

O REDIMENSIONAMENTO DO ÔNUS DA PROVA NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL E PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE.

THE RESIZE THE BURDEN OF PROOF IN THE CONTEXT OF GLOBAL CORPORATE RISK AND CONSTITUTIONAL PROTECTION THE ENVIRONMENT.

Marcelo Antonio Theodoro¹
Luize Calvi Menegassi Castro²

RESUMO. Na medida em que se percebe que o ecossistema possui limitada capacidade de suporte e auto sustentação, surge na sociedade a preocupação da concretização do direito consagrado fundamental pela constituição, qual seja, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e futuras gerações. Para tanto, acurada análise à sociedade global de riscos em que se encontra inserido o modelo de mercado escolhido se revela necessária, especialmente em razão dos riscos oriundos das atividades econômicas desenvolvidas, que muitas vezes se mostram imprevisíveis, ocultos e não descobertos pela comunidade científica. Nesse contexto, os instrumentos processuais disponíveis devem ser aptos a veicular a matéria e disponibilizar meios para a sua efetiva proteção, oportunidade em que a possibilidade do redimensionamento da prova, à luz do princípio da precaução, pode se mostrar veículo processual capaz de proteger e salvaguardar os direitos ambientais diante das incertezas científicas e tecnológicas.

PALAVRAS-CHAVE. Meio ambiente; proteção constitucional; direitos fundamentais; deveres de proteção do estado; sociedade de risco global; incertezas científicas; gestão de riscos; princípio da prevenção; princípio da precaução; incerteza científica; redimensionamento da prova; ônus da prova.

ABSTRACT. To the extent that one realizes that the ecosystem has limited capacity to support and sustain self emerges in society's concern implementation of the fundamental right guaranteed by the brazilian constitution, which is, to an ecologically balanced environment for present and future generations. Therefore, accurate analysis of risks to the global society in which is entered the market model chosen proves necessary, especially given the risks deriving from economic activities, which often show unpredictable, hidden and undiscovered by the scientific community. In this context, the procedural tools available to be able to convey the matter and provide means for their effective protection, at which the possibility of resizing the evidence in the light of the precautionary principle, procedural vehicle may prove able to protect and safeguard environmental rights in the face of scientific and technological uncertainties.

KEY-WORDS. Environment; constitutional protections; rights; duties of state protection; global risk society; scientific uncertainty; risk management; precautionary principle; precautionary principle; scientific uncertainty; resizing of proof; the burden of proof.

¹ Marcelo Antonio Theodoro. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Professor Adjunto de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Pesquisador do Grupo de Pesquisas “Direito Ambiental e Ecologia Política na sociedade de risco”.

² Luize Calvi Menegassi Castro. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Candido Mendes (UCAM), Mestranda em Direito Agroambiental pela Universidade Federal do Estado de Mato Grosso (UFMT), Professora da Universidade de Cuiabá (UNIC), Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Não há dúvidas de que hodiernamente revela-se latente a preocupação da sociedade para com os danos ambientais ocasionados pelos agentes nocivos oferecidos pelas atividades desenvolvidas sem consciência socioambiental e apartadas deste atual Estado constitucional do meio ambiente.

A busca pelo equilíbrio entre o crescimento econômico aliado ao desenvolvimento de atividades sustentáveis devem sempre nortear tanto os que desenvolvem atividades que oferecem potencial risco ao meio ambiente, como aqueles que fiscalizam e empreendem a aplicação dos normativos constitucionais e legais, sob pena de constituir verdadeiro empecilho à concretização do direito fundamental ao meio ambiente, notadamente no que se refere à tutela coletiva.

Há uma clara percepção de que a sociedade atual vem avançando de forma considerável, todavia insuficiente no caminho da preservação dos recursos naturais advindos do meio ambiente. Isto se deve a exploração desenfreada durante muitas décadas, do mercado econômico, e ainda em razão do desenvolvimento da sociedade, desaguando na necessidade de que os instrumentos processuais devessem acompanhar e estar aptos a proporcionar a proteção efetiva do meio ambiente equilibrado, do qual a sociedade é carecedora.

Assim, é crescente a ideia de que a visão privatista e individualista mostra-se ineficaz quando da proteção específica do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e para as futuras gerações, entretanto, a investigação acerca da flexibilização das regras do encargo probatório deve ser realizada à luz dos direitos difusos e da sociedade de risco global em que estamos inseridos.

As reflexões a serem empreendidas possuem a finalidade de analisar a crescente teoria do ônus dinâmico da prova, de forma a redimensionar e proporcionar instrução probatória correlata e apta à concretização da proteção ambiental no contexto da sociedade moderna reflexiva.

Neste *interim*, é sabido, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos da previsão constitucional, retrata desde a promulgação da constituição da Republica Federativa deste país, a preocupação com a preservação dos recursos ambientais existentes para as futuras e vindouras gerações. Direito este de caráter eminentemente difuso, constituindo-se, pois, direito fundamental a todo cidadão.

Nesse sentido, a convicção jurisdicional acerca da distribuição do encargo probatório ambiental, deve se pautar além dos já mencionados princípios constitucionais, que serão

oportunamente analisados, mas também pelo dever institucional de promoção da igualdade substancial entre as partes, sem esquecer que ambas se encontram inseridas e se amoldam à uma sociedade consubstanciada pela mudança constante e ainda dentro de um contexto de incertezas.

Outrossim, é sabido que a ideia de constitucionalização do direito provoca verdadeira “invasão dos direitos fundamentais em todos os ramos”,³ instituto este, se bem interpretado, mostra-se perfeitamente apto à assegurar à sociedade dos males advindos pela expansão do mercado de consumo e do desenvolvimento econômico, ainda infelizmente em sua grande parte, não sustentável, degradante e incerto, reforçando ainda mais a necessidade da investigação acerca dos instrumentos processuais disponíveis para a concreta proteção e preservação do meio ambiente.

É premente, pois, de modo crescente a consciência de que o futuro somente será possível, se respeitados e observados os direitos fundamentais do cidadão, dentre eles o de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Somente uma releitura dos mecanismo processuais e seus respectivos procedimentos adequados em busca de um efetivo acesso à justiça, compreendido como um “direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e justa”, nas palavras de Marinoni e Mitidiero.⁴

Assim, o presente artigo analisará o redimensionamento da prova a partir da tutela constitucional do direito ambiental, no contexto de uma sociedade globalizada gerida pelas incertezas científicas e tecnológicas, como meio de proporcionar de maneira concreta o alcance e a fruição dos direitos fundamentais.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO MEIO AMBIENTE

A preocupação com a plena continuidade da vida e a indispensabilidade do meio ambiente para tal objetivo, culminou em discussão de nível mundial, entretanto, foi consagrada quando em 1972, em Estocolmo, deliberou-se sobre o *status* fundamental que o meio ambiente apresenta para a humanidade, culminando com a codificação do primeiro princípio na Declaração de Estocolmo, asseverando que:

Princípio 1: O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar,

³SAMPAIO, José Herval Júnior. Direitos fundamentais e estado constitucional In: LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt) : Coimbra Editora, 2009. p. 324.

⁴SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 627.

tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas.

Com isso, a degradação ambiental tornou-se uma preocupação recorrente, o que deu ensejo a novas discussões, especialmente quanto a necessidade de novos instrumentos legais que alterassem a visão utilitarista e primitiva da sociedade para uma concepção preservacionista e capaz de proporcionar à coletividade uma vida digna com o desfrute responsável dos recursos naturais.

No entanto, no Brasil, antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, já existiam diversas leis esparsas⁵ objetivando a proteção do meio ambiente, a saber podem ser citadas a Lei n.4.771/65 que instituiu o Código Florestal, a Lei n. 6.938/81 que codificou a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) e também a Lei n. 7.347/85 que positivou a ação civil pública, dentre outras que poderiam ser citadas, com o intuito de conciliar os interesses das varias classes sociais e econômicas e regular as atividades desenvolvidas pela sociedade.

Neste escopo, a Constituição Federal promulgada em 1988, mais especificamente o art. 225, *caput*, c/c o art.5º, §2º, atribuiu à proteção ambiental e – pelo menos em sintonia com a posição prevalente no seio da doutrina e jurisprudência – o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, além de consagrar a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de Direito Brasileiro.⁶

A constituição vigente ao consagrar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, elevou esta garantia ao patamar de direito fundamental e ao consagrar em si os bens jurídicos relevantes de uma dada sociedade cultural, reflete normas decorrentes de anseios sociais e culturais, constituindo-se em um verdadeiro “pacto de gerações”.⁷

Em verdade, o art.225 da Constituição Federal se revela uma extensão do art.5º, enquanto conjunto de valores indispensáveis para o desfrute de uma vida digna, e, que via de consequência estabelecem uma gama de deveres ao Poder Público.

⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental: parte geral**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 57

⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

⁷ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Mexico: UNAM, 2001. p. 15 e ss.

Neste espeque, o texto constitucional vigente possui grande relevância no que se refere ao surgimento do “constitucionalismo ambiental, especialmente na noção ampliada e integrada dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais”.⁸

Assim, no âmbito da legislação positivada no ordenamento jurídico interno, permeando inicialmente pelos postulados principiológicos consagrados na Constituição Federal, bem como pela legislação ambiental, a manutenção da biodiversidade está intimamente atrelada à continuidade da vida, devendo, pois, ser preservada e sustentada tal como um direito fundamental do indivíduo e da sociedade.

A noção do constitucionalismo ambiental, especialmente no sentido “ampliado e integrado dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais”⁹ é hoje uma realidade imprescindível, e não pode, de forma alguma, ser ignorada.

A necessidade do desenvolvimento econômico sustentável da população é premente, reforçando ainda mais a necessidade da utilização das técnicas processuais disponíveis em nossa legislação para a proteção e preservação do meio ambiente. Urge-se, pois, de modo crescente a consciência de que o futuro somente será possível, se respeitados e observados os direitos fundamentais do cidadão, dentre eles o de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De acordo com Jorge Reis Novais:

Quando o enunciado normativo propõe que o meio ambiente ecologicamente equilibrado não é apenas um bem, mas também um valor essencial à qualidade de vida, propõe, na verdade, que essa proteção subjetiva não pode ser atingida se, primeiro, não forem proporcionadas as condições materiais, fáticas e normativas indispensáveis para o acesso a esses níveis adequados e suficientes de vida.¹⁰

Nesse raciocínio, os demais princípios constitucionais, tais como o garantidor do estado democrático de direito, devido processo legal, razoabilidade e proporcionalidade, bem como os princípios inerentes do direito ambiental, mas de igual forma previstos pela Constituição brasileira, a exemplo do desenvolvimento sustentável, prevenção, precaução, responsabilidade, mínimo existencial ecológico e proibição do retrocesso ecológico, justificam, pois que o judiciário, no cumprimento de suas funções, empreenda mecanismos com a finalidade de concretizar os níveis de proteção pactuados pela sociedade,

⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

⁹Ibid., p.13.

¹⁰NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra: Coimbra, 2003. In: AYALA, Patryck de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 165.

proporcionando condições concretas de acesso aos direitos fundamentais, *in casu*, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por oportuno, os princípios da precaução e da prevenção devem ser interpretados à luz da proteção constitucional ao meio ambiente, assim, diante de uma premente lesão ao equilíbrio do meio ambiente, ocasionada através do desenvolvimento de atividade potencialmente degradante, deve o Estado empreender esforços na intenção de garantir o direito difuso protegido, a fim de que seja demonstrado que a atividade não representa riscos ao meio ambiente, através de uma visão sustentável e com intuito de prevencionista.

É neste pensar, e principalmente consubstanciado nos princípios que justificam a tutela ambiental, dentre eles o da precaução, bem como diante da patente vulnerabilidade do meio ambiente frente aos agentes nocivos e degradantes no contexto de uma sociedade gerenciadora de riscos invisíveis e imprevisíveis, os instrumentos processuais disponíveis tais como o que possibilita a flexibilização das regras do ônus da prova, deve ser interpretado e aplicado à luz da proteção constitucional ao meio ambiente sadio a todas as gerações, como forma concreta de proporcionar o alcance e a fruição dos direitos fundamentais.

3 A SOCIEDADE DE RISCO GLOBAL

Em análise à relação existente entre o mercado e o meio ambiente, percebe-se nitidamente uma linha tênue que interliga os dois elementos, isto porque, as atividades desenvolvidas pelo homem, em razão do modelo econômico adotado pela sociedade atual, acarreta na criação de diferentes espécies de riscos para a sociedade, advindos da busca pelo sucesso tecnológico e industrial.

As atividades desenvolvidas visando o tão almejado progresso, são em sua essência, produtoras de riscos no campo político, científico, econômico, ecológico e ético, pois quando o homem as realiza empreende escolhas e se utiliza dos saberes até então identificados. Assim, todas as atividades, em razão das escolhas realizadas, acarretam a criação de maiores ou menores riscos, conhecidos ou não conhecidos, à continuidade das futuras gerações.

O Estado possui, portanto, o dever de encontrar meios de gerenciar os riscos decorrentes das atividades desenvolvidas pelo homem por meio das ações de seus órgãos e instituições reguladoras, em busca não só de empreender atos preventivos, mas especialmente imbuídos do intuito precaucional ante as incertezas tecnológicas e científicas que a longo prazo, quando, e, se descobertas, podem ser irreversíveis para a sociedade.

Justamente em razão dos acontecimentos não previstos ocasionados pelos riscos até então desconhecidos, verificou-se a transição da sociedade industrial para uma sociedade de

risco, onde a elevação do risco enquanto elemento estruturante da nossa sociedade resultou da confrontação com efeitos que, anteriormente, eram inimagináveis e foi ampliada pela intensificação do estado e da divulgação de informação científica que, em lugar de certezas, manifesta cada vez mais dúvidas.¹¹

Nesse contexto, o professor alemão Ulrich Beck diante da evidente dificuldade encontrada pelo Estado em enfrentar a problemática causada pela intenção do progresso econômico, oferece como solução a análise acurada da sociedade sob um contexto não só de perigo, mas especialmente da gestão dos seus riscos, que são, em verdade, repartidos pela coletividade.

No entanto, antes da análise da sociedade de riscos, faz-se necessário diferenciá-lo do perigo, pois estes, “enquanto circunstâncias fáticas, naturais ou não, que sempre ameaçaram as sociedades humanas”,¹² traduzem-se nos desastres naturais, pragas, dentre outros acontecimentos que não se pode, em hipótese alguma, entabular previsões ou probabilidades.

De outra banda, o risco traz consigo a ideia da probabilidade, do cálculo, do controle, pois é o produto das escolhas do homem. Com o crescimento e a inovação tecnológica, as atividades produzidas, de qualquer ordem, seja científica, social, institucional ou política, são empreendidas através das escolhas, e com isso, vem a responsabilidade e as consequências dessas opções, pela própria atividade a ser desenvolvida ou inclusive sobre a maneira de realizá-la.

Assim, na concepção de Ulrich Beck¹³, os riscos são artificiais, no sentido de que são produzidos pela atividade do homem e vinculados a uma decisão deste, como um resultado da intervenção humana nas incertezas e nos perigos.

Desenvolvendo a ideia da sociedade mundial do risco, o contexto social vivido deve ser dividido em duas fases, a saber, primeira e segunda modernidade. A primeira modernidade se traduz pela fase industrial já vivida pela sociedade, onde a existência da autoridade científica era capaz de eliminar os riscos advindos da atividade industrial por meio de procedimentos de cálculos, avaliações de probabilidade e científicas, tendo como parâmetro de representação do risco o acidente.¹⁴

¹¹ AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.18

¹² GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Piaget, 1996. p.231.

¹³ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. 1 ed. São Paulo: Editora 34, 2010. passim.

¹⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. op.cit.passim.

Essa perspectiva do risco foi totalmente alterada quando se constatou que “os riscos da sociedade moderna, sendo, pois, os sociais, políticos, ecológicos e individuais advindos da inovação tecnológica, escapam das instituições de controle e proteção da sociedade industrial”,¹⁵ surgindo assim, a segunda modernidade, chamada de modernidade reflexiva, tendo como referencial os macro perigos, imprevisíveis e incontroláveis.

Justamente neste contexto, com a proximidade entre os países industriais, crescimento da classe média, e, conseqüentemente com o aumento do consumo na sociedade aconteceu a transição da sociedade industrial, assim, onde existiam perigos e riscos previsíveis e controláveis, deparou-se com riscos nunca antes previstos e incontroláveis, tanto para a indústria como para o Estado. Surgindo então, a preocupação de como proporcionar segurança para a presente, bem como, para as futuras gerações diante de contextos de imprevisibilidade.

Neste sentir, em análise à mencionada transição, as ameaças trazidas pelo desenvolvimento tecnológico ecoam no fenômeno nominado de irresponsabilidade organizada,¹⁶ que seria, em suma, a sensação de impotência diante do risco desconhecido.

José Morato Leite e Patryck Ayla¹⁷ observam a existência de uma linha de evolução retilínea onde inicialmente corre-se perigo, depois pode-se enfim saber que se corre perigo e conhecer o estado de periculosidade (risco) e terminando por assumir, finalmente, a representação do estado de impotência perante o risco, inexistindo maneiras de se evitar ou diminuir a probabilidade de sua ocorrência (irresponsabilidade organizada).

Assim, a sociedade moderna se caracteriza pela existência dos riscos, sendo, pois, de primeira ordem a necessidade de tutelá-los, deixando um pouco de lado a ideia da liberdade e do bem-estar social, ambos advindos do Estado de direito.

Impõe-se, na verdade uma nova leitura, uma nova maneira de enfrentar os percalços trazidos pelo desconhecido, em especial uma nova forma de ação dos órgãos responsáveis, dos institutos disponíveis no Estado para o gerenciamento desses riscos, uma vez que a sociedade moderna reconheceu a insuficiência e a ineficiência da tecnologia e da racionalidade científica como instrumentos de produção das posições de segurança coletiva.¹⁸

¹⁵ BECK, Ulrich. **La invención de lo político. Para una teoría de La modernización reflexiva.** Tradução de Irene Merzani. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1999. p.32.

¹⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade.** . 1 ed. São Paulo: Editora 34, 2010. passim.

¹⁷ AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.14.

¹⁸ Ibid., p.16.

Diante da compreensão dos riscos, bem como da gestão desses riscos, a análise deve ser mais profunda quando se questiona acerca dos níveis aceitáveis de risco que a sociedade aquiesce em se submeter, quando a discussão ganha contornos populares e especialmente políticos.

Em verdade, deve-se ter em mente, que quando se fala em avaliar os níveis de proteção e os riscos que a sociedade vai aceitar se submeter em nome do progresso científico, tecnológico e do desenvolvimento econômico, esta discussão compreende equilibrar e equacionar os interesses das classes industriais e sociais, e sem embargos, tal tarefa se revela uma grande missão social e política.

Entretanto, não se pode olvidar que o papel estatal no que se refere à análise da ética, da moralidade, conceitos estes essenciais para a aceitação dos riscos, muitas vezes são ignorados em nome da necessidade estatal de arrecadação, manutenção do desenvolvimento econômico e de determinados seguimentos, oportunidade em que se verifica a atuação do poder jurisdicional para o restabelecimento dos parâmetros e análises condizentes com os níveis de proteção e riscos permitidos pela sociedade.

Especialmente quando se trata do meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito este consagrado a todo o cidadão por força constitucional, retoma-se a ideia da linha tênue existente entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente, ante as escolhas realizadas inclusive pelo próprio Estado, em busca do progresso tecnológico, científico. Vê-se instalada, portanto, uma crise ambiental, quando não se compreende o alcance normativo do disposto no Art.170, caput, inciso VI da carta magna, que assegura o desenvolvimento econômico por meio de uma existência digna, da justiça social e pautada na defesa do meio ambiente.

Diante deste impasse e dentro de um contexto de sociedade de risco, extraí-se do normativo que as escolhas estatais políticas, bem como o desenvolvimento do mercado devem que ser pautados na existência digna e da justiça social, conceitos esses que permeiam e se entrelaçam com as escolhas éticas e morais que a sociedade faz dos níveis aceitáveis dos riscos.

Assim, as sociedades de risco se valem dos chamados “limites de tolerabilidade, ou seja, as externalidades negativas são muitas vezes considerados riscos socialmente toleráveis, em virtude de o risco constituir o padrão da sociedade normal”,¹⁹ sendo, pois, imprescindível que sejam estabelecidos formas de controle, limites para o crescimento econômico.

¹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental: parte geral**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005. p. 193.

Nesse contexto, considerando que as escolhas estatais dos níveis de proteção do meio ambiente e dos riscos que serão assumidos pela coletividade passam pelos conceitos da ética, da moralidade, e principalmente da necessidade do debate esclarecido no seio da sociedade, muitas vezes, a função judicial no contexto do Estado de Direito deve ser ampliada, a fim de que os interesses da sociedade quando não preservados pelos instrumentos estatais e administrativos, possa a jurisdição avaliar e garantir o nível de proteção pretendido pela sociedade para a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e para as futuras gerações.

4 O PROCESSO JUDICIAL (CONSTITUCIONAL) AMBIENTAL COMO MEIO DE ACESSO À JUSTIÇA AMBIENTAL

Não há como negar que nesse novo milênio, a evolução dos direitos fundamentais, como reafirmação interna dos direitos humanos, ganha contornos amplos e em busca de uma concretização, abarcando todas as chamadas gerações de direitos fundamentais.

Na lição de Pérez Luño, “como um sistema de valores dotados de uma unidade de sentido”,²⁰ que permite o assentamento da afirmação solene da dignidade da pessoa.

Por outro turno, essa unidade axiológica ainda segundo o professor da Universidade de Sevilha, “responde a uma estrutura aberta e dinâmica, corolário do pluralismo político”,²¹ que da mesma forma pode ser encontrado no sistema constitucional, como valor superior (fundamental).

Neste sentido, se deve Peter Harbele, propõe um processo de interpretação constitucional que envolva todos “as potências públicas participantes materiais do processo social”.²² Desta feita, seguindo na trilha intencionada por Harbele, a interpretação é feita por todos os atores sociais que vivem a norma, mesmo que de forma inconsciente, implicando numa “interpretação constitucional antecipada”.²³

Há, portanto, um claro deslocamento do direito constitucional, de um sistema fechado, e, de vocação interpretativa unívoca, para um sistema aberto e pluralista que permite a solução dos conflitos de maneira ampla, além do amparo exclusivamente jurisdicional.

²⁰ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Trad. José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012 p.17

²¹Ibid., p. 17.

²² HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 13.

²³ Ibid., p. 14

Luño afirma que se estaria diante do “status activus procesualis”²⁴ como um complemento da famosa classificação de Jellinek, permeando a atuação jurisdicional da participação decisiva dos indivíduos nos procedimentos que a afetam.

Desta maneira, a nova visão do processo constitucional, como meio de proteção dos interesses difusos, perpassa pela participação ativa da sociedade, através das garantias constitucionais de índole instrumental, como por exemplo, a Ação Popular, prevista no art. 5º LIII da Constituição Brasileira, que expressamente cataloga o meio ambiente como direito fundamental.

O reconhecimento da fundamentabilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é decorrência desta visão ampla e pluralista dos direitos fundamentais, e desta forma, o direito ao meio ambiente, não pode prescindir das garantias constitucionais a ele dispostas ao largo do texto constitucional, também representados pelo que Paulo Afonso Leme Machado chama de “direito ao processo judicial ambiental”.²⁵

Diante desta tendência reconhecida, e ainda, diante do contexto da sociedade de risco em que estamos inseridos, é preciso dimensionar, que espécie de tutela processual ambiental se deseja, ou melhor, se apresenta como capaz de dar efetividade à proteção ambiental.

Neste curso, não se pode esquecer da lição de Bryan Garth e Mauro Cappelletti²⁶ na célebre obra intitulada Acesso à Justiça, resultado do famoso Projeto Florença.

Os autores problematizaram os resultados de um processo calcado na experiência individualista e seus mecanismos convencionais, cujos procedimentos não atendem a expectativa de concretude da prestação jurisdicional justa, mas quando muito, do mero formalismo da atuação jurisdicional do Estado.

Desta forma, “há necessidade de novos mecanismos procedimentais que tornem esses direitos exequíveis”.²⁷ Neste *interim*, os autores identificam vantagens que podem ser obtidas ao se implementar tais mecanismos diferenciados dos tradicionais, como por exemplo:

- a) a exploração de uma ampla variedade de reformas de forma a adaptar o dinamismo da sociedade à possibilidade de busca de suas soluções que podem não vir do direito como instituição do Estado simplesmente; b) adequação das normas processuais aos tipos de litígios, de modo a superar as complexidades inerentes a complexidade de cada caso; c) levar em consideração as partes no processo, diante das suas peculiaridades e

²⁴ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Op.cit. p. 21.

²⁵ MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 116.

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1a. ed. 2002. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1988. passim.

²⁷ Ibid., p.69.

potencialidades de resolução dos conflitos por diferentes focos, como a barganha, experiência e outros fatores²⁸.

Finalmente ressaltam os autores, “deve-se levar em conta também que o resultado de uma demanda de interesse difuso possui repercussões individuais e coletivas”.²⁹ Assim, há necessidade de separar as duas dimensões tendo em vista as diferentes implicações.

Deste modo, “o acesso à justiça deve levar em conta todos os fatores mencionados, demonstrando, pois, a necessidade desse novo enfoque para a realidade em que vivemos”.³⁰

Esta reflexão importante permite desenvolver uma análise pontual, acerca do instituto do ônus da prova, e de sua releitura a partir da perspectiva da proteção ambiental, perpassando pelo princípio da precaução no contexto da sociedade de risco.

Neste ponto, entre o reconhecimento de que a constituição brasileira preconiza um sistema aberto e pluralista, e ainda, que o processo, visto pelo prisma da efetividade da prestação jurisdicional, a rediscussão dos procedimentos aplicados no processo ambiental, ganha fôlego. E essa rediscussão, deve partir dos princípios que informam o chamado Estado de Direito Ambiental, notadamente o princípio da precaução, e a conseqüente defesa, de uma mudança de perspectiva, ou seja, redimensionamento do instituto processual do ônus da prova.

Naturalmente o objetivo deste redimensionamento é a busca da “tutela jurisdicional, adequada e justa”, para alcançar a efetividade da proteção ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

5 O REDIMENSIONAMENTO DO ÔNUS DA PROVA

Estamos diante de um novo modelo de organização social, onde as atividades são exercidas pelo homem em prol do desenvolvimento da sociedade, entretanto, os riscos são desconhecidos, incertos e imprevisíveis, dando ensejo a preocupação com os padrões de segurança oferecidos ao meio ambiente pela estrutura governamental.

Neste *ínterim*, a invisibilidade e o anonimato dos estados de risco e de perigo revelam seu aspecto mais nocivo e dogmaticamente mais tormentoso como problema a ser suportado e enfrentado pelas futuras gerações³¹, que obstaculizam a concretização da proteção ambiental. E mais, José Morato Leite e Patryck Ayla dissertam que:

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1a. ed. 2002. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1988. p.69.

²⁹ *Ibid.*, 69.

³⁰ *Ibid.*, p.71-73.

³¹ AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.104.

Os problemas dogmáticos que derivam da apreciação concreta dos efeitos da irresponsabilidade organizada permitem afirmar não que as sociedades contemporâneas não sabem lidar com os problemas oriundos do risco, ou não sabem conviver com os riscos, ou que não estão cientes dos problemas produzidos pelo risco, mas que, conhecendo ou não as consequências concretas desse ou daquele risco, conhecem a existência de riscos, e não oferecem propostas idôneas a lidar com os mesmos.³²

Ainda, diante da sociedade moderna reflexiva, da fragilidade anunciada do meio ambiente diante dos agentes nocivos, e, primando por empreender eficácia material aos preceitos constitucionais, resta imprescindível compreender os instrumentos processuais disponíveis na tutela jurisdicional ambiental estruturantes da almejada proteção.

Neste diapasão, inserido em uma sociedade de risco global, visando a facilitação e, concretização de mecanismos capazes de oferecer à sociedade o acesso e a fruição plena – em sua concepção material - do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, necessária se faz à análise do redimensionamento da prova enquanto um instrumento da gestão dos riscos na sociedade moderna, utilizando-se de padrões de racionalidade e segurança, visando assim, a prevenção e a precaução à problematização da degradação ambiental.

Para tanto, os princípios da prevenção e da precaução se revelam pilares dos novos modelos de atuação coletiva, como princípios estruturantes, essências do direito ambiental³³, uma nova roupagem às relações do conhecimento em um contexto de insegurança e imprevisibilidade.

Assim, o princípio da prevenção busca a supressão ou minoração dos efeitos danosos que já se conhecem, ou seja, se presta a atenuar e resolver o que a ciência já diagnosticou através de estudos, identificando os efeitos negativos e exigindo condutas específicas e destinadas para evitar as suas consequências danosas por meio de políticas públicas e instrumentos administrativos e jurisdicionais.

No que respeita aos seus instrumentos, na seara administrativa podem ser citados o licenciamento ambiental, estudo prévio de impacto ambiental, zoneamento industrial, sanções administrativas de interdição de atividade, manejo ecológico, auditorias e gestões ambientais. Já no que toca aos instrumentos jurisdicionais, as tutelas de urgência, sejam de efeito mandamental ou executivo, ação civil pública e a ação popular veem desempenhando bem a função imprescindível de prevenir os danos resultantes das atividades já conhecidas e

^{32 32} AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.16.

³³ DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2. ed., São Paulo: Editora Max Limonad, 2001, p.169.

confirmadas como degradantes e poluidoras, especialmente quando os mecanismos administrativos falham.

Agindo em momento e contexto distinto, o princípio da precaução enfrenta a incerteza dos saberes científicos, labuta em terreno desconhecido, por meio de previsões e probabilidades incertas quanto a existência de risco, pauta-se na possibilidade de dano diante de perigos abstratos.

A ideia da precaução é uma reformulação da exigência cartesiana da necessidade de uma dúvida metódica. Ela revela uma ética da decisão necessária em um contexto de incerteza,³⁴ isto porque, somente em análise pautada na moralidade e na ética, pode-se avaliar o contexto de incertezas em que a atividade desenvolvida se verifica, qual a possibilidade das condutas humanas acarretarem danos ambientais muitas vezes irreversíveis, e ainda, avaliar a ausência de evidências científicas, estudos, e verificações quanto aos efeitos futuros tanto para o meio ambiente, quanto para os seres humanos.

Assim, quando se está diante de atividades em que os seus efeitos ainda são incertos e desconhecidos aos especialistas confiados em seus saberes, o exercício ativo da dúvida é sempre um bom aliado e induz instintivamente as condutas imbuídas pela precaução, ou seja, atuar mesmo diante da ausência de certeza científica.

Deve se ter em mente, que ambos os princípios da prevenção e da precaução não se repelem, pelo contrário, os referidos postulados devem ser aplicados de maneira conjunta, complementar, considerando que uma mesma atividade econômica desenvolvida pode envolver perigos concretos e abstratos, sendo que este último clama pela transparência dos entes governamentais no que tange ao esclarecimento da população e ao debate público que deve ser realizado, para que a sociedade possa avaliar e optar o modelo de proteção e o nível de risco que se sujeitará.

Neste ponto, a problemática ganha contorno complexo vez que se o perigo já é conhecido, as discussões acontecem dentro dos corredores científicos, entretanto, se o perigo é abstrato, portanto, invisível, incerto, não há estudo probabilístico que auxilie ou impeça a ocorrência dos danos futuros, surgindo assim, a necessidade da atuação não só do poder estatal, mas também da sociedade, para avaliar e identificar a proteção desejada.

No entanto, justamente diante da necessidade da atuação da sociedade para apontar os riscos que pretendem assumir, muitas vezes as informações sobre as atividades não são

³⁴ LASCOUNE, P. La précaution un nouveau standard de jugement. In: *Espirit*, Nov.,1997,p.131. *Apud*: BERGEL, Salvador. **El principio precautorio y La transgenis de las variedades vegetales**. In: BERGEL, Salvador; DIAZ, Alberto. *Biotecnología y sociedad*. Buenos Aires: Ciudad Argentina,2001.p.77.

repassadas a contento, os instrumentos estatais falham (justamente porque foram feitos para prevenir os perigos já conhecidos), e o poder judiciário ganha campo para atuar, vez que é invocado a se retirar do estado inerte para restabelecer o equilíbrio das relações e atender aos comandos constitucionais de proteção ao meio ambiente mesmo diante de um contexto de incertezas.

Assim, almejando a concretização da proteção constitucional do meio ambiente no seio da sociedade de risco global, diante das atividades com potenciais degradantes desconhecidos, o poder jurisdicional deve se valer dos postulados principiológicos e legais para concretizar a proteção que se espera, e para tanto, à luz dos princípios da prevenção e da precaução, vê-se a introdução de técnicas que visam à facilitação ou à superação das dificuldades da demonstração do nexo de causalidade para o estabelecimento da relação de imputação do dano ambiental, onde o principal deles é representado pela inversão do ônus da prova, típico recurso de índole precaucional.³⁵

Observa-se, então, que o poder jurisdicional para garantir o nível de proteção pretendido pela sociedade diante do desconhecido, se vale especialmente do princípio da precaução para justificar a utilização de técnicas que facilitem a obtenção da proteção, uma vez que o contexto de probabilidade indicia perigo abstrato e incerto que pode ocasionar desastres de grande monta, especialmente quando se tratam de atividades radioativas, modificações genéticas e outras que acarretam maior grau de periculosidade invisível.

O professor Oliver Godard explica que a cada momento vivido pela sociedade, “o conjunto de exigências pesa sobre as medidas a serem tomadas, devendo, pois, serem proporcionais ao nível de proteção desejado, no estado dos conhecimentos disponíveis e reversíveis, e sempre coerentes”.³⁶

Com o fito de primar pela aplicação desigual dos regramentos legais, quando evidenciada a desigualdade das partes, *in casu*, o meio ambiente vulnerável frente aos agentes nocivos provocados pelas atividades do homem, o redimensionamento do encargo probatório conduz à flexibilização do ônus, e, permite ao judicante “avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir determinada prova”.³⁷

³⁵ AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.154.

³⁶ GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais. *In*: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flavia Barros (orgs.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 169.

³⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e o meio ambiente**. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p. 208 – 21.

Quando se trata de incerteza científica da atividade supostamente poluidora, é o princípio da precaução ambiental que determina que “o ônus de provar que os danos advindos ao meio ambiente não são do suposto poluidor a este cabe, de modo que a dúvida é sempre em prol do meio ambiente”.³⁸

Deste modo, o princípio da precaução, em suma, significa contínuo cuidado, zelo para com o meio ambiente, devendo ser interpretado e aceito como uma bússola norteadora do desenvolvimento e aplicação concreta das políticas públicas, uma vez que pretende em sua essência, que sejam implementadas medidas com o fito de afastar o risco de lesão ambiental, ainda que não se tenha qualquer certeza de ordem científica acerca do suposto agente nocivo.

De mais a mais, sendo o direito à prova um desdobramento do devido processo legal e elemento de garantia constitucional de ação e ampla defesa, merece atenção especial do julgador, especialmente quando se esta diante de um direito fundamental do indivíduo, difuso e intergeracional intimamente ligado à dignidade e ao bem-estar.

Desta feita, o ato de provar, direito este garantido pelo ordenamento jurídico, é inequivocadamente, respaldado pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. E partindo desse pressuposto, nos termos da lição de Artur Carpes:

Pensar o processo à luz dos direitos fundamentais postula, nesse sentido, a compreensão do direito ao processo justo como o mais fundamental dos direitos, na medida em que imprescindível para a tutela dos direitos fundamentais materiais.³⁹

Fredier Didier Jr. ensina em sua obra que a importância da função principiológica dos postulados é inequívoca, apresentando uma função de início ou origem, “também chamado de verdades primeiras, são o ápice do sistema, as premissas das quais por extração dedutiva, em uma cadeia fechada de silogismos, se extrairiam as demais normas”.⁴⁰

Em estudo ao ordenamento vigente, vislumbra-se que a repartição do encargo probatório é “a espinha dorsal do processo”⁴¹, e, nesse sentido, o Código Processual Civil prevê em seu art.333 a teoria estática do encargo probatório, em suma, incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Assim, no entendimento de José Frederico

³⁸³⁸RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e o meio ambiente**. São Paulo: Forense Universitária, 2003, p.21.

³⁹CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 44.

⁴⁰DIDIER, Fredie Jr; ZANETI, Hermes Jr. **Curso de direito processual civil**. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 101.

⁴¹ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956. p. 55.

Marques, “o ônus de provar, sob o enfoque da teoria imutável, compreende a necessidade de provar para vencer a causa”.⁴²

Neste caminhar e segundo a sua concepção objetiva, a lição de Fredier Didier e Hermes Zaneti Jr. ensina que:

O ônus da prova é uma regra dirigida ao juiz (uma regra de julgamento, portanto), que indica como ele deverá julgar caso não encontre a prova dos fatos; que indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória.⁴³

Não obstante a prevalência da teoria rígida do encargo probatório vem sendo superada, restando crescente a ideia do redimensionamento do encargo probatório, com o fito exclusivo na obtenção da verdade real.

Assim, passa-se ao estudo e à compreensão do redimensionamento do ônus da prova, enquanto mecanismo potencialmente capaz de proporcionar equilíbrio entre as partes quando se está diante de atividade econômica geradora de perigos abstratos e desconhecidos. Vejamos.

Vem sendo admitida a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus de provar, ou seja, sob uma análise do caso em concreto, imputar o ônus à parte que no momento dispõe de melhor condição probatória técnica e informacional da questão debatida.

Advinda do direito comparado, mais precisamente, do direito argentino, a referida teoria, teve como percussores Jorge W. Peyrano e Inés Lépori White, que assim dissertam e sua obra:

A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelo Judiciário em determinadas situações em que não forem adequadas e válidas as previsões legais que repartam os encargos probatórios. Sem importar-se com a condição da parte, seja autor ou réu, ou com a natureza dos fatos – constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos – o ônus probandi é deslocado e recai sobre a cabeça que estiver em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produção de provas.⁴⁴

Sergio José Barberio dispõe que:

Propõe-se a flexibilização do esquema básico, ou a dinamização daquele módulo estático previsto na lei, em determinados casos concretos, especialmente naqueles em que, face as suas peculiaridades, a prova se torna excessivamente difícil para a parte onerada.⁴⁵

⁴²MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p.187.

⁴³DIDIER, Fredie Jr; ZANETI, Hermes Jr., op. cit. p. 76.

⁴⁴PEYRANO, Jorge W. LEPORI WHITE, Inés (org.). **Cargas probatórias dinâmicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008. p. 20.

⁴⁵BARBERIO, Sergio José. Cargas. In: PEYRANO, Jorge W. LEPORI WHITE, Inés., op.cit. p. 103.

Entretanto, vale asseverar que a admissão da mencionada teoria, nem de longe pretende com isso revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-lo à luz dos princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido, sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em “cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional”,⁴⁶ especialmente quando se tem à baila litígios afetos à atividades com consequências para a sociedade e para o meio ambiente de perigo abstrato, invisível, desconhecido.

Desta feita, tem se questionado se, o ônus de provar, que nasceu de uma concepção privatista e individual, hodiernamente se mostra capaz de tutelar direitos difusos, especialmente quando se refere a um direito pertencente ao indivíduo, mas também à coletividade, e, diante de uma prova negativa, ou como desenvolvida pela doutrina, diabólica, dentro do contexto de riscos que esta nova modalidade de sociedade impõe.

Acerca da prova diabólica, os ilustres juristas Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira consideram que a prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida.⁴⁷ O mencionado professor cita em sua obra dizeres de Alexandre Freitas Câmara no sentido de que prova diabólica ou negativa é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração.⁴⁸

E este, é justamente o ponto nodal que justifica a realização de uma releitura da distribuição do ônus da prova, de forma a flexibilizá-la e distribuí-la da melhor maneira possível nas demandas relacionadas à proteção constitucional do meio ambiente dentro do contexto da sociedade de risco global.

Esta nova visão do ônus de provar pretende “uma melhor concretização do sistema processual civil à luz do modelo constitucional, sendo, pois, a existência de um direito fundamental à prova”⁴⁹ já que uma das partes pode ser ver impossibilitada de produzi-la.

⁴⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 436.

⁴⁷DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 92.

⁴⁸CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. Revista dialética de direito processual. São Paulo: Dialética, 2005, n.31, p.12. In: DIDIER, Fredie Didier Jr; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. op. cit. p. 92.

⁴⁹BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum**, 2: tomo I, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 276.

E negar a redistribuição isonômica do encargo probatório seria o mesmo que negar o direito à produção de prova, medida esta apartada do espírito emanado pelos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Interessante realizar o registro de que com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, houve inovação no que se refere à atividade probatória no âmbito consumerista. O regramento advindo para salvaguardar o art.5º, XXXII, da Constituição Federal, que consagrou o dever do Estado em promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, visando assim, equilibrar as relações de consumo, previu em seu art. 6º, VIII como direito básico do consumidor 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 experiência.

Em verdade, a teoria ora analisada não se trata do mesmo instituto positivado na lei consumerista, especialmente porque do redimensionamento não ocorre realmente uma inversão, proporciona a redistribuição do encargo probatório ante a sua patente vulnerabilidade material, um verdadeiro acalento processual quando o julgador analisa qual das partes naquele momento possui melhores condições informacionais, científicas e tecnológicas de produzir a prova, seja porque não possui condições financeiras de produzir elementos probatórios ou porque não possui ou se mostra impossível produzir documentação hábil a demonstrar o alegado se não conhece a fundo a atividade desenvolvida.

De mais a mais, constata-se que em situações afetas ao meio ambiente, “a incerteza é o pressuposto que move a adoção das medidas de precaução, que são justificadas exatamente a partir de situações de risco não provado ou não demonstrado de forma suficiente”.⁵⁰ Assim, o que se pretende com o surgimento e perfeita implantação do princípio da precaução, é a proibição do desenvolvimento de qualquer atividade que possa degradar o espaço ambiental.

Ademais, ainda que diante dos riscos invisíveis, e considerando a inexistência de fronteiras para as consequências dos danos ambientais, todos os Estados Nacionais possuem o compromisso doméstico e internacional de buscar meios que sejam eficazes e economicamente viáveis para a prevenção da degradação ambiental, vedando-se a postergação de posturas.⁵¹

⁵⁰AYALA, Patryck de Araújo. Princípio da precaução na constituição brasileira: aspectos da proteção jurídica da fauna. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira & IRIGARAY, Carlos Teodoro José Huguene (orgs.). **Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares**. Cuiabá: Cathedral, 2009. p.139.

⁵¹AYALA, Patryck de Araújo. **O princípio da precaução como impedimento constitucional à produção de impactos ambientais**. In: "A priori". Disponível em: . Acesso em: 14 fev. 2012.

Defende a aplicação da redistribuição dinâmica do encargo probatório, o processualista Luiz Guilherme Marinoni questionando inclusive a restrição da técnica da inversão do ônus da prova aos casos expressamente previstos em lei, justificando que a sua aplicação deve ser possível toda vez em que a adequada tutela da situação material o exigir.⁵²

Oliver Godard expõe em seus ensinamentos que as medidas aplicadas pelo judiciário fundadas sobre o princípio da precaução devem sempre ser proporcionais ao nível de proteção procurado (pois em muitos casos a proibição total torna-se a única resposta possível para um determinado risco), devendo:

As ações serem coerentes com as medidas similares já adotadas em campos equivalentes em que são disponíveis os dados científicos, aceitabilidade da população e das suas prioridades, serem reexaminados à luz de novos dados científicos, e, devem ser capazes de atribuir a responsabilidade de produzir provas científicas necessárias para permitir uma avaliação mais completa do risco, pois quando existem procedimentos de autorização para exercer a atividade a responsabilidade recai sobre as empresas exercentes, quando inexistem procedimentos, pode recair sobre os poderes públicos, sobre os usuários, produtores ou importadores, sem que isso se torne uma regra geral.⁵³

Desta forma, vê-se claramente do pensamento exposto, que a intenção não é engessar a atividade probatória com imputações de responsabilidades para cada situação, o caminho na verdade, se revela totalmente contrário, é de a cada caso posto sob exame, o julgador poderá fundado do princípio da precaução analisar todos os elementos que compõe o litígio, e, mediante decisão baseada na ética e na moralidade estabelecer os encargos pertencentes a cada parte.

E conclui o professor afirmando que “o princípio da precaução não consiste em inverter o ônus da prova, concepção paradoxalmente marcada por um cientificismo arcaico, mas em organizar a prevenção dos riscos em relação à evidência de prova, esta podendo ser a favor ou contra”.⁵⁴

Não deve ser desconsiderado que afastar o dano ambiental e a degradação do meio ambiente, em si mesmo, é um elemento decisivo em qualquer regime construído sobre o

⁵²MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2201>> Acesso em: 14 fev. 2012.

⁵³ GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais. *In*: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flavia Barros (orgs.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, p.168.

⁵⁴ GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais. *In*: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flavia Barros (orgs.). op. cit. p.168.

princípio do desenvolvimento sustentável, uma vez que ideia da sustentabilidade pressupõe o afastamento de danos irreversíveis ou degradação.

A aplicação de um direito ambiental constitucionalizado, que visa a concretização da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado deve ser moldado com base em decisões éticas, responsáveis, tolerantes e sob as luzes da dignidade da pessoa humana e do bem-estar social.

E a reflexão do princípio da precaução dentro da sociedade de risco global se revela fio condutor para a concretização da proteção desejada, dimensionando o ônus de provar de forma justa e equilibrada, tornando a atividade probatória embuída de segurança jurídica e ampla defesa.

Desta forma, neste novo modelo de organização social, pode-se afirmar que nenhuma atividade econômica poderá ser desenvolvida sem as cautelas ambientais, e, cabe ao julgador, no âmago das suas funções jurisdicionais identificar as provas que devem ser realizadas para investigar os perigos abstratos e os potenciais prejuízos e agressões ao meio ambiente, a fim de redimensionar os encargos probatório de acordo com as potencialidades científicas e tecnológicas das partes.

Por derradeiro, resta latente que a efetividade da proteção constitucional conferida ao meio ambiente, e, conseqüentemente ao direito ambiental, para que seja concreta deve passar por acurada gestão dos riscos, e nesta trilha de pensar, o redimensionamento do ônus da prova, à luz do princípio da precaução, pode atuar como um instrumento da gestão dos riscos na sociedade moderna, por meio de padrões de racionalidade e segurança.

5 CONCLUSÕES

Diante da análise empreendida neste estudo, pode se concluir que:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental consagrado nos principais diplomas constitucionais ocidentais, inclusive na Constituição Federal de 1988.

Todavia a previsão expressa na Constituição em que pese a relevância para o surgimento do constitucionalismo ambiental, carece ser efetivada à luz dos princípios informadores do direito ambiental, igualmente previstos na constituição, entre os quais se destacam os princípios da precaução e da prevenção.

Neste sentido também é de se entender que a sociedade atual, passou de uma sociedade industrial para uma sociedade de riscos, vez que o desenvolvimento econômico e o

progresso da humanidade trouxe consigo riscos decorrentes dessa busca desenfreada pelo desenvolvimento industrial, tecnológico, científico, entre outros.

Não se pode ignorar, portanto, os perigos ainda que abstratos, e os riscos produzidos com o desenvolvimento econômico, bem como os decorrentes da utilização não sustentável dos recursos naturais pela sociedade, surgindo, então a necessidade de regulamentação das atividades por meio de instrumentos capazes de compreender a vulnerabilidade do meio ambiente, bem como o nível de proteção a ser adotado pela coletividade.

O Estado, nesta quadra, podendo ser considerado um Estado de Direito Ambiental, ou simplesmente um Estado Ambiental no pensar do direito germânico, incorporado aos Estados que vem reconhecendo a fundamentabilidade do direito ao meio ambiente, deve ser um gestor desses riscos.

Desta forma, tem que lançar mão da modificação de paradigmas inflexíveis, rígidos de proteção ambiental, não apenas no campo normativo, mas na concretização desta proteção.

Neste pensar, a efetividade dos instrumentos de proteção passa por uma análise do objetivo maior do Direito processual (constitucional) ambiental, desde a percepção de que é necessário utilizar novos mecanismos para alcançar uma tutela jurisdicional adequada e justa, até redimensionar instrumentos desta tutela.

Assim, as ações empreendidas visando a concretização deste direito fundamental, tanto pela iniciativa pública como pela privada, devem ser permeadas pelos princípios da prevenção e da precaução, tendo em vista o nível de proteção escolhido pela sociedade, devendo o Estado atuar como um gestor atento às abstrações e incertezas que o modelo societário atual impõe.

Neste *ínterim*, a redistribuição do ônus de provar pode ser entendida como um instrumento apto a dividir as obrigações e deveres entre as partes à luz do processo (constitucional) coletivo, capaz de proporcionar equilíbrio durante a investigação, bem como durante os procedimentos que visam a proteção do meio ambiente frente às atividades degradantes e especialmente diante das que apresentam riscos abstratos, invisíveis e desconhecidos dos saberes da ciência.

E para tanto, se propõe desde a esfera administrativa até a esfera judicial o redimensionamento no conceito do ônus da prova com o fito de proporcionar equilíbrio e efetividade na concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente, bem como para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental na sociedade de risco**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. O princípio da precaução como impedimento constitucional à produção de impactos ambientais. In: "**A priori**". Disponível em: . Acesso em: 14 fev. 2012.

BARBERIO, Sergio José. Cargas. In: PEYRANO, Jorge W. LEPORI WHITE, Inés (org). **Cargas probatórias dinâmicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni. 2008.

BECK, Ulrich. **La invención de lo político. Para una teoría de La modernización reflexiva**. Tradução de Irene Merzani. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômica, 1999.

_____. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. 1 ed. São Paulo: Editora 34, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum**, 2: tomo I, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. 1a. Ed. Reimpressão 2002. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2. ed., São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.

DIDIER, Fredie Jr; ZANETI, Hermes Jr. **Curso de direito processual civil**. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIDIER, Fredie Didier Jr. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2011.

GODARD, Olivier. O princípio da precaução frente ao dilema da tradução jurídica das demandas sociais. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flavia Barros (orgs.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente**. Lisboa: Piaget, 1996.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. **El estado constitucional**, Mexico: UNAM, 2001.

BERGEL, Salvador; DIAZ, Alberto. **Biotecnologia y sociedade**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e tendências atuais do Estado constitucional**. Tradução Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/2201>> Acesso em: 14 fev. 2012.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira & IRIGARAY, Carlos Teodoro José Hugueney (orgs.). **Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares**. Cuiabá: Cathedral, 2009.

LEITE, George Salomão, SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra (Pt) : Coimbra Editora, 2009.

PEYRANO, Jorge W. LEPORI WHITE, Inés (org.). **Cargas probatórias dinâmicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental: parte geral**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.