que se pretende tutelar.

Imprescindível anotar que o encargo de comprovar os fatos que apoiam as pretensões jurídicas ultrapassa o âmbito meramente processual. A influência do direito material, nessa toada, é relevante pois concebe a realidade fática que incidirá no caso concreto. Procede-se, portanto, uma avaliação prévia do que se pretende provar (norma abstrata) e a relevância da prova para a consumação do direito perquirido²⁴.

Por isso, inclusive, se dizer que a distribuição do ônus é intimamente ligada a caracterização dos fatos como *constitutivos* do direito do autor ou *extintivos, modificativos*, ou *impeditivos* daquele²⁵. Deve haver primeiro uma caracterização fática a anteceder a apreciação do que vem a ser, no caso específico, a constituição do direito do autor, ou a modificação, extinção ou impedimento deste direito na norma de direito material.

²² CARNELUTTI apud BUZAID. *Do ônus da prova*. Revista Faculdade de Direito USP, 57, 1962. p. 125-127.

²³ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, vol. 2, 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018. p. 48.

²⁴ Ibid.

²⁵ ARENHART, Sergio Cruz. *Ônus da Prova e sua modificação no Processo Civil Brasileiro*. Academia Brasileira de Direito Processual. Revista Jurídica, n. 343, 2006. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2019. p. 3.

Cassio Scarpinella Bueno²⁶ bem demonstra as duas vertentes conceituais que tratam do ônus da prova:

[...] primeiro, como regra dirigida às partes no sentido de estabelecer a elas como devem se comportar no processo acerca da produção da prova a respeito de suas alegações (que, em rigor, é o objeto do art. 373 aqui estudado). Segundo, como regra dirigida ao magistrado, no sentido de permitir a ele, no julgamento a ser proferido, verificar em que medida as partes desincumbiram-se adequadamente de seu ônus quando ainda não tenha se convencido acerca das alegações de fato relevantes para a prática daquele ato, em caráter verdadeiramente subsidiário, portanto, para vedar o non liquet. Nessa segunda acepção, o ônus da prova deve ser tratado com regra de julgamento. Na primeira, como regra de procedimento.

Nessa linha, os sujeitos processuais buscam invariavelmente livrar-se de tal ônus e, não sendo possível repassá-lo ao outro pólo da relação jurídica (possibilidade que se verá mais adiante), há o nítido interesse em refutá-lo para evitar as desvantagens advindas de sua inobservância

Cumprir destacar que o processo, nos moldes em que hoje se desenha, muito se diferencia de suas origens, e isso influencia a percepção dos encargos dos ônus da prova. Se em um primeiro momento cumpria meramente a função de rito para a fruição do direito material, conforme se percebe das bases da teoria imanentista, aos poucos foi ganhando campo de estudo próprio até atingir maturidade científica até se tornar independente, graças às reflexões do caso Windscheid e Muther, nos anos 1856 e 1857 e do viés autônomo do processo frente ao direito material de Oskar Von Bullow, proposta na consagrada obra “A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais”, publicada na Alemanha em 1868, e que se prestaria a influenciar autores da envergadura de Wach, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman²⁷.

A desvinculação do processo do direito material significa também a possibilidade de desvinculação do ônus da prova do direito material que lhe dá razão de ser. Sobre a instrumentalidade que permeia a atribuição dos encargos da prova dentro do processo, é precisa a definição de Humberto Theodoro Jr.:

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: volume único – 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 410.

²⁷ KHALED Jr., Salah H. *Oskar Von Bullow e a difusão das ideias de relação jurídica e pressupostos processuais*. *Panóptica* UFRGS, Ano 4, Número 20, 2010-2011. p. 19-41.

O ônus da prova refere-se à atividade processual de pesquisa da verdade acerca dos fatos que servirão de base ao julgamento da causa. Aquele a quem a lei atribui o encargo de provar certo fato, se não exercitar a atividade que lhe foi atribuída, sofrerá o prejuízo de sua alegação não ser acolhida na decisão judicial.²⁸

As técnicas processuais - dentre elas inclusa a regra do ônus da prova - andam conforme a tendência do direito de constantemente se atualizar. Atribuir prova de certa alegação a um parte ou a outra, em especial quando a prova for de fraco convencimento, pode determinar o sucesso ou o fracasso do direito pleiteado, sem falar em casos nos quais demonstrar a prova é altamente complicado, dispendioso ou mesmo impossível²⁹.

Outrossim, a prova mal produzida, ou por vezes incompleta, é sem dúvidas um dos grandes complicadores judiciais ao devido desfecho da liturgia processual. Ao final e ao cabo, tanto as partes quanto o Magistrado pretendem entregar uma decisão minimamente racional e verossímil.

Então, afóra da regra geral de distribuição do ônus dentro do processo civil, passa-se a avaliar de que modo e sob quais condições pode ser haver a exceção de modificar o sopesamento desses encargos de prova a que são incumbidas as partes. Se dará especial atenção às modificações atinentes ao ônus da prova por meio legal (*ope legis*) e judicial (*ope judicis*, art. 373, §§ 1º e 2º) nas diferentes legislações cíveis brasileiras, considerando que a modificação convencional (art. 373, § 3º, do CPC) extrapola o escopo deste trabalho.

1.2.1 A distribuição dinâmica do ônus da prova no Código de Processual Civil de 2015

Conforme discorrido previamente, o Código de Processo Civil brasileiro prevê a regra geral de distribuição do ônus da prova no *caput* do seu artigo 373. É o que se tem por teoria estática do ônus da prova, na qual cada parte terá um encargo predeterminado vinculado a um ônus na construção probatória, ocupado a partir de sua posição na relação processual.

²⁸ Ibid., p. 655.

²⁹ ARENHART, Sergio Cruz. *Ônus da Prova e sua modificação no Processo Civil Brasileiro*. Academia Brasileira de Direito Processual. Revista Jurídica, n. 343, 2006. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2019. p. 3.

A quebra de paradigma necessária à adequação do direito aos casos fáticos em que a prova apresenta peculiaridades urgiu a formulação de uma nova teoria que viabilizasse flexibilizações da teoria. *Mutatis mutandis*, a nova necessidade deu ensejo à **teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**, fundando-se nos §§ 1º e 2º do artigo 373³⁰.

Andou bem o legislador pátrio, pois abarca os casos em que os encargos genéricos mostram-se descompassados com os fatos que devem ser provas.

Sobre a referida inversão, na literalidade da lei, terá lugar diante de (i) impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo seguindo a regra geral; ou (ii) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. A inversão dos incisos do art. 373, portanto, é deferida judicialmente em decisão fundamentada. Além desses requisitos, o § 2º impõe também que a decisão que inverte o ônus não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo torne-se impossível ou excessivamente difícil.

Em outras palavras, o que se tem aí é a previsão da possibilidade de redistribuição dos ônus probatórios, a ser feita por decisão do juiz quando verificar que o encargo recai sobre quem não possui as melhores condições fáticas de produzir a prova. Por vezes, mesmo, a parte desincumbida de fazer prova (em razão da distribuição do *caput* do art. 373) poderia nada fazer, sabendo que a ausência de prova lhe é favorável, derruindo o propósito processual.³¹ Ocorre que a cooperação processual (art. 6º do CPC) anda justamente pela construção plural de uma decisão justa, o que reforça a possibilidade de inversão do ônus.

Nessa perspectiva, é de responsabilidade das partes contribuírem efetivamente com o órgão jurisdicional para que forme sua convicção.³² Ressalte-se que, à míngua de substrato probatório, o magistrado proferirá sentença se valendo da regra do ônus da prova como regra

³⁰ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

³¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil brasileiro: volume único* - 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 238.

³² CARPES, Artur Thompsen. *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*. 176 f. Dissertação de mestrado - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14251/000661231.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 18 de abril de 2019. p. 70-71.

de julgamento. Dessa forma, sofrerá com os prejuízos de sua falta a parte a quem incumbia realizar prova de seu direito.

Evidentemente, a redistribuição deve ter lugar em decisão anterior à sentença, a fim de prestigiar o contraditório e a proibição da decisão surpresa (art. 10 do CPC). É o que se tem da própria literalidade da parte final do § 1º, em que a decisão que redistribui o ônus da prova seja proferida de modo a “dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. Assim, a inversão não pode ocasionar em prova que a parte seja inviabilizada de produzir. Vale dizer que a redistribuição pode ser decidida de ofício e é impugnável por meio de agravo de instrumento (art. 1.015, XI)³³.

Por fim, pode-se dizer que essa readequação dos encargos probatórios garante inclusive o equilíbrio das partes (art. 7º), sendo possível dizer que o “ônus da prova deve ficar com aquele que, no caso concreto, tem condições de suportá-lo”.

1.2.2 A inversão como regra no Código de Defesa do Consumidor

As grandes revoluções estruturais ocorridas na Europa de fins do século XVIII e início do XIX implicaram em revisões sócio-econômicas e na disseminação em larga escala da cultura industrial, impulsionada pela produção de escala (ver Fordismo-Taylorismo), até a formação das sociedades de consumo modernas.

Em resposta, prestou-se o Direito a regulamentar normativamente as pródigas e conflituosas novas relações de compra e venda que se consolidam reiteradas vezes ao longo de um mesmo dia. Como consequência dessa consolidação de modelo econômico, passou-se a perceber que as incontáveis relações jurídicas entabuladas configuravam reiteradamente desbalanceamentos nas prestações obrigacionais e iniquidades contratuais, assim dando origem a consequências anômalas.

³³ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, vol. 2, 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018. p. 142.

A relevância temática é tamanha que a própria Constituição Federal elevou a proteção do consumidor à condição de cláusula pétrea em seu artigo 5º, inciso XXXII³⁴.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990), consolidou-se como normativa de primeira ordem na tutela de interesses difusos e coletivos, já que todos os cidadãos foram alçados à condição de consumidores. Promulgado no biênio posterior à Carta Magna, o viés social adotado assume formalmente a defesa política dos consumidores, representando uma grande quebra de paradigma em termos processuais.

O CDC, ao privilegiar precipuamente um dos pólos da relação jurídica, excetua em diversos casos a regra legal do *caput* do art. 373, e deve ser interpretado a partir dos pressupostos contidos em seu próprio sistema legal.

No que diz respeito ao foco da obra ora em desenvolvimento, a despeito de outras relevantes contribuições do CDC à dinâmica processual civil, a presente apreciação se limitará a destacar o artigo 6º, inciso VIII, no qual se prevê a inversão judicial do ônus da prova em benesse conferida ao consumidor (ou pessoa a ele equiparada por disposição legal).

Nesse sentido, para que haja tal inversão, basta que, demonstrada a relação de consumo, e “a critério do juiz”, seja verossímil a alegação do consumidor ou haja demonstrada hipossuficiência da parte.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

Portanto, basta que um dos elementos esteja presente.

Aqui, é relevante fazer uma breve digressão para o amplo conceito que parece formar o alicerce para toda a modificação de ônus que hodiernamente muda de roupagem em novas normativas: a *hipossuficiência* do consumidor ou a *verossimilhança* de sua alegação.

³⁴ “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

A inversão do ônus da prova, operada pelo juiz, protege e simplifica amplamente a situação processual do consumidor - é dispensável dizer -, a quem bastaria relatar razoavelmente a situação ocorrida e o dano sofrido, para demonstrar *verossimilhança*. Não há sequer óbice, tal como existe no CPC, de que a inversão ocasione ao fornecedor prova de difícil desincumbência.³⁵

A *hipossuficiência*, a seu tempo, é constatada como um desequilíbrio nas condições materiais ou cognitivas entre as partes: pode se referir a questões materiais, técnicas, sociais ou financeiras para a produção do quanto alegado. Como se nota, é deveras abrangente.

Dessa forma, cumpre destacar o pioneirismo da normativa consumerista, com especial relevo a este trabalho, enquanto consolidador da teoria de modificação do ônus probatório no processo civil pátrio.

1.2.3 Ônus da prova na Lei da Ação Civil Pública

A década de 80, a despeito do fracasso econômico e da chamada “década perdida”, marcou apreciáveis conquistas do direito brasileiro enquanto ordenador da ordem democrática. O processo constituinte celebrou “extenso e necessário rol de direitos e garantias fundamentais, ao mesmo tempo reforçando os direitos individuais clássicos, tão vilipendiados no passado recente”³⁶. Prestou-se merecida reverência à dimensão coletiva do cidadão.

O Código de Processo Civil, dada sua concepção histórica, se porta como um normativa de garantia de direitos eminentemente individuais e patrimoniais. Para isso foi desenvolvido e tal é a sua sistematização. A tutela dos direitos sociais, chamados de terceira geração foi por muito tempo relegada à adaptações de tutelas individuais.

A própria Ação Popular é uma ação coletiva pautada em premissas processuais individuais. O processo civil tem sua origem para resolução de questões interpartes, tanto é

³⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor - 8ª ed., rev., atual. e amp. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 99-102.

³⁶ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

que as regras de legitimidade, de procedimento e a atuação dos juízes não se destinavam à tutela de interesses difusos intentadas por particulares.³⁷

Nesse diapasão surgiu a Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública como a ação adequada e responsável pela tutela dos bens jurídicos transindividuais difusos, coletivos. O processo coletivo surge aqui com características próprias, adequadas às diferentes tonalidades que os direitos coletivos lhe impõem.

Sobre o instituto da inversão do ônus da prova, no âmbito das Ações Cíveis Públicas é consubstanciado pelos arts. 19 e 21 da LACP, que determinam, respectivamente, a aplicação das regras do Código de Processo Civil, “naquilo em que não contrarie suas disposições” (abarcado aqui o regramento do art. 373, §§ 1º e 2º, que trata da redistribuição do ônus da prova), e do Título III (Da Defesa do Consumidor em Juízo) do Código de Defesa do Consumidor na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, naquilo que for cabível.

Marcelo Abelha³⁸ trata oportunamente sobre o microsistema processual coletivo formado pela união dos dois diplomas:

[...] com o advento do CDC, criou-se uma umbilical ligação entre a LACP e aquele, de modo que qualquer tipo de ação é possível para defender os direitos difusos e coletivos que constituem o objeto de tutela da presente lei. Assim, qualquer modalidade de pedido poderá ser deduzida em juízo, sendo instrumentalizada por meio das mais diversas técnicas processuais, *v.g.*, mandamental, condenatória, condenatória com execução *lato sensu*, declaratória ou constitutiva, para se atender à tutela dos bens protegidos pela Lei nº 7.347/85.

Conforme se demonstrará no segundo, e em especial no terceiro Capítulo desta monografia (tendo em vista que a Súmula trata, no mais das vezes, de precedentes de ACPs), o Superior Tribunal de Justiça tem entendido também pela possibilidade de aplicação do inciso VIII do art. 6º do CDC para inverter o ônus da prova em processos coletivos

³⁷ CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Brian apud QUIRINO, Lucas Nunes. A Distribuição do Ônus da Prova no Projeto do Novo Código de Processo Civil sob a perspectiva do Acesso à Justiça. Monografia em Direito, UFSC. 2013. p. 50-53. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/117173>>. Acesso em 21 de abril de 2019.

³⁸ ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 18.

ambientais, porquanto considerado regra processual e, dessa forma, “integrante” do Título III a que faz alusão o art. 21 da LACP.

2 A TUTELA JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE

Seguindo o desenvolvimento de uma teoria probatória aplicável ao Processo Civil moderno, este segundo capítulo se propõe a aproximar os conceitos e percepções do instituto da prova ao âmbito do Direito Ambiental.

Para tanto, é importante traçar um breve histórico da proteção jurídica dada aos bens ambientais, e de que forma a doutrina tem delimitado o amplo conceito de meio ambiente, que necessariamente é dotado de certo grau de abstração.

A Carta Magna instituiu, em seu artigo 225, o meio ambiente como “*bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. Assim sendo, a sua preservação é direito fundamental difuso e coletivo, e diz respeito, portanto, a um bem jurídico imanente ao acervo de garantias e obrigações da coletividade. Mediante características tão próprias, é de se concluir que a tutela jurisdicional a ser prestada pelo Estado seja tão especializada quanto possível.

José Afonso da Silva, por sua completude, é aqui referido em sua literalidade, a fim de consolidar um entendimento do conceito que possa permear todo o trabalho. Segundo o catedrático e quase centenário professor mineiro, o meio ambiente diz respeito a toda a natureza, envolvendo os diferentes elementos que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida, sejam eles naturais, artificiais ou mesmo culturais.

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico. *O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.*³⁹

Adotando a teoria de Miguel Reale que integra três elementos na experiência jurídica, a saber, a *norma*, o *fato* e o *valor*, Paulo de Bessa Antunes entende o Direito Ambiental como a repercussão entre os fatos influentes da própria vida humana - dependente que é dos

³⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 20.

recursos ambientais para sua reprodução - e o mundo normativo do *dever ser*, refletindo-se em normas que sistematizam o tratamento despendido ao meio ambiente. O valor das normas de conteúdo ambiental, por sua vez, diz respeito à ética desenvolvida pelo Ser Humano em relação de respeito à “salubridade do meio ambiente, com a conservação das espécies, a proteção das águas, do solo, das florestas, do ar, enfim, de tudo aquilo que é essencial para a vida”.⁴⁰

Deve-se ter em mente que o conceito de meio ambiente, na forma como apreendido pelas normas de direito ambiental brasileiras, é enraizado na consciência da relação do homem com o seu entorno e com o ambiente natural, mas transborda questões que envolvem recursos naturais para abarcar também a alçada da atividade antrópica sobre a natureza, incluindo ainda aspectos históricos e culturais importantes à manutenção da vida em seu equilíbrio. Nesse sentido, Romeu Thomé⁴¹ entende que são quatro as facetas principais da amálgama conceitual de meio ambiente:

- a) **meio ambiente natural**: ou também chamado de físico, constituído pelo solo, água, ar, flora, fauna.
- b) **meio ambiente cultural (art. 215 e 216 da CRFB/1988)**: integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico.
- c) **meio ambiente artificial (arts. 182 e 183 da CRFB/1988)**: consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano) e equipamentos públicos (ruas, praças, áreas verdes etc.)
- d) **meio ambiente do trabalho (arts. 7º, XXII e 200, VIII da CRFB/1988)**: integra a proteção do homem em seu local de trabalho, com observância às normas de segurança. Abrange saúde, prevenção de acidentes, dignidade da pessoa humana, salubridade e condições de exercício saudável do trabalho.

Fato é que a proteção ao meio ambiente emergiu timidamente no contexto jurídico brasileiro, em desatenção aos movimentos que já faziam parte da pauta de discussões internacionais, traçando suas primeiras previsões legais tão somente à década de 80 com a criação da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), através da Lei 6.938/81.

O primeiro conceito jurídico nacional de meio ambiente, formulado na PNMA, de acordo com o seu art. 3º, I, o define como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as

⁴⁰ ANTUNES. Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 5.

⁴¹ THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 197-198

suas formas”. A abrangência do conceito por certo evita que algumas tutelas específicas sejam perdidas, mas merece melhor delimitação a fim de que a norma possa ser fundida à realidade.

A interação existente entre os diferentes valores ambientais englobados pelo termo “*meio ambiente*” é importante, pois, como se verá mais a frente, muitas vezes as pretensões judiciais contrapõem dois ou mais destes elementos, de forma que ao direito ambiental cabe, além da tarefa de proteção, sopesar bens jurídicos quando este tendem a se chocar.

Portanto, ao se tratar de *meio ambiente*, a proteção jurídica a esse *bem*, nos termos do art. 225 da Constituição da República de 1988, *caput*, é garantida a todos, inclusive “*impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

De todo modo, só há efetiva defesa do meio ambiente quando sua proteção é concebida levando em conta satisfatoriamente todas as suas facetas (natural, cultural, artificial, do trabalho).

Como visto, as matérias ambientais atinentes ao Direito são multifacetadas, e merecem tratamento condizente do ordenamento jurídico. O processo e a prova ambiental devem adaptar-se a novas conformações que possibilitem, em última instância, a efetiva proteção do meio ambiente, observada a complexidade que envolve o conceito.

O trato de tal disciplina, haja vista a polissemia particular das normas que versam sobre meio ambiente, mereceu, assim, adaptações da própria concepção do processo, conforme se passará a demonstrar. Por oportuno, será traçado um paralelo entre os principais meios probatórios do Código de Processo Civil e como estes são transpostos à lógica do processual ambiental.

2.1 ASPECTOS DO PROCESSO COLETIVO AMBIENTAL

O processo civil ambiental talvez seja um dos mais recentes e, por sorte, mutáveis meios com que o direito tem lidado com as mazelas do desafio moderno do desenvolvimento sustentável. Como o processo representa infinitas possibilidades fáticas, ingrata é tentativa de enquadrá-lo sob uma forma única.

Destarte, é imperioso notar que o processo ambiental não deixa de ser uma ponte que liga a jurisdição estatal à uma nova ramificação de direitos materiais, transindividuais, e tão próprios da sociedade massificada que se instaurou no século XX. Nesses termos, representa bem sua própria etimologia: *o processo é um caminho para a frente*.

Ao tratar de meio ambiente lida, por inferência lógica, com o bem comum da sociedade e que afeta sensivelmente a vida diária dos indivíduos. Como todos os bens jurídicos que se submetem à tutela estatal, é por meio do processo que se visa proteger o direito afastando lesão ou ameaça a si.

Mais do que isso, na seara ambiental o conteúdo que se discute no processo é o que lhe dá substância e constitui a sua razão de ser. É para isso que o processo existe. Desse modo, o lugar comum da tutela do meio ambiente - e dos direitos difusos e coletivos - é, no formato que se desenhou, o processo coletivo, com todas as prerrogativas do microsistema processual erigido pelo Título III do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, embalsamados pelo aval protecionista constitucional de 88.

Nas palavras de Fredie Didier Jr., "processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo *lato sensu* (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de pessoas"⁴².

[...] Compreender a ação civil pública com uma nova mentalidade, menos individualista e mais coletiva; menos dispositiva e mais inquisitiva; menos privatista e mais publicista; que abandone a isonomia formal e abraça a isonomia real em todas as regras e princípios que norteiam a sua utilização. Sem essa mentalidade, a melhor compreensão das demandas coletivas será praticamente impossível. Trata-se de enxergar a ação civil pública com vistas no direito que se presta a tutelar. Todo o instrumento processual da Lei nº 7.347/85 e do Título III do CDC é contaminado pelo direito que visa proteger. Se assim é, um devido processo legal justo depende da construção de um paradigma calcado nessa "nova mentalidade" inspiradora do processo coletivo.⁴³

Comumente, a prova em matéria ambiental tem sua disciplina trazida à lume por meio da Ação Civil Pública (LACP), instituto maior lançado pelo ordenamento jurídico a tutelar

⁴² DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. v.4, 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 35-36.

⁴³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 11.

interesses difusos e coletivos, dentre eles o meio ambiente, incorporada ao sistema do processo coletivo com a superveniência da Lei 7.347/85. Em paralelo ao Código de Defesa do Consumidor constitui, sob os auspícios constitucionais, o modo e o meio de persecução dos direitos do coletivo, tão novos e ao mesmo tempo tão caros ao direito moderno.

Para Marcelo Abelha, é preciso primordialmente fixar a ideia de que a Lei da Ação Civil Pública é uma norma de direito processual de proteção de direitos difusos e coletivos (art. 1º, IV) diante do descumprimento por parte de algum membro da sociedade. Acrescenta ainda que, em que pese a diferença entre os significados de direito e interesse, andou bem a técnica legislativa pois abarcando ambos ampliou e assim evitou discussões dispensáveis sobre a abrangência da tutela estatal, a qual diga-se, deve ser a mais ampla possível.⁴⁴

No que concerne ao escopo deste trabalho, a proteção dada ao meio ambiente na LACP vem insculpido logo no primeiro inciso de seu artigo inaugural⁴⁵, de modo que é dispensável reiterar o relevante destaque dado pelo ato normativo.

A seu tempo, em seu Título III, o inciso I do parágrafo único do artigo 81 do CDC, aplicável por força do art. 21 da LACP, propugna, em leitura sistêmica, que a defesa do meio ambiente, conquanto interesse e direito difuso, será exercida a título coletivo.⁴⁶

Os recursos naturais das águas de um rio, que fornecem peixe e um *habitat* vívido ao desenvolvimento da fauna local; a adoção de métodos mais sustentáveis na produção da indústria de plástico; a manutenção de uma igreja que representa a parte histórica de um município pequeno; a adequada destinação dos dejetos da construção civil. Nesses cabais

⁴⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 39.

⁴⁵ Lei Federal n. 7.347. Art. 1º, § 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente.

⁴⁶ Lei Federal n. 8.078/90. Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

exemplos pode-se perceber sutilmente o modo como opera a transindividualidade dos direitos difusos.

A característica marcante que difere e define os interesses difusos dão conta de sua indivisibilidade, como bem nos rememora Pedro Dinamarco⁴⁷:

Nos interesses difusos, o objeto (ou o bem jurídico) é indivisível, na medida em que não é possível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente os demais membros da comunidade que se encontram na mesma situação.

O benefício da tutela coletiva se verifica em prol de todos os tutelados e, simultaneamente, oferece préstimos a celeridade e eficiência do processo. No ato de julgamento solucionam-se diversas pretensões em paralelo, já que a entrega da prestação jurisdicional gerará efeitos a um número de pessoas indefinidas em apenas um processo.

Em razão disto conclui-se, basicamente, que a Ação Civil Pública é o instrumento apto a dar guarida a todas as tutelas necessárias sobre o meio ambiente. É possível declarar a existência de área de preservação permanente ou o tombamento de um imóvel histórico, desconstituir determinado licenciamento ambiental em virtude de inconsistência de determinado estudo prévio e, mais corriqueiramente, estabelecer sanção de multa e até demolição por edificação em desobediência ao limite de metragem em relação a curso d'água (art. 4º do Código Florestal).

Pode-se dizer que com advento da Constituição Federal de 1988, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, consolidados apenas em 90, em paralelo ao agravamento da degradação ambiental, escancarou-se a necessidade de uma dinâmica processual nova para viabilizar a defesa de interesses tão alargados, tendo em vista que lógica do processo individual vigente mostrava-se insuficiente nessa tarefa. Não é despiciendo reforçar que o Código de Processo Civil é aplicado de forma subsidiária ao sistema processual coletivo.

Historicamente, a Ação Popular (Lei 4.717/65), dotada de caráter profícuo e inovador em 1965, apresenta hoje utilidade subsidiária, sofrendo alguns aprimoramentos que foram

⁴⁷ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 53

essenciais na aplicabilidade da ACP. Com especial destaque, a legitimação para a causa, a versatilidade do objeto das ações e a própria instrumentalização da prova a ser constituída⁴⁸.

A Ação Popular inovou e sagrou marco histórico ao garantir aos cidadãos a possibilidade de protegerem pessoalmente o “bem público”. Entretanto, nos contornos em que foi idealizada, nem sempre mostrou-se capaz de viabilizar bens difusos complexos como o meio ambiente. Marcelo Abelha bem expõe que, como o “ objeto da ação popular é restrito e voltado à *invalidação de atos praticados pelo Poder Público*, e bem sabemos que, em matéria ambiental, nem sempre os prejuízos ao meio ambiente decorrem de atos inválidos praticados pelo Poder Público”⁴⁹.

Em especial, no tocante à prova, é inolvidável que a sua construção teórica se desenvolve em conjunto ao processo, e que ambas nascem fundamentalmente para resolver conflitos na esfera privada, conforme nos lembra Georgios Alexandridis:

Toda a construção da teoria geral da prova está voltada ao processo individual tradicional, tendo suas regras básicas estabelecidas no Código de Processo Civil segundo as diretrizes impostas pela Constituição Federal, mas a evolução da sociedade no tempo, a massificação de suas relações evidenciou a necessidade de um tipo diferenciado de tutela, posto que não estávamos mais envolvendo direitos individuais, ou mesmo que presentes a sua extensão se apresenta de forma uniforme a inúmeras pessoas.⁵⁰

Diante desse contexto, firmou-se o processo coletivo como meio por excelência direcionado a assegurar a mais ampla eficácia possível do meio ambiente enquanto direito fundamental.⁵¹ Sob essa perspectiva se observará nos próximos tópicos o teor das provas discutidas judicialmente nos processos que tratam sobre os bens ambientais, expondo-se a relevância de cada uma delas no processo como fundamentais ao convencimento e posterior ato decisório do juiz.

Vale a ressalva de que, conforme a tendência de modernização dos institutos de prova, ao juiz é dado considerar, caso a caso, se a prova será útil à reconstrução dos fatos a que se

⁴⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 3ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 12-27.

⁴⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 151-152.

⁵⁰ ALEXANDRIDIS, Georgios J. I. B. Questionamentos sobre a Prova no Processo Coletivo. In: *Revista de Direitos Difusos: Ano VII, vol. 36 - Direito Processual Civil Coletivo (I)*, 2006. p. 56.

⁵¹ GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. In: *Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Ambiental. Facultad de Derecho - UBA*, 2005. p. 119-120.

tenta subsumir a norma abstrata, independentemente da existência específica de norma que a preveja. Merecendo pequenas ressalvas pelos termos absolutos adotados, o jurista italiano Michele Taruffo⁵² bem diz que “Desde esta perspectiva, es ‘prueba’ todo aquello que sirve logicamente para probar el hecho, no aquello que la ley determina ‘prueba’”.

2.1.1 Sobre a prova em Direito Ambiental

O processo democrático pressupõe a observância e tendências de conduta das partes (inclusive o magistrado) em prol da cooperação e da boa-fé, como meio de efetivação de decisões justas. O paradigma processual comedido e distante, típico do Estado liberal, deve ser então superado e substituído por um processo diligente e interessado na efetiva resolução da lide. Fala-se em finalmente entender o processo não como um jogo que determina vencedores e perdedores, mas antes como o instrumento razoável e democrático para pacificação de conflitos.⁵³

A premissa processual adotada protagoniza a relevância da prova ao caminhar tais veredas. De mais a mais, é inevitável perceber que a prova pode ser justamente a razão íntima das discordâncias e insatisfações levadas ao Judiciário. Até por isso o acesso à justiça e a promoção do contraditório tem recebido tamanho destaque. Pela mediação das narrações das partes e pela honestidade processual é passível a produção de provas realmente aptas a server incertezas.

Uma prova pericial sincera e completa serve como convencimento do juiz, mas principalmente dos sujeitos, ainda que apenas no seu íntimo, de que sua pretensão é ou não infundada. Em especial no direito ambiental, a razoabilidade das decisões deve considerar a imensurável gama de relações pessoais e fáticas que os diferentes elementos componentes do meio ambiente propiciam.

Para que o Poder Público faça a melhor valoração possível da prova ambiental, é preciso que sejam consideradas as conduta propositiva (ou omissivas) das partes no intuito de solucionar as divergências do caso, e que a boa-fé seja recompensada. A inobservância

⁵² TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. Bologna: Editorial Trotta: SEPS, 2002. p. 406.

⁵³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 227-228.

dolosa, por exemplo, de determinados padrões de segurança de tratamento de produtos químicos por determinada empresa de cosméticos - refutada até o fim pela parte e inquestionavelmente demonstrada nos termos fundamentados da sentença - não pode ser repreendida com menor rigor do que uma família ribeirinha que, há gerações residindo à beira mar, ante a imposição de sanção, admite desde sua primeira defesa que as modificações efetuadas em seu pequeno rancho foram adotadas como medida de urgência, sob pena de vê-lo ruir.

Apesar de representarem duas infrações a bens ambientais e, em que pese as realidades sociais e econômicas totalmente distantes, ambas representam atos ilícitos ambientais. A forma como os sujeitos respondem à constatação da irregularidade é que merece distinção de tratamento. De alguma forma o Estado deve olhar essas nuances quando da resolução das lides..

Feita essa breve digressão ilustrativa, entende-se que a importância da prova na consecução da paz social muito tem a ver com a liberdade dos sujeitos do processo de constituírem suas provas e questionarem as adversas. “O direito fundamental à prova é íntimo à democracia participativa no processo”⁵⁴.

Sabe-se que a prova, nos termos anteriormente explorados (vide capítulo I), configura-se como um direito das partes e implica sempre em um ônus (e não um dever), pois sua inobservância não pode ser sancionada, representando antes um prejuízo a ser suportado pelo titular detentor deste ônus.⁵⁵ Para além disso, a descoberta da verdade por meio da prova atende também ao interesse do Estado de proferir decisões justas na prestação de sua atividade jurisdicional.⁵⁶

⁵⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 229.

⁵⁵ ARENHART, Sergio Cruz. *Ônus da Prova e sua modificação no Processo Civil Brasileiro*. Academia Brasileira de Direito Processual. Revista Jurídica, n. 343, 2006. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2019.

p. 12.

⁵⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Coletiva e Deveres em matéria probatória*. In: Em defesa de um Novo Sistema de Processos Coletivos - Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 232.

Desse modo, ainda que couber às partes, desde o primeiro contato processual na fase postulatória, apresentar as provas disponíveis que corroborem suas alegações (além de requerer as demais cuja produção entendam indispensáveis), é na instrução do processo que muitas vezes serão realizados os atos de construção do acervo probatório essencial para a demonstração de adequação do direito material aos pleitos expostos no processo.

Frente a esses assentamentos dos estudiosos do direito probatório que se pretende revolver pontuais conceitos sobre os meios de prova que se entende por mais relevantes e arraigados ao processo, os quais se apresentam também ao processo ambiental.

2.2 MEIOS DE PROVA E SUA VALORAÇÃO

Em virtude de as questões ambientais muitas vezes extrapolarem a alçada do conhecimento jurídico, a formação do convencimento do magistrado impende da expertise de outras ciências que permitam dizer se o ato que se analisa tende a ser prejudicial ou não ao meio ambiente.

Nessa perspectiva, de fato o direito ambiental anda no liame entre o conhecimento consolidado das ciências naturais e a propensão ao risco e às inovações, própria das atividades econômicas - isso tudo dentro do contexto de uma economia de mercado e da livre iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da CRFB) em paralelo a proteção ao meio ambiente (art. 225 da CRFB) -, o que por certo resulta em maiores dificuldades probatórias e de apreciação dessa prova em juízo.

Ainda que a dúvida seja plausível e a incerteza permeie o andar processual, é inquestionável que ao magistrado fica vedado o *non liquet*⁵⁷, ou seja, não há como o juiz declinar o julgamento pela incapacidade das provas de firmar seu convencimento (art. 140 do CPC⁵⁸). De pronto, tal entendimento sugere que, no caso de julgamento cujas razões sejam

⁵⁷ Conforme definição de Sérgio Arenhart. Ônus da Prova e sua modificação no Processo Civil Brasileiro. ABDP. Revista Jurídica, n. 343, 2006: O direito romano admitia que o juiz pudesse recusar-se a julgar em casos que considerava que a prova das alegações não estava clara. Não estando convencido sobre a realidade dos fatos, podia simplesmente jurar sibi non liquere, retratando que em seu ver, as coisas não estavam claras, o que exoneraria o juiz de julgar a causa, impondo ao pretor nomear outro iudex para atuar no lugar do primeiro.

⁵⁸ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

fundadas exclusivamente pela vedação ao *non liquet*, já que as provas não são fortes o bastante para infirmar o embasamento do magistrado, resta ao aspecto objetivo do ônus da prova resolver o processo em desfavor da parte a quem incumbia demonstrar tal prova.

Se a ligação da prova à verdade é essencial para a justeza do processo, e o ato decisório o é apenas em razão de regra de julgamento, a conclusão que se chega é que o processo não se aproximou da decisão mais justa. Na cátedra de Barbosa Moreira, o “julgamento segundo o ônus da prova [na perspectiva da função objetiva], é uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada”.⁵⁹

Um outro traço marcante tomado pela prova no âmbito do processo coletivo diz respeito ao marcante ativismo permissível ao juiz para fomentar a instrução probatória. Diferente do processo individual, em que vigora o princípio da inércia judicial e da provocação do juízo pelas partes, no processo coletivo é até de se esperar que o magistrado assumira papel central na organização das provas necessárias ao deslinde ótimo do feito versando mesmo sobre ônus da prova e quesitos periciais, por exemplo.

Exploradas tais observações, passa-se a elencar o rol tradicional de provas (como meio de representação da verdade dos fatos) dentro do Processo Civil, e de que forma são transladadas ao âmago dos processos que tratam do meio ambiente.

2.2.1 Prova documental

A prova documental tem seu tratamento no Código de Processo Civil ao longo dos arts. 405 até o 449, que compõem a Seção VII do Capítulo XII. Em regra, a sua apresentação dentro do processo se dá na fase postulatória, cabendo a sua juntada em momento posterior, como, excepcionalmente, caso destinados a provar fato superveniente (art. 435, *caput*); como prova contrária, ou seja, em contraposição aos que foram produzidos nos autos (art. 435, *caput*); e em autorização legal de regra especial (arts. 350 a 352). De ofício, ao juiz é permitido solicitar certidões em repartições públicas, bem como procedimentos

⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Juiz e a Prova*. RePro 35/181-182

administrativos em que figurem como interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta (art. 438 e seus incisos).

A prova documental foi tradicionalmente tida como um objeto tangível ao qual se vinculava a representação de uma realidade, ou seja, como instrumento para demonstrar um fato. Fredie Didier Jr. faz menção a “toda coisa na qual estejam inseridos símbolos que tenham aptidão para transmitir ideias ou demonstrar a ocorrência de fatos”⁶⁰. A realidade atual de disseminação tecnológica e informatização da vida ampliou o conceito, passando a compreender toda a vasta gama de documentos que podem ser produzidos eletronicamente, tendência que o próprio Direito tem seguido, em suas mais amplas repercussões (digitalização dos processos, ampla variedade de mídias a serem documentadas - áudio e vídeo - são alguns exemplos). O regime da prova merece adaptação.

Entretanto, permanece a noção de que documento é o registro de um fato, enquanto obra de atividade humana. Ressalve-se que o documento não constitui prova de *per se*, mas antes se presta, nas palavras de Carnelluti⁶¹, “a despertar, mediante um equivalente sensível, a ideia que viria primariamente pela percepção de um fato”. Da mesma forma, enquanto registro, deve necessariamente advir da ação de autoria humana.

Outra característica importante, bem memorada por Neves e Castro e Pontes de Miranda⁶², dá conta da relevância da prova documental por sua estabilidade, a medida que apreende determinados fatos de forma “perpétua”, como bem demonstram as cláusula de um contrato.

No âmbito do direito ambiental, a prova documental tem papel reiteradamente discutido na forma de licenças ambientais, autorizações do Poder Público para exercer determinada influência sobre o meio ambiente e, como decorrência de acordos para sanar a

⁶⁰ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, vol. 2, 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018. p. 205.

⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*, 4 ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 190 apud DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, vol. 2, 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018. p. 207.

⁶² CASTRO, Francisco; MIRANDA, Francisco apud MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum - 2 ed. rev., atual. e ampl.* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 362-363.

desobediência das normas protetivas, pela formalização de Termos de Ajustamento de Conduta (TAC) como títulos executivos extrajudiciais (art. 5º, § 6º).

A pretensa “perenidade” da prova documental é inexoravelmente mitigada quando se trata de aferir a integridade de um bem ambiental. Acontece que o documento em referência se vincula a um direito material fluido e deveras mutável, podendo ser questionado judicialmente com maior frequência..

Por certo, a ilegalidade de determinada licença ambiental pode ser arguida ante a existência de um dano ambiental até então ignorado e que não possa ser mitigado. Quando se fala em condicionantes à licença ambiental, por exemplo, em que a vigência depende da congruência da atividade aos termos expressos, o documento em si é um ato perfeito, ainda que seja extinto pelo descumprimento.

No processo, portanto, a prova documental muitas vezes entabula os parâmetros normativos que envolvem determinadas relações do homem com os recursos de seu entorno, balizando e dando fundamentação à análise do magistrado dos pontos em divergência.

2.2.2 Prova testemunhal

Por sua vez, a prova testemunhal prevista do art. 450 ao 463 se forma pelas declarações de alguém estranho à relação processual, e tal como acontece com o depoimento pessoal das partes envolvidas, deve ser tomado, via de regra, por ocasião da audiência de instrução e julgamento (arts. 449, *caput*, e 453 do CPC). Deve ser requerida, em princípio, na petição inicial e na contestação.

Diferentemente do que ocorre na prova documental, o testemunho nada mais é do que o depoimento verbalizado de alguém, que atesta determinado fato ou situação. É direto, e portanto opera-se dando fim em si mesmo. Por pressupor imparcialidade, a testemunha deve ser sempre terceiro imune ao caso discutido no processo, blindando assim a informação carreada.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero bem pontuam sobre a isenção frente à lide, no sentido de que “a testemunha deve narrar o fato, sem preocupar-se em qualificá-lo tecnicamente, ou

ainda em demonstrar o seu significado”, nem se presta como meio hábil para atestar análise técnico-científicas, o que se faz por meio da prova pericial, “motivo pelo qual, se for essa a intenção, a prova testemunhal deve ser indeferida.”⁶³

A prova testemunhal pode ser impugnada pela contraparte, sob alegação de incapacidade, impedimento ou suspeição, sendo que o acatamento pelo magistrado importa em dispensa do depoimento ou sua escuta como informante. Outrossim, as declarações podem ser contraditadas pela apresentação de documentos que indiquem de forma contrária

Ao direito ambiental, e à prova que pode ser constituída pelo depoimento testemunhal, não há novidades paradigmáticas que lhe confirmam atenção redobrada, com a ressalva a ser feita de que para danos de difícil percepção este meio probatório só será indispensável quando o depoente for relevantíssimo na configuração fática apresentada pelas partes. Ademais, a prova testemunhal tem destaque para robustecer prova escrita que figure apenas como indício.

2.2.3 Prova pericial

A previsão do Código Processual Civil regulamenta a perícia em seus artigos 464 até o 480, consistindo a prova pericial, na letra da lei, em exame, vistoria ou avaliação. O momento de sua realização normalmente se dá entre o despacho saneador e a audiência de instrução e julgamento, podendo ter seus atos estendidos até esta. A rigor, a fase instrutória do processo só terá um caráter realmente diferenciado, no procedimento comum, quando necessária a realização de perícia.

A nomeação do profissional técnico especializado na matéria que se deve formar avaliação técnica é de responsabilidade exclusiva do juiz, como dedica o *caput* do art. 465, garantido às partes o contraditório - como de praxe no fazer prova. Para tanto, serão cientificados do início das atividades periciais, havendo possibilidade, inclusive, de constituir assistentes técnicos vinculados a si e que acompanharão as diligências realizadas.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum* - 2 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 399.

Em se tratando de questões ambientais, nas quais a atuação do direito é necessariamente complementada por conhecimentos de outras áreas com *expertise* de inferição das ciências naturais, fato é que a prova pericial ganha especial destaque na resolução dos conflitos judiciais, postando-se, talvez com algum exagero, como a rainha das provas do direito ambiental.

Isso porque, em que pese o aparato probatório de determinado processo poder conter robusta documentação e fortes depoimentos orais, para pontos específicos só a perícia realizada por um técnico especializado será meio apto a demonstrar a veracidade de certa informação.

Se determinado ruído extrapola as medidas impostas, configurando poluição sonora; na avaliação do EIA/RIMA de uma estrutura de desenvolvimento portuário; nos impactos que um novo empreendimento pode exercer sobre a zona de amortecimento de determinada Unidade de Conservação. Para todos esses casos, mais do que demonstrar que há uma licença para a atividade, ou da veracidade do teor das declarações de pessoas que vivem próximas ao local do fato, será antes um estudo, uma análise de caso que efetivamente avaliará a (ir)regularidade da atividade que se questiona. Esse é o valor inexorável que a prova pericial exprime no direito ambiental.

2.2.4 A formação de prova no inquérito civil e a atuação do Ministério Público

Elucubrado e idealizado pelo trabalho conjunto de Antonio Augusto M. C. Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, o inquérito civil foi acolhido pela Lei 7.347/1985 e configura-se não apenas como um meio de formalizar prova quando supera a fase de investigação e se torna processo, mas como meio de acesso à Justiça pela atuação precípua do Ministério Público.

Nas inalteráveis palavras de um de seus estruturadores, Édis Milaré define:

O inquérito civil é procedimento investigatório, de caráter inquisitorial, unilateral e facultativo, instaurado e presidido pelo Ministério Público, destinado a apurar a ocorrência de danos efetivos e potenciais a direitos ou interesses difusos, coletivos

ou individuais homogêneos ou outros que lhe incumba defender, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.⁶⁴

Na compreensão que lhe é dada hoje, o inquérito civil nasce legislativamente com a Lei da Ação Civil Pública e, parente do inquérito penal, originou-se formalmente como procedimento de investigação destinado a investigar e apurar elementos de convicção que sirvam de subsídio a propositura de demanda coletiva.⁶⁵

No campo ambiental, outra vez mais a Lei que 6.938/81, sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, foi pioneira. Em seu artigo 14, trata das penalidades pelo descumprimento de medidas de preservação e em razão de degradação ambiental, trouxe em seu § 1º a legitimidade do Ministério Público da União e dos Estados para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente, e inaugurou a função tutelar do ente ministerial, fundida posteriormente no instituto da Ação Civil Pública.

Nas lides coletivas ambientais, portanto, é o Ministério Público o legitimado ativo com atuação mais ampla (art. 5º, inciso I), funcionando mesmo como fiscal da lei nos casos em que não intervier como parte (§ 1º). As associações cujas finalidades institucionais inerentes tratem da proteção de interesses coletivos parecem não ter tanta proeminência.

Os poderes dotados para atuar como promotor da justiça ambiental extravasam também para diversas esferas: no crime do art. 10 da LACP (deixar de prestar informação técnica requisitada); na legitimação para propor ação cautelar satisfativa para a defesa do meio ambiente; em sua competência concomitante entre o *parquet* do local do dano ao federal.

Nesse sentido, o uso do inquérito civil, ou de simples requisições (facultadas na LACP, art. 8º) tem potencial de antecipar a prova de um dano ambiental que, em muitos casos, se alastra de forma desenfreada e contínua, motivo pelo qual a instrução processual seria permissiva ao dano pelo próprio tempo despendido na instrução.

⁶⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 1411.

⁶⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*, 3ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 109.

Diante de tais prerrogativas, importa saber que a prova ambiental, realizada antes mesmo da liturgia processual, preconiza uma dinâmica *interna corporis* do Ministério Público, visto que não há rito procedimental estabelecido para a realização do inquérito civil.

Sem embargo, deve-se obedecer ao princípio da publicidade, uma vez que as informações nele contidas servem a embasar uma possível futura ação de defesa de direitos supra-individuais. Em relação ao contraditório, parte da doutrina entende que, em se tratando de procedimento administrativo, e pela ausência da finalidade punitiva, este pode ser mitigado.⁶⁶

Argumenta-se que o inquérito civil é meramente instrumental e, ausente entre rol de suas finalidades o propósito de sancionar, nem ao menos estabelece uma relação jurídica para com o investigado. Tampouco se olvida que quando se mostram frágeis as informações ou inconsistentes com as razões que deram azo à sua instauração, cabe de ofício o arquivamento do feito. Porém, entende-se que tal visão comporta alguns problemas.

Marcelo Abelha bem lembra que infelizmente no Brasil tem-se o pusilânime hábito de veicular notícias de investigação de forma sensacionalista na mídia, sob a titulação de que *foi instaurado um inquérito civil* contra tal pessoa, por isto ou aquilo, o que carrega uma imagem negativa, em especial quando se vincula à possível ofensa a bens coletivos. A repressão social por vezes gera efeitos mais desastrosos que os próprios andamentos judiciais.⁶⁷

Singela demonstração trazida apenas para sustentar a importância de se observar os mínimos graus de contraditório, mesmo em um procedimento de natureza inquisitória, a fim de evitar que se estabeleça “prova” sem verdade, visto que ausentes os pressupostos do direito de defesa.

Já dentro do processo, caso as informações juntadas pelo inquérito venham a ser apresentadas em ação, parece óbvio que à prova construída unilateralmente merecerá impugnação pontual da parte afetada.

⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro apud RHEM, Luciana L. Kruschewsky. *O Inquérito Civil como instrumento legitimador da inversão do ônus da prova na Ação Civil Pública*. UFSC: Monografia. Florianópolis, 2009. p. 23-25.

⁶⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*, 3ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009. p. 114-116.

Por fim, cumpre ressaltar que frente a amplitude de poderes delegados ao ente ministerial para constituir prova (seja estrutural, operacional e de inteligência), há limitações básicas no exercício de seus poderes. A demonstração de prova a ser trazida aos autos, ainda que sob os traços de indício probatório, tem necessariamente de ser condizente a uma realidade de dano, sendo inaceitável a incitação do estado julgador com base apenas em suspeita, sob pena de má aplicação de suas atribuições.

Nos dizeres de Flávio Yarshell, “é o Ministério Público uma função da Justiça e não a Justiça uma função do Ministério Público”, no sentido de que devem ser respeitados sempre os ditames legais e os princípios constitucionalmente fundados de publicidade e dever de motivar. Afinal, seria atentar contra a isonomia pressupor prerrogativas ao Ministério Público que não sejam estendidas às partes em condição de paridade.

Certo que ao Ministério Público, entre nós, a Constituição Federal reservou o papel de defesa ‘da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (art. 127). Nem por isso, contudo, parece lícito afirmar que o direito à prova outorgado àquela Instituição possa ter conceitualmente uma maior amplitude.⁶⁸

Some-se à isso o fato de que no direito ambiental muitas vezes as dificuldades e incertezas científicas são suscetíveis de distorções de argumentação quando se discute a adoção de inovações técnicas. Os riscos que a atividade privada econômica normalmente se propõe a correr muitas vezes são riscos com o qual o homem sempre teve que lidar e aos quais deve boa parte de sua história.

Por tudo que se expôs ao longo deste segundo capítulo, é possível trazer algumas reflexões: i) a ação civil pública é o instrumento processual por excelência de tutela dos interesses e direitos coletivos, com fulcro na LACP, no CDC e na Constituição Federal; ii) o meio ambiente enquanto bem tutelado diz respeito a todos os elementos de interlocução do homem com o seu entorno, em seus elementos bióticos e abióticos (meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho); iii) para além das sensibilidades inerentes dos direitos difusos, a prova e o processo, quando tratam de questões ambientais, devem absorver em sua lógica o fato de que as complexidades temáticas merecem uma leitura científica plural. O direito não é bastante *per si* para apreciar as questões do meio ambiente; iv) ainda nesse

⁶⁸ GRECO, Leonardo. *As provas no processo ambiental*. In: Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Ambiental. Facultad de Derecho - UBA, 2005. p.

sentido, a capacidade das partes de cooperarem em juízo potencializa a tutela dos bens ambientais e garante maior segurança jurídica à jurisdição; v) os meios de prova tradicionais têm sua valoração mitigada (prova documental é relativizada; a testemunha muitas vezes não pode atestar o grau de influência do fato no meio ambiente; a perícia pois traz o conhecimento de outras áreas das ciências naturais para dentro do direito); e vi) o inquérito civil constitui prova pré-processual e, sob a tutela do Ministério Público, é relevante quando no processo.

3 INCONSISTÊNCIAS DA SÚMULA 618 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nos primeiros capítulos desta obra foram realizadas relevantes considerações teóricas e procedimentais a respeito do instituto da prova, bem como do modo como a própria essência do escopo probatório e do seu ônus se mescla à dinâmica do processo civil enquanto formadores de decisão judicial fundamentada que represente, o mais fielmente possível, a verdade dos fatos expostos e sua adequada subsunção ao ordenamento jurídico.

Consagradas as homenagens de estilo, apreciou-se com a mesma diligência as características que descrevem os bens ambientais, as quais demonstraram a abrangência e complexidade de um meio ambiente físico e natural que atua em sincrônica reciprocidade às criações artificiais e culturais humanas, criando um plexo conceitual de rara apreensão.

Em meio a tudo isso exsurge o Direito Processual Ambiental, como tutor jurídico das questões ambientais a estabelecer a conexão do ordenamento jurídico brasileiro às mais variadas ciências naturais, estrangeiras por sua formação à origem histórico-sociológica da ciência jurídica. As exigências materiais do direito ambiental propulsionaram o narrado intercâmbio.

Tendo isso em mente, é com grato acolhimento que se dá abertura ao derradeiro capítulo desta monografia, na qual se pretende percorrer pretensiosa porém honesta análise das razões que levaram à edição da Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça, além, e principalmente, das suas repercussões ao direito processual civil ambiental.

Para tanto, serão necessários os conhecimentos expostos sobre as implicações da distribuição processual do ônus de fazer prova, agora especialmente voltados às questões de “degradação ambiental”, como refere a Súmula.

Como forma de finalizar adequadamente o Capítulo, após a análise da Súmula enquanto instrumento de pacificação do entendimento nos tribunais, serão apresentadas algumas considerações e indicativos, com o único intuito de aperfeiçoar a aplicabilidade da distribuição do ônus da prova ao fim de melhor operacionalizar as lides ambientais e assim fomentar um ciclo virtuoso de consolidação sustentável dos bens ambientais.

3.1 AS SÚMULAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

No dado momento, é importante tecer alguns breves comentários sobre a sumulação de entendimentos, na forma como os Tribunais adotaram tal instrumento, para então examinar com enfoque o mérito da Súmula em estudo.

Basicamente, a Súmula é um enunciado que demonstra o entendimento da jurisprudência majoritária e pacificada sobre determinado tema. Diversos julgados referentes à matéria são compilados como demonstrativos do mérito das decisões, no enfrentamento de certas condições fáticas e de direito.

Fato é que o tema afetado, porquanto proferido às instâncias superiores, vincula hierarquicamente o espírito dos julgadores *a posteriori*, como consequência prática quase que imediata à sua formulação.

Nas palavras de Nelson Nery Júnior, a Súmula é o “conjunto das teses jurídicas reveladoras da jurisprudência reiterada e predominante no tribunal e vem traduzida em forma de verbetes sintéticos numerados e editados”⁶⁹.

Esse impulso de assentamento da aplicação das regras jurídicas aos casos concretos é vívido no exercício da função jurisdicional. Cabe ao Poder Judiciário dar sentido e alcance à regra jurídica visitada pelo Direito, de forma íntegra, diante das mais variadas interpretações possíveis em um mesmo contexto.

Destarte, para evitar que, frente a um mesmo contexto fático, dentro de uma mesma realidade social, subsistam aplicações diversas sobre uma mesma regra, nasce a tendência de uniformização da jurisprudência⁷⁰. O método adotado respalda os preceitos de segurança jurídica e de isonomia, tratando de planificar a aplicação das normas abstratas aos casos concretos de idêntico teor.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o ordenamento codificado brasileiro recentemente passou a internalizar algumas dinâmicas próprias dos países de

⁶⁹ NERY Jr., Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revistas do Tribunal, 2015. p. 1832.

⁷⁰ STRECK, Lênio. *Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro*. Tese de Pós-Graduação. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis. 1995. p. 112.

tradição do *Common Law*, e dentre elas, o que se convencionou chamar sistema de precedentes.

Nessa lume, as decisões judiciais devem prestar deferência não apenas às leis, como também aos precedentes, em homenagem à coerência e integridade do sistema democrático de direito, o que, importa ressaltar, não quer dizer que as teses adotadas são imutáveis. Pelo contrário, é desejável (e esperado) que mudem. O Direito, afinal, é reflexo dos valores de seu tempo, e as valorações de hoje são por certo superações dos valores do passado, além de parâmetros aos valores do amanhã.

Devem ser feitas algumas ressalvas, a fim de evitar que, ao sumular entendimentos, os enunciados formulados pelas Cortes Superiores não vinculem ou sejam tomados como inquestionáveis pela jurisdição. Ainda que representem traduções da posição jurisprudencial dominante na apreciação de determinado tema, espera-se que, superado o contexto que lhe deu ensejo, diante do novo entendimento sobre realidade a que se aplica, seja, então passível de revisão ou revogação o texto da súmula.

A intenção clarividente dessa importação jurídica é no sentido de dar coerência e integridade às decisões judiciais, fomentando a segurança jurídica e evitando a randomicidade de julgados diferentes para mesmas situações de fato.

Andam nesse sentido as ilações recentes trazidas pelo Código Processual Civil, ao ordenar que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (*caput* do art. 926⁷¹). Ainda nessa linha, a observância às Súmulas do Superior Tribunal de Justiça passou a vincular a atuação dos magistrados⁷²:

⁷¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

⁷² Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

IV - os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional;

§ 1o Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1o, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2o A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

Existindo precedente constitucional ou precedente federal sobre o caso debatido em juízo, a fidelidade ao direito constitui fidelidade ao precedente. Daí que a ausência de efetivo enfrentamento – mediante a demonstração da distinção – pelo juízo de precedente invocado pela parte constitui omissão relevante na redação da fundamentação. Existindo precedente invocado pela parte, esse deve ser analisado pelo juízo. Se disser efetivamente respeito à controvérsia examinada em juízo, deve ser adotado como razão de decidir. Se não, a distinção entre o caso precedente e o caso concreto deve ser declinada na fundamentação. A ausência de efetivo enfrentamento do precedente constitui violação do dever de fundamentação (art. 489, § 1º VI, CPC).⁷³

Para Nelson Nery Jr. há certa malversação no uso dos precedentes na interpretação dada pelo sistema da *Civil Law*. A edição dos enunciados resumiu-se a simplificar os julgamentos, adotando-se indistintamente o brocardo a casos nem tão similares.

Em sua essência anglo-americana, no precedente “há uma análise acurada do caso para que se verifique se é cabível a aplicação do mesmo princípio que norteou o julgamento do caso tomado como precedente”, sendo invocado, portanto, pois no caso específico há uma analogia, substancialmente falando. De todo modo “a afirmação da analogia tem de sujeitar-se ao *distinguo*”⁷⁴.

A consolidação dessa lógica, importada de um direito regulado com base em costumes, afasta de certo modo o dever da estrita legalidade das decisões judiciais, ainda que a tese adotada vincule-se necessariamente a uma interpretação legal. O § 1º do artigo 489 do CPC⁷⁵, por exemplo, a contrário senso do *caput*, considera fundamentada decisão interlocutória, sentença ou acórdão que siga enunciado de súmula aplicável ao caso em julgamento. Em tempo, a apreciação do magistrado deverá observar tanto a normativa aplicável aos fatos como os brocados erigidos pelas cortes superiores.

§ 3o Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4o A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo CPC comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 494.

⁷⁴ ASCENÇÃO, José de Oliveira apud NERY Jr. Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revistas do Tribunal, 2015. p. 1832-1833.

⁷⁵ Art. 489. (...).

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...)

VI deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De outra parte, o trecho final do dispositivo mantém a independência do juiz de decidir em inobservância de entendimento sumulado quando demonstrar “superação do entendimento”. Fundamental esse excerto, porquanto permite a rediscussão e revigoração do pronunciamento, acatando a possibilidade de mudanças interpretativas e da ampla e irrestrita defesa das partes fazerem seu caso.

Mantenha-se a ressalva, todavia, de que a tendência que se observa nos juízos de primeira instância, e mesmo nos Tribunais estaduais, é de proferir decisões que em sua fundamentação apresentam a súmula como *ratio decidendi*, o que representa descaso à mínima demonstração da similitude fática a permitir essa transposição. Tais são as considerações necessárias a respeito das súmulas no direito brasileiro.

3.2 A SÚMULA 618 DO STJ

A Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça tem sua edição em momento oportuno de consolidação dos direitos ambientais difusos no ordenamento jurídico pátrio. De 1980 até 2018, não são poucos os institutos e órgãos da atividade estatal que se instauraram a fim de ver garantidos os preceitos constitucionais de equilíbrio ecológico e proteção do meio ambiente.

A ode hoje entoada como invólucro ao desenvolvimento sustentável é merecida e mesmo desejável, a considerar os efeitos do método de crescimento econômico adotado pelas grandes potências da revolução industrial, pautado substancialmente no uso irrefreado dos recursos naturais e da consolidação da era da técnica (dos combustíveis fósseis ao refinamento mineral e a aprimoramento da indústria). O mundo herdado pela geração de filhos da Rio-92⁷⁶ despertava a consciência dos danos até então perpetuados, e os próprios governos paulatinamente adotaram discursos e medidas pela necessidade de mitigar os efeitos da então desencadeada *crise ambiental*⁷⁷.

⁷⁶ Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como Eco-92.

⁷⁷ LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 43-44.

Em tempos de construção do que hoje se tem por padrões de segurança e respeito aos padrões mínimos de saúde pública, certos momentos da história atestaram a sobrecarga das potencialidades econômicas frente à higidez dos bens ambientais. Vide o ocorrido, no auge da revolução industrial, do nevoeiro tóxico de Londres de 1952⁷⁸, no qual a poluição do ar pela emissão de gases da indústria matava sem que ao menos houvesse suspeita.

Quando se fala que o meio ambiente é um direito difuso, para além da caracterização jurídica impende e é até redundante dizer que não há divisões de fronteiras, religião ou nação desvinculada da temática ambiental. Os grandes desastres em escala global elucidam que o risco de dano ambiental mostra-se por vezes grande demais para ser assumido.

Com base nessas considerações que as normas jurídicas formulam-se como normas éticas, de respeito e estudo do meio ambiente, tracejadas conscientemente sob a perspectiva da capacidade de influência da atividade humana como uma determinante histórica ambiental. Morato Leite, repercutindo a *teoria da sociedade de risco*⁷⁹ de Ulrich Beck, propõe o conceito de Estado de Direito Ambiental, pautado, fundamentalmente, nos princípios da precaução e da prevenção (explorados nos julgados que dão subsídio à Súmula a ser estudada), na democracia participativa, na educação ambiental, na equidade intergeracional, na transdisciplinaridade e na responsabilização ampla dos poluidores para a salvaguarda do bem ambiental⁸⁰.

De fato, no mundo jurídico as normas ambientais foram muito bem vindas e exercem um papel constitucionalmente relevante. Frente a esse estado de crise que o direito ambiental brasileiro instaura normas difusas de proteção e tutela do bem ambiental coletivo a partir do arcabouço Constitucional de 88. A Súmula 618 do STJ é inquestionável apelo neste caminho.

⁷⁸ Big Smoke of London, em 1952.

⁷⁹ BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo*: Segundo a teoria da sociedade de risco, a sociedade pós-industrial ou moderna existe em insustentável iminência de catástrofes ambientais, face ao insustentável modo produtivo adotado. In: LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸⁰ LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45.

3.2.1 Imprecisão hermenêutica e problemas de aplicação prática

Publicada em 30 de outubro de 2018, a Súmula 618, com o perdão da franqueza com que se expõe, é tão recente quanto incerta, apesar de num primeiro passar de olhos não haver muito a impugnar. Afinal, estipular regras processuais mais favoráveis, em favor da tutela do meio ambiente soa bem razoável.

Ao olhar mais acurado passa-se a ter outra percepção. A redação da Súmula 618, em que pese fundada na intenção de assentar entendimento sobre as inversões de ônus da prova que vinham sendo aplicadas sob outros fundamentos ao processo civil ambiental - com base no princípio da Precaução e na responsabilidade objetiva pela teoria do risco, conforme se verá mais adiante -, entende-se, é imprecisa e lacunosa.

Repita-se o aforismo, “*a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental*”.

De pronto, cumpre algumas anotações sobre a terminologia de que se fez valer o STJ. Em especial pela generalidade com que foram empregados, os termos dificultam sobremaneira a dedução do caso concreto à norma, fragilizando, portanto, sua exegese. Por certo, o mínimo que se espera do comando sumulado é a sua clareza e, como finalidade própria, que sirva a ampliar a segurança jurídica da matéria, e não o contrário.

Ao dispor que a inversão do ônus da prova “aplica-se” às ações de degradação ambiental, faz dúvida a assunção de que trata-se de um dever de aplicação ou de mera possibilidade. Para Pedro Niebuhr e Felipe Linhares, caso entenda-se como uma mera faculdade aplicada ao juiz, “a Súmula falou o óbvio”⁸¹.

Efetivamente, a inversão já se mostrava possível lançando-se uso do inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, aplicável dentro do microssistema processual coletivo ambiental por força do artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública. No mais, o saudoso § 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil, como já explorado ao longo Capítulo I, foi

⁸¹ NIEBUHR, Pedro de Menezes; LINHARES, Felipe Neves. *Problemas da Súmula 618 do STJ sobre inversão do ônus da prova em matéria ambiental*. JOTA, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/problemas-da-sumula-618-do-stj-sobre-inversao-do-onus-da-prova-em-materia-ambiental-30112018>. Acesso em 25 de maio de 2019.

concebido justamente para prever de forma genérica a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus probatório, quando as características do caso fático assim exigirem.

Ademais, ainda em referência à previsão do artigo 6º do CDC, perdeu-se valiosa oportunidade de melhor delimitar os contornos de interpretação dos requisitos do inciso VIII⁸², a saber, a verossimilhança das alegações e, em especial, a hipossuficiência da parte autora. Isso porque a jurisprudência pátria, ainda que de forma tranquila entendesse pela aplicabilidade da inversão, como garantia de proteção ambiental, adotava interpretações muito variadas para tal, pautadas em complexas construções envolvendo o princípio da precaução; a proteção ao bem público coletivo; e a hipossuficiência da coletividade lesada, ainda que substituída processualmente, como acontece quando atua o Ministério Público.

Neste último ponto, por mais que se tenha a coletividade lesada (ou a sociedade, como trata o Min. Francisco Falcão no REsp 1.049.822/RS) como titular do direito ao meio ambiente sadio e preservado, é no mínimo incerto pressupor a hipossuficiência do Ministério Público para a instrução probatória, em especial tendo-se em vista o notável e avantajado aparato técnico, jurídico e estrutural do órgão. Para além disso, se o modelo processual das tutelas coletivas pretende evoluir como construção cooperativa de resolução de litígios, não é razoável que o potencial contributivo do ente ministerial seja desperdiçado.

Relevante destacar que os precedentes da Súmula corroboram no sentido de que o enunciado apresenta mera faculdade do magistrado (nesse sentido, AgRg no AREsp 533.786/RJ, no AgInt no AREsp 846.996/RO, no AgRg no AREsp 183.202/SP, no REsp 883.656/RS e no REsp 1.049.822/RS).

De outro modo, se a intenção do Superior Tribunal de Justiça era tornar regra a inversão do ônus da prova em demandas ambientais, andou mal. Novamente a imprecisão dos termos adotados impede uma leitura concisa e acertada neste sentido.

E, por tudo o que se expôs ao longo desta obra, a inversão como regra é inclusive indesejável. A merecida crítica que se faz à sistemática da distribuição estática do ônus da

⁸² Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

prova tem muito a dizer sobre a insuficiência que a pré-ordenação do encargo probatório gera sobre as partes. Nessa toada, a adoção de irrestrita inversão do ônus como o padrão probatório às divergências ambientais judicializadas implicaria no retorno da teoria estática, já que o ônus de constituir prova seria atrelado às partes em razão da sua posição processual.

A atual teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada pelo CPC de 2015, é virtuosa justamente pelo reconhecimento, primordial às questões ambientais, das intempéries da circunscrevem a construção da prova, da incerteza científica recorrente quanto ao método e a técnica e, por fim, a própria complexidade de que trata este direito material. Assim como os meios de prova merecem maior flexibilização, aos juízos ambientais cumpre instrumentalizar as partes da melhor forma possível, avaliando o caso em comento em minúcias para, só então, apreciar quem possui melhores condições de fazer prova.

A maior virtude da construção orgânica e ponderável do ônus da prova é justamente evitar a *prova diabólica* ou a *prova quase impossível*, direcionando-a, sempre que possível, de modo a facilitar a sua produção. Tal é o poder delegado ao juiz.

Conduzir conscientemente e com cautela, a fim de que não se opere uma simples inversão de dificuldades, é o que melhor representa a superação da injustiça pela irrevogável aplicação estática do *onus probandi*⁸³. A participação do magistrado é inegavelmente mais ativa no processo coletivo, e de outro modo não poderia ser⁸⁴.

O momento de decretação da inversão do ônus da prova também poderia ter sido consolidado na elaboração da Súmula. Entende-se que a distribuição do ônus, afora dos termos do *caput* do art. 373, deve ser despachada pelo juiz em saneador, conquanto diz respeito à atividade probatória das partes (ônus subjetivo), compondo regra de instrução. É o método óbvio a ser adotado para evitar os problemas da decisão surpresa e, da mesma forma, facilitar o contraditório processual.

Quando se refere à “ações de degradação ambiental” também não há qualquer indicativo de qual natureza dessas ações, se a inversão deve ser aplicável para além do âmbito civil, gerando efeitos em âmbito criminal e administrativo.

⁸³ CITOLIN, Eduardo Tonin. *O ônus probatório nas lides ambientais*. Revista de Direito Ambiental - RDA, São Paulo, v.18, n.69, p. 227-248, jan./mar. 2013.

⁸⁴ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 234-236.

A doutrina e a jurisprudência majoritária mantêm-se contrárias à aplicação da inversão do ônus da prova para fora dos limites da responsabilidade civil. Nos processos administrativos a presunção da legitimidade e veracidade dos atos perpetrados pelo Poder Público, apesar da necessidade de serem refutados pelo acusado, já que constituem-se em verdades relativas, exerce uma carga danosa menor. Na ação penal ainda menos, tendo em vista que diante dos efeitos mais severos, há por certo um maior estigma de presunção inocência do acusado e de ampliação hermenêutica da ampla defesa⁸⁵.

Observando os precedentes indicados como representativos da jurisprudência dominante, nota-se que as discussões travadas, quase que em sua inteireza, versam da responsabilização civil, do que se conclui ser esta a orientação que tentou fazer a Súmula 618.

Problemática também a desconsideração de que muitas vezes as Ações Cíveis Públicas ambientais alçam ao pólo passivo potenciais degradadores ambientais diretos (causador do dano) e indiretos (contribuiu para a causação). Os órgão ambientais estaduais e federal são compelidos, muitas vezes, a fazer ou deixar de fazer: obstar processo de licenciamento, refazer estudos, quando não são condenados solidariamente à reparação de um bioma.

Por isso a importância de, em despacho saneador, o juiz indicar especificamente o que deve ser provado e a quem recai este ônus. Caso assim não seja feito, assume-se o risco de exigir prova de quem não pode fazê-la ou ainda exigir que se prove a licitude da conduta de terceiros⁸⁶.

3.2.2 Precedentes fundantes

A edição da Súmula 618 consolidou seu entendimento compilando doze julgados considerados paradigmáticos sobre o tema, conforme tabelamento abaixo.

⁸⁵ NIEBUHR, Pedro de Menezes; LINHARES, Felipe Neves. *Problemas da Súmula 618 do STJ sobre inversão do ônus da prova em matéria ambiental*. JOTA, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/problemas-da-sumula-618-do-stj-sobre-inversao-do-onus-da-prova-em-materia-ambiental-30112018>. Acesso em 25 de maio de 2019.

⁸⁶ Ibidem.

Tabela I. Comparativo de fundamentação dos precedentes

	Julgado (nº)	Caso fático (dano ambiental)	Fundamento para inversão
1.	AgInt no AREsp 1.090.084/MG (DJe 28/11/2017)	Dano à saúde ou ao meio ambiente por ondas eletromagnéticas emitidas pela Estação Rádio Base.	Art. 6º, inciso VIII, do CDC; Precaução (<i>ref.</i> julgados #3 e #5); e Responsabilidade objetiva
2.	AgInt no AREsp 779.250/SP (DJe 19/12/2016)	Construção em APP. Pedido de perícia pelo réu e pela Prefeitura	Precaução (<i>ref.</i> julgado #4)
3.	AgInt no AREsp 846.996/RO (DJe 19/10/2016)	Reparação civil. Afetação à atividade pesqueira (ictiofauna) por Usina Hidrelétrica	Responsabilidade objetiva: teoria do risco integral (<i>ref.</i> julgados #4 e #5)
4.	AgRg no AREsp 183.202/SP (DJe 10/11/2015)	Reparação civil. Adição de produtos químicos pela Usina Hidrelétrica para conter infestação de moluscos	Art. 6º, inciso VIII, do CDC; Precaução (<i>ref.</i> julgados #10 e #11); e Responsabilidade objetiva (Art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81);
5.	AgRg no AREsp 533.786/RJ (DJe 29/09/2015)	Reparação civil. Dano ambiental à atividade pesqueira (ictiofauna) pela instalação de gasodutos na Baía de Guanabara	Precaução; Responsabilidade objetiva (risco integral); Afastou a aplicação do CDC (“não há relação de consumo”).
6.	REsp 1.517.403/AL (DJe 19/12/2016)	Extração de argila sem o devido licenciamento. Legitimidade passiva para responder pelos danos e desconsideração da personalidade jurídica	Responsabilidade objetiva (“bastando a comprovação do nexo causal); Risco integral (<i>ref.</i> julgado #12)
7.	REsp 1.237.893/SP (DJe 1º/10/2013)	Loteamento irregular em área de proteção de mananciais. Pagamento de honorários periciais	Precaução; (julgado #12) - Inversão
8.	AgRg no AREsp 206.748/SP (DJe 27/02/2013)	Reparação civil. Afetação à atividade pesqueira (ictiofauna) por Usina Hidrelétrica	Precaução - Retorno dos autos para que proceda-se novo julgamento considerando a Inversão; Responsabilidade objetiva (Lei nº 6.938).
9.	REsp 1.330.027/SP (DJe 09/11/2012)	Reparação civil. Afetação à atividade pesqueira (ictiofauna) por Usina Hidrelétrica	Art 6º, VIII, do CDC; Precaução - Inversão; Responsabilidade objetiva (Lei nº 6.938); “Teoria do Risco”.
10.	REsp 883.656/RS (DJe 28/02/2012)	Reparação civil. Contaminação com mercúrio.	Art 6º, VIII, do CDC; Precaução - Inversão; Responsabilidade objetiva (Lei nº 6.938); e Teoria dinâmica do ônus da prova
11.	REsp 1.060.753/SP (DJe 14/12/2009)	Emissão de poluentes. Provimento do REsp determinando o retorno dos autos para realização de perícia favorável ao suposto degradador. Cerceamento de defesa	Art 6º, VIII, do CDC; e Precaução - Inversão
12.	REsp 1.049.822/RS (DJe 18/05/2009)	Queimadas na atividade ferroviária. Inversão do ônus e das despesas da perícia.	Art 6º, VIII, do CDC - Inversão

Fonte: Superior Tribunal de Justiça, 2019.

Dito isto, à presente monografia se fez essencial debruçar-se sobre tais julgados, de modo a extrair com a maior riqueza possível a construção jurisprudencial elaborada. Apresenta-se, então, de forma simplificada, a Tabela I, a fim de sistematizar e elucidar questões pontuais que parecem relevantes à análise que se ora se faz.

Sistematizados acima, dos doze julgados tomados como precedentes da Súmula é possível extrair com certa prontidão algumas informações interessantes, que servirão de subsídio às inferências melhor aprofundadas no último tópico desta monografia. A tabela I apresenta dados básico acerca dos precedentes: o número do processo e a fase recursal; o pano de fundo fático discutido aos autos; e o fundamento da inversão.

Metade das decisões referidas fazem menção direta ao Código de Defesa do Consumidor como fonte primordial da inversão do ônus da prova.

Ao menos oito acórdãos fazem menção específica à responsabilidade objetiva como fator determinante à inversão do ônus para que o réu demonstre que sua atividade indubitavelmente é inofensiva ao meio ambiente, ou que o dano decorre de causa diversa. Dentro destes, a argumentação se segmentou entre a construção doutrinária e jurisprudencial da teoria do risco integral (que obsta as excludentes de ilicitude), e as disposições da Constituição Federal (art 225, § 3º⁸⁷) e da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 14, § 1º⁸⁸).

Como bem se pode observar, nove dos doze julgados foram publicados em data anterior à vigência do atual Código Processual Civil. Não se pode ignorar o fato de que a Súmula uniformizou o entendimento da inversão do ônus sob os auspícios da legislação antiga (CPC de 1973), ou quando menos, a fundamentação massiva se pautou em interpretações legislativas do código revogado. Essa anotação tem especial relevo considerando-se que a

⁸⁷ CRFB. Art. 225, § 3º. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁸⁸ Lei Federal 6.938/81. Art. 14, § 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

nova codificação ganhou tratamento substancialmente mais refinado e moderno para a temática⁸⁹.

As mais consistentes fundamentações para que se procedesse a inversão do ônus probatório estiveram presentes na forma do princípio da precaução, que constou diretamente em nove julgados.

Sobre as matérias versadas e os diferentes contextos fáticos apreciados temos: indenização pelo dano à atividade pesqueira decorrente da instalação/operação de empreendimentos - hidrelétricas e gasoduto (5); construções em áreas protegidas (2); poluição (ondas eletromagnéticas e contaminação com mercúrio, 2); desenvolvimento de atividade sem o devido licenciamento (extração de argila, 1); queima de vegetação (1); e execução fiscal por multa ambiental (1).

3.2.3 Problemáticas sobre os fundamentos da inversão: o Código de Defesa do Consumidor, o princípio da Precaução e a responsabilidade civil objetiva (teoria do risco)

Como mencionado, o STJ pacificou seu atual entendimento no sentido de que é possível a inversão do ônus da prova quando a demanda em espécie tratar de degradação ambiental (entendendo-se esta a acepção adotada do termo “aplica-se”).

Os precedentes listados à Tabela I, compilados na edição da Súmula 618, adotaram, como fundamentos para a inversão do ônus da prova, a previsão (i) do Código de Defesa do Consumidor, (ii) o princípio de precaução, e (iii) a responsabilidade objetiva pelo dano ambiental (art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81). A fundamentação da inversão através da lógica do CDC foi apresentada ao longo do Capítulo I, de modo que prescinde ser abordada novamente, reforçando apenas a atenção do leitor ao fato de que os requisitos do art. 6º, VIII, devem estar sumariamente configurados para que a inversão seja desejável.

⁸⁹ NIEBUHR, Pedro de Menezes; LINHARES, Felipe Neves. *Problemas da Súmula 618 do STJ sobre inversão do ônus da prova em matéria ambiental*. JOTA, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/problemas-da-sumula-618-do-stj-sobre-inversao-do-onus-da-prova-em-materia-ambiental-30112018>. Acesso em 25 de maio de 2019.

A seu tempo, o princípio da Precaução e a teoria da responsabilidade civil objetiva, fundada na teoria do risco, preenchem prateleiras infindáveis das bibliotecas jurídicas nacionais, de forma que aqui se pretende pontualmente falar ao que é mais sensível na aplicação da Súmula e perpassa à teoria da prova. Por justeza intelectual, a exploração feita nesta monografia pretende apenas aclarar os temas, sem com isso esgotar estudo tão rico, com temáticas que preencheriam outros trabalhos de louváveis esforços.

O princípio da precaução, fundamental ao ideário do direito ambiental, é definido, para ser sintético, em construção doutrinária e jurisprudencial, inexistindo previsão expressa de seu conceito *ope legis*. Apresenta-se a síntese do dogma como sedimentado no princípio quinze da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, também conhecida como Declaração do Rio de Janeiro:

Princípio 15: De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O julgado emblemático do Recurso Especial nº 883.656/RS, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, constante entre os precedentes da Súmula 618, assim explica os efeitos inerentes a concepção do princípio:

Por sua vez, o princípio da precaução, reconhecido implícita e explicitamente pelo Direito brasileiro, estabelece, diante do dever genérico e abstrato de conservação do meio ambiente, um regime ético-jurídico em que o exercício de atividade potencialmente poluidora, sobretudo quando perigosa, conduz à inversão das regras de gestão da licitude e causalidade da conduta, com a imposição ao empreendedor do encargo de demonstrar a sua inofensividade.⁹⁰

No sentido dado em seu voto, o ministro conclui que, na prática o princípio da precaução pressupõe, quando se verificar a insuficiência, imprecisão ou inconclusão dos dados científicos disponíveis à ciência da época, que deverá ser resguardado o meio ambiente diante da possibilidade do dano⁹¹.

Na verdade, de outra forma coloca o professor Paulo de Bessa Antunes, para quem o princípio da precaução deve ser usado como medida para adoção de riscos. Conforme bem

⁹⁰ STJ. REsp 883.656/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe: 28/02/2012.

⁹¹ LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99.

verifica, em havendo incerteza científica, ocorre que “nem o réu, muito menos o autor, poderão provar nada”. A inversão do ônus da prova, portanto, não se confunde com a produção de prova impossível⁹².

Além disso, para contrapor o caráter generalista com que os precedentes do STJ aparentemente elevaram o princípio da precaução, tomado como máxima aplicável indistintamente, colhe-se decisão do STF que tratou do princípio adotando uma linha de raciocínio concisa e um tanto mais branda. No caso, trata-se do Recurso Extraordinário 627.189/SP, processado sob o rito da repercussão geral, de relatoria do Ministro Dias Toffoli.

No caso, discutia-se a pretensão de redução dos níveis de eletromagnetismo emanados pela concessionária de energia elétrica. A alegação dos requerentes sustentava-se em indícios de que as linhas de transmissão de energia elétrica, nos níveis em que se perpetrava, causaria danos à saúde humana e incrementava a possibilidade do desenvolvimento de câncer. Colhe-se a referida ementa, com destaques não originais:

Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Constitucional e Ambiental. Acórdão do tribunal de origem que, além de impor normativa alienígena, desprezou norma técnica mundialmente aceita. Conteúdo jurídico do princípio da precaução. Ausência, por ora, de fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal. Presunção de constitucionalidade não elidida. Recurso provido. Ações civis públicas julgadas improcedentes.

[...]

2. O princípio da precaução é um critério de gestão de risco a ser aplicado sempre que existirem incertezas científicas sobre a possibilidade de um produto, evento ou serviço desequilibrar o meio ambiente ou atingir a saúde dos cidadãos, o que exige que o estado analise os riscos, avalie os custos das medidas de prevenção e, ao final, execute as ações necessárias, as quais serão decorrentes de decisões universais, não discriminatórias, motivadas, coerentes e proporcionais.

3. Não há vedação para o controle jurisdicional das políticas públicas sobre a aplicação do princípio da precaução, desde que a decisão judicial não se afaste da análise formal dos limites desses parâmetros e que privilegie a opção democrática das escolhas discricionárias feitas pelo legislador e pela Administração Pública.

4. Por ora, não existem fundamentos fáticos ou jurídicos a obrigar as concessionárias de energia elétrica a reduzir o campo eletromagnético das linhas de transmissão de energia elétrica abaixo do patamar legal fixado.

5. Por força da repercussão geral, é fixada a seguinte tese: **no atual estágio do conhecimento científico, que indica ser incerta a existência de efeitos nocivos da exposição ocupacional e da população em geral a campos elétricos, magnéticos e eletromagnéticos gerados por sistemas de energia elétrica, não existem**

⁹² ANTUNES, Paulo de Bessa apud GRECO, Leonardo. *As Provas no Processo Ambiental*. In: Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Ambiental. Facultad de Derecho - UBA, 2005. p. 128-129.

impedimentos, por ora, a que sejam adotados os parâmetros propostos pela Organização Mundial de Saúde, conforme estabelece a Lei nº 11.934/2009.⁹³

Caso tivesse sido adotado o entendimento dado pelos precedentes, a inversão do ônus da prova, e o decorrente encargo do réu de demonstrar que sua atividade não gerava o mal à saúde alegado (inclusive de demonstrar qualquer grau de causalidade com o câncer), implicaria, de certo, na condenação da concessionária.

A pergunta que se faz é se seria razoável exigir tal prova do réu. Aos olhos da corte constitucional pátria parece que não. Não se refuta que o meio ambiente merece trato privilegiado dentro da lógica normativa do direito, em especial quando regidas as decisões sob os augúrios fundamentais do artigo 225 da Constituição. Entretanto, a positivação do direito e o princípio da legalidade devem ser respeitados em deferência à integridade e coesão do sistema jurídico como totalidade, de forma que as ilações demasiado amplas de princípios ferem gravemente a justiça como devido processo legal.

Ao fim e ao cabo, a certeza científica que pretende o princípio da Precaução não é plenamente atingível. A ciência de algo pressupõe, inevitavelmente, a possibilidade de sua refutação. Exigir algum nível de método não pode se igualar, por óbvio, a exigir a certeza irrefutável da ausência de um pretenso dano, ou mesmo de nexos causais irrefutáveis.

A falibilidade da ciência deve ser exposta ao cálculo de razoabilidade jurisdicional. Na mesma linha, sempre será possível consubstanciar certo grau de dúvida a uma narração fática.

De outra parte, a responsabilidade civil pelo dano ambiental, como se sabe, é de caráter objetivo, pelo que se exclui o elemento da culpabilidade do agente infrator, restando, para configurar-se o dever de reparar, que se demonstre suficientemente o nexo de causalidade da conduta e a efetiva degradação causada ao meio ambiente.

Via de regra, essa abstenção de prova da culpa do réu não se aplica quanto aos outros dois elementos configuradores da responsabilidade civil, a saber, o nexo causal e o dano:

Mesmo para aqueles que sustentam subsistir um deslocamento do ônus da prova, não se pode falar em inversão. Mesmo que o réu tenha o ônus de provar a

⁹³ STF. RE 627.189/SP. Plenário: Tema 479 da repercussão geral. Rel. Ministro Dias Toffoli DJe: 03/04/2017

inexistência de um dos pressupostos da responsabilidade civil – a culpa –, nada se altera com relação ao ônus do autor em provar o dano e o nexo de causalidade. Em outros termos, mesmo na hipótese de responsabilidade civil objetiva, o autor terá o ônus de provar o dano e o nexo de causalidade, razão pela qual não se pode falar em “inversão”. Como trabalhar a hipótese de “inversão” do ônus da prova se apenas um terço dos pressupostos da responsabilidade civil é que teria o respectivo ônus probatório transferido?⁹⁴

Nessa toada, outro precedente referido na Súmula 618 do STJ e que traz sensível questão a ser refletida, é o AgRg no AREsp nº 183.202/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Esse julgado é peculiar pois faz menção a uma relativização do nexo de causalidade, o que parece no mínimo paradigmático enquanto construção teórica, pois relativizaria quase que todos os elementos característicos da responsabilidade civil. Senão, vejamos:

Nesse contexto, portanto, bastando que haja um nexo de causalidade provável entre a atividade exercida e a degradação, como foi o caso dos autos, deve ser transferida para a concessionária todo o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente, bem como a responsabilidade de indenizar os danos causados.⁹⁵

Note-se que, ao relativizar os elementos configuradores da responsabilidade civil, como os referidos julgados tem feito, corre-se o sério risco de, além de inverter o ônus para que o réu constitui prova difícilíssima de ser feita, o resultado prático é a escolha prévia do “vencedor” da lide, em séria fraude do regular processamento e aferição de prova.

Tem-se que a aplicação da teoria do risco integral nos casos de responsabilidade civil por danos ambientais não pode eximir os autores de demandas reparatórias do dever de demonstrar a existência de nexo de causalidade.

Portanto, feitas essas ressalvas, vê-se com certo receio o *modus operandi* com que os precedentes consolidados pela Súmula 618 aplicaram a inversão do ônus probatório.

⁹⁴ CARPES, Arthur Thompsen. *Prova e participação no processo civil*. Tese de Pós-Graduação. Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre. 2008. p. 127.

⁹⁵ STJ. AgRg no AREsp 183.202/SP. Rel. Min. Villas Boas Cueva. DJe: 13/11/2015.

3.2.4 Propostas e modificações necessárias

Neste tópico serão feitas algumas considerações gerais sobre a Súmula 618 do STJ, ponderando as principais questões levantadas ao longo deste capítulo de forma a encerrar um balanço sobre a pertinência do enunciado, apresentando propostas de melhorias, como alteração legislativa, doutrinária e de aplicação jurisprudencial.

Diante da redação vacilante transposta à Súmula 618, o STJ além de prestar desserviço à uniformização consistente da jurisprudência, entende-se, deixou de trazer luz aos pontos em que os julgados mostravam-se frágeis. Os requisitos de hipossuficiência e verossimilhança, aos moldes do CDC, permanecem aplicáveis de forma análoga a processos em que, mais das vezes, se discutem temas eminentemente técnicos, tais como o grau de degradação de certo bioma, ou a extensão de área protegida por suas peculiaridades de fauna e flora.

O encargo de fazer prova deve pesar à parte que puder fazê-la com a maior facilidade e em sua maior inteireza. A repartição estática do ônus probatório é desleal à justiça processual e incentiva, com maior ou menor dissimulação, a que as partes quedem-se inertes ante a certeza de que, na falta de prova, a tutela lhe favorecerá. Em última instância, o que se busca impedir é a situação de incumbir a parte de fazer prova impossível.

O importante é que as regras sobre o ônus da prova não sejam manipuladas para tornar impossível a prova dos fatos, mas ao contrário, para tornar efetivo o direito de cada uma das partes de que sejam produzidas todas as provas que possam lhe interessar. Se nenhuma das partes tem facilidade de acesso à prova, a inversão pode representar a escolha ideológica do perdedor, o que compromete irremediavelmente a imparcialidade do juiz. Nesse caso, o juiz deve usar os seus poderes de iniciativa probatória, para tentar ir em busca das provas que não estão ao alcance das partes⁹⁶.

As sustentações reiteradamente feitas nos precedentes da Súmula são fortemente imiscuídas pelo teor do direito material do meio ambiente. Mesmo que a intenção seja louvável, não deveriam ser o único foco das doutrinas e da magistratura que se debruça sobre o tema.

⁹⁶ GRECO, Leonardo. *As Provas no Processo Ambiental*. In: Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Ambiental. Facultad de Derecho - UBA, 2005. p. 127.

As preocupações concernentes ao direito ambiental deveriam ater-se com maior presteza às possibilidades técnicas de análise e aferição científicas das técnicas com que se implementam os empreendimentos e o desenvolvimento econômico, atividades que por certo denotam os maiores riscos e impactos em se tratando de meio ambiental natural e artificial.

A despeito de ser eminentemente interdisciplinar e sistêmico, por vezes a doutrina jurídica ambiental se posta parcialmente voltada a adotar predileções teóricas sem o devido lastro legislativo. Nos casos corriqueiramente trazidos à tutela jurídica do meio ambiente, a grande maioria não se trata de intervir ou não, mas de como se intervém.

Notavelmente, salvo exceções em que a preservação deve ser absoluta, porquanto o bem ambiental assim o exige, a influência do homem é sim desejável no provimento de condições saudáveis da vida. Basta pensar nas grandes obras de infraestrutura, que dependem de acerto locacional e, em que pese terem impactos relevantes, proporcionam benefícios também relevantes.

A pretensa indisponibilidade do meio ambiente se verifica mais enquanto abstração do que como um bem jurídico específico. Quando houver conflito entre dois bens jurídicos que podem ser conceituados como bens de natureza ambiental (meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho), a indisponibilidade necessariamente será relativizada. A leitura de Leonardo Greco é cirúrgica nesta linha:

A aceitar-se a indisponibilidade da interação dos diversos elementos que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida, ou seja, do conjunto de elementos aptos a produzirem o resultado almejado, isto não implica em aceitar a indisponibilidade de cada um desses elementos, mesmo porque eles podem interagir de formas diversas e encontrar diversos equilíbrios nessa interação. Assim, no meio ambiente há, sem dúvida alguns elementos necessários e indisponíveis, como a preservação da vida e a saúde humanas, mas há outros que podem compor-se em equilíbrio inteiramente contingente.⁹⁷

Impende à doutrina especializada revitalizar seus enfoques às áreas que fomentam as tendências de desenvolvimento sustentável, não apartado dos diversos elementos da vida, como por exemplo, na análise de risco e na potencialização dos efeitos práticos das provas periciais

⁹⁷ GRECO, Leonardo. *As Provas no Processo Ambiental*. In: Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Ambiental. Facultad de Derecho - UBA, 2005. p. 128-129.

Quanto à jurisprudência, algumas ressalvas serão bem-vindas. É que com alguma naturalidade as formalidades processuais tem se dobrado à relevância substancial do direito ao meio ambiente equilibrado. Na linha de Paulo de Bessa Antunes:

Elementar que o Direito Ambiental deve ser visto antes como direito - com todas as limitações que tal instrumento tem para atuar como elemento de equilíbrio entre as diferentes tensões que existem no fato ambiental - do que como estrutura cabalística capaz de dar solução a problemas para além do jurídico.⁹⁸

No âmbito do direito probatório, é nítido que a utilização da inversão do ônus da prova, se mal ministrada, pode criar efeitos incontornáveis e fatais para o adequado deslinde do feito e à decisão justa e plausivelmente fundamentada. Essa, sem dúvida, é a maior contraindicação ao instrumento da inversão em caráter absoluto e imponderável. Ao estabelecer ônus fixos às partes em detrimento de apreciar as especificidades do caso concreto e das alegações das partes, é estabelecido um cenário de negligência ao direito de prova e à verdade que se busca no processo.

Não se ignora a intenção de ampliar a tutela ambiental da Súmula 618, de promoção desejada, mas antes entende-se que as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 já concertam-se de forma coesa à tendência delineada pelos excertos decisórios e pelas urgência do direito processual ambiental que erigiram o entendimento sumular.

Mutatis mutandis, ensina Milaré que “a dinamização do ônus da prova é um importante instrumento de facilitação de defesa de interesses coletivos em juízo, mas não convém simplesmente torná-lo uma regra a todas as demandas coletivas”⁹⁹.

Outrossim, a riqueza do direito ambiental se explica no exercício mental de tentar dimensionar todas as vertentes que lhe possam ser inerentes, e as inúmeras formas com que os elementos de meio ambiente interagem entre si. É impensável que uma regra geral de ônus da prova possa alcançar tão vasto universo. Para ser preciso, no sentido de viabilizar a prova pelo meio mais acessível, deve o juiz ter poderes para flexibilizar o ônus.

Ninguém é favorável ao despejo de resíduos tóxicos em um rio. De outra parte, a derrubada de uma árvore ante o risco de desabar em uma casa, e mesmo a supressão de

⁹⁸ ANTUNES. Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 6.

⁹⁹ MILARÉ, Édís apud CITOLIN, Eduardo Tonin. *O ônus probatório nas lides ambientais*. Revista de Direito Ambiental - RDA, São Paulo, v.18, n.69, jan./mar. 2013. p. 242.

vegetação são totalmente necessárias sob as mais distintas noções de desenvolvimento e equilíbrio da vida, inclusive havendo legislação própria a tratar do tema (vide Lei da Mata Atlântica).

Esse é o ponto de inflexão por vezes difícil de ser superado: o meio ambiente é feito de uma rede interativa complexa, na qual diversos elementos se influenciam reciprocamente, e, mais das vezes, mostrar-se-á inviável responder qual deles é mais relevante priorizar para a afirmação e renovação da qualidade de vida que se pretende preservar. Para Greco, esse paradigma pode ser exposto da seguinte forma:

[...] numa ação inibitória contra uma municipalidade para impedi-la de destruir um jardim para construir uma rodovia, pode ser absolutamente polêmico saber qual das suas posições subjetivas processuais (a do autor ou a do Município) é a mais favorável ao desenvolvimento equilibrado da vida. Provavelmente ambas atingem esse equilíbrio, embora com a preponderância de diversos fatores. São em verdade interesses polêmicos, que podem compor-se de diversas maneiras, muito distantes daqueles interesses gerais de toda a coletividade.¹⁰⁰

Como complementação dessa lógica, recorre-se ao usual saber de Édis Milaré, para quem o direito ambiental nem sempre apresentará desequilíbrio entre as partes a ensejar a transferência do encargo ao réu. Muito menos seria recomendado inverter o ônus, para todo e qualquer caso, independente da prova que se discute.

Realmente, nos litígios ambientais não se vislumbra necessariamente um desequilíbrio entre os litigantes a ser restabelecido – em que pese a relevância do bem jurídico em jogo. Tampouco, a dificuldade probatória de uma das partes corresponde à facilidade da outra. Há casos em que a prova é de difícil produção para ambas as partes. Nesta hipótese, impor ao réu, sempre e sempre, o ônus da prova, sem que haja previsão expressa de lei, e sem que a relação de direito material assim o requeira, é atentatório do princípio da isonomia (afinal, se não há desigualdade a reequilibrar, a inversão do ônus da prova é que causará um desequilíbrio e, por conseguinte, uma desigualdade).¹⁰¹

Para adiantar-se à resolução a ser proposta às inconsistências diagnosticadas na Súmula 618 do STJ, entende-se que o Código de Processo Civil já possui aparato suficiente para tutelar a distribuição probatória nas demandas de degradação ambiental. Ao consolidar a

¹⁰⁰ GRECO, Leonardo. *As Provas no Processo Ambiental*. In: Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Ambiental. Facultad de Derecho - UBA, 2005. p. 121.

¹⁰¹ MILARÉ, Édis. *O ônus da prova nas lides ambientais e a súmula 618 do STJ*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI290505,31047-O+onus+da+prova+nas+lides+ambientais+e+a+súmula+618+do+STJ>>. Acesso em 25 de maio de 2019.

teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o legislador tratou de instrumentalizar o juízo dos meios de viabilizar a prova no processo. De mais a mais, se tradicionalmente se tem o magistrado como destinatário final da prova, já que julgará com base nas provas, é permissível que arrazoadamente estabeleça quais e como devem ser feitas.

Conclui-se que o imperativo trazido pela Súmula 618 é, quando menos, desnecessário.

Em primeiro lugar porque não cumpre a função esperada de firmar entendimento sobre o tema: as possibilidades de relações jurídicas entabuladas sob o pretexto de degradação ambiental são infundáveis, de modo que inverter o ônus, em termos absolutos, é medida deveras irresponsável.

A inversão como regra também pode afigurar-se como indicativo de culpa definida previamente. Com efeito, inverter o ônus da prova “em matéria de degradação ambiental”, pressupõe a certidão do evento danoso, o que em certo casos, é justamente o que se pretende provar. Para isso existe o processo e suas liturgias.

Por fim, sublinhe-se a percepção a que se chega como resolução do problema que se debruçou esta obra. A teoria dinâmica do ônus probatório, positivada no § 1º do art. 373 do CPC, é suficiente no trato das nuances probatórias do direito ambiental.

No direito ambiental, como em todos os lugares comuns em que o direito versa sobre a tutela de elementos abstratos essenciais à vida, compete decidir casuisticamente quando será necessário distribuir excepcionalmente o *onus probandi*. Há poucos lugares mais adequados para que os poderes gerais de cautela do magistrado vigorem. Na ação civil pública a constituição da prova é ampliada pela atividade propositiva do juiz, em razão de todas as peculiaridades que lhe são anexas, conforme explorado no segundo capítulo. A discricionariedade, nesse caso, é método menos ofensivo para que as provas sejam repartidas entre as partes conforme suas capacidades para fazê-las. O magistrado deve funcionar como agente aglutinador do diálogo e do contraditório.

A prova deve se vincular da forma mais coesa possível aos conhecimentos técnicos que ciência tiver capacidade de prover. O que se pretende, no fechar das cortinas, é que as permissões concedidas à incursão aos bens ambientais sejam guiadas pelas medidas de análise

e controle dos riscos mais vanguardistas do tempo atual, para que, diante das inconstâncias e percalços que se apresentem, seja possível dizer que as medidas cabíveis foram adotadas, e o dano não tinha como ser previsto.

CONCLUSÃO

O estudo que ora se encerra buscou esclarecer e destrinchar os principais aspectos atinentes à Súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça, publicada nos idos de 2018, em especial na avaliação da adequação da súmula aos preceitos conceituais de prova e do ônus probatório, aplicados à temática do direito ambiental.

No primeiro capítulo, foram abordados os principais aspectos e conceitos de prova e ônus probatório, expondo os princípios que se vinculam aos institutos e de que modo a liturgia processual deles se apropria. A sua importância é no sentido de avaliar o que o direito entende por prova e como ela deve ser constituída no processo a partir de diferentes cargas incumbidas às partes, na figura do chamado *onus probandi*.

Encerra-se essa parte inicial apresentando as teorias estática e dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil, e da inversão de ônus com base no microssistema processual coletivo instaurado pela conjugação do Código de Defesa do Consumidor à Lei da Ação Civil Pública.

O segundo capítulo tratou de aproximar as questões atinentes à atividade probatória aos preceitos típicos do processo coletivo ambiental. Para tanto, foram exploradas as origens da tutela jurídica ao meio ambiente, enquanto direito coletivo e difuso, além da forma como o processo aglutinou progressivamente características tão peculiares na formação da processualística coletiva.

A partir disso, foram feitas considerações acerca dos meios de prova aplicáveis às demandas ambientais e sua valoração. A saber, as provas documental, testemunhal e pericial, como típicas, e a possibilidade de prova advinda do inquérito civil público, incluída neste rol em virtude da sua reiterada relevância no contexto da Ação Civil Pública.

Superadas as deliberações do conceito e da instrumentalidade da prova e de seu ônus, a serem apreciadas mais das vezes dentro de um processo coletivo, o terceiro capítulo passa a versar propriamente sobre a Súmula 618 do STJ.

Entendida a súmula como a compilação e assentamento de entendimento dos tribunais sobre certa temática, foram feitas algumas ponderações sobre a influência que a edição da Súmula 618 tende a exercer sobre os julgados posteriores.

Neste sentido, em análise do texto sumulado e dos fundamentos tomados pelos precedentes como razão para a inversão do ônus, considerou-se frágil e mesmo relutantes os termos adotados, o que implica certamente em insegurança jurídica.

O uso de “aplica-se”, falando da inversão do ônus da prova, certamente não esclarece se trata-se de um comando imperativo ou mera faculdade do julgador. Da mesma forma, os fundamentos que dão o tom das razões para sua elaboração, como adotados pelos precedentes - precaução, responsabilidade objetiva e aplicação da inversão do CDC - não necessariamente devem implicar em inversão do *onus probandi* como regra inescusável.

Conclui-se, portanto, que a Súmula 618 do STJ é imprecisa em seus termos, razão pela qual merece ser revista ou mesmo revogada, a fim de melhor adequá-la às condições específicas das mais variadas demandas ambientais. Para além disso, entende-se que o instituto processual previsto no § 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil, que estrutura a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é suficiente para tutelar a proteção do meio ambiente através da alteração dos encargos probatórios pelo magistrado, quando os fatos e as alegações apresentadas assim o exigirem.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ARENHART, Sergio Cruz. *Ônus da Prova e sua modificação no Processo Civil Brasileiro*. Academia Brasileira de Direito Processual. Revista Jurídica, n. 343, 2006. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2019.

_____. *A Verdade e a Prova no Processo Civil*. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-%20formatado.pdf)>. Acesso em 18 de abril de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 618.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário n. 627.189/SP. Plenário: Tema 479 da repercussão geral. Rel. Ministro Dias Toffoli. DJe: 03/04/2017

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único* – 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

BUZAID. *Do ônus da prova*. Revista Faculdade de Direito USP, 57, 1962.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil brasileiro: volume único* - 4ª ed. São Paulo: Atlas. 2018.

CARPES, Artur Thompsen. *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*. 176 f. Dissertação de mestrado - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14251/000661231.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 18 de abril de 2019.

COUTO, Camilo José d'Ávila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. 279 f. Tese de doutorado - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-05072012-140925/en.php>>. Acesso em 20 de abril de 2019.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. v.4, 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*, vol. 2, 13ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

GRECO, Leonardo. *As Provas no Processo Ambiental*. In: Revista Jurídica de Buenos Aires: Derecho Ambiental. Facultad de Derecho - UBA, 2005.

KHALED Jr., Salah H. *Oskar Von Bulow e a difusão das ideias de relação jurídica e pressupostos processuais*. *Panóptica* UFRGS, Ano 4, Número 20, 2010-2011

LEITE, José Rubens Morato. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo CPC comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

MILARÉ, Édís. *O ônus da prova nas lides ambientais e a súmula 618 do STJ*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI290505,31047-O+onus+da+prova+nas+lides+ambientais+e+a+sumula+618+do+STJ>>. Acesso em 25 de maio de 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*: 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 112-113.

NETO, Nelson Tonon. *Princípio da proibição do retrocesso ambiental: da interpretação alargada à aplicação ponderada*, 2017. X f. Monografia (graduação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas – CCJ, Curso de Graduação em Direito. Florianópolis, 2017.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; LINHARES, Felipe Neves. *Problemas da Súmula 618 do STJ sobre inversão do ônus da prova em matéria ambiental*. *JOTA*, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/problemas-da-sumula-618-do-stj-sobre-inversao-do-onus-da-prova-em-materia-ambiental-30112018>. Acesso em 25 de maio de 2019.

NERY Jr. Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revistas do Tribunal, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*, 3ª ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

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

SOUZA, Landolfo de Andrade. *O ônus da prova na Ação Civil Pública: hipóteses de flexibilização*. 171 f. Dissertação de mestrado - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/6270/1/Landolfo%20Andrade%20de%20Souza.pdf>>. Acesso em 18 de abril de 2019.

STRECK, Lênio. *Eficácia, poder e função das súmulas no direito brasileiro*. Tese de Pós-Graduação. Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis. 1995.

_____. *O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto*. Consultor Jurídico, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 20 maio 2019.

TARUFFO, Michele. *La Prueba de los hechos*. Bologna: Editorial Trotta: SEPS, 2002

THEODORO Jr, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: vol. I, 59ª ed., 2018.

THOMÉ, Romeu. *Manual de direito ambiental*. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2019.