

NOVAS PERSPECTIVAS SOBRE ÔNUS DA PROVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA DANO AO MEIO AMBIENTE

NEW PERSPECTIVES ON THE BURDEN OF PROOF IN CIVIL RESPONSIBILITY REGARDING DAMAGE TO THE ENVIRONMENT

Luiz Gustavo Levate

RESUMO

A adoção de uma teoria antropocêntrica ou ecocêntrica vai determinar o grau de proteção que determinado ordenamento jurídico vai conferir ao meio ambiente. Novas teorias a respeito da responsabilidade civil são elaboradas hodiernamente com o objetivo de buscar uma reparação adequada ao dano ambiental. A evolução do Direito Processual deve acompanhar a do Direito Material de forma a se ter uma tutela jurisdicional adequada. Uma das maiores dificuldades neste ramo do Direito se encontra justamente em definir a quem competirá produzir a prova da existência ou não do nexo de causalidade entre conduta e dano ecológico, já que este pode possuir fatores múltiplos, concorrentes ou sucessivos. As teorias atuais sobre ônus da prova não conseguem responder de forma suficiente sobre a distribuição do *onus probandi* no processo judicial ambiental. A teoria da distribuição dinâmica do encargo probatório parece ser a mais adequada para ser utilizada no âmbito da responsabilidade civil ambiental, pois determina no caso concreto que a parte que possuir as melhores condições de produzir a prova da inexistência ou existência do dano ecológico ou de suas causas deve se desincumbir deste ônus, ou, então, sofrer as consequências de não se utilizar desta faculdade processual.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; Ônus da prova; Meio ambiente

ABSTRACT

The adoption of an anthropocentric or ecocentric theory will determine the degree of protection that a certain legal system will grant the environment. New theories about civil responsibility are currently elaborated with the aim of seeking adequate compensation to environmental damage. The evolution of Procedural Law should keep pace with the evolution of Material Law so that legal protection is adequate. One of the greatest difficulties in this area of Law is defining who should produce proof of the existence or inexistence of *causal nexus* linking the conduct to the environmental damage, as there are multiple factors involved, which may be concurrent or successive. Current theories about the burden of proof do not respond satisfactorily to issues related to the distribution of *onus probandi* in environmental law suits. The theory of dynamic distribution of the probationary burden seems to be the most satisfactory in ascertaining environmental civil responsibility, as it determines that, in each concrete case, the party who has the most elements and the best conditions for producing the proof of the existence or inexistence of environmental damage or of its causes should be held responsible for the production of such proof, or else endure the consequences of not using the procedural faculty.

KEY WORDS: Civil responsibility; Burden of proof; Environment

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A TEMÁTICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL. 3 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA. 3.1 Fundamentos da Utilização do Ônus da Prova como Regra de Julgamento. 3.2 A Regra de Julgamento e a Teoria da Carga Probatória Dinâmica. 4 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA NO DIREITO BRASILEIRO. 4.1 O Princípio da Precaução como Norma Determinante da Inversão do Ônus Da Prova e o Microssistema processual de direitos difusos e coletivos. 4.2 O Princípio da Solidariedade das Partes com o Órgão Jurisdicional. 4.3 O Enfoque Atual da Responsabilidade Civil. 4.3.1 O Poluidor em Melhores Condições de Produzir a Prova. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

O grau de proteção que determinado ordenamento jurídico confere ao meio ambiente depende de sua base jurídico-moral ser centrada numa inspiração antropocêntrica ou ecocêntrica¹. Estribados numa ética ocidental judaico-cristã² os antropocentristas, do mais fundamentalista ao antropocentrista responsável, sempre enxergaram o homem como centro de todas as coisas e do universo, senhor da natureza, devendo explorá-la e dela retirar seu sustento de forma ilimitada, pois a natureza e os animais não gozariam de um valor de *per si*, mas somente enquanto servissem ao homem e a seus caprichos. Apoiados nas teorias econômicas desde o século XV sustentavam que o homem deveria explorar a natureza, mesmo sabendo que os recursos são escassos, apesar das ilimitadas necessidades, pois no futuro a tecnologia seria capaz de repor ou substituir os recursos naturais.

Em ponto contrário se encontram ou ecocentristas, cujo pensamento considera a natureza e demais seres vivos como dotados de um valor especial e próprio e não apenas como coisa a serviço do Homem. Desfeita a coisificação da natureza, que teve em Keith Thomas³ um de seus primeiros defensores na modernidade percebeu-se que:

¹“ Com efeito, as formas de relacionamento da espécie humana com o mundo natural são ditadas pelas diferentes *cosmovisões* ou modos de enxergar o mundo que nos cerca. As cosmovisões, por seu turno, são inspiradas pelas diversas culturas que se sucedem com o fluir do tempo, e em vários espaços do globo, ou seja, ao longo da História. A História, por sua vez, trabalha com as coordenadas básicas de *tempo* (quando) e de *lugar* (onde); é na conjugação de tempo e lugar que os acontecimentos e as culturas se desenvolvem. Por aí se pode ver que nos distintos contextos históricos as relações do Homem com a Natureza são também muito diferentes, além de serem permanentemente complexas”. MILARÉ, Édis; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL, ano V, nº 36, outubro-dezembro 2004 – São Paulo: Editora RT 2004, p. 9-42.

²“Então Deus os abençoou e lhes disse: Frutificai e multiplicai-vos; enchei a terra e sujeitai-a; dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu e sobre todos os animais que se arrastam sobre a terra.” (Gêneses 1, 28)

³“O que há de novo no período moderno é que, quando Montaigne, no século XVI, e os libertinos franceses, no século XVII, resgataram a antiga contestação dos célticos à ‘soberania imaginária’ do homem sobre as outras criaturas, descobriram, pela primeira vez, que na tradição cristã havia autores que concordariam com eles. Em meados do século XVI, John Bradford, mártir mariano, contestou abertamente a doutrina escolástica de que os

já não é mais possível considerar a proteção da natureza como um objetivo decretado pelo homem em benefício exclusivo do próprio homem. A natureza tem que ser protegida também em função dela mesma, como valor em si, e não apenas como um objeto útil ao homem (...). A natureza carece de uma proteção pelos valores que ela representa em si mesma, proteção que, muitas vezes, terá de ser dirigida contra o próprio homem.⁴

A Constituição Republicana de 1988 ao tratar do meio ambiente como direito fundamental⁵ adota uma concepção antropocentrísta moderada ao adotar a teoria do desenvolvimento sustentável, que exige preocupações sociais, econômicas e ambientais, protegendo bens e valores naturais, paisagísticos, urbanísticos, ecológicos e históricos⁶, mas tendo sempre como centro de suas atenções o homem, pois o desenvolvimento sustentável impõe ao Poder Público e a coletividade “o dever de defendê-lo e preservá-lo **para as presentes e futuras gerações**”, assegurando a todos uma existência digna (grifo nosso).

As ações coletivas (ação civil pública), a tutela inibitória e a ação popular são utilizadas cada vez mais para a proteção dos bens de valor ecológico. Teorias no campo da responsabilidade civil e penal têm evoluído como forma de abranger todos os danos causados ao meio ambiente. Neste campo específico um dos maiores entraves à proteção efetiva do meio ambiente e à imputação de responsabilidade civil reside, segundo a observação de Morato Leite e Winter de Carvalho, na “avaliação probatória e configuração do nexo causal entre condutas e danos, cujas relações de causa e consequência são engendradas pela incerteza científica e complexidade causal proveniente da aplicação de novas tecnologias⁷”. Vale dizer, a causalidade deixa de ser simples para se apresentar como uma causalidade concorrente que

animais foram feitos exclusivamente para o amparo do homem. No século XVII, tornou-se cada vez mais comum defender que a natureza existia para a glória divina e que Deus se preocupava tanto com o bem-estar das plantas e animais quanto com o do homem. Durante a Guerra Civil houve sectários que levaram tal tese à sua conclusão lógica. ‘Deus ama tanto as criaturas que rastejam no chão quanto os melhores santos’ dizia um deles, ‘e não há diferença entre a carne de um homem e a carne de um sapo’. Keith Thomas, *O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais* (1500-1800). São Paulo: Companhia das Letras, 1966, p. 198.

⁴ *Direito ao ambiente*, apresentação. Lisboa: Ed. INA, 1994. *Apud* Celso Antônio Pacheco Fiorillo: *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 2ª ed. ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17.

⁵ “Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano, mesmo num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade correta. Os publicistas e os juristas já os enumeram com familiaridade, assinalando-lhe o caráter fascinante do coroamento de uma evolução de trezentos anos dos direitos fundamentais. Emergiram eles da reflexão sobre temas referentes ao desenvolvimento à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 523.

⁶ Artigo 216.V- os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

⁷ LEITE, José Rubens Morato; CARVALHO, Délton Winter. O nexo de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais. *REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL*, ano XII, nº 47, julho-setembro/ 2007 – São Paulo: RT 2007, p. 76-95.

pode se radicar em erros humanos com pluralidade de agentes⁸, problemas técnicos e de falta de segurança adequada somados ainda a eventos naturais, como ocorreu no acidente nuclear de Fukushima em 2011.

Enquanto o direito material evolui na configuração da responsabilidade adotando modernas teorias sobre o nexo de causalidade (causalidade normativa, estatística, alternativa e até mesmo presumida), passando de uma fase subjetivista para outra objetivista, onde a responsabilização passa a independender da existência da culpa, chegando em alguns casos a se proibir a utilização de excludentes de ilicitude – teoria do risco integral no campo de atividades nucleares (alínea “d”, inciso XXIII do artigo 21 da Constituição da República) e nos danos ambientais em geral⁹ (§ 1º do artigo 14 da lei 6938/81)- já no campo processual o apego às teorias tradicionais de distribuição do encargo probatório têm levado na prática a uma impunidade desmedida no campo da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, retirando o caráter punitivo e pedagógico que a indenização deve exercer. Conforme aponta Álvaro Luiz Valery Mirra¹⁰, no campo processual uma das características básicas nas ações civis públicas envolvendo o meio ambiente é “o abandono da concepção estática da distribuição do ônus da prova (...) em prol de uma concepção dinâmica do ônus da prova nessa matéria”.

No Direito Comparado europeu o artigo 5º, do Decreto nº 147/2008 de Portugal¹¹, inspirado na convenção de Bruxelas de 1968 e na de Lugano de 1988 já vislumbrando, desde o século passado, a necessidade de alterações no campo processual como forma de conferir uma proteção efetiva e adequada ao meio ambiente determina que:

A apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verossimilhança e de probabilidade de o fato danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da ação lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de proteção. (PORTUGAL, 2008)

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial nº 37354/SP. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200801696780&dt_publicacao=31/08/2009>. Ação Civil Pública. Responsável direto e indireto elo dano causado ao meio ambiente. Solidariedade. Hipótese em que se configura litisconsórcio facultativo e não litisconsórcio necessário. Acesso em: 30 de mar. de 2012.

⁹ Alguns autores se declaram adeptos da teoria do *risco integral*, que não permite excludentes à responsabilidade, e depois, para fundamentar a sua posição, passam a recorrer a argumentos muito mais ligados à teoria do risco criado como v.g Edis Milaré, Carlos Roberto Gonçalves e Jorge Nunes Athias. Sem recorrer a este subterfúgio Rodolfo de Camargo Mancuso, e Néelson Nery Júnior.

¹⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A prova na Ação Civil Pública Ambiental – p. 265-278. In Efetividade da Tutela Ambiental. JÚNIOR, Jarbas Soares; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; PITOMBEIRA, Sheila Cavalcante.. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

¹¹ Diário da República, 1ª série – nº 145 de 29 de julho de 2008. Disponível em: <<http://dre.pt/pdf1sdip/2008/07/14500/0502705038.pdf>>. Acesso em 18 de mar. de 2012.

Portanto, faz-se necessário um estudo das teorias do ônus da prova e aplicá-las nas ações envolvendo danos ao meio ambiente de forma que o direito processual acompanhe a evolução já experimentada no âmbito do direito material.

2 A TEMÁTICA DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Uma tutela jurisdicional adequada exige a existência de um processo efetivo e de resultados com respeito aos direitos e garantias fundamentais ou, ainda, nada além de um processo legal devido e com bases constitucionais. A doutrina que compreende o processo dentro de uma perspectiva do paradigma¹² jurídico- constitucional do Estado Democrático de Direito, que na visão procedimental democrática de Habermas¹³ se reflete numa exigência de participação e fiscalização constantes e incessantes das partes na construção do provimento jurisdicional como forma de legitimar a aplicação do Direito e de todo o ordenamento jurídico, vai defini-lo, estribado nas lições de Rosemiro Pereira Leal, como “uma instituição, um complexo normativo constitucionalizado e garantidor de direitos fundamentais (ampla defesa, contraditório, isonomia) e não um mero instrumento de realização dos escopos metajurídicos da jurisdição (pacificação social, política e etc.)”¹⁴.

O processo como modo de atuação estatal constitui o meio para que o autor e réu demonstrem, respectivamente, suas pretensões e defesas e, com isso, alcancem a solução de seus conflitos intersubjetivos de interesses. Focalizaremos nossa análise na polêmica questão da distribuição do ônus da prova na tentativa de verificar a quem competirá a produção de prova em matéria ambiental ou quem sofrerá as conseqüências de não tê-la produzida. Vale dizer, superando a clássica divisão estática do *onus probandi* consagrada no nosso Código de Processo Civil brasileiro buscaremos demonstrar se no caso de um acidente ambiental caberá ao infrator provar que não agiu ou que sua conduta não desencadeou ou influenciou na

¹² Explicitando a noção de paradigma como teoria ou referencial lógico jurídico, Cattoni de Oliveira nos ensina que “O uso da noção de paradigma pretende estabilizar a tensão entre realidade e idealidade, pois, segundo tal noção haveria um horizonte histórico de sentido, ainda que mutável, para a prática jurídica concreta, que pressuporia uma determinada “percepção” do contexto social do Direito, a fim de se compreender em que perspectiva as questões jurídicas deveriam ser interpretadas para que o Direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social. CATONNI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo (Coord). Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p 189-225.

¹³ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Tempo Brasileiro. 2003. vol I e II.

¹⁴ LEVATE, Luiz Gustavo; CARVALHO, Felipe Caixeta. Lei de Execução Fiscal a luz da Doutrina e da Jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p 165-168.

ocorrência do dano ecológico, ou ao invés se exigirá do autor da ação (cidadãos em geral em ações populares, Ministério Público, Estado e entidades de defesa do meio ambiente em ações civis públicas) a referida prova.

Apesar de nossa doutrina e jurisprudência de forma pacífica e correta consagrarem o direito de ação como um direito abstrato e autônomo do direito material é ilusório pensarmos em um direito processual completamente indiferente ou destacado do direito material, pois o processo visa tutelar o seu plano externo, ou seja, o próprio direito material. Assim, o direito processual não pode estar desconectado do direito material e dos fatos do mundo natural como se fossem realidades estanques ou sem nenhuma comunicação, já que o Direito não pode desconhecer a realidade e é alimentado pelos fatos naturais. Nesta linha, com base em Andréa Proto Pisani, nos ensina J.J. Calmon de Passos:

Andréa Proto Pisani, ao falar no caráter instrumental da norma processual (não do processo, frise-se) adverte sabiamente que essa instrumentalidade consiste no fato de que só lhe cabe intervir quando a norma substancial deixar de ser voluntariamente atuada e também no sentido de que **o direito substancial é indispensável para o direito processual**. Isso, contudo, enfatiza ele, não autoriza concluir-se que o direito processual seja secundário em relação ao direito material e que este possa menosprezá-lo. Como também afirmar a diversidade entre direito material e processual e a instrumentalidade do segundo, em relação ao primeiro, não significa autonomia (no sentido de indiferença) entre os dois complexos de normas. Assim como o direito processual não poderia existir sem o direito material, igualmente o direito material, deve-se acrescentar, não poderia existir sem o direito processual. Portanto, em sua diversidade está presente outrossim, uma estreita interdependência (isto é, dependência recíproca) entre direito material e direito processual. Prosseguindo em sua análise, demonstra que o escopo do processo é precisamente assegurar o que foi prometido pelo direito material, e somente isso, sem poder desvirtuar-se para outro objetivo nem deixar de estar a serviço desse objetivo. Por conseguinte, nem o procedimento é indiferente (tecnicamente neutro) em face da tutela que lhe cumpre efetivar, nem a tutela é viável de ser obtida sem a estrita obediência ao procedimento adequado (grifo nosso).¹⁵

Destarte, para que as partes tenham seus interesses satisfeitos, não basta que elas simplesmente aleguem os fatos. Para que o julgador decida, é necessário que se certifique da verdade dos mesmos, o que se dá através das provas. Assim, prova significa “tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra (...)”, consoante os ensinamentos de Cássio Scarpinella Bueno¹⁶ Possui, logo, como objeto as circunstâncias deduzidas pelas partes em juízo. Sua finalidade é a formação da convicção em torno dos fatos. Seu destinatário é o juiz, pois será ele quem dará com a participação das partes a solução jurídica ao litígio.

¹⁵ PASSOS, J. J. Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3062>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

¹⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de Direito Processual Civil. 4ª Ed. Vol. 2, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 269.

No processo civil, onde há predominância do princípio dispositivo, segundo o qual o juiz depende na instrução da causa da atividade das partes, torna-se relevante a questão do ônus da prova. É de notar-se que os conceitos de ônus e obrigação não se confundem.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico dissecou bem a questão:

No ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado o seu cumprimento em favor de outrem como ocorre na obrigação. O não exercício de um ônus não configura um ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada. A norma estatuidora de um ônus tutela interesse do próprio onerado, ao passo que a norma portadora de uma obrigação tutela interesse do titular do direito subjetivo correspondente, que pode exigir o seu cumprimento¹⁷.

Neste diapasão, o ônus não deixa de ser uma faculdade que a parte exerce para poder usufruir de um direito que dá a ela o direito de produzir uma prova. Vistos estes aspectos preliminares mostraremos a evolução das teorias sobre a distribuição do encargo probatório até chegarmos àquela que seja mais adequada para se aplicar nas ações envolvendo o meio ambiente, porque a produção de prova nesta seara é extremamente complicada, fruto da multiplicidade de causas que podem desencadear determinado dano ambiental e principalmente em razão do conhecimento restrito das tecnologias e materiais empregados pelo infrator, muitas vezes protegido sob o manto do segredo industrial.

3 A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA

A teoria do ônus da prova passou por diferentes fases desde os primórdios do processo civil. Segundo o jurista português Marcelo Caetano:

A evolução começou no direito processual romano, onde se desenvolveram dois princípios básicos: o *onus probandi* incumbia ao autor. Em seguida, em melhor técnica, o réu excipiente assumiu a posição e os ônus de autor. No mesmo período, na Alemanha, o ônus da prova, geralmente, era atribuído ao réu, encarado, porém, mais como uma vantagem do que como encargo, já que o réu poderia salvar-se da acusação¹⁸.

Com efeito, atribuir inteiramente ao autor o encargo de fornecer provas, significaria recusar-lhe, em uma quantidade substancial de casos, a tutela jurisdicional, motivo pelo qual se passou naquela época a se basear esta distribuição em critérios de oportunidade e de igualdade.

¹⁷ Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, op. Cit. p. 165.

¹⁸ CAETANO, Marcelo. História do Direito Português. 3ª ed. Lisboa/São Paulo: Verbo, 1992, p. 260.

No entanto, face a insuficiência dos critérios formulados no nascimento do processo civil romano do encargo probatório como uma vantagem e não como ônus, outras teorias foram criadas a fim de se repartir a carga probatória. Uma delas preconizava que seria necessária a prova apenas para os fatos excepcionais, não se exigindo a demonstração dos normais - teoria da normalidade -, representando Chiovenda um de seus principais formuladores. Destarte, quem alegasse a ocorrência de um fato excepcional deveria prová-lo¹⁹.

Na Itália, já no século XX desenvolveram-se teorias - ônus da prova subjetivo - que conjugavam a posição das partes no processo com a natureza dos fatos que fundamentam sua pretensão - ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos e ao réu a dos impeditivos, extintivos e modificativos. Os principais divulgadores desta teoria foram Carnelutti e Betti, exercendo grande influência na doutrina e nas legislações, estando atualmente consagrado no artigo 333 do Código de Processo Civil Brasileiro²⁰.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico aponta a insuficiência do ônus subjetivo como único critério para distribuição do encargo probatório, dissertando²¹ que "o ônus subjetivo da prova identifica-se com a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevantes em seu favor. Caso não logrem provar suficientemente os pressupostos fáticos dos efeitos verídicos por ela pretendidos, as partes correrão o risco de sucumbir". Barbosa Moreira²² destaca o aspecto psicológico na repartição do ônus da prova:

O maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro, por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o órgão judicial de que o fato deveras ocorreu - numa palavra: de prová-lo (...). O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade de, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, a propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal). "No ônus subjetivo da prova destaca-se este aspecto, que é antes psicológico do que jurídico, móvel da atuação da parte.

Entretanto, percebeu-se que este ônus subjetivo seria insuficiente para resolver todas as questões. De fato, haveria situações em que a atividade probatória dos litigantes poderia

¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. Tradução para o vernáculo por J. Guimarães Menegale. 2. ed. Italiana. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. , p. 381.

²⁰ Art. 333- O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

²¹ op. Cit., p. 131-132.

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 74

chegar a resultados obscuros, conflitantes, inócuos e até mesmo a nenhum resultado. Vale dizer, os fatos poderiam restar não esclarecidos. Mesmo nestas situações o juiz tem o dever-poder de sentenciar, sendo-lhe vedado pronunciar o "non liquet". A partir do momento em que o Estado avocou para si o exercício da função jurisdicional, proibindo, assim, a vingança privada ou autotutela, não pode ele, em nenhuma hipótese, escusar-se de julgar alegando a insuficiência de provas ou o desconhecimento do direito.

Destarte, precisaria o Estado-Juiz de uma direção, de um norte com relação ao conteúdo da sentença que deve proferir. Logo, passou-se a atribuir uma acentuada importância ao aspecto objetivo do ônus da prova, que autorizaria o pronunciamento judicial naquelas situações de incerteza.

Observa Gian Antônio Micheli, destacado por Boaventura Pacífico²³

quem se cingiu ao aspecto subjetivo do ônus da prova se limitou ao exame dos poderes probatórios conferidos às partes, deixando de lado a análise do outro lado da moeda- isto é, o do ônus objetivo -, que indica as conseqüências objetivas da fase instrutória e, precisamente, as conseqüências da incerteza judicial sobre os fatos relevantes da causa.

Nessa perspectiva, toda diligência e cuidado desprendidos pelas partes ou a sua total inércia não as conduziriam, necessariamente, a sua vitória ou a sua sucumbência. Como salienta Boaventura Pacífico²⁴, "essas teorias [subjetivas] não servem como critério geral, comportando diversas exceções. Muitas vezes, são fatos *aparentemente* extintivos, impeditivos ou modificativos que fundamentam a demanda". Vale dizer, um mesmo fato pode ser constitutivo na perspectiva de uma pessoa quando ela assume a condição de autor ou pode assumir a feição de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo no momento em que a mesma pessoa seja colocada na condição de réu. Exemplificando o ponto Cândido Rangel Dinamarco²⁵ esclarece que "a incapacidade do agente é fato impeditivo quando alegado pelo réu, em defesa, na ação em que o autor quer fazer valer um contrato. Mas a mesma incapacidade é fato constitutivo do direito de quem tiver vindo a juízo, como autor em pedido de ação anulatória deste", o que revela a insuficiência destes critérios para se distribuir o *ônus probandi*²⁶.

²³ Apud Boaventura Pacífico, op. Cit. p. 135

²⁴ op. Cit. p. 103.

²⁵ Entranhado nos autos da Apelação Civil 228.155-3, julgado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

²⁶ Nestes termos, conclui Boaventura Pacífico que "Então, torna-se necessário utilizar outro critério para distinguir a natureza do fato, e para tal, essas teorias lançam mão do critério da normalidade. Contudo, a avaliação do que é normal ou anormal, revela a aplicação de regras de experiência na fase da valoração judicial em que o juiz procura atingir convencimento sobre fatos relevantes; portanto um momento lógico antecedente à aplicação da regra de julgamento baseada no ônus da prova". Op.cit. p. 103

O critério da avaliação da normalidade bem como aquele que distribuía o ônus da prova com base na qualificação subjetiva da parte como autora ou como réu se revelaram falhos, fazendo surgir uma doutrina avalizada por autores como Rosemberg, Micheli e Echandia, segundo a qual a qualificação da natureza de determinado fato deve ser alcançada por meio da análise da *fattispécie* substancial aplicável ao caso. Tal doutrina ficou conhecida como ônus da prova como regra de julgamento (aspecto objetivo do ônus da prova). Conforme afirma Rosemberg²⁷, citado por Boaventura Pacífico:

a aplicação do direito é o resultado de um silogismo, em que o preceito jurídico abstrato constitui a premissa maior e o conjunto de fatos concretos, comprovados como verídicos, constitui a premissa menor. O problema do ônus da prova reside exatamente na premissa menor do silogismo judicial : diante da incerteza sobre uma questão de fato _ e como não pode pronunciar o ‘non liquet’ _, o juiz precisa de uma instrução com relação ao conteúdo da sentença que deve proferir. Por isso atribui acentuada importância ao ônus objetivo da prova (ônus da certeza, como denomina), que é capaz de autorizar o pronunciamento judicial nas hipóteses de ausência de comprovação dos fatos, embora não negue validade ao ônus subjetivo da prova, encarando este último como encargo de subministrar as provas.

Se for possível reduzir a tese em poucas palavras, preferimos fazê-la utilizando-nos das ditadas por Boaventura Pacífico²⁸, para quem “a parte cuja petição processual não pode ter êxito sem que se aplique um determinado preceito jurídico suporta o ônus da afirmação de que as características definidoras desse preceito estejam realizadas nos fatos”. Vale dizer, cada parte deve afirmar e provar os pressupostos da norma que lhe são favoráveis, deslocando a relevância dos fatos (constitutivos, impeditivos e etc.) às próprias normas, das quais os fatos são os pressupostos de sua aplicação. O encargo da prova deve se definir na proporção do efeito jurídico pretendido pela parte.

Micheli, na mesma linha de Rosemberg, também atrela o ônus da prova à necessidade de o juiz decidir em qualquer caso, mesmo quando a prova produzida seja insuficiente e o órgão judicial não esteja em condições de formar seu convencimento. Portanto, atribui ao ônus da prova, em primeiro plano, caráter de regra de julgamento, destinada a autorizar um pronunciamento judicial em qualquer hipótese. Atribui o estudioso importância às normas de direito material para permitir a formulação do critério distributivo. Como argumenta²⁹ “é no conteúdo das normas [materiais] invocadas pelas partes que se logra qualificar, na *fattispécie*, a relevância dos fatos (...). Também é preciso levar em consideração

²⁷ Apud Boa ventura Pacífico, op. Cit, p. 112.

²⁸ Apud Boaventura, p 113.

²⁹ Apud Boaventura Pacífico, p. 121.

o critério processual, que consiste na posição das partes com relação aos efeitos pretendidos por meio do processo”. Nessa linha, enuncia sua teoria nos seguintes termos³⁰:

A regra do ônus da prova no processo civil não é inteiramente independente da estrutura do processo concreto, não porque a perspectiva formal do fenômeno se distinga, contrapondo-se à perspectiva substancial, mas porque uma e outra se fundem na mesma consideração integral do processo, entendido como instrumento para a realização do direito objetivo.

Após a construção doutrinária destes precursores, Hernando Devis Echandia³¹ sustenta, com autorizados fundamentos, que as teorias de Rosemberg e de Micheli se complementam, ou seja, não dizem a mesma coisa senão de modos diferentes. Formula, assim, uma regra distributiva geral sobre o ônus da prova, sintetizando³² que "a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico por ela perseguido, qualquer que seja a sua posição processual".

Conforme aludimos em linhas acima, dependendo do ponto de vista - do autor ou do réu - o mesmo fato pode ser constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo do direito. Destarte, “não se trata de fatos constitutivos, impeditivos modificativos e extintivos, mas dos pressupostos (fáticos) das normas constitutivas, impeditivas modificativas ou extintivas, pressupostos estes que lhe forem mais favoráveis”³³.

O que Micheli fez, oportunamente, foi acrescentar à teoria de Rosemberg a necessidade de se levar em conta não só o direito material, mas também a posição das partes da relação processual. Não obstante, a teoria de Echandia aclara que, quando a parte tem que provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, está-se, assim, levando em consideração a posição das mesmas com relação aos efeitos pretendidos por meio do processo.

Neste sentido conclui o jurista colombiano³⁴:

ambos os autores baseiam a distribuição do ônus da prova na posição substancial das partes, ou seja, com base na pretensão ou na exceção que fizeram valer no processo em relação à norma legal que prevê esse efeito jurídico, sem esquecer sua posição processual, ainda que Micheli fale de efeito jurídico pedido e Rosemberg se refira aos pressupostos de fato da norma cujo efeito jurídico se persegue, o que, no fundo, dá no mesmo.

Abeberando-se nos ensinamentos de Echandia, Moacyr Amaral Santos ensina que "a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que

³⁰ Apud, Boaventura, p. 125.

³¹ op. Cit. p. 127.

³² Apud Boaventura Pacífico, p.128.

³³ Apud,Boaventura, p. 119.

³⁴ Apud Boaventura Pacífico, p. 127.

consagra o efeito jurídico por ela perseguido, qualquer que seja a sua posição processual³⁵". Destarte, define-se o encargo da prova na proporção do efeito jurídico pretendido pela parte.

Conquanto o desenvolvimento desta teoria tenha trazido um grande avanço para a ciência jurídica, mormente por focar o ônus da prova em seu aspecto objetivo, indicando ao magistrado como proceder quando os fatos, após toda a instrução processual, restarem controvertidos, Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior³⁶, conclui com extrema lucidez ao fazer um contraponto desta teoria com a sua oposta teoria do *onus probandi* no aspecto subjetivo:

Com isso, e premido pela regra que veda o *non liquet*, ver-se-ia o juiz na contingência de, à falta de demonstração do fato constitutivo pelo autor, emitir juízo de desestimação da demanda. De outro lado, pela só circunstância de não ter o réu demonstrado o fato extintivo, impeditivo, ou modificativo, na [contingência] de acolhê-la integralmente (...) sem nenhuma consideração com o caso concreto.

Precisamos, portanto, demonstrar a importância de como se atribuir o ônus da prova a cada uma das partes que sustentam uma posição jurídica de vantagem durante o curso do processo, porque mesmo se se adotar o ônus da prova como regra de julgamento, será preciso, ainda determinar quem, ao final, irá suportá-lo, observando-se a hipótese concreta submetida em juízo para se fazer tal atribuição, aplicando-se, juntamente, com aquela a teoria da carga probatória dinâmica, que antes de substituí-la a complementa e propicia uma prestação jurisdicional mais eficiente.

Alfredo Buzaid³⁷, com o brilhantismo dos melhores doutrinadores, assevera que:

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

Como bem observou o douto jurista pátrio, o ônus subjetivo, por estar voltado para as partes, determina a sucumbência da parte que se furtar a desenvolver a atividade probatória dos fatos por ela alegados (fato constitutivo, o autor e fato impeditivo, extintivo ou modificativo, o réu), e é aplicado durante a instrução processual. Já o ônus objetivo, como regra de julgamento, é voltado para o juiz no momento de sentenciar - e não para determinar

³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao código de processo civil. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, v. 4, p. 38.

³⁶ JÚNIOR, Antônio Janyr Dall'Agnol. Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório. RT: 788. Junho de 2001. São Paulo, p. 94-95.

³⁷ BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. Estudos de Direito. V. I. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 66.

quem realizará determinada prova, lançando mão dela quando os fatos objetos de prova, depois de produzidos pela parte, independente de sua posição processual, permanecerem obscuros ou controversos.

Em outras palavras, aí é que entra em cena a regra de julgamento. Independentemente de quem produziu a prova relativa a determinado fato (Princípio da comunhão das provas), e encerrada a fase de instrução probatória, se o que restou não comprovado foi o fato constitutivo do direito do autor, o pedido será julgado improcedente. Caso não se consiga provar algum fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do demandante, o pedido deverá ser julgado procedente.

Com efeito, as teorias de Rosemberg, Micheli e Echandia demonstram claramente o ônus da prova no seu aspecto objetivo, embora não neguem importância ao seu aspecto subjetivo. Nessa perspectiva, toda diligência e cuidado despendidos pelas partes ou a sua total inércia não as conduziriam, necessariamente, a sua vitória ou a sua sucumbência. O grande defensor desta idéia, Micheli³⁸, destacou três fatores que sustentariam a possibilidade e a necessidade do ônus da prova funcionar como regra de julgamento, indicando ao juiz o conteúdo de sua sentença nas hipóteses dos fatos resultarem controversos ou não esclarecidos. Estes fatores seriam (a) o princípio da comunhão das provas, (b) o reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz e (c) o princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado.

3.1 Fundamentos da Utilização do Ônus da Prova como Regra de Julgamento

Existem três fatores que autorizam ao juiz tomar o ônus da prova como regra de julgamento, ou seja, como o juiz deve sentenciar no caso da instrução probatória restar insuficiente, obscura e controversa.

A primeira das justificativas acima anunciadas seria o princípio da comunhão de provas, que vige no Brasil, segundo a unanimidade dos autores. Para este princípio o que interessa é a realização da prova sobre determinado fato relevante e controvertido do processo, não fazendo a mínima diferença quem a tenha produzido como deixa bem claro Barbosa Moreira³⁹,

³⁸ Apud, Boaventura Pacífico, op. Cit p. 134.

³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a prova. RePro. São Paulo: RT, n 35, jul/set. 1984, p. 181.

a prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazido por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário. A isso se chama o princípio da comunhão da prova: a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência.

O segundo fator que possibilitaria o ônus da prova a atuar como regra de julgamento, ainda, segundo Micheli, seria o reconhecimento dos poderes instrutórios do juiz. Tal poder encontra-se em nossa legislação no artigo 130 do Código de Processo Civil, que assim dispõe *in litteris* “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Parte da doutrina apresenta a possibilidade do juiz determinar "ex officio" a produção de provas quando, tendo esta sido produzida, os fatos ainda restarem controversos ou não esclarecidos. Tal determinação teria, entretanto, caráter subsidiário e supletivo. Sustenta Arruda Alvim⁴⁰ que o art. 130 do CPC (BRASIL, 1973) “somente poderá ser corretamente aplicado pelo juiz às hipóteses em que não opere a teoria do ônus da prova, e desde que haja um fato incerto, mas incerteza emergente da prova já produzida. (...) Nunca deverá o juiz se subrogar no ônus subjetivo da parte omissa”.

Não obstante, uma doutrina mais moderna, atualizada e não menos autorizada tem sustentado a possibilidade da investigação probatória oficial sem se atrelar à necessidade das partes provarem os fatos constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos. Contudo, para Barbosa Moreira, quando o juiz determina a produção da prova “tal fato não importaria em tratamento desigual entre as partes, nem mesmo se tornaria o juiz parcial. Quando ele determina a realização de uma prova, não sabe qual será o resultado e qual das partes ela beneficiará⁴¹”.

Este setor doutrinário encara o ônus da prova em seu aspecto objetivo, como regra de julgamento a ser utilizada pelo juiz no momento de julgar, “sem que haja nenhuma contradição entre os artigos 130 e 333 ambos do Código de Processo Civil⁴²”, consoante ensina Dinamarco. Esta posição é reforçada no artigo 261 do Anteprojeto do novo Código de

⁴⁰ ALVIM, José Manuel de Arruda. Manual de Direito Processual Civil. 5ª ed. São Paulo: RT, 1996, p. 431. Também neste sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. Revista de Processo, São Paulo, v. 19, n. 76, p. 141-145, 1994.

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980 p.76.

⁴² Cândido Rangel Dinamarco. A instrumentalidade do processo.– 14ª edição. São Paulo: Malheiros, p.424.

Processo Civil que ao distribuir de forma estática ônus da prova ressalva os poderes instrutórios do juiz para modificar a distribuição do encargo probatório.⁴³

O juiz deve participar ativamente na direção e condução do processo, que “passou a ter uma natureza eminentemente pública⁴⁴”, segundo José Rogério Cruz e Tucci, sendo do interesse do Estado a justa aplicação da lei, porque só assim o bem comum e a pacificação social lograrão atingidos.

Tal participação do magistrado, contudo, não ofende o Princípio Dispositivo. Isso porque o magistrado, na área cível, podia contentar-se com a verdade formal, aquela constante dos autos, haja vista o interesse essencialmente privado dessa área. A paulatina publicização do Direito leva o Estado-Juiz a procurar a verdade real ou material, seja no processo penal ou cível a fim de que os bens jurídicos, notadamente os indisponíveis como o meio ambiente, sejam de fato protegidos.

Com efeito, quanto mais o juiz age de ofício na atividade probatória mais se afasta da imparcialidade, na medida em que supre os ônus impostos às partes. De outro lado, quanto mais inerte permanece, mais se distancia da verdade real e da justiça de sua decisão. Hoje há a necessidade de um juiz menos passivo do que em outros tempos, muito embora deva agir com extrema cautela para não violar a exigida equidistância daquele que irá julgar as pretensões das partes, atuando, sobretudo, numa atividade supletiva a estas, e não só determinando de ofício realização de prova não requerida pelas partes. José Roberto dos Santos Bedaque colocando pá-de-cal na questão conclui⁴⁵:

A concessão de poderes instrutórios ao juiz significa subtrair das partes o poder de direção formal do processo, que não pode mais ser considerado coisa das partes. A natureza privada da relação jurídica confere à parte o poder de dela dispor. O que se lhe retira é a disponibilidade sobre o continente, sobre o proceder. Instaurado o processo, o modo, o ritmo e o impulso deste estão fora de sua esfera de atuação (...). Assim, além dos interesses privados das partes, existe outro muito mais relevante, que é o interesse do Estado na correta atuação do ordenamento jurídico mediante a atividade jurisdicional. É evidente que as partes almejam a satisfação de suas pretensões. Sobre esse interesse, porém, sobrepõe-o do Estado.

O terceiro e último fator que possibilitaria o ônus da prova a atuar como regra de julgamento seria o Princípio da persuasão racional ou do livre convencimento. Na lição de

⁴³ **Art. 261.** O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe: Projeto de Lei nº 166/ 2010. Tais poderes estão no artigo 107, inciso V: **Art. 107.** O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa; Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> . Acesso em: 31 de mar. 2012.

⁴⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. A causa petendi no processo civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, 332 p

⁴⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Poderes Instrutórios do Juiz”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

Ada Pellegrini Grinover⁴⁶, o juiz “não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (...), mas sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais”. Assim, o direito brasileiro não adotou o Princípio da prova legal, segundo o qual os elementos probatórios possuem valor inalterável e prefixado, que o juiz aplica mecanicamente, nem o Princípio do julgamento do *secundum conscientiam*, pelo qual o juiz pode decidir com base na prova dos autos, mas também sem provas e até mesmo contra a prova. Consoante Boaventura Pacífico⁴⁷:

Em resumo, o princípio da livre apreciação e o princípio do ônus da prova se inserem em etapas diversas do processo: aquele, no momento da valoração das provas; e este, na fase do julgamento, como *ultimum refugium* para o juiz que não logrou se convencer da veracidade dos fatos relevantes. O sistema da livre apreciação não anula as hipóteses em que o juiz não possa atingir suficiente convicção, mesmo apreciando livremente a prova produzida: apenas diminui a probabilidade de se julgar com base no ônus da prova, já que é mais provável o juiz se convencer através dos mais variados meios probatórios do que mediante o rígido critério tarifado.

Não obstante a conclusão a que chegamos de ser o ônus da prova uma regra de julgamento, quando a prova é insuficiente, não produzida ou os fatos restam não esclarecidos, é essencial, por conseguinte, que o juiz determine quem suportará o encargo probatório quando da sentença. Deverá ele lançar mão do artigo 333 do CPC, em sua condição de regra abstrata e geral ou deverá levar em conta as nuances e particularidades do caso concreto?

No caso específico da responsabilidade civil por dano ao meio ambiente, quem deverá produzir de forma inconteste a prova, ou melhor, quem sofrerá o ônus de não ser possível produzir a prova ou no caso de esta não esclarecer o fato controverso? É o autor quem deve provar a responsabilidade do poluidor para sair vitorioso em sua pretensão ou a este incumbe demonstrar não haver nexos de causalidade entre sua conduta e o dano?

Em resumo, qual e como deve ser a regra de julgamento na responsabilidade civil por dano ambiental? Tal ônus, obviamente, deverá recair em quem tiver as melhores condições de produzir a prova, como evidenciaremos.

3.2 A Regra de Julgamento e a Teoria da Carga Probatória Dinâmica

⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

⁴⁷ Luiz Eduardo Boaventura Pacífico. Op. Cit. p. 157

Ao abordarmos o ônus da prova em seu aspecto objetivo, vimos que ele se traduz numa autêntica regra de julgamento, cujo enunciado diz que “a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico por ela perseguido, qualquer que seja a sua posição processual⁴⁸”. Como sintetizamos acima, se encerrada a fase de instrução probatória, se o que restou não comprovado foi o fato constitutivo do direito do autor o pedido será julgado improcedente. Caso não se consiga provar algum fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do demandante, o pedido deverá ser julgado procedente.

O parágrafo único artigo 333 do Código de Processo Civil⁴⁹ estabeleceu em seu dispositivo uma regra estratificada e geral, a despeito de qualquer consideração com o caso concreto, permitindo apenas à vontade das partes, e com restrições, distribuir de maneira diversa da nele prevista o ônus da prova.

Tentaremos, agora, demonstrar a íntima relação existente entre a regra de julgamento e a teoria das cargas probatórias dinâmicas, ou melhor, como aplicar aquela sob a luz desta teoria, especificamente nos casos de danos ambientais.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas surgiu, segundo a doutrina mais autorizada na Argentina, logrando êxito precipuamente no campo da responsabilidade médica – o que de certa forma, aliviou o peso que, ordinariamente, acompanha o autor da ação indenizatória - pelos estudos de Jorge W. Peyrano⁵⁰ que a enunciou nos seguintes termos

En tren de identificar la categoría de las ‘cargas probatorias dinamicas’, hemos visualizado – entre otras- como formando parte de la misma a aquélla según la qual se incumbe la carga probatória a quien- por las circunstancias del caso y sin que interesse que se desempeñe como actora o demandada – se encuentre em mejores condiciones para producir la probanza respectiva⁵¹.

A tese, aparentemente óbvia e singela, rompe com a doutrina tradicional de concepção demasiadamente rígida e apriorística, sendo nominada de dinâmica, justamente, por se contrapor à visão estática e engessada do conservadorismo jurídico referente à distribuição do ônus da prova. Para esta teoria é inadmissível o estabelecimento prévio e

⁴⁸ Echandia, apud Boaventura Pacífico, p.128

⁴⁹ Art. 333 -Parágrafo único – É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova, quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

⁵⁰ apud Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior .Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório. RT: 788. Junho de 2001. São Paulo, p.97

⁵¹ “Como forma de identificar a categoria das ‘cargas probatórias dinâmicas’, temos visualizado - entre outras- como formando parte da mesma aquela segundo a qual se incumbe o ônus da prova a quem- pelas circunstâncias do caso e sem que interesse quem atuará como autor ou réu – se encontre em melhores condições de produzir a prova respectiva”. (tradução livre do autor)

abstrato do ônus da prova. O anteprojeto brasileiro de Código de Processo Civil Coletivo proposto por Antonio Gidi ⁵² prevê a teoria em seu artigo 11 ao enunciar que: "quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária foram verossímeis". Sintetiza o Desembargador sul-rio-grandense Dall'agnol Júnior⁵³, que se debruçou, em boa hora, sobre o tema:

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

Percebemos, assim, que esta teoria mitiga levemente o ônus da prova em sua face objetiva, no sentido que não mais valerá a regra geral de que a cada parte compete provar os pressupostos fáticos da norma que lhe for favorável. Na hipótese de dano ambiental tal encargo permanece em seu aspecto objetivo, como regra de julgamento. A prova, todavia, deverá ser produzida pelo litigante que estiver em melhores condições de fazê-la. Este também é o entendimento de Roberto Vázquez Ferreira⁵⁴, apontado por Dall'agnol Júnior, ao ensinar que,

estas regras de distribución de la carga de probar atienden más que la condición de actor o demandado, a la naturaleza de los hechos que deben ser probados. A hora puede decirse que la carga probatoria es compartida no bastando una actitud meramente passiva del profesional demandado. Este ya no se puede quedar cruzado de brazos pues eso lo llevaría a um resultado seguramente negativo.⁵⁵

Assim, para teoria das cargas probatórias dinâmicas não há um pré-estabelecimento abstrato (*ope legis*) da distribuição do *onus probandi*. A posição da parte na relação jurídica processual é indiferente, bem como a classificação dos fatos alegados – se constitutivos, extintivos, modificativos ou impeditivos. O que se deve levar em conta são as particularidades do caso concreto e a natureza do fato a provar, imputando o juiz (*ope judicis*) o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor posição de produzir a prova.

⁵² GIDI, Antonio. "Código de Processo Civil coletivo: um modelo para países de direito escrito". *Revista de Processo*, São Paulo, v. 28, nº 111, p. 194, jul./set. 2003.

⁵³ op. Cit. p. 98.

⁵⁴ Apud Antônio Janyr Dall'agnol Júnior, op. Cit, 98

⁵⁵ "Estas regras de distribuição do ônus da prova atendem mais que a condição de autor ou de réu, à natureza dos direitos que devem ser provados. Agora se pode dizer que o ônus da prova é distribuído não bastando uma atitude meramente passiva da pessoa demandada. Esta não pode ficar de braços cruzados, pois isso a levaria a um resultado seguramente negativo. (tradução livre do autor).

A aplicação desta novel teoria proporcionará uma tutela jurisdicional mais útil, justa e efetiva legitimando, ainda mais, a atuação do Estado na solução dos conflitos intersubjetivos de interesse, na medida em que se garantirá o direito a quem realmente o titule. Também na Argentina, Augusto Morello⁵⁶, nas pegadas de J. W. Peyrano, propugnou por uma visão solidarista do encargo de prova.

O estudioso platino sustenta que:

Obviamente ao princípio da solidariedade que obriga – dito isso em seu sabor próprio, dentro do quadrante do processo, isto é, como ônus técnico de um mais acentuado rigor – à aquela parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova”. Tudo isso resulta “em uma bem entendida funcionalidade do princípio de cooperação (ou de efetiva colaboração), que, a sua vez, radica no mais compreensivo e de maior força operativa, que é o da solidariedade. E ambos no da boa-fé.

Cumpre-nos, agora, justificar a aplicação da teoria ora estudada no nosso ordenamento com base no princípio da precaução e na melhor condição em que se encontra o causador do dano para produzir provas, com esteio no princípio da solidariedade das partes com o órgão jurisdicional e no enfoque atual da responsabilidade civil como forma de imputar àquele o *onus probandi*.

4 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA NO DIREITO BRASILEIRO

Neste tópico buscaremos demonstrar as razões justificadoras de uma distribuição dinâmica do *onus probandi* no ordenamento brasileiro, sem olvidar de como vimos anteriormente que o anteprojeto do novo Código de Processo Civil positiva de forma clara a possibilidade da fixação do ônus da prova *ope judicis*. Os Princípios da Precaução e da Solidariedade das Partes com o Órgão Jurisdicional são normas que autorizam a inversão do ônus da prova, seja pelo enfoque atual da responsabilidade civil que prioriza a vítima e a indenização do dano, seja porque o poluidor estará em melhores condições de produzir a referida prova frente à hipossuficiência científica do autor da ação judicial.

4.1 O Princípio da Precaução como Norma Determinante da Inversão do Ônus Da Prova e o Microssistema processual de direitos difusos e coletivos.

⁵⁶ MORELLO, Augusto. La prueba. Tendencias modernas. Buenos Aires: Platense- Abeledo Perrot, 1991. p. 58.

Com a adoção do neopositivismo como paradigma no âmbito da aplicação e interpretação do direito a tradicional concepção sobre os princípios como fonte, diretriz ou programa não pode ser mais aceita. Os princípios hoje são dotados de normatividade ou obrigatoriedade compondo ao lado das regras uma espécie de norma jurídica. Sobre o tema é o ensinamento irretocável de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷,

Princípio é, 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 sua exata compreensão e inteligência (...). Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofender não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo a um sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais.

O grande mestre português Canotilho⁵⁸, influenciado pela teoria de Alexy sobre direitos fundamentais escreveu com a lucidez que lhe é peculiar:

os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos. (...) Conseqüentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de interesses e valores (não obedecem como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

Os princípios contêm standards, padrões a serem seguidos e observados por todos na maior medida possível conforme exigir e permitir as condicionantes fáticas e jurídicas. São normas essencialmente axiológicas e valorativas, cuja interpretação e aplicação variam no tempo e no espaço, segundo os condicionamentos fáticos e jurídicos acima referidos pelo constitucionalista português. O princípio da precaução está positivado no inciso IV do § 1º do artigo 225 da constituição Federal e é explicitado de forma clara na Declaração do Rio (1992), no princípio nº 15:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (BRASIL, 1992)

Em 1998 a Declaração de Wingspread, define com clareza o Princípio da Precaução, como sendo:

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo. 12ª ed. – São Paulo : Malheiros, 2000, p. 747/748.

⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Portugal: Almedina. 2003, p. 1126.

Portanto, faz-se necessário implantar o princípio de precaução quando uma atividade representa ameaças de danos à saúde humana ou ao meio-ambiente, medidas de precaução devem ser tomadas, mesmo se as relações de causa e efeito não forem plenamente estabelecidas cientificamente”. “**Neste contexto, ao proponente de uma atividade, e não ao público, deve caber o ônus da prova**”. “O processo de aplicação do princípio de precaução deve ser aberto, informado e democrático, com a participação das partes potencialmente afetadas. Deve também promover um exame de todo o espectro de alternativas, inclusive a da não-ação (ESTADOS UNIDOS, 1998).⁵⁹

A incerteza científica sobre a ocorrência de danos ecológicos terá como principal efeito no âmbito processual a inversão do ônus da prova, pois ao exercer determinada atividade o poluidor assume o risco de ser responsabilizado pelo dano causado, já que essa incerteza impede o autor de estabelecer, por óbvio, o nexo de causalidade entre conduta e dano. Haverá para o autor da ação judicial uma hipossuficiência científica que justifica a inversão do ônus probatório, já que o poluidor estará em melhores condições de produzir a prova, pois ele detém o conhecimento de seu empreendimento, na maioria das vezes protegido pelo sigilo das normas de propriedade intelectual e industrial. Não é diferente o posicionamento de Álvaro Luiz Valery Mirra⁶⁰ para quem:

Para o autor da demanda basta a demonstração de elementos concretos e com base científica, que levem à conclusão quanto à probabilidade da caracterização da degradação, cabendo, então, ao réu a *comprovação* de que a sua conduta ou atividade, com absoluta segurança, não provoca ou não provocará a alegada ou temida lesão ao meio ambiente. Assim, o princípio da precaução tem essa outra relevantíssima consequência na esfera judicial: acarretar a *inversão do ônus da prova*, impondo ao degradador o encargo de provar, sem sombra de dúvida, que a sua atividade questionada não é efetiva ou potencialmente degradadora da qualidade ambiental.

Ademais, alguns autores como Morato Leite e Winter de Carvalho⁶¹ e Jorge Mosset Iturraspe⁶² defendem a aplicação da inversão do ônus da prova com base no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) na ação civil pública ambiental toda vez que as alegações do autor forem verossímeis ou quando ele for hipossuficiente tecnicamente para produzir a prova, segundo as regras ordinárias de experiência, em razão do intercâmbio entre as normas processuais do Código Consumerista e

⁵⁹ Declaração de Wingspread de 1998: Princípio de precaução uma maneira sensata de proteger a saúde pública e o Meio-Ambiente. Tradutor: Lucia A. Melim. Disponível em: < <http://www.fgaia.org.br/texts/t-precau.html>>. Acesso em 28 de mar de 2012.

⁶⁰ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 252, 254.

⁶¹ Op. Cit pg. 86-87.

⁶² ITURRASPE, Jorge Mosset. Dano ambiental ponencia Del in Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo. Instituto o Direito por uma planta verde, 1997, p. 83-87.

a Lei da Ação Civil Pública. De fato os artigos 90 da Lei 8069/90 (BRASIL 1990) e 21 da Lei 7347/85 (BRASIL 1985) criam um microsistema processual de direitos difusos e coletivos, devendo o operador do direito, segundo Gregório Assagra “valer-se desses dois sistemas (CDC + LACP) para resolver qualquer problema pertinente à aplicabilidade do *direito processual coletivo comum* “. ⁶³(grifo do autor). Neste sentido Nelson Nery Júnior⁶⁴:

Pelo CDC 90, são aplicáveis às ações fundadas no sistema do CDC as disposições processuais da LACP. Pela norma ora comentada, *são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que encerram todo o Tít. III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC 6º VIII)*. Este instituto, embora se encontre topicamente no Tít. I do Código, é disposição processual e, portanto, integra ontológica e teleologicamente o Tít. III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há, portanto, perfeita sintonia entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A construção desta posição não pode ser repelida, quanto mais que a hipossuficiência técnica ou científica é escancarada no caso do dano ambiental, seja pela multiplicidade de causas, pela dimensão do dano e até mesmo pelo segredo industrial que protege a grande maioria das informações relevantes para se demonstrar a existência do nexo de causalidade, o que justifica a inversão do ônus da prova para o agente causador do dano, que deve provar ou não ter agido ou que sua conduta não foi causa do dano, entendimento esse já abraçado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁶⁵.

⁶³ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.582.

⁶⁴ NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor*. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 1373.

⁶⁵ AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. 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. (REsp 1049822/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009). Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1049822&b=ACOR. Acesso em 31 de mar. De 2012. No mesmo sentido: 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. 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.(REsp 972902/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009). Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=972902&b=ACOR.

4.2 O Princípio da Solidariedade das Partes com o Órgão Jurisdicional

Seguindo os passos deixados pelo jurista argentino Jorge W. Peyrano, vimos que o cerne de sua teoria reside em que a carga probatória deve ser imposta, em cada caso concreto, àquela das partes que a possa produzir com menos inconvenientes, isto é, com menos delongas, vexames, incômodos, despesas e de forma mais eficiente a prova. A instrução da prova pela parte que se encontra numa situação de melhor produzi-la atende ao princípio da boa-fé processual. Podemos afirmar, sem sombra de dúvidas, que tal teoria foi recepcionada pelo Código de Processo Civil de 1973.

Como bem observa Dall’Agnol Júnior⁶⁶, “o artigo 14 do CPC consagrou os ‘deveres das partes’, deveres esses que expressam os princípios da probidade processual e do dever de colaboração para com o julgador”. Os artigos 125, III e o 129 ambos do Código de Processo Civil reforçam a idéia de dever de probidade do processo como manifestações do Princípio da Solidariedade das partes com o órgão jurisdicional.

Releva destacar, outrossim, a importância de três outras normas determinantes para a concretização deste princípio. O primeiro, o artigo 130 do CPC, que conforme vimos confere ao juiz poder de direção material do processo, assumindo o julgador uma posição mais ativa na moderna sistemática processualista. Por sua vez o artigo 339 do mesmo *Códex* dispõe *in litteris* que “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Já o inciso III do artigo 340 do CPC dispõe que compete à parte praticar o ato que lhe for determinado pelo juiz no exercício de sua função diretora do processo. É de se ressaltar, sem delongas, que tais regras são auto-explicativas e não requerem maiores comentários frente a clareza de sua disposição.

Cumprindo somente destacar que, diante delas, a escusa da parte em produzir determinada prova é inadmissível, seja qual for a razão de seu insurgimento, legitimando o magistrado a conduzir a instrução probatória segundo a conveniência processual e as nuances do caso concreto, até aqui, sobejamente, demonstrado.

4.3 O Enfoque Atual da Responsabilidade Civil

⁶⁶ op. Cit. p. 105.

A doutrina moderna no campo da Responsabilidade Civil preocupa-se não só com o causador do dano, mas também com a vítima. Caio Mário da Silva Pereira⁶⁷, citando a tese de Wilson Melo da Silva - Responsabilidade sem culpa e socialização do risco⁶⁸ - diz que o referido autor "em sua conclusão, leva ao extremo a preocupação com a defesa da vítima" já que para Melo o "dano deixa de ser apenas da pessoa para se tornar um dano à própria coletividade", promovendo com a socialização dos riscos "a um melhor entendimento entre os homens e a uma garantia maior de harmonia, de segurança, e de paz social para todos". Tal posição se encaixa como luva em matéria ambiental.

Nos Estados Unidos é de larga escala a aplicação da Teoria do Valor do Desestímulo ("punitive damages") onde a indenização além do caráter reparatório deve ter um caráter punitivo exemplar. Alguns julgados do STJ⁶⁹ resistem em aplicar tal teoria com base no artigo 884 do Código Civil (BRASIL, 2002), que trata do enriquecimento sem causa. Entendendo que o nosso ordenamento acolhe expressamente as punitive damages, veja os REsp 1338554/SP⁷⁰, REsp 1.120.971-RJ, REsp 1.141.711/MG, REsp 913.131/BA e REsp 930.448/MG.

Georges Ripert, também citado por Caio Mário⁷¹, sentencia que "o direito moderno já não visa ao autor do ato, porém a vítima" (...). E continua "o nosso direito atual tende a substituir pela idéia de reparação a idéia de Responsabilidade". Se nem sempre é possível um juízo rigoroso, quando se mostra muito difícil uma conclusão puramente técnica sobre a causa da lesão, tal fato é agravado pela imposição ao autor do encargo probatório, o que torna sacrificante e muitas vezes impossível a demonstração do nexos de causalidade entre conduta e dano ambiental, fazendo com que muitos infratores saiam impunes do prejuízo irreversível que causaram. Ao invés de se apoiar em critérios de previsibilidade, razoabilidade e experiência de vida, nem sempre justos e seguros, é que propomos que o ônus da prova recaia

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. p 22.

⁶⁸ SILVA, Wilson Melo da. Responsabilidade sem Culpa e Socialização do Risco. 1. ed., Belo Horizonte: Bernado Alvares S.A, 1962.

⁶⁹ Por exemplo, Recurso Especial N° 913131/BA . Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=punitive+damages&b=ACOR#DOC5. Acesso em 31 de mar. De 2012.

⁷⁰ "Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invoca-se pedido na linha ou princípio dos "punitive damages". "Punitive damages" (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam. Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as "punitive damages" como a "teoria do valor do desestímulo" posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção". AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 1.338.554/SP. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=punitive+damages&b=DTXT#DOC8. Acesso em: 31 de mar. de 2012.

⁷¹ op. Cit., p. 18

sobre o causador do dano ambiental, já que é ele quem possui melhores condições de esclarecer os fatos controvertidos, senão vejamos.

4.3.1 O Poluidor em Melhores Condições de Produzir a Prova

O pragmatismo deixa claro que, em algumas situações a uma das partes, e não à outra – ou mesmo ao magistrado -, é mais cômodo realizar a prova. Conseqüentemente, o ônus da prova cabe àquela que “deveria desenvolver a conduta diligente e útil ao resultado eficaz⁷²”, ou ainda que tomou todas as condutas para evitar o dano e principalmente que sua conduta não causou o efeito danoso. Impõe-se ao juiz uma decisão de inversão, em favor do autor da ação de reparação de danos, sempre que se evidencie mais fácil ao poluidor ambiental a produção da prova.

Não por outra razão, em doutrina, com alguns reflexos jurisprudenciais, tem-se trazido a esta seara a denominada Teoria da carga dinâmica da prova, que outra coisa não consiste senão em nítida aplicação do Princípio da boa-fé no campo probatório. Ou seja, deve provar quem tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições dos ônus de demonstração dos fatos. O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade material. De nada adianta fazer distinção entre antijuridicidade, culpabilidade, tipos de responsabilidade, construir teorias e mais teorias sobre o nexos de causalidade se na hora de se produzir a prova imputarmos a atividade probatória exclusivamente nas mãos do autor da ação judicial quando a única pessoa capaz de produzi-la é quem se indica como o agente causador do dano ambiental. É por isso que Ripert, citado por Aguiar Dias⁷³, já acentuava há muito ao tratar da responsabilidade objetiva a necessidade da:

inversão dos princípios normalmente imperativos no regime da culpa, como expressão da tendência do direito civil moderno para ir e socorro à vítima, imaginando toda uma complexa construção jurídica para que a vítima ou seus parentes não tenham de provar a culpa do responsável, a este incumbindo, ao contrário, a prova liberatória.

Não podemos olvidar que em razão do segredo industrial e da propriedade intelectual conferidos pelo ordenamento jurídico à atividade do poluidor e a hipossuficiência científica

⁷² Augusto Morello, apud Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, op. Cit, p. 100.

⁷³ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.92.

do ofendido (no caso do meio ambiente sujeitos indetermináveis) colocam o poluidor em melhores condições de produzir a prova.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De toda nossa pesquisa realizada pudemos verificar que se o Direito Material já angariou grandes avanços na área da responsabilidade civil por dano ecológico o Direito Processual não pode ficar preso as suas teorias clássicas e estáticas a respeito da divisão do ônus da prova, sob pena de a proteção ao meio ambiente se revelar ineficiente. O Princípio da Precaução e a incerteza científica que o embasa são fatores que justificam, por si só, a inversão do encargo probatório, pois o infrator tem melhores condições de produzir a prova capaz de romper o nexo de causalidade que o vincula ao dano, principalmente se considerarmos a hipossuficiência técnico-científica em que se encontra o autor da ação, bem como em razão do segredo industrial e da propriedade intelectual conferidos pelo ordenamento jurídico à atividade do poluidor ambiental.

A teoria da distribuição dinâmica do encargo probatório, de inspiração argentina e já utilizada em nosso ordenamento, se revela adequada se alinhada ao *onus probandi* em seu aspecto objetivo - como regra de julgamento - a demonstrar que aquele que estiver em melhores condições de produzir a prova estará sujeito às conseqüências de a mesma não ter sido produzida ou caso os fatos restem controversos. Cumpre apenas por hora chamarmos a atenção para que apesar de funcionar como regra de julgamento o Juiz deve alertar as partes no momento da instrução probatória de quem é o ônus da prova⁷⁴ a fim de se evitar surpresas

⁷⁴ Segundo Humberto Theodoro Júnior, "No art. 6º, nº VIII, o CDC não instituiu uma inversão legal do referido ônus, mas, sim, uma inversão judicial, que caberá ao juiz efetuar quando considerar configurado o quadro previsto na regra da lei. (...) É certo que a boa doutrina entende que as regras sobre ônus da prova se impõem para solucionar questões examináveis no momento de sentenciar. Mas, pela garantia do contraditório e ampla defesa, as partes, desde o início da fase instrutória, têm de conhecer quais são as regras que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre a qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide. Assim, o art. 333 do CPC em nada interfere sobre a iniciativa de uma ou de outra parte, e do próprio juiz, enquanto se pleiteiam e se produzem os elementos de sua convicção. Todos os sujeitos do processo, no entanto, sabem, com segurança, qual será a conseqüência, no julgamento, da falta ou imperfeição da prova acerca dos diversos fatos invocados por uma e outra parte." (Direitos do Consumidor, 2ª ed.: Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2001., 140 e 141.) No Julgamento do EREsp nº 422.778/SP os Ministros Castro Filho, Relator, Carlos Alberto Menezes Direito e Humberto Gomes de Barros, em votos vencedores, entenderam ser o ônus da prova uma regra de procedimento, enquanto os Ministros Nancy Andrichi e Ari Pargendler o entenderam como regra de julgamento. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial nº 422778/SP. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=422778&b=ACOR>. Acesso em: 31 de mar. 2012.

e inseguranças no momento de se julgar a causa, até mesmo para que as partes possam influir na decisão do magistrado de inverter o *onus probandi*, influência essa exigida dentro de um processo democrático.

É necessário que a proteção ao meio ambiente como bem coletivo das presentes e futuras gerações seja realizada de modo eficaz, a fim de se evitar a repetição das condutas lesivas, que deverão ter além do caráter reparatório a devida feição pedagógica. A urgente preservação ambiental exige que novos instrumentos e novas teorias sejam capazes de dar uma resposta adequada às exigências do mundo pós-moderno!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado. **Responsabilidade Civil do Médico**. São Paulo: RT, 1995.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, José Manuel de Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: RT, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **“Poderes Instrutórios do Juíz”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 28 de mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial nº 422778/SP. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=422778&b=ACOR>. Acesso em: 28 de mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial nº 37354/SP. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=200801696780&dt_publicacao=31/08/2009. Acesso em: 28 de mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial nº 1049822/RS. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1049822&b=ACOR. Acesso em 31 de mar. de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial nº 972902/RS. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=972902&b=ACOR. Acesso em 31 de mar. de 2012

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial nº 913131/BA. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=punitivo+damages&b=ACOR#DOC5. Acesso em 31 de mar. de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.338.554/SP Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=punitivo+damages&b=DTXT#DOC8. Acesso em: 31 de mar. de 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. 4ª Ed. Vol. 2 tomo I. São Paulo: Saraiva, 2011.

BUZUID, Alfredo. **Do ônus da prova. Estudos de Direito**. V. I. São Paulo: Saraiva, 1972.

CAETANO, Marcelo. **História do Direito Português**. 3ª ed. Lisboa: Verbo, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Portugal: Almedina, 2003.

CHIOVENDA, Giusepe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução para o vernáculo por J. Guimarães Menegale. 2. ed. Italiana. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. **Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório**. São Paulo: RT, 2001.

GÊNESES. In: **A BÍBLIA SAGRADA**: tradução ecumênica. São Paula: Paulinas, 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco: **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 2ª ed. ampliada. São Paulo: Saraiva, 2001.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Daño ambiental ponencia** Del in Congresso Internacional de Direito Ambiental. São Paulo. Instituto o Direito por uma planta verde, 1997.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEITE, José Rubens Morato; CARVALHO, Délton Winter. **O nexó de causalidade na responsabilidade civil por danos ambientais.** REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL, ano XII, nº 47, julho-setembro/ 2007 – São Paulo: Editora RT 2007, p. 76-95.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo.** 12ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2000.

MILARÉ, Édís; COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica.** REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL, ano V, nº 36, outubro-dezembro 2004 – São Paulo: RT, 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **A prova na Ação Civil Pública Ambiental** – p. 265-278. In Efetividade da Tutela Ambiental. JÚNIOR, Jarbas Soares; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; PITOMBEIRA, Sheila Cavalcante. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2008.

_____. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual.** Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MORELLO, Augusto. **La prueba. Tendencias modernas.** Buenos Aires: Platense- Abeledo Perrot, 1991.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova no Direito Processual Civil.** São Paulo: RT, 2000.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Instrumentalidade do processo e devido processo legal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3062>>. Acesso em: 26 mar. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem Culpa e Socialização do Risco** Belo Horizonte: Bernado Alvares S.A, 1962.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Reflexões sobre o ônus da prova.** Revista de Processo, São Paulo, v. 19, n. 76, 1994.