

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA AMBIENTAL DECORRENTE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

REVERSAL OF BURDEN OF PROOF BASIS ON THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Luis Andre de Araujo Vasconcelos *

RESUMO: O princípio da precaução garante a favor do meio ambiente o benefício da dúvida em caso de incerteza tecnológica acerca do dano ambiental. No âmbito do processo civil o benefício da dúvida relaciona-se com a distribuição do ônus da prova, que outorga à parte interessada em provar algum fato o dever de produção probatória para sagrar-se vencedora em um litígio. O Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de tutelar o direito difuso consistente na defesa dos consumidores, garante a inversão do ônus da prova em desfavor do fornecedor. Tendo em vista que o meio ambiente ecologicamente equilibrado também constitui um direito difuso, a aplicação do princípio da precaução, em conjunto com as normas de direito do consumidor, possibilita a inversão do ônus da prova em matéria ambiental em favor do meio ambiente. A aplicação, no entanto, não deve ser desvinculada dos demais princípios do ordenamento jurídico, sobretudo do princípio da proporcionalidade, dependendo de um conjunto probatório mínimo para a aplicação, bem como da verificação de que o poluidor possui maior capacidade técnica de produção probatória.

Palavras-chave: Princípio da Precaução. Ônus da Prova. Inversão. Meio Ambiente.

ABSTRACT: The precautionary principle provides the environment for the benefit of the doubt in case of technological uncertainty about the environmental damage. In civil proceedings the benefit of the doubt relates to the distribution of the burden of proof, which grants the interested party to prove some fact the duty of producing evidence to be the winner in a dispute. The Consumer Protection Code, in order to protect the right consistently diffuse in consumer protection, guarantees the reversal of the burden of proof to the detriment of the supplier. Given that an ecologically balanced environment is also a diffuse right, the application of the precautionary principle, together with the rules of consumer law, permits the reversal of the burden of proof on the environment in favor of the environment. The application, however, should not be separated from the other principles of the legal system, especially the principle of proportionality, depending on a minimum set of evidence for the application, as well as verification that the polluter has greater technical capacity of production of evidence.

Keywords: Precautionary Principle. Burden of Proof. Inversion. Environment.

* Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara.

INTRODUÇÃO

No final do século XX, mais precisamente a partir da década de 1970, a defesa ambiental passou a integrar o rol de assuntos a serem priorizados pelos Estados, o que refletiu na elaboração de diversas convenções e tratados visando garantir a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Acompanhando a tendência internacional, o Constituinte de 1988 incluiu no texto constitucional diversas disposições relacionadas com a proteção ambiental, sobretudo no título VII, "Da Ordem Econômica e Financeira" (art. 170, VI) e no título VIII, "Da Ordem Social" (art. 225).

Ao consagrar a defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica, nos termos do art. 170, VI da Constituição, criou-se uma limitação aos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada, possibilitando a intervenção estatal na economia a proteção do meio ambiente. O paradigma da busca incessante pelo crescimento econômico, portanto, ganhou uma condicionante relacionada com a defesa ambiental, o que constitui o denominado desenvolvimento sustentável.

A proteção do meio ambiente, no entanto, não se restringe à possibilidade de intervenção do Estado na economia, tendo em vista que o art. 225 da Constituição reconheceu ser o meio ambiente equilibrado um direito subjetivo do cidadão, outorgando ao Poder Público e a todos o dever de defendê-lo e protegê-lo. Nesse contexto, o art. 225 da Constituição consolidou no âmbito do direito interno brasileiro diversos princípios com o objetivo de garantir efetividade à defesa do meio ambiente.

Entre os princípios consagrados para a proteção ambiental encontra-se o princípio da precaução, o qual, nos termos da declaração do Rio sobre meio ambiente, enuncia que havendo ameaças de danos sérios e irreversíveis ao meio ambiente, não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes

em termos de custo para evitar a degradação ambiental.

O princípio da precaução possui um amplo âmbito de aplicação, apresentando-se como valioso instrumento de garantia do desenvolvimento sustentável. No âmbito processual civil, tem-se admitido a aplicação do princípio da precaução em conjunto com o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, para garantir a inversão do ônus da prova em benefício da defesa do meio ambiente.

O sistema de distribuição do ônus da prova, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, determina que incumbe ao autor o ônus da prova com relação aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Na medida em que não há no âmbito do direito processual brasileiro hierarquia entre as provas, a distribuição do ônus probatório apresenta-se como fator determinante para a formação do convencimento do Juiz.

Em matéria ambiental, a inversão do ônus da prova outorgaria ao empreendedor, responsável pelo exercício da atividade poluente, o ônus de demonstrar que as medidas mitigadoras por ele adotadas garantem o desenvolvimento sustentável, de forma que, em caso de dúvida, prevaleceria a defesa ambiental.

Ocorre que, em tese, o sistema distribuição do ônus probatório somente admite relativização nos casos legalmente previstos, como ocorre na legislação consumerista (art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor). Assim, tendo em vista que não há previsão legal expressa, questiona-se se a aplicação do princípio da precaução no âmbito processual legitimaria a inversão do ônus da prova em benefício da proteção ambiental.

Nesse contexto, torna-se relevante a análise do reconhecimento, no âmbito do direito Constitucional brasileiro, do direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental, bem como do princípio da precaução como princípio geral de direito ambiental. Posteriormente, cumpre analisar o sistema de distribuição do ônus probatório no

direito processual civil brasileiro, para concluir, por meio de uma análise doutrinária e jurisprudencial, sobre a possibilidade de utilização do princípio da precaução como fator para a inversão do ônus da prova.

DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Antes de analisar o princípio da precaução como fator de inversão do ônus da prova no direito processual, cumpre analisar o reconhecimento do direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental, tendo em vista que se trata da matéria de fundo nas demandas judiciais em que se pretende a aplicação do instrumento processual.

Desde a Constituição norte americana de 1787, houve significativa alteração no conteúdo dos direitos fundamentais. Inicialmente, no Estado Liberal, a proteção constitucional encontrava-se relacionada com as liberdades individuais, referentes aos direitos políticos e aos valores inerentes ao direito à vida, à liberdade e à propriedade (direito fundamental de primeira geração). No início do século XX, sobretudo com o advento da Constituição mexicana e de Weimar, foram consagrados no âmbito constitucional os direitos sociais, criando obrigações para os Estados no intuito de garantir a melhoria das condições de vida das classes oprimidas (direito fundamental de segunda geração). A partir da década de 1970, uma nova categoria de direitos, relacionadas com o interesse da coletividade, foi consagrada, com o objetivo de proteger bens difusos e indivisíveis (direito fundamental de terceira geração). Atualmente, novas concepções de direitos fundamentais estão em construção, adequando-se às garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o direito à informação. No presente trabalho, no entanto, torna-se relevante a análise da evolução dos direitos fundamentais até a consagração dos direitos de terceira geração, conforme sintetizado de forma irretocável por Luis Roberto Barroso:

Os direitos políticos traduzem-se, essencialmente, na capacidade eleitoral (intervenção pelo voto na composição dos órgãos do Estado) e na capacidade eletiva

(participação pessoal na composição dos órgãos do Estado). Os direitos individuais remontam às declarações de direito inglesa (1689) e francesa (1789). Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção do indivíduo em face do Estado. Os direitos sociais, por sua vez, com antecedentes nas constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), criam para o Estado certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. As últimas duas décadas assistiram o desenvolvimento florescente de uma nova categoria de interesses, ditos coletivos ou difusos, que vêm merecendo proteção jurídica. Não versam eles direitos que tenham titular certo, apto a desfrutar, individualmente determinado bem jurídico,. Ao contrário, tais interesses caracterizam-se por pertencerem a uma série indeterminada de sujeitos e pela indivisibilidade de seu objeto, de forma tal que a satisfação de um do seus titulares implica na satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade. (BARROSO, 1993, p. 56).

Portanto, nas lições de Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de terceira geração são aqueles que assistem a todo o gênero humano, surgindo da observação de temas referentes “ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”. (BONAVIDES, 2004, p. 59).

A partir da década de 1970, pois, a defesa ambiental ganhou status de direito fundamental, o que refletiu na elaboração de diversos tratados visando garantir a preservação do meio ambiente.

Em que pese várias críticas no sentido de que a política ambiental foi imposta aos países em desenvolvimento pelos países desenvolvidos, impedindo-se a plena erradicação da miséria nos Estados

periféricos¹, o constituinte de 1988 consagrou no texto constitucional a busca pela manutenção do meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações, nos termos do art. 225: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A positivação constitucional do direito, apesar de ser determinante para construção do direito fundamental, não exaure o estudo sobre sua fundamentalidade. É que a conceituação do que é um direito fundamental não depende exclusivamente da análise dos direitos fundamentais positivamente válidos, conforme induz a teoria de Alexy. (ALEXY, 2008, p. 28).

Segundo José Adércio Leite Sampaio, os direitos fundamentais devem ser analisados sob o aspecto formal, no sentido de constituírem um mandamento constitucional de efetividade de aspirações, necessidades e interesses humanos que se adscvem ora como nítidos dispositivos de direitos subjetivos, ora como enunciados de princípios e tarefas estatais de hierarquia constitucional. Ainda segundo o referido autor, o aspecto formal e subjetivo do direito fundamental cria comandos objetivos ao estado, relacionado com as aspirações de interesse geral. Tais mandamentos constituem a dimensão objetiva (material) do direito fundamental. Além disso, ainda que sob uma ótica antropocentrista, pode-se considerar como critério objetivo de definição do direito fundamental a sua possibilidade e realização do primado da dignidade humana. (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 89).

No que se refere ao meio ambiente equilibrado, a Declaração de Estocolmo de 1972, o considerou como essencial para que o homem desfrute dos direitos fundamentais

essenciais, até mesmo o direito a vida. (ONU, 1972).

Observa-se que desde o nascedouro das discussões acerca da relevância das questões ambientais, o meio ambiente equilibrado já é consagrado como uma forma de dar efetividade do princípio da dignidade humana, haja vista que tem por objetivo, entre outros, a proteção da vida.

No âmbito do direito interno, algumas Constituições trataram o direito fundamental à manutenção do meio ambiente equilibrado apenas em sua dimensão objetiva, como dever do Estado ou dever de todos e do Estado, como, por exemplo, Alemanha e Itália, respectivamente. Outras Constituições, por sua vez, tratam a preservação do meio ambiente na dimensão subjetiva do direito fundamental, como direito individual e de liberdade e direito de prestação, por exemplo, o Chile. (SAMPAIO; WOLD; NARDY; 2003, p. 100).

No Brasil, a Constituição de 1988, por meio do art. 225, consolidou o direito ao meio ambiente equilibrado tanto em sua dimensão objetiva, quanto subjetiva, tendo em vista que cria direitos individuais e coletivos, bem como deveres para o Estado e a coletividade, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.

O direito à integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da

1 Nesse sentido, leciona Luis Roberto Barroso afirma que “o discurso ambientalista do primeiro mundo só nos aproveita em parte. Paralelamente a ele, há que se ter em conta que a expressiva parcela de nossos esforços neste domínio deve se concentrar na erradicação da miséria”. (BARROSO, 1993, p. 62).

solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.²

Ao se reconhecer o direito ao meio ambiente equilibrado com direito fundamental, a Constituição de 1988 consagrou, no direito interno, diversos princípios gerais de direito ambiental, que tem por escopo garantir o meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Tendo em vista que o dano ambiental é de difícil reparação, buscou-se garantir a adoção de medidas preventivas em detrimento das medidas reparatórias. Nesse contexto, foi concebido o princípio da precaução, visando garantir que as incertezas científicas não impedissem a proteção ambiental preventiva.

DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO NORMA CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA

Ao analisar a doutrina de Alexy, Virgílio Afonso da Silva destaca que as normas jurídicas são divididas em duas categorias, as regras e os princípios. Sem aprofundar no tema, o autor apresenta a seguinte proposta de diferenciação entre as referidas espécies normativas: “Essa divisão não se baseia em critérios de generalidade e especialidade da norma, mas em sua estrutura e forma de aplicação. Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após o sopesamento de princípios colidentes. Princípios são, portanto, “normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas; são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*”. (SILVA, 2002, p. 25).

No mesmo sentido, Paulo José Leite Farias, pautado nos ensinamentos de Dworkin, analisa que a diferença entre regras e princípios relaciona-se com a possibilidade de afastar, dentro de um conflito, a aplicação de um princípio, o que não seria suportado em relação às regras (tudo ou nada). Dessa diferenciação, decorre a segunda distinção, no sentido que as regras não possuem dimensão própria dos princípios jurídicos: *a dimensão de peso e importância*: “Quando se chocam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles. Essa valoração, evidentemente, não é exata e, por isso, o julgamento a propósito da maior importância de um princípio, em relação a outro, será, com frequência, discutível. Não obstante, as indagações a respeito de se ele possui essa dimensão e se faz sentido questionar quão importante ou relevante ele é integram o conceito de princípio”. (FARIAS, 1999, p.238).

Portanto, o reconhecimento de que determinada norma jurídica constitui um princípio garante que o mandamento seja ponderado com os demais princípios que integram a ordem constitucional. O princípio trata-se, pois, de um mandamento fundamental no ordenamento jurídico, dotado de força normativa, que pode interagir com os demais princípios para que seja aplicado no caso concreto. Nesse diapasão, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello: “Princípio é, pois, por definição mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”. (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 54).

O que se deve observar é que os princípios nem sempre devem ser reconhecidos de forma explícita no texto normativo, podendo emergir da interpretação sistemática das normas constitucionais. Trata-se de princípios implícitos, conforme leciona José Adércio Leite Sampaio: “Princípios são

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.164, de São Paulo. Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira versus Presidente da República. Rel. Min. Celso de Mello. Acórdão de 30 out. de 1995. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 nov. 2011.

enunciados deontológicos, que sedimentam e cristalizam valores e políticas no ordenamento jurídico (princípios formais e materiais). Denominam-se também princípios as normas técnico-operacionais do sistema jurídico, que orientam mais diretamente as operações estruturais sistêmicas (princípios funcionais e operacionais). Uns e outros podem vir expressos ou explícitos. Em sistemas jurídicos que valorizam exageradamente a fonte legislativa do direito quase nada sobra escondido por trás das palavras. Outras vezes, por conveniência e flexibilidade, deixam de ser explicitados, embora componham a rotina e a práxis jurídicas”. (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 46).

No intuito de elaborar, no plano internacional, os princípios de direito ambiental foi realizada em 1992 a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, na cidade do Rio de Janeiro, reafirmando a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972.

Entre os princípios enumerados na convenção, encontra-se o princípio da precaução, conceituado da seguinte forma no item 15: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. (ONU, 1992).

Em que pese o conceito do princípio da precaução consagrado na Convenção do Rio de Janeiro ser o mais difundido internacionalmente, a construção do princípio, segundo Afrânio Nardy, remete à Lei Sueca Sobre Produtos Perigosos para o Homem e o Meio Ambiente, de 1973. Nos termos do art. 5º da referida norma, a importação de produtos para homem ou para o meio ambiente deveria ser precedida das precauções cabíveis para prevenir os danos decorrentes da utilização dos produtos importados. (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 174).

Entretanto, conforme leciona José Adércio Leite Sampaio, a adoção sistemática do princípio da precaução, da forma concebida na Declaração do Rio de 1992, teve origem na Alemanha, com a aprovação da Lei de Proteção das Águas, no princípio da década de 1980:

Mas foram os Alemães quem explicitou com maior acuidade um princípio que, de certa forma, já vivia escondido em algumas legislações e nas práticas administrativas mais avançadas em matéria de proteção ambiental: *die Vorsorgenprinzip*. A Lei de Proteção das Águas incluía como tarefa estatal prevenir ou reduzir danos ambientais futuros, mesmo na ausência de riscos presentes. A preocupação maior do governo era conter os problemas das chuvas ácidas que estavam acabando com as florestas de coníferas. Significava dizer que a verdade da ciência deveria ser posta entre parênteses antes de justificar uma determinada atividade humana que pudesse causar danos ao meio ambiente, pois seus prognósticos poderiam ser provisórios ou incorretos. E poderiam nem existir. Vinha ao mundo a “prudência da espera” ou a cautela decisória diante da incerteza do dano ambiental – a precaução. (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 58)

Desde então, o princípio da precaução tem sido adotado em diversas convenções internacionais relacionadas com a defesa ambiental, entre as quais se incluem a Convenção do Rio Sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente; a Convenção Sobre a Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudanças Climáticas, que o Brasil é signatário.

Ocorre que o princípio da precaução, por se tratar de fenômeno recente, não possui conceituação definida, sendo tratado de forma distinta em cada um dos diplomas.

Na Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudanças Climáticas, o princípio da precaução foi conceituado da seguinte forma:

3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar

as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos socioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima. (ONU, 1994).

Já na Convenção Sobre a Diversidade Biológica, o princípio da precaução encontra-se consagrado no preâmbulo, o qual reconhece que “quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça”. (ONU, 1992).

Apesar de em todos os casos o princípio da precaução pressupor que a incerteza científica não servirá de óbice para a adoção de medidas preventivas para a defesa do meio ambiente, há diferenças no que se refere à extensão do dano, ao grau de incerteza científica e as medidas que devem ser adotadas para prevenção do dano ambiental.

Nesse sentido, analisando as mencionadas Convenções, Paulo Affonso Leme Machado conclui que:

Na Convenção da Diversidade Biológica, basta haver ameaça de sensível redução de diversidade biológica ou ameaça sensível de perda da diversidade biológica. Não se exigiu que a ameaça fosse séria ou irreversível, como na Convenção de Mudança do Clima. A exigência fundamental para a conservação *in situ* dos ecossistemas e dos *habitats* naturais e a manutenção de populações viáveis de espécies no seu meio natural.

A Convenção da Mudança do Clima preconiza que as medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos. A Convenção da Diversidade Biológica silencia acerca dos custos das medidas. (MACHADO, 2008, p.68).

Diante da inexistência de um conceito determinado, o princípio da precaução pode ser adotado em concepções distintas, exigindo, em cada caso, para a sua aplicação maior ou menor extensão do dano ambiental ou da certeza científica. Da mesma forma, no que se refere à adoção de medidas economicamente viáveis, não há uma definição de sua aplicação, podendo haver uma aplicação mais ou menos protecionistas em cada caso.

Ocorre que a análise isolada das convenções as quais o Brasil é signatário não é suficiente para reconhecer a existência do princípio da precaução como princípio constitucional brasileiro. O seu reconhecimento depende de uma análise da legislação interna sobre a proteção do meio ambiente, bem como de uma interpretação do art. 225 da Constituição.

Nesse sentido, observa José Adércio Leite Sampaio que o texto Constitucional brasileiro abriga o princípio da precaução associado a mecanismos preventivos, conforme se verifica no art. 225, § 1º, II, *in fine*, IV e V. (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 101).

Analisando a concepção adotada pela Constituição Brasileira, em comparação com o direito norte americano, no qual o princípio da precaução se apresenta como mera manifestação ao exercício do poder de polícia estatal, encontrando limite no direito de propriedade, Afranio Nardy conclui que:

A matriz constitucional do direito Ambiental brasileiro sugere, portanto, que a afirmação do princípio da precaução não se encontra orientada ao estabelecimento de um critério normativo de equacionamento da tensão proteção estatal do meio ambiente *versus* realização do direito de propriedade, substantivado por critérios de controle dos riscos socioambientais gerados pela atividade econômica. Seu papel lança suas âncora alhures, na estruturação das

bases procedimentais de afirmação da democracia socioambiental, e seu sentido se volta, dessa maneira, para edificação de um parâmetro basilar de eliminação das práticas capazes de induzir a formação de riscos, em particular de riscos incontingenciáveis, de aplicação na formulação e implementação de políticas concernentes a bens, recursos e valores socioambientais. (SAMPAIO; WOLD; NARDY, 2003, p. 195).

Portanto, princípio da precaução constitui princípio implícito na Constituição de 1988, em sua concepção forte, com o objetivo de dar efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, por meio de ações preventivas.

Nos diversos desdobramentos do princípio da precaução há o benefício da dúvida em favor do meio ambiente, devendo ser observados os princípios que orientam a sua aplicação. O benefício da dúvida implica a inversão do ônus da prova em desfavor do poluidor. Nesse sentido, Paulo Affonso Leme Machado, citando Cathérine Giraud, leciona que “a inversão do ônus da prova tem como consequência que os empreendedores de um projeto devem necessariamente implementar as medidas de proteção do meio ambiente, salvo se trouxerem a prova que os limites do risco e da incerteza não foram ultrapassados”. (MACHADO, 2008, p. 79).

O reconhecimento do princípio da precaução como princípio constitucional não legitima sua aplicação de forma indiscriminada, sem observância dos demais princípios do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, nos termos da comunicação da União Europeia relativa ao princípio da precaução, ao se invocar a sua aplicação deve-se observar as seguintes regras: a proporcionalidade entre as medidas tomadas e o nível de proteção procurado; a não-discriminação na aplicação das medidas; a coerência das medidas com as já tomadas em situações similares ou que utilizem abordagens similares; o exame das vantagens e desvantagens resultantes da ação ou da não ação; o reexame das medidas à luz da evolução científica. (UNIÃO EUROPEIA, 2000).

Deve-se analisar, pois, se a inversão do ônus da prova decorrente do princípio da precaução possui repercussão no âmbito do direito processual, apresentando-se como critério de relativização do sistema distribuição de provas constante do art. 333 do Código de Processo Civil.

DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Nos termos do art. 5º, LVI da Constituição, são admissíveis no âmbito do direito processual brasileiro todos os meios de prova, desde que não sejam consideradas ilícitas. O sistema de valoração das provas encontra-se disciplinado no art. 131 do Código de Processo Civil, com redação dada pela Lei nº 5.925/73, que assim dispõe: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Segundo Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrine Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o sistema adotado pelo art. 131 do Código de Processo Civil é o sistema de persuasão racional, cuja orientação deve cingir a interpretação contida no art. 157 do Código de Processo Penal (“o Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”). (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1981, p. 279).

O referido sistema cria condicionantes ao livre convencimento, no sentido de que na formação da convicção o Juiz não poderá dispensar as regras legais quanto à forma e a prova dos atos jurídicos; guiar-se-á pelas regras de experiência e terá que motivar sua convicção, indicando quais os fatos, circunstâncias e provas que influíram na formação do seu convencimento. (AMARAL, 1988, p. 348).

Na medida em que o convencimento do Juiz está vinculado às provas produzidas nos autos do processo, sem que haja, em regra, uma hierarquia entre os meios probatórios, a distribuição do ônus da prova apresenta-se como fundamento para decisões

relacionadas com questões incertas, que não puderam ser solucionadas com o conjunto probatório produzido pelas partes litigantes.

É que a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do Juiz, de forma que a controvérsia entre o autor e o réu com relação às questões de fato devem ser dirimidas com a distribuição do ônus probatório. Dessa forma, Moacir Santos Amaral conclui: “Ônus – do latim *onus* – quer dizer carga, fardo, peso. *Onus probandi* traduz-se apropriadamente por *dever de provar*, no sentido de *necessidade* de provar. Trata-se apenas de *dever* no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes”. (AMARAL, 1988, p. 344).

A distribuição do ônus da prova, pois, apresenta-se como fator de extrema relevância no âmbito do direito processual, haja vista que é determinante para a formação do convencimento do juiz, no exercício da atividade judicante.

Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil incumbe ao autor o ônus da prova com relação aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Portanto, consagra a regra de que o ônus da prova é dever da parte que tem interesse no reconhecimento do fato a ser provado, conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco:

Essa fórmula coloca adequadamente o tema do *onus probandi* no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter a vitória. O *princípio do interesse* é que leva a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no art. 333 do Código de Processo Civil, porque o reconhecimento do fatos constitutivos aproveitará ao autor e o dos demais, ao réu; sem prova daqueles a demanda é julgada improcedente e, sem prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos, provavelmente a defesa do réu não obterá sucesso. (DINAMARCO, 2009, p.72).

A análise da questão de repartição do ônus da prova, no entanto, não se exaure com

a análise do *caput* do art. 333 do Código de Processo Civil. O próprio parágrafo único do referido dispositivo possibilita que haja convenção entre as partes com relação à distribuição do ônus da prova, exceto nos casos em que recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O art. 334 do Código de Processo Civil, por sua vez, relativiza o sistema de distribuição do ônus probatório, no sentido de que não serão objetos de prova os fatos considerados notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos, no processo, como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Ademais, Cândido Rangel Dinamarco destaca que na legislação processual há uma série de dispositivos que disciplinam particularmente a distribuição do ônus da prova, citando como exemplo a hipótese de pagamento ao incapaz (art. 181 e 310 do Código Civil). Cita, igualmente, os artigos 399, 877 e 642, todos do Código Civil; o art. 12, § 3º do Código de Defesa do Consumidor e o art. 23, III, V e XI da Lei do Inquilinato. (DINAMARCO, 2009, p. 74).

O que se apresenta relevante para o presente trabalho, no entanto, é a possibilidade de inversão do ônus da prova, que garante à parte que teria o dever de produção probatória o benefício da dúvida diante da análise das provas produzidas no processo. Dessa forma, caso a inversão do ônus da prova seja aplicável a determinada demanda, caberá ao réu o ônus de provar a inexistência dos fatos constitutivos do direito do autor, apresentando-se, pois, como um valioso benefício processual.

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova consiste em uma relativização do sistema do princípio do interesse, na medida em que outorga ao réu o dever de produção probatório em situações nas quais, de acordo com o art. 333 do Código de Processo Civil, a incumbência seria do autor. Trata-se de fenômeno decorrente do reconhecimento do princípio da isonomia (art.

5º, *caput*, da CR/88), no sentido de que não se pode admitir, a pretexto de garantir um tratamento igualitário, a aplicação da distribuição do ônus probatório de forma estanque. Deve-se reconhecer que as diferenças devem ser dirimidas em razão de um tratamento diferenciado, sob pena de acentuar, ainda mais, a desigualdade das partes litigante. (REBOUÇAS, 2006, p. 2).

As inversões do ônus da prova serão legais, convencionais ou judiciais, conforme esclarece Cândido Rangel Dinamarco:

As inversões legais são relacionadas pelas presunções relativas instituídas em Lei (*praesumptiones legis*); as judiciais pelas presunções criadas nos julgamentos dos Juízes (*praesumptiones hominis*) ou por determinações diretas destes, quando autorizadas em Lei (relações de consumo); as convencionais pelas vontades convergentes das partes. (DINAMARCO, 2009, p. 76).

As inversões convencionais possuem amparo legal no já mencionado parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil, sendo inadmissível nos casos em que recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Presunções relativas referem-se às situações em que um ato ou conduta é considerado legal, até que seja realizada prova em sentido contrário. Exemplo clássico de presunção relativa, com grande repercussão no direito ambiental, são os atos administrativos praticados pelo Estado no exercício do poder de polícia, que gozam de presunção de veracidade, dependendo de prova em contrário para que sejam anulados.

Já as inversões judiciais são as promovidas pelo julgador no exercício da atividade judicante. Na medida em que inversão judicial decorre de uma autorização legal, questiona-se se seria correta a distinção desta modalidade de inversão do ônus probatório em relação à inversão legal.

O que se observa, no entanto, é que apesar de a denominada inversão judicial decorrer da Lei, sua aplicação pressupõe a verificação judicial de que as provas são insuficientes para levar ao convencimento do

juiz, bem como da existência, no caso concreto, das condicionantes para a aplicação da inversão do ônus probatório. Assim, conforme destaca Celso Antônio Pacheco Fiorillo, a inversão é *ope iudicis* e não *ope legis*, tendo em vista que se dará por obra do magistrado, que verificará se estão presentes os requisitos legais para ela.³

Ademais, relevante destacar, dentro da inversão judicial do ônus da prova, que o momento de aplicação é no julgamento da demanda, tendo em vista tratar-se do momento em que o magistrado analisa o conjunto probatório produzido nos autos, o que deixa ainda mais claro tratar-se de uma prerrogativa do magistrado e não um mandamento legal.

A autorização legal para a inversão do ônus da prova está vinculada à defesa dos interesses difusos, em situações nas quais a parte autora se apresenta, por razões de ordem técnica e econômica, impossibilitada de produzir a prova que lhe incumbiria. Nesse sentido, foi consolidada a inversão do ônus da prova como forma de proteção dos interesses da classe consumidora.

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor e a necessidade de sua proteção especial, o art. 6º, VIII da Lei nº. 8.078/90 dispõe sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova com o objetivo de garantir a isonomia entre as partes litigantes nas ações em que tenham como plano de fundo as relações de consumo:

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.

3 O momento adequado para a inversão do ônus da prova é aquele em que o juiz decide a causa (Barbosa Moreira). Antes sequer ele sabe se a prova será suficiente ou se será necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que para ele só são relevantes no caso de insuficiência probatória. (DINAMARCO, 2009, p 180).

Trata-se de inversão judicial do ônus da prova, que tem aplicação nas hipóteses alternativas de verossimilhança das alegações do consumidor ou quando for ele hipossuficiente. Busca-se tutelar direito difuso, nos termos do art. 170, V da Constituição de 1988, consistente na defesa do consumidor em face da vulnerabilidade da classe consumidora.

A hipossuficiência do Código de Defesa do Consumidor não se refere exclusivamente à inexistência de meios financeiros para suportar os ônus da demanda. Refere-se, igualmente, à incapacidade técnica e processual do consumidor para comprovar o fato constitutivo do seu direito. Luiz Antônio Rizzato Nunes esclarece que a hipossuficiência de que trata do art. 6º, VIII do CDC tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc. (RIZZATO NUNES, 2000, p.87).

No entanto, mesmo que pautada na hipossuficiência do autor, a inversão do ônus da prova depende de um conjunto probatório mínimo, sob pena e implicar ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, conforme destaca Humberto Theodoro Junior: “Sem prova alguma, por exemplo, da ocorrência do fato constitutivo do direito do consumidor (autor), seria diabólico exigir do fornecedor (réu) a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle. Estar-se-ia, na verdade, a impor prova impossível, a pretexto do *onus probandi*, o que repugna à garantia do devido processo legal, com as características do contraditório e ampla defesa”. (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 438).

Leciona o doutrinador, ademais, que a regra do art. 6º, VIII do CDC não exime o autor do ônus probatório de forma irrestrita. Trata-se de meio para superar a dificuldade técnica na produção das provas necessárias para defesa dos seus direitos em juízo. Assim, caso o autor tenha acesso técnico-processual aos meios de prova necessários para corroborar os fatos constitutivos do seu direito, terá o dever de produzir a prova que lhe compete. Não

havendo a dificuldade técnica, não pode o juiz inverter o ônus da prova apenas diante da vulnerabilidade genericamente reconhecida no CDC. (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 439).

Apesar de a regra de inversão no ônus da prova ser prerrogativa da legislação consumerista, a evolução direito processual tem levado à construção de uma teoria de distribuição dinâmica do ônus probatório, no sentido de que a prova compete à parte que tem a maior possibilidade de produzi-la. Caberia, pois, ao juiz, a análise em cada caso da distribuição do ônus probatório, como forma de garantir efetividade aos princípios da isonomia e do acesso à justiça. (DIDIER JUNIOR; BRAGA OLIVEIRA, 2007, p.303).

Nesse contexto, tem-se defendido da inversão do ônus da prova, em favor da proteção do meio ambiente nas demandas judiciais em que a questão de plano de fundo seja a defesa ambiental.

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Com o reconhecimento da manutenção de um meio ambiente como bem difuso, de titularidade coletiva, nos termos do art. 225 da Constituição de 1988, tem-se difundido a aplicação do ônus da prova em benefício de sua proteção, nas ações judiciais que versem sobre a defesa ambiental. Por se tratar de uma teoria em construção, diversos são os questionamentos acerca de sua aplicação.

É que, conforme destaca Édis Milaré, a inter-relação entre a Lei nº. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e o Código de Defesa do Consumidor levaram a construção de um microsistema processual relacionado à tutela dos interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos. (MILARÉ, 2011, p. 1438).

O argumento de que a inversão do ônus da prova é aplicável nas demandas ambientais parte da premissa de que, assim como no caso da defesa do consumidor, nas questões ambientais há uma quebra da

isonomia entre o poluidor e o meio ambiente, sendo necessária a adoção de medidas processuais que garantam maior defesa ambiental, em detrimento de interesses particulares.

Analisando especificamente a Lei nº. 7.347/85, Celso Antônio Pacheco Fiorillo, destaca que o art. 21 dispõe que se aplicam à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. Na medida em que o referido título instituí normas processuais relacionadas com a defesa do consumidor em juízo, caberia realizar uma análise extensiva para aplicar todas as normas de direito processual previstas no CDC na defesa dos interesses difusos, entre as quais se insere a inversão do ônus da prova. (FIORILLO, 2011, p. 181).

Complementa o autor que a hipossuficiência de que trata a regra do art. 6º, VIII do CDC refere-se à coletividade em relação àquele que se apresenta mais forte na relação jurídica, que no caso da defesa do meio ambiente é o poluidor. (FIORILLO, 2011, p. 182).

Noutro giro, Édis Milaré destaca que a inexistência de dispositivo específico acerca da inversão do ônus da prova na Lei nº. 7.347/85 impede a utilização deste benefício em defesa do meio ambiente. Segundo o autor, a interpretação extensiva do art. 21 da Lei nº. 7.347/85 implica ofensa ao devido processo legal e da isonomia, encontrando óbice, pois, na limitação da aplicação da analogia em casos de questões restritivas de direito. Conclui, portanto, que a inversão do ônus probatório em matéria ambiental depende de criação legal, não podendo decorrer de uma interpretação analógica do disposto no art. 6º, VIII do CDC. (MILARÉ, 2011, p. 1442).

O que se deve observar, no entanto, é que em matéria ambiental o fundamento da inversão do ônus da prova em desfavor do poluidor é o princípio da precaução, por meio do qual se garante o benefício da dúvida em favor do meio ambiente. Assim, apesar de rechaçar a hipótese de aplicação da inversão do ônus da prova em matéria ambiental, Édis

Milaré destaca que entre os argumentos que pesam a favor da aplicação do referido instituto insere-se o princípio da precaução. (MILARÉ, 2011, p. 1441).

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº. 972.902, proveniente do Rio Grande do Sul, entendeu que a inversão do ônus da prova em matéria ambiental decorre de uma interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art.18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução. 4. Recurso especial parcialmente provido.⁴

No voto condutor, seguido por todos os Ministros que integram a segunda turma, a Ministra Eliana Calmon destacou que o

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1060753, de São Paulo. Rodmar S/A Transportes e Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais versus Fazenda do Estado de São Paulo. Relatora Min. Eliana Calmon. Julgado em 1º dez. 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2011.

Superior Tribunal de Justiça havia reconhecido, quando do julgamento do Recurso Especial nº. 1049822/RS, a possibilidade de inversão do ônus da prova em matéria ambiental, por meio de uma interpretação extensiva do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.⁵

Apesar de reconhecer a interdisciplinaridade entre as normas de proteção ao consumidor e as referentes à defesa dos direitos coletivos, a relatora rechaçou a aplicação isolada da interpretação extensiva do referido dispositivo, considerando que, em regra, a relativização do sistema de distribuição do ônus da prova, previsto no art. 333 do Código de Processo Civil, depende de disposição expressa em Lei.

Assim, para que fosse legitimada a inversão do ônus da prova em prol da defesa do meio ambiente, deve ser realizada uma interpretação de acordo com os princípios de direito ambiental constantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Complementa a relatora que a possibilidade de aplicação de preceitos constantes do Código de Defesa do Consumidor nas ações civis públicas ambientais não decorre de uma eventual hipossuficiência do autor da demanda em

relação ao réu, mas sim da natureza difusa do bem a ser tutelado.

Assim, agregando-se o princípio da precaução ao reconhecimento de que o meio ambiente é de titularidade (interesse) coletiva, entendeu- que seria a inversão do ônus da prova aplicável em benefício do meio ambiente, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento.

O reconhecimento do princípio da precaução como norma implícita na Constituição de 1988, leva ao reconhecimento de sua força normativa, o que se sobrepõe à necessidade de Lei, em sentido estrito, para que a haja a sua aplicação no âmbito do direito processual. A força normativa do princípio constitucional vincula o Poder Público, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal.⁶

O princípio da precaução pressupõe a adoção de medidas preventivas em favor do meio ambiente, ainda que haja dúvidas tecnológicas acerca do efetivo dano ambiental. Dessa forma, garante-se, em prol da defesa ambiental, o benefício da dúvida no caso de incerteza entre o potencial dano ambiental e o desenvolvimento de determinada atividade econômica, o que implica a inversão do ônus da prova.

Observa-se que, apesar de a decisão do Superior Tribunal de Justiça referir-se à Lei nº. 7.347/1985, o ponto de partida para interpretar o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor em conjunto com o princípio da

5 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. II - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85. IV - Recurso improvido. (Recurso Especial n. 1049822, do Rio Grande do Sul. ALL América Latina Logística do Brasil S.A versus Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Francisco Falcão. Julgado em 23 abr. de 2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 1º dez. 2011).

6 Brasil. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. (...)IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração (...). (Recurso Extraordinário n. 598099, do Mato Grosso do Sul. Estado do Mato Grosso do Sul versus Rômulo Augusto Duarte; Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 10 ago. 2011. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 1º dez. 2011).

precaução é a natureza difusa do bem tutelado. A inversão do ônus da prova, portanto, não é aplicável somente nas ações civis públicas ambientais, mas em todas as demandas judiciais de ordem civil que tenham como plano de fundo a defesa do meio ambiente.

Por se tratar de um desdobramento da aplicação do princípio da precaução deve-se observar, conforme já destacado, a proporcionalidade entre as medidas tomadas e o nível de proteção procurado; a não-discriminação na aplicação das medidas; a coerência das medidas com as já tomadas em situações similares ou que utilizem abordagens similares; o exame das vantagens e desvantagens resultantes da ação ou da não ação; o reexame das medidas à luz da evolução científica.

No âmbito processual, a observância de tais requisitos reclama a análise de um conjunto probatório mínimo acerca do potencial risco ambiental, bem como da demonstração de que a parte adversa possui maior capacidade técnica de produção probatória, sob pena de insurgir em face do devido processo legal. A aplicação, portanto, depende de uma análise do julgador em cada caso, de acordo com os princípios da ampla defesa e do contraditório.

CONCLUSÃO

O art. 225 da Constituição de 1988, acompanhando a tendência internacional, reconheceu o direito ao meio ambiente equilibrado como direito fundamental de terceira geração, tendo em vista que cria direitos individuais e coletivos, bem como deveres para o Estado e a coletividade.

Para tutelar o direito fundamental a Constituição de 1988 consagrou no âmbito interno diversos princípios de direito ambiental, relacionados com a preservação e a defesa do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Partindo-se da premissa de que a defesa do meio ambiente pressupõe uma ação preventiva em detrimento de ações reparatórias, foi consolidado no texto constitucional o princípio da precaução, que também se encontra presente na Convenção

do Rio Sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente; na Convenção Sobre a Diversidade Biológica e na Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudanças Climáticas, as quais o Brasil é signatário.

O princípio da precaução, por se tratar de fenômeno recente, não possui conceituação definida, mas em todos os casos está relacionado com a adoção de medidas preventivas frente a significativos danos ao meio ambiente, mesmo que não haja plena certeza científica da lesão ao patrimônio ambiental. Portanto, na medida em que outorga ao poluidor o dever de demonstrar que determinada atividade não é lesiva ao meio ambiente, garante, em favor da defesa ambiental, a inversão do ônus da prova.

A questão posta em discussão refere-se à possibilidade de a inversão do ônus da prova oriunda do princípio da precaução repercutir no âmbito do direito processual civil.

O sistema de distribuição probatória possui grande influência na formação da convicção do juiz, tendo em vista que garante à parte que não tinha o ônus de produzir a prova sobre determinado fato o benefício da dúvida.

A regra geral de distribuição do ônus probatório, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil outorga o dever de produzir a prova à parte que tem interesse no reconhecimento do fato a ser provado. Nesse sentido, incumbe ao autor o ônus da prova com relação aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A regra, no entanto, comporta exceções, sobretudo a inversão do ônus da prova, na sua modalidade judicial, que se apresenta como uma forma de garantia da defesa de interesses difusos, com a facilitação da produção probatória. Portanto, para a manutenção da isonomia das partes litigantes em demandas judiciais não se pode aplicar a regra do art. 333 de forma estática, sob pena de aumentar ainda mais a diferença entre os litigantes.

Nesse sentido, o código de defesa do consumidor, reconhecendo a vulnerabilidade da classe consumidora, garantiu, nos termos do art. 6º, VIII a inversão do ônus da prova,

quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

A hipossuficiência de que trata o referido dispositivo não está relacionada com a capacidade econômica da parte, mas com a incapacidade técnica de produção probatória no âmbito processual. Assim, sua aplicação pelo magistrado deve estar vinculada ao mínimo probatório possível acerca do direito constitutivo do autor, bem como à verificação da incapacidade de produção probatória pela parte autora no caso concreto.

Na medida em que o direito consumerista originou-se da necessidade de proteção dos interesses difusos, assim como o direito ambiental, tem-se defendido a possibilidade de aplicação da regra constante do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor nas ações que tenham como objeto a defesa do meio ambiente.

A Lei nº. 7.347/85 em conjunto com o código de defesa do consumidor criou um microsistema processual para a tutela dos direitos difusos. No entanto, tendo em vista que o art. 21 da Lei nº. 7.347/85 refere-se à aplicação do título III do código de defesa do consumidor, que não possui disposição expressa acerca da inversão do ônus da prova, sua aplicação no direito ambiental dependeria de uma aplicação, por analogia, dos dispositivos.

Entretanto, a inversão do ônus da prova implica ofensa à isonomia e ao devido processo legal, razão pela qual não se poderia dar uma interpretação extensiva ao art. 6º, VIII do CDC em conjunto com o art. 21 da Lei nº. 7.347/85 para aplicá-la às ações ambientais.

Assim, busca-se dentro do ordenamento jurídico norma que garanta a aplicação da inversão do ônus da prova nas demandas que tenham como plano de fundo a defesa do meio ambiente. Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do 972.902, proveniente do Rio Grande do Sul, entendeu que a inversão do ônus da prova em matéria ambiental decorre de uma interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990

c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.

A aplicação do princípio da precaução no direito processual, portanto, seria determinante para a garantia da inversão do ônus da prova em desfavor do poluidor. Sua aplicação não se restringe às ações civis públicas em matéria ambiental, mas a todas as demandas civis que tenham por objetivo a defesa do meio ambiente

No âmbito processual, a aplicação do princípio da precaução depende de uma análise do julgador em cada caso, sendo necessário um conjunto probatório mínimo acerca do potencial risco ambiental, bem como da demonstração de que a parte adversa possui maior capacidade técnica de produção probatória, sob pena de insurgir em face dos princípios da ampla defesa e do contraditório.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Moacir Santos. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1986.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Proteção do Meio Ambiente na Constituição Brasileira*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo: Malheiros, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 nov. 2011.
- BRASIL. *Código Civil Brasileiro*. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 nov. 2011.
- BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 nov. 2011.

- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 nov. 2011.
- DIDIER JUNIOR., Freddie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada*. Bahia: JusPodvium, vol. 2, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, 2009.
- FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araujo. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1981.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 12ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano*. Disponível em: <<http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm>>. Acesso em: 30 nov. 2011.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Declaração Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em: <<http://www.interlegis.gov.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2011.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Convenção-Quadro das Nações Unidas Sobre Mudanças Climáticas*. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org.br>>. Acesso em: 30 nov. 2011.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. *Convenção das Nações Unidas Sobre a Diversidade Biológica*. Disponível em: <<http://www.propesp.ufpa.br>>. Acesso em: 30 nov. 2011.
- REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre o ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Direito Material*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SAMPÁIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. *Princípios de Direito Ambiental na Dimensão Internacional Comparada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SILVA, Luis Virgilio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais. abr./2002.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2010.
- UNIÃO EUROPEIA - UE. *Communication from the Commission on the precautionary principle*. Disponível em: <http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/library/pub/pub07_en.pdf>. Acesso em: 1º dez. 2011.

Artigo recebido em: 28.12.2011.

Avaliado em: 23.11.2012.

Aceito para publicação em: 07.12.2012.