

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**
Departamento de Direito Processual

Luiza Daruiz Mangiaterra
Nº USP 10277804

**Análise da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Acerca da Distribuição do
Ônus da Prova em Ações Ambientais**

São Paulo
2021

**FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
Departamento de Direito Processual**

Luiza Daruiz Mangiaterra

Nº USP 10277804

**Análise da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Acerca da Distribuição do
Ônus da Prova em Ações Ambientais**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Processual (DPC) da Universidade de São Paulo (USP), como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Carlos Alberto de Salles.

Professor Orientador: Carlos Alberto de Salles.

São Paulo

2021

Nome: MANGIATERRA, Luiza Daruiz

Título Análise da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Acerca da Distribuição do Ônus da Prova em Ações Ambientais

Tese de Láurea apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para conclusão do curso de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, por me formarem a pessoa que sou. Mamãe, obrigada por ser meu exemplo de mulher forte, inteligente e batalhadora, suas mãos criam um mundo melhor. Papai, obrigada por todas as conversas tão gentis, carinhosas e acolhedoras, no seu colo eu tenho meu porto seguro. Vocês me fazem muito feliz.

Aos meus irmãos, Lucas e Alexandre, por tornarem minha vida mais colorida e serem minhas primeiras e eternas companhias.

Às minhas avós, Lucia e Marcia, por sua sabedoria e pelo carinho imensurável, que deram as bases para a nossa família. Aos meus avôs, Mario e Fuad, que não estão mais aqui, mas que carrego comigo sempre.

Às minhas amigas, irmãs, Amanda, Carol e Marina. Vocês são uma parte de mim, cada conquista minha tem uma parte de vocês. Obrigada por todos os conselhos, lágrimas e risadas que compartilhamos. Tenho orgulho das mulheres que nos tornamos.

À Camille, minha amiga mais antiga, por estar sempre perto, mesmo que não fisicamente.

Aos amigos que fiz nas arcadas. Helena e Cassio, obrigada por pela convivência maravilhosa. Lívia, obrigada por dividir uma casa comigo, onde passamos momentos incríveis. Aos outros dois integrantes do trio que se formou na sala João Mendes Jr. em 2017, Henrique e Murilo, me faltam palavras para descrever a amizade que construímos, só me resta agradecer por tudo.

Aos meus colegas de profissão, que dividem a paixão pelo Direito Ambiental. Alguns são mentores, Flavia, Viviane, Marcelo, Lina, Thamires, Juliana e Gabriela, obrigada pelas oportunidades. Outros, me acompanham lado a lado, Anna, Fernanda, Isabella e Thais, obrigada pelo companheirismo.

À Fabiola, você é uma inspiração, obrigada por todos os ensinamentos.

À CPaNN e a todos que fazem parte desse incrível projeto. Obrigada por me abrirem as portas para essa matéria tão incrível e desafiadora.

Às professoras e professores da Escola Comunitária de Campinas, pessoas brilhantes e apaixonadas que me formaram. E às professoras e professores da Faculdade de Direito, especialmente às professoras Patrícia Iglecias e Ana Maria Nusdeo, que tanto me encantaram com seus ensinamentos sobre Direito Ambiental.

Ao professor Carlos Alberto, que gentilmente aceitou me orientar. Obrigada pelo direcionamento nesse projeto.

Ao meu amor, Pedro, por despertar o melhor de mim. Obrigada por me dar asas, quando sonhar parece tão assustador, tenho um orgulho imensurável do que estamos construindo.

RESUMO

Este trabalho analisa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da distribuição do ônus da prova em ações ambientais, com base no Princípio da Precaução. Para tanto, em primeiro lugar são detalhados os conceitos de Princípio da Precaução e ônus da prova, bem como de suas formas de distribuição. Por fim, com a construção conceitual do tema, passa-se à análise de todos os acórdãos do STJ que determinam a inversão ou a distribuição dinâmica do ônus da prova com base no Princípio da Precaução, a fim de verificar se estão presentes os pressupostos de aplicabilidade desse princípio, conforme a definição trazida pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

Palavras-chave: Direito Ambiental; Processo Civil; ônus da prova; princípio da precaução.

ABSTRACT

This paper analyzes the jurisprudence of the Superior Court of Justice on the distribution of the burden of proof in environmental actions, based on the Precautionary Principle. For this purpose, in the first place the concepts of the Precautionary Principle and burden of proof, as well as their forms of distribution, are unpacked. Finally, with the conceptual construction of the theme, we proceed to the analysis of all the judgments of the STJ that determine the reversal or dynamic distribution of the burden of proof based on the Precautionary Principle, in order to verify whether the assumptions of applicability of this principle are present, as defined by the Rio Declaration on Environment and Development.

Keywords: Environmental Law; Civil Procedure; burden of proof; precautionary principle.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	Comparação da previsão do Princípio da Precaução em Tratados Internacionais.....	13
Tabela 2	Incidência dos critérios para inversão do ônus da prova na jurisprudência do STJ	37

LISTA DE ABREVITUARA E SIGLAS

ADI	Ação Direto de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CPC	Código de Processo Civil
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
OGMs	Organismos Geneticamente Modificados
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	12
2.1	Primeira aparições e desenvolvimento do conceito	12
2.2	Princípio da Precaução no Direito Ambiental Brasileiro	16
2.3	Elementos e formas de aplicação do Princípio da Precaução	21
3	ÔNUS DA PROVA.....	23
3.1	Conceito de ônus da prova e seus elementos.....	25
3.2	Regras de distribuição do ônus da prova e a dinamização do ônus da prova.....	26
3.3	Distribuição do ônus da prova em ações ambientais e a responsabilidade civil ambiental.....	32
4	JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	35
4.1	Metodologia de Pesquisa e Jurimetria das decisões do STJ.....	36
4.2	Aplicação do princípio da precaução pelo STJ	38
4.3	Comentários à jurisprudência do STJ	43
5	CONCLUSÃO	46
	REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

O que se pretende com o presente trabalho é a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que concede a inversão do ônus probatório em ações ambientais baseado no Princípio da Precaução, de forma a verificar se estão presentes os pressupostos de aplicabilidade desse princípio, conforme a definição trazida pela Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92).

Assim, o trabalho pode ser dividido em 3 grandes partes, nas quais serão feitas análises de conceitos essenciais, para que, ao final, seja possível responder aos principais questionamentos dessa dissertação, quais sejam: (i) os elementos conceituais e os requisitos para a aplicação do Princípio da Precaução foram levados em consideração no momento das decisões? (ii) Qual a melhor forma de aplicação do Princípio da Precaução no direito ambiental brasileiro? (iii) Existe um caminho melhor para alteração do ônus probatório em ações ambientais?

No primeiro capítulo será feita uma análise do conceito de “Princípio da Precaução”, tendo como ponto de partida a definição do Princípio 15 da Rio 92. Bem como, de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Ao final pretende-se definir quais os elementos conceituais e os requisitos para a aplicação de tal princípio.

O segundo capítulo, partindo da regra de ônus probatório definido no art. 373 do Código de Processo Civil (CPC), trará uma conceituação ônus da prova. Em seguida serão analisadas suas formas de distribuição, sendo essas: (i) distribuição estática; (ii) inversão do ônus da prova; e (iii) distribuição dinâmica, fazendo-se uma comparação entre as 3. Após será feita uma análise da aplicabilidade desses conceitos em ações ambientais.

Feita tal conceituação será exposta a jurimetria dos fundamentos do STJ para a manutenção de decisões que invertem ou dinamizam o ônus probatório. Assim será possível verificar qual a incidência do Princípio da Precaução nessas decisões em relação a outros critérios. Em seguida será feita análise dos acórdãos que aplicam o referido princípio.

Ao final, pretende-se verificar se a jurisprudência do STJ, ao manter a distribuição do ônus probatório em ações ambientais com base no Princípio da Precaução, o faz levando em

conta os pressupostos de aplicabilidade desse princípio. E se há vias mais coerentes para a distribuição de tal ônus.

2 PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Uma maior preocupação com a preservação dos recursos naturais e a busca pelo desenvolvimento sustentável se iniciou com o fim da Segunda Guerra Mundial. Assim, em 1972, com a 1ª Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, foi aprovada a Declaração Universal do Meio Ambiente, a qual preocupava-se com a conservação dos recursos naturais em benefício das gerações futuras.

Dessa forma os países começaram a desenvolver suas próprias legislações ambientais, marcando o surgimento da ciência jurídica dedicada a regular as atividades humanas causadoras de impacto ao meio ambiente, a fim de preservá-lo para as futuras gerações. Nessa onda é promulgada no Brasil a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, a Política Nacional do Meio Ambiente.¹

Com o surgimento desse ramo da ciência jurídica, surgem também os princípios que regem a matéria. Os princípios, para alguns, são fontes do Direito, conforme se verá adiante. Um desses princípios é o Princípio da Precaução, para o prosseguimento da análise se faz necessário a verificação do surgimento desse conceito e de suas formas de aplicação.

2.1 Primeiras aparições e desenvolvimento do conceito

Nos anos 70, quando a Europa sofria com as chuvas ácidas causadas pela poluição industrial, o Princípio da Precaução foi desenvolvido e consolidado na Alemanha, através do Ato do Ar Limpo, de 1974², o qual determina que os possuidores de uma planta técnica são obrigados a tomar medidas para prever danos ambientais, de acordo com as técnicas disponíveis para a limitação de emissão de poluentes.³

Logo, tal princípio passou a ter previsão em diversos acordos internacionais, primeiramente na Conferência do Mar do Norte de 1987, bem como em outros tratados como: Convenção de Proibição de Importação de Resíduos perigos para África de 1991; Tratado de

¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 14 de setembro de 2021

² ANTUES, Paulo de Bessa. Precautionary Principle on Brazilian Environmental Law. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 63-88, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/877>. Acesso em 25 de outubro de 2020.

³ HEY, Elen. The precautionary concept in environmental policy and law: Institutionalizing caution. *Georgetown International Environmental Law Review*: Washington, n. 4, p. 303-12, 1992.

Maastricht sobre a União Europeia de 1992; e Convenção sobre a Proteção e Utilização de Cursos d'Água Transfronteiriços de 1992.⁴

Alguns desses tratados, inclusive, foram ratificados pelo Brasil, como: a Convenção da Diversidade Biológica; e a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima. No quadro abaixo verifica-se a referência ao Princípio de Precaução nesses tratados.

Tabela 1 — Comparação da previsão do Princípio da Precaução em Tratados Internacionais.

Convenção da Diversidade Biológica⁵	Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima⁶
<p>“Observando que é vital prever, prevenir e combater na origem as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica.</p> <p>[...]</p> <p>Observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça”.</p>	<p>“3. As Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas-devem levar em conta os diferentes contextos sócioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima”.</p>

Fonte: Elaborada pela autora.

⁴ ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Tutela de Urgência no Direito Ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução. São Paulo: Atlas, 2015. P. 67.

⁵ Disponível em <https://www.gov.br/mma/pt-br/textoconvenoportugus.pdf>. Acesso em 14 de setembro de 2021.

⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso: 14.09.2021 Acesso em 14 de setembro de 2021.

O que se verifica pelos instrumentos internacionais que positivam o Princípio da Precaução é que este se presta a determinar a adoção de medidas para evitar danos ambientais, mesmo que não se tenham certeza científica sobre quais seriam esses.

Nesse sentido, o Princípio da Precaução foi incorporado à Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, durante a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, através do seu Princípio 15, quando recebe sua definição mais precisa:

Para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis, não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes, em termos de custo, para evitar a degradação ambiental.⁷

Esse é o conceito central de Princípio da Precaução que servirá de base para as comparações do presente trabalho, cabe aqui uma análise de seus elementos. Primeiro, o objetivo do princípio é a proteção do meio ambiente em um cenário de incertezas sobre determinada atividade. Essa proteção se daria a partir de medidas preventivas, as quais devem ser definidas por cada Estado, na medida de suas necessidades e capacidades. A dúvida sobre quais danos podem ser causados por uma atividade ou produto não pode ser interpretada como ausência de riscos, todavia a identificação dos possíveis riscos deve ser feita com base em informações científicas.⁸

Ademais, pela leitura do Princípio 15, verifica-se que a incerteza científica não pode ser utilizada para determinar a paralização ou a inviabilidade de uma atividade, mas sim, para a determinação de medidas para prevenção de eventuais danos ambientais, ou seja, uma política ambiental deve ter um papel ativo, não meramente proibitivo.⁹ Além disso, considerando que o princípio se baseia em ausência de certeza científica, o risco deve ser reavaliado na medida dos avanços científicos. Por fim, o referido princípio ainda faz uma delimitação de quais risco pretende prevenir, sendo esses os “sérios e irreversíveis”.

⁷ Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf. Acesso em 14 de setembro de 2021.

⁸ ANTUES, Paulo de Bessa. Precautionary Principle on Brazilian Environmental Law. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 63-88, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/877>. Acesso em 25 de outubro de 2020.

⁹ ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Tutela de Urgência no Direito Ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução. São Paulo: Atlas, 2015. P. 69.

Com o desenvolvimento e consolidação do Princípio da Precaução surgiram várias dúvidas quando a sua aplicação, de forma que as instâncias de decisão enfrentavam um dilema: estabelecer o equilíbrio entre as liberdades e direitos individuais e a proteção à saúde e ao meio ambiente, gerando decisões muitas vezes contraditórias. Nesse sentido o Conselho da União Europeia determinou a criação da Comissão sobre o Princípio da Precaução, que possuía como objetivos: (i) traçar linhas gerais para uso do Princípio da Precaução; (ii) estabelecer diretrizes para sua aplicação; (iii) construir um entendimento comum quanto à análise, avaliação, gestão e comunicação de riscos que a ciência ainda não é capaz de avaliar plenamente; e (iv) evitar o recurso irregular ao Princípio da Precaução, como forma disfarçada de protecionismo.

Assim, no ano 2000, tal Comissão apresentou a Comunicação relativa ao Princípio da Precaução.¹⁰ A Comissão considerou que as medidas de aplicação do Princípio da Precaução fazem parte da análise de riscos no geral, mais precisamente na gestão de riscos. Dessa forma, o princípio deve ser aplicado quando, após a realização de avaliação científica relativa aos potenciais efeitos nocivos de uma atividade, não se pode ter certeza científica dos riscos que uma atividade ou produto pode causar a saúde da população ou ao meio ambiente. Convém, todavia, salientar que o Princípio da Precaução não pode em caso algum legitimar uma tomada de decisão arbitrária.

Diante de uma situação de incerteza científica o Poder Público teria de decidir se permite ou não a realização de uma atividade, caso seja permitida a Comissão determinou quais seriam os pressupostos de aplicação do Princípio da Precaução: (i) proporcionalidade, as medidas propostas para evitar o risco de alguma atividade devem ser proporcionais ao nível de proteção pretendido, ressalta-se que raramente é possível atingir um risco zero; (ii) não discriminação e coerência, situações comparáveis devem ser tratadas da mesma forma; (iii) deve-se sopesar quais as vantagens e desvantagens da realização de certa atividade, sendo que essa não pode ser uma análise somente sob o viés econômico; e (iv) as medidas que visam evitar riscos devem permanecer enquanto perdurar a situação de incerteza científica.

Além disso, de acordo com a Comunicação da Comissão sobre o Princípio da Precaução, a aplicação de tal princípio pressupõe a inversão do ônus da prova em desfavor do

¹⁰ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A52000DC0001>. Acesso: 28 de agosto 2021.

empreendedor, ou seja, cabe as empresas a realização da avaliação de risco prévia a implementação de empreendimento ou venda de produto.

2.2 Princípio da Precaução no Direito Ambiental Brasileiro

Após identificar os elementos formadores do Princípio 15 da Declaração do Rio, passemos à análise de como tal princípio é aplicado no cenário nacional, visto que o conceito previsto na referida declaração claramente determina que cada Estado deve definir suas formas de aplicação do Princípio da Precaução.

Para além dos Tratados Internacionais supracitados, que foram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, a própria Constituição Federal, em seu art. 225, § 1º, incisos IV e V, traduz o Princípio da Precaução da seguinte forma:

[...] §1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder Públíco: [...] IV – Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – Controlar a produção a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; [...].

O inciso V, torna o Poder Públíco responsável por controlar a realização de atividades potencialmente poluidoras. Já o inciso IV, traz a previsão do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), o qual é regulado no plano infraconstitucional pela Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) n.º 1/86¹¹, cuja função é analisar quais os riscos possíveis gerados por uma obra ou atividade durante sua implementação e operação, este deve ocorrer previamente a instalação da atividade e serve como base para definição de condicionantes das licenças ambientais.

Sobre o conteúdo do referido estudo, este deve incluir as alternativas tecnológicas e de implementação do empreendimento, a previsão dos impactos ambientais, a área de influência do empreendimento e quais os planos e programas ambientais que serão realizados para evitar dos impactos.¹²

¹¹ Disponível em https://licenciamento.cetesb.sp.gov.br/legislacao/federal/resolucoes/1986_Res_CONAMA_1_86.pdf. Acesso em 08 de setembro de 2021.

¹² ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Tutela de Urgência no Direito Ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução. São Paulo: Atlas, 2015. P. 80-81.

Por esses dispositivos legais verifica-se que o Princípio da Precaução é aplicável ao contexto do licenciamento ambiental, para que, mesmo que não se tenha certeza acerca da possibilidade de uma atividade causar danos ambientais, os potenciais riscos sejam evitados pelo empreendedor, de forma que estão alinhados com o que preceitua o Princípio 15 da Declaração do Rio.

Sobre o licenciamento ambiental no Brasil, este, de acordo com a Lei Complementar n.º 140/2011, é exigido para atividades “[...] potencialmente poluidoras ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”.¹³ Geralmente, o licenciamento é composto por 3 fases, nas quais são concedidas as licenças ambientais referentes: Licença Prévia; Licença de Instalação; e Licença de Operação.¹⁴

A Licença Prévia (LP) é solicitada ainda na fase de planejamento da implantação, alteração ou ampliação da atividade ou empreendimento, portanto é nesse momento que se realiza o EIA. A LP atesta a viabilidade ambiental e apresenta condicionantes técnicas a serem desenvolvidas no projeto. Após a avaliação pelo órgão público competente do atendimento das condicionantes exigidas durante o licenciamento prévio, procede-se a emissão da Licença de Instalação (LI), autorizando o início das obras do empreendimento, nessa fase são determinadas outras condicionantes que devem ser cumpridas pelo empreendedor. Por fim, a Licença de Operação (LO) autoriza o início do funcionamento do empreendimento, sendo emitida após a verificação, pelo órgão público competente, da compatibilidade dos projetos aprovados e da eficácia das medidas preventivas, compensatórias e mitigadoras de impactos ambientais, dentre elas, os planos e programas ambientais.¹⁵

Cada licença tem um prazo de validade e suas condições de emissão são constantemente avaliadas pelo órgão licenciador, ou seja, não possuem caráter definitivo. O órgão ambiental, em qualquer fase do licenciamento ou da operação de certa atividade, diante da incerteza da existência de risco de dano ao meio ambiente, pode exigir que sejam realizados estudo científicos, garantindo a aplicação do Princípio da Precaução.¹⁶

¹³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm. Acesso em: 03 de outubro de 2021.

¹⁴ ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Tutela de Urgência no Direito Ambiental: Instrumento de Efetivação do Princípio da Precaução. Atlas: São Paulo, 2015. P. 76.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Idem. P. 77.

Nesse sentido, a Lei de Crimes Ambientais (Lei Federal n.º 9.605/98) tipificou, no parágrafo 3º do seu art. 54¹⁷, a não adoção de medidas de precaução, determinadas pelo Poder Público para evitar o dano ambiental, consignando a presença do Princípio da Precaução no tipo de poluição.¹⁸

Além disso, outros dispositivos que compõem o arcabouço jurídico do Direito Ambiental Brasileiro trazem a previsão da expressão de aplicação do Princípio da Precaução, tais como o art. 5º do Decreto Federal n.º 4.297/02¹⁹, que determina a observância da precaução em relação ao zoneamento ecológico-econômico, e o art. 1º do Decreto n.º 5.591/05²⁰ impõe expressamente a observância do Princípio da Precaução para a proteção do meio ambiente em se tratando de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs).

Aqui é importante fazer um adendo acerca da normatividade do Princípio de Precaução, sobre esse aspecto podemos citar importante trecho da doutrina de Paulo Antunes Bessa:²¹

O princípio da precaução tem sido prestigiado pelo legislador brasileiro que, em muitas normas positivadas, determina uma série de medidas com vistas à avaliação dos impactos ambientais reais e potenciais gerados pelos diferentes empreendimentos. Ainda que extremamente relevante – o que é reconhecido por toda a doutrina brasileira e pelo nosso ordenamento jurídico –, o princípio da precaução não é dotado de normatividade capaz de fazer com que ele se sobreponha aos princípios da legalidade (um dos princípios setoriais reitores da administração pública) e, especialmente, aos princípios fundamentais da República, repita-se. A aplicação do princípio da precaução somente se justifica constitucionalmente quando observados os princípios fundamentais da República e ante a inexistência de norma

¹⁷ Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: (...) § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 28 de setembro de 2021.

¹⁸ SARLET, Ingo. W.; FENSTERSEIFER, Tiago. *Série IDP - Direito Ambiental: introdução, fundamentos, teoria geral*. Saraiva: São Paulo, 2014. P. 80.

¹⁹ Art. 5º O ZEE orientar-se-á pela Política Nacional do Meio Ambiente, estatuída nos arts. 21, inciso IX, 170, inciso VI, 186, inciso II, e 225 da Constituição, na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, pelos diplomas legais aplicáveis, e obedecerá aos princípios da função sócio-ambiental da propriedade, da prevenção, da precaução, do poluidor-pagador, do usuário-pagador, da participação informada, do acesso equitativo e da integração.

²⁰ Art. 1º Este Decreto regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente, bem como normas para o uso mediante autorização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, para fins de pesquisa e terapia.

²¹ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. São Paulo: Atlas, 2021. P. 38.

capaz de determinar a adequada avaliação dos impactos ambientais. Fora de tais limites, a aplicação do princípio da precaução se degenera em simples arbítrio.

Dessa forma, é importante que a aplicação do Princípio da Precaução se dê em conjunto com outros princípios do ordenamento jurídico brasileiro, como o da legitimidade, proporcionalidade, razoabilidade, liberdade econômica, e outros.

Importante ressaltar que os dispositivos legais nos quais há previsão expressa de aplicação do Princípio da Precaução não trazem diretrizes de como deve ser feita a aplicação. O site do Ministério do Meio Ambiente (MMA) traz apenas uma breve definição do referido princípio, mas não há diretrizes de aplicação *strictu senso*.²² Dessa forma a jurisprudência dos Tribunais Superiores assumiram o papel de suprir essa lacuna legislativa.²³

Assim podemos citar alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) que tratam da aplicação do Princípio da Precaução. Primeiramente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.510/DF, julgada em 29 de maio de 2008, na qual o Ministro Ricardo Lewandowski coloca quais os elementos formadores do princípio em análise:

Dentre os principais elementos que integram tal princípio figuram: i) a precaução diante de incertezas científicas; ii) a exploração de alternativas a ações potencialmente prejudiciais, inclusive a da não-ação; iii) a transferência do ônus da prova aos seus proponentes e não às vítimas ou possíveis vítimas; e iv) o emprego de processos democráticos de decisão e acompanhamento dessas ações, com destaque para o direito subjetivo ao consentimento informado.

Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 101/DF, de relatoria da Ministra Cármem Lúcia, na qual examinou-se a legalidade da proibição de importação de pneus usados, o STF trouxe uma importante diretriz sobre o limite da incerteza certifica, elemento essencial do Princípio da Precaução, colocando que esta deve ser construída a partir de elementos razoáveis, ou seja, a incerteza científica não constitui por uma mera opinião contrária. Entretanto, infelizmente, a decisão pecou ao não definir o que seria risco inaceitável.²⁴

²² Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/component/k2/item/7512-princ%C3%ADpio-da-precau%C3%A7%C3%A3o.html>. Acesso: 28 de set. 2021.

²³ ANTUNES, Paulo de Bessa. Princípio da Precaução no Direito Ambiental Brasileiro. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 63-88, set./dez. 2016. Disponível em:<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/877>. Acesso: 25/10/2020. P. 78-79

²⁴ Idem. P. 82

Outro precedente importante é a ADI n.º 5.447/DF, ação que tem por objeto a declaração de constitucionalidade do Decreto Legislativo n.º 293/2015, restabeleceu os períodos de defeso da pesca. Em seu voto o relator Ministro Luis Roberto Barroso, entende que, com base no Princípio da Precaução, “[...] diante de dados insuficientes e de incertezas quanto à adequação do período de defeso, a autoridade pública está obrigada a mantê-lo [...]”, até que sejam feitos estudos para comprovar a desnecessidade de manutenção dos períodos de defeso. Esse julgando é relevante, visto que traz a impermanência do estado de incerteza científica.

Por fim, podemos citar o Recurso Extraordinário (RE) n.º 627.189/SP, trata-se de RE interposto pela Eletropaulo Metropolitana - Eletricidade de São Paulo S/A, em face de decisão que determinou, que a companhia de energia elétrica reduzisse o campo eletromagnético de linha de transmissão com base no Princípio da Precaução. Em seu voto o Ministro Dias Toffoli, faz uma análise do estudo feito pela Comissão do Conselho da União Europeia sobre o Princípio da Precaução analisado no item anterior, conforme trecho abaixo:

No referido documento, foram detalhadas as seguintes premissas, consideradas como elementos conceituais do princípio da precaução, a saber: i) o princípio é um componente de gestão de riscos; ii) a decisão política de atuar ou não há de decorrer da consciência da instância decisória sobre o grau de incerteza relativo aos resultados da avaliação dos dados científicos disponíveis; e, iii) na hipótese de se decidir por atuar, as medidas a serem adotadas devem respeitar os seguintes pressupostos: “a) devem as medidas ser proporcionais ao nível de proteção escolhido; b) respeito à não-discriminação na sua aplicação; c) o Estado que impõe como requisito uma aprovação administrativa prévia aos produtos e serviços que considerem perigosos, a priori, devem inverter o ônus da prova, considerando-os perigosos até que os interessados desenvolvam trabalho científico necessário a demonstrar o preenchimento do requisito da segurança e, caso o Estado não exija a referida autorização prévia, caberá às autoridades públicas ou aos interessados demonstrar o nível de risco (para uma aprovação a posteriori); d) permanente exigência de que sejam oferecidos pelos interessados embasamentos científicos para a análise das potenciais vantagens e encargos para a ação ou inação; e) ações coerentes com as medidas semelhantes já tomadas; f) a decisão adotada há de se sujeitar a uma revisão sempre que obtidos novos dados científicos.

Essa decisão, além de permitir a aplicação das conclusões da Comissão sobre o Princípio da Precaução no cenário brasileiro, traz importantes conclusões do Magistrado sobre a aplicação do referido princípio. A primeira é que se trata de um critério de gestão de risco, assim na ausência de certeza científica sobre a periculosidade de certo produto ou empreendimento, o Estado deve determinar quais ações são necessárias para a evitar os riscos.

Outra lição é que o Princípio da Precaução pressupõe a inversão do ônus da prova, para que os interessados desenvolvam um trabalho científico, a fim de demonstrar quais os riscos do

empreendimento ou produto. Dessa forma, conclui-se que a inversão do ônus da prova ocorre na fase anterior a implementação do empreendimento, ou seja, durante o licenciamento ambiental.

E, novamente, traz a questão de dinamicidade do Princípio da Precaução, visto que o Poder Público deve rever a decisão acerca de viabilidade de um empreendimento ou produto de acordo com o avanço do conhecimento científico.

2.3 Elementos e formas de aplicação do Princípio da Precaução

Pelo acima exposto podemos sistematizar quais os elementos e as formas de aplicação do Princípio da Precaução. Primeiramente, é imprescindível para determinação da aplicação do princípio a existência de um cenário de incerteza científica, acerca dos riscos ao meio ambiente que podem ser causados por um empreendimento ou produto. Sendo que essa incerteza deve ser construída por elementos razoáveis, não podendo ser meramente uma opinião contrária. Importante ressaltar que, caso se esteja diante de um risco conhecido, aplica-se o Princípio da Prevenção, que age para prevenir a concretização de danos já conhecidos.²⁵

O Princípio da Precaução é um elemento de gestão de riscos, que obriga o empreendedor, diante da falta de certeza sobre quais danos sua atividade pode causar, a tomar medidas para evitar a degradação ambiental. No cenário brasileiro essas medidas se materializam na forma dos estudos que devem ser realizados durante o licenciamento ambiental de forma a comprovar que a atividade não vem causando danos ambientais. Dessa forma, os estudos científicos acerca de um empreendimento ou produto tornam-se necessários para a aplicação do Princípio da Precaução.

O referido princípio atua em face da probabilidade de uma atividade gerar riscos sérios e irreversíveis ao meio ambiente, de forma que não são todos os riscos que demandam atuação do Princípio da Precaução. Sendo que as medidas para evitar a degradação ambiental devem ser proporcionais e razoáveis. Assim, a potencial existência de riscos, não ensejam a proibição arbitrária da atividade.

²⁵ TRENNEPOHL, Terence. D. Manual de Direito Ambiental. Saraiva: São Paulo, 2019. P. 47

A aplicação do Princípio da Precaução é dinâmica, ou seja, ela ocorre enquanto perdurar a situação de ausência de certeza científica, quando os possíveis danos que uma atividade pode causar passam a ser conhecidos, estaremos diante de um cenário que enseja a aplicação do Princípio da Prevenção. Dessa forma, qualquer decisão baseada no Princípio da Precaução deve passar por revisão periódica, na medida que são realizados avanços científicos.

Por fim, a aplicação do Princípio da Precaução pressupõe a inversão do ônus da prova, para que o interessado demonstre qual nível de risco a atividade está sujeita, antes que o Poder Público permita que essa se realize. De forma que, a referida inversão, deve ocorrer previamente a implementação e operação do empreendimento.

3 ÔNUS DA PROVA

A tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos²⁶, dentre os quais se incluem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, passou a ser regulada no Brasil com a reforma da Lei de Ações Populares (Lei Federal n.º 4.717/1965), que incluiu na sua tutela valores não econômicos como os relacionados aos bens e direitos de valor: artístico; estético; histórico; ou turístico²⁷. Nesse caminho, a Política Nacional de Meio Ambiente reconheceu, em seu art. 14, parágrafo 1º²⁸, a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações visando a reparação de danos ao meio ambiente.²⁹

No passo seguinte foi editada a Lei Federal n.º 7.347/1985³⁰, que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor: artístico; estético; histórico; turístico; e paisagístico. Consolidando a tutela do direito difusos e coletivos, a Constituição Federal de 1988 incumbiu o Ministério Público de “[...] promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público

²⁶ Adotamos a definição desses direitos contida no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

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

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

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

²⁷ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos. (...) § 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

²⁸ Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...) § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

²⁹ Princípios informadores do processo coletivo. In: Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direitos Difusos e Coletivos. 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/377/edicao-1/principios-informadores-do-processo-coletivo>. Acesso: 12 de julho 2021.

³⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 18 de setembro de 2021.

e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos [...]”³¹, e ainda ampliou o rol de direitos tutelados pela Ação Popular, passando a incluir o direito ao meio ambiente.³²

Por fim, a última norma que rege a tutela jurisdicional dos direitos difusos e coletivo é o Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei Federal n.º 8.078/1990), que acrescentou o art. 21 a Lei de Ação Civil Pública: “*Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor*”.

Por essa retomada legislativa verifica-se que a tutela jurisdicional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é regulada pela legislação extravagante, tendo pouca presença no CPC, apenas o art. 18 do CPC/2015 traz uma previsão genérica sobre legitimidade extraordinária: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.³³

Com isso, surgem algumas discussões acerca da aplicação de regras presentes no CPC nas ações de natureza ambiental. Dentre essas, destaca-se para a presente análise aquela referente a produção de provas na demanda ambiental. A prova nessas ações configura elemento essencial para que a sentença proferida seja eficaz para proteção ao meio ambiente.

A produção de provas nas lides ambientais muitas vezes é complexa, surgindo então a necessidade de se avaliar quem será o responsável pela produção desta, ou seja, como será feita a distribuição do ônus da prova na ação. Assim, se passará a análise desse instrumento do direito processual e como é sua aplicação nas ações ambientais.

³¹ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

³² Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

³³ LOURENCO, HAROLDO. Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Lei nº 13.105/15). São Paulo: Grupo GEN, 2015. P. 128.

3.1 Conceito de ônus da prova e seus elementos

O ônus da prova trata-se da incumbência de cada parte de convencer o juiz da veracidade de suas alegações no processo. Assim, não se trata de uma obrigação ou de um dever, mas sim de um encargo do qual cada parte do processo deve se desincumbir.³⁴ Isso porque, o descumprimento do ônus da provar não gera uma penalização para a parte, diferentemente da violação de um dever – como por exemplo, não estacionar em local proibido – que leva a aplicação de medidas coercitivas, tais como multas.³⁵

Nesse sentido, o ônus da prova pode ser tratado como um ônus imperfeito, tendo em vista que não sucede, necessariamente, em uma inferência desfavorável a parte que não se desincumbiu, tendo em vista que a regra de julgamento só se aplica quando o julgador não tenha se convencido das alegações das partes. Ao contrário dos ônus perfeitos previstos no CPC, como o ônus da impugnação específica, que impõe ao réu a necessidade de rebater especificamente todas as alegações do autor, sob pena do fato não impugnado se tornar incontroverso. Dessa forma, entende-se que o ônus da prova é um ônus concretizado em mero risco.³⁶

Esse conceito merece ser compreendido de forma dupla. Primeiro, como regra de procedimento, no sentido de determinar o comportamento das partes no processo acerca da produção da prova de suas alegações. Segundo, em caráter subsidiário, como regra de julgamento, cabendo ao magistrado no momento da sentença, diante de uma situação na qual as provas não foram suficientes para elucidar totalmente os fatos, avaliar qual dos litigantes se desincumbiu de seu, proferindo decisão favorável em relação a esta.³⁷

Assim, conforme Rosenbeg³⁸, o ônus da prova pode ser visto por 2 prismas diferentes: (i) objetivo, referente a atividade, que não deve proferir julgamento sobre o caso sem antes avaliar as provas ou utilizando o ônus da prova como regra de julgamento, este prisma é

³⁴ LOURENCO, HAROLDO. Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Lei nº 13.105/15). São Paulo: Grupo GEN, 2015. P. 27.

³⁵ CARPES, Artur Thompisen. Ônus da Prova no Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 23.

³⁶ CARPES, Artur Thompisen. Ônus da Prova no Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 23.

³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. P. 655

³⁸ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: BdeF. P. 15-16.

positivado pelo art. 371 do CPC³⁹; e (ii) subjetivo, ligado ao encargo probatório de cada uma das partes.⁴⁰

É nesse contexto que se encontra a importância de se fixar qual o ônus probatório de cada parte do processo. Essa fixação é determinada por regras do CPC e da legislação especial, conforme será exposto no próximo item.

3.2 Regras de distribuição do ônus da prova e a dinamização do ônus da prova

Como visto no item anterior, o ônus da prova, como regra de procedimento, é o encargo de cada litigante acerca da verdade sobre um fato. Nesse sentido, o CPC determina quais são as regras de distribuição desse encargo, no seu art. 373:

Art. 373. 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.

[...].

O referido artigo traz o critério geral de distribuição do ônus da prova: ao autor cabe provar os fatos alegados na peça de interposição, os quais, se demonstrados, acarretarão a aplicação de normas que satisfaçam a sua pretensão. Enquanto ao réu cabe provar os fatos alegados na peça de defesa, que impeçam a aplicação das normas pretendidas pelo autor.⁴¹ Além de indicar o comportamento das partes, os incisos I e II do art. 373 do CPC, também implica em norma para ao juiz, sob o prisma objetivo do ônus da prova. Assim, caso o julgador, ao final do processo, não possuir elementos para formar seu convencimento deve considerar essa regra para proferir uma decisão final.⁴²

Sobre esse aspecto o Código atual não trouxe inovações em relação ao CPC de 1973:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

³⁹ CPC: Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

⁴⁰ MARCELO, ABELHA. Manual de Direito Processual Civil, 6ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2016. P. 542.

⁴¹ CARPES, Artur Thomsen. Ônus da Prova no Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 23.

⁴² CARPES, Artur Thomsen. Ônus da Prova no Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 23.

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

A intenção do legislador era regular a distribuição do ônus da prova trazendo segurança jurídica ao processo, de forma que as partes já saberiam seus encargos. Todavia, verifica-se que a regra geral, também chamado de sistema estático do ônus da prova, leva em consideração somente as posições das partes no processo, desconsiderando as particularidades de cada caso e as condições dos litigantes para a produção da prova pretendida.⁴³ Assim, além da distribuição ser feita de forma estática, ela é prévia e abstrata, sem que haja preocupação com a verdade dos fatos, apenas com a resolução da lide, levando a uma igualdade formal entre as partes.⁴⁴

Tendo em vista essa problemática, antes da edição do CPC de 2015, foram inseridas diversas regras no ordenamento jurídico brasileiro para a modificação da distribuição do ônus da prova. Como por exemplo, o art. 6º, VIII, do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

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

A inversão do ônus da prova, especialmente na legislação consumerista, é justificada pela posição de desigualdade entre as partes – consumidor e fornecedor – acerca das características essenciais do produto ou serviço.

A aplicação dessa técnica transmite ao réu o ônus imposto ao autor pela regra estática de distribuição, desde que preenchidos os requisitos: hipossuficiência e verossimilhança das alegações. Assim, caberá ao réu não só se desincumbir do seu encargo probatório, mas também daquele que caberia ao autor. Nesse sentido, a inversão do ônus da prova não afasta a aplicação da regra estática do CPC, apenas transmite o encargo da prova a parte supostamente mais suficiente. Sobre isso, leciona Abelha Rodrigues:⁴⁵

⁴³ OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. Revista de Processo, vol. 231, São Paulo: Ed. RT, mai. 2014.

⁴⁴ LOURENCO, HAROLDO. Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Lei nº 13.105/15). São Paulo: Grupo GEN, 2015. P. 74.

⁴⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 181.

A inversão do ônus da prova é a ‘negação da negação’, porque dão à prova a mesma conotação punitiva e vinculada ao direito material, privatista, e, o, que é pior, sob o jargão da isonomia real. E conclui: ‘Julga-se com a mesmíssima incerteza, acentuada pela surpresa na hora do julgamento, com a diferença de que o mais forte suportaria uma justiça injusta’.

Assim verifica-se, que somente a inversão do ônus da prova não basta para tornar a distribuição dos ônus da prova mais justa. Visando suprimir essa falha da inversão o ônus da prova o CPC de 2015 positivou a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, nos parágrafos 1º e 2º do art. 373:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

A referida teoria foi sistematizada pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano, na década de 1970, em sua obra *Teoria de Las Cargas Probatórias Dinâmicas*. Seu objetivo era suprir a insuficiência da distribuição estática do ônus probatório em face de alguns casos concretos. Nos dizeres do próprio autor:

A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequadamente e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do onus probandi, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, verbi gratia, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.⁴⁶

A referida teoria é denominada “dinâmica” uma vez que contrapõem a regra estática. Ela tem como ideia geral a dinamização (modificação) do ônus probatório de acordo com cada caso, para que o ônus de produção de cada prova seja suportado por aquele que possui melhores condições de fazê-lo. Em outras palavras, dependendo do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, ou por deter a posse do instrumento de prova, ou por ser a única que

⁴⁶ PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. Cargas probatórias Dinâmicas*. 1^a ed. Coordenação: Inés Lépori. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 19-20.

dispõem do meio para prova, uma parte possui melhor condições para comprovação de determinado fato, devendo o ônus ser transmitido a esta.⁴⁷

Nesse sentido, de acordo com essa teoria, cabe ao juiz, independe da posição das partes no processo ou das alegações feitas por essas, analisando o direito material em questão, distribuir o ônus para a parte que está em melhores condições de produção da prova. Verifica-se assim, que a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica exige uma maior atividade do juiz.

Importante ressaltar, que a utilização dessa teoria deve ser subsidiária à aplicação do ônus estático determinado pelos incisos I e II do art. 373 do CPC, na medida que essas regras não se mostrem suficientes para que as partes possam se desincumbir dos seus ônus probatórios. Nesse sentido assevera Peyrando: “*Las reglas vigentes acerca de lá distribución de la carga de la prueba que no obstan a la iniciativa probatoria del Tribunal – deben ser preservadas como viga maestra em la materia, sin perjuicio de su prudente flexibilización para mejor adaptarlas a las circunstancias del caso [...]”*.⁴⁸

A aplicação subsidiária da Teoria da Dinamização é importante para que partes saibam, num primeiro momento, qual é ônus que devem se desincumbir, garantindo a segurança jurídica. A ausência de definição do ônus probatório na fase de interposição do processo pode levar as partes a resguardos indesejados, por exemplo, no âmbito de relações contratuais as partes poderão adotar formalidades em excesso, para terem provas suficientes em caso de judicialização do contrato.⁴⁹

Feitas essas considerações sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, importante analisarmos os pressupostos formais, previstos pelo CPC para a aplicação dessa teoria. Primeiramente, a decisão que modifica o ônus probatório deve ser motivada, o que vai

⁴⁷ LOURENCO, HAROLDO. Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Lei nº 13.105/15). São Paulo: Grupo GEN, 2015. P. 87 - 90

⁴⁸ Tradução nossa: “As regras vigentes de distribuição do ônus da prova que não obstante a iniciativa probatória do Tribunal – devem ser preservadas como viga mestra na matéria, sem prejuízo de sua prudente dinamização para melhor adaptá-las às circunstâncias do caso (...).” PEYRANO, Jorge Walter. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Em: Revista de Processo. São Paulo, Ed. RT. Vol. 217, mar. 2013. Pp. 218.

⁴⁹ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Revista de Processo, São Paulo, ano 37, v. 205, p. 115-159, mar. 2012. p. 129.

ao encontro do quanto previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal⁵⁰, assim deve o juiz indicar em suas decisões quais as particularidades dos casos que o levaram a aplicação do ônus diverso e quais fatos ficarão a cargo de cada parte provar.

Outro pressuposto refere-se ao momento da distribuição, que deve ser feito antes da decisão final permitindo à parte “*se desincumbe do ônus que lhe foi atribuído*”, conforme determina a parte final do parágrafo 1º do art. 373 do CPC. Tal pressuposto privilegia o aspecto subjetivo do ônus da prova, garantindo que partes saibam seus encargos antes da decisão final.⁵¹

Como último pressuposto o CPC traz a proteção a chamada “prova diabólica” no parágrafo 2º do art. 373, ao vedar que a dinamização do ônus da prova acarrete encargo impossível ou excessivamente difícil. O que vai ao encontro da Teoria da Distribuição Dinâmica, visto que esta busca sempre concretizar o princípio da igualdade entre as partes, de forma que sua aplicação para a distribuição do ônus não poderia desonrar uma parte prejudicada pelo ônus estático e prejudicar outra com prova diabólica.

Muitas vezes a prova diabólica se confunde com prova de fato negativo, todavia estas não são necessariamente sinônimos. Um fato negativo nem sempre é impossível ou excessivamente oneroso de ser provado, por exemplo, numa ação ambiental caso na qual o autor alegue que o réu está com a licença ambiental vencida, basta que este apresente a licença válida. A prova diabólica só ocorre em casos de negativa absoluta, sendo essa de acordo com Didier, “[...] *uma afirmação pura de um não fato, indefinido no tempo e/ou no espaço*”.⁵²

Ainda no entendimento do autor supracitado, caso a prova diabólica ocorra para ambas as partes, deve se manter a distribuição estática do ônus da prova, sendo necessária a utilização

⁵⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁵¹ DIDIER JR. Fredie. A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: MARX.NETO, Edgard.Audomar.et. A. Proc. Civil Contemporâneo-Homenagem aos 80 anos do Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Grupo GEN, 2018. P. 341

⁵² DIDIER JR. Fredie. A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: MARX.NETO, Edgard.Audomar.et. A. Proc. Civil Contemporâneo-Homenagem aos 80 anos do Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Grupo GEN, 2018. P. 332 - 334

da regra da inesclarecibilidade, considerando o aspecto objetivo do ônus da prova, devendo o juiz avaliar qual parte assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel.⁵³

Analizados os pressupostos formais, resta, por fim, a análise dos pressupostos materiais que possibilitam ao juiz determinar a distribuição dinâmica do ônus da prova, de acordo com o CPC, ou seja, quais as particularidades do caso que podem levar a alteração da regra estática. O primeiro deles é a existência de prova diabólica, a dinamização pode ser aplicada quando há “impossibilidade” ou “excessiva onerosidade de cumprir o encargo” – a não ser que a dificuldade seja para ambas as partes, conforme supramencionado.

O segundo pressuposto material é a “*maior facilidade de obtenção da prova de fato contrário*”, nesse caso o ônus recai sobre aquela parte que mais facilmente pode se desincumbir deste. Essa previsão é que melhor concretiza a teoria de Peyrano. A “*maior facilidade*”, parece ser um termo muito vago, assim, de acordo com Didier pode ser verificada de 3 formas, pela natureza do direito material discutido no processo, pelo quanto alegado pelas partes, ou, ainda, deve ser comprovada pela parte cujo encargo probatório deve ser reduzido⁵⁴. Assim, considerando o objetivo da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova de promover a igualdade entre as partes, a “maior facilidade” não deve ser lida como “maior comodidade”.

Sendo assim, é importante que o sujeito que receba o ônus probatório esteja em uma posição privilegiada em relação a outra parte, seja por conta no papel que desempenhou no fato gerador da lide, por ter a posse da coisa ou instrumento probatório ou por ser o único que dispõem da prova. Outrossim, 2 outros fatores podem ser considerados para determinar que uma parte é hipossuficiente em relação a outra para a produção de determina prova: (i) subsistência de fato culposo da parte contrária; ou (ii) violação do dever processual de cooperação por uma das partes.⁵⁵

Ressalta-se ainda que, no entendimento de Knijnik, considerando os pressupostos materiais que autorizam a distribuição dinâmica, esta não está ligada a gravidade dos danos

⁵³ Idem. P. 342.

⁵⁴ Idem. P. 344

⁵⁵ KNIJNIK, Danilo. As (Perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” da “situação senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; e ARRUDA ALVIM, Teresa. Processo e Constituição: estudo em Homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. P. 947.

objetos da lide. O que se deve buscar é sempre a redistribuição racional e fundamentada, tendo como base a análise da posição das partes na relação de direito material e nos fatos objetos da lide, bem como de eventuais impossibilidades de produção da prova.⁵⁶

Isso posto, em suma, a inversão do ônus da prova se diferencia da distribuição dinâmica, na medida que a primeira é admitida desde que estejam preenchidos os requisitos legais determinados por lei, não há espaço para uma análise discricionária do julgador. Já a segunda depende da análise do caso concreto, visando a buscar a verdade acerca da lide, mantendo o equilíbrio entre as partes. As 2 técnicas têm aplicação subsidiária em relação ao ônus estático.

Pelo exposto verifica-se, que ônus da prova possui uma regra de distribuição estática determinadas pelos incisos I e II do art. 373 do CPC, a qual se baseia puramente na posição nas partes do processo. Essa regra, por não se atentar às particularidades de cada caso, pode acarretar violações ao princípio da igualdade das partes.

Assim, existem técnicas para alterações do ônus estático previstas no ordenamento jurídico brasileiro, como a inversão do ônus da prova, na qual se transmite ao réu o ônus de imposto ao autor pela regra estática de distribuição, desde que preenchidos certos requisitos (art. 6º, VIII, do CDC) e a distribuição dinâmica do ônus da prova. Esta última tem previsão no parágrafo 1º do art. 373 do CPC e demanda um esforço analítico do juiz, para determinar, considerando as particularidades do caso concreto e os pressupostos formais e materiais presentes na legislação, qual parte possui maior facilidade para produção de determinada prova.

3.3 Distribuição do ônus da prova em ações ambientais e a responsabilidade civil ambiental

Expostas as características do ônus da prova e suas formas de alteração, cabe uma breve análise da necessidade de aplicação desses institutos nas ações que envolvem danos ambientais, considerando a natureza da responsabilidade civil ambiental.

É pacificado na doutrina e na jurisprudência que a responsabilidade civil pelos danos ambientais possui natureza objetiva, ou seja, a imputação de responsabilidade civil pela

⁵⁶ Idem. P. 948.

degradação ambiental depende da prova do dano e do nexo causa deste com determinada atividade desenvolvida.⁵⁷

Sobre o dano ambiental, este é definido por Paulo de Bessa Antunes como: “[...] *ação ou omissão que prejudique as diversas condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permita, abrigue e reja a vida, em quaisquer de suas formas*”. Ademais, conforme entendimento jurisprudencial⁵⁸, o dano ambiental presumido não enseja responsabilização, de forma que sua ocorrência deve ser confirmada.⁵⁹

Já o nexo de causalidade refere-se à relação de causa e efeito entre a atividade e o dano. A determinação deste está subordinada à teoria do risco integral, aceita pelos tribunais e pela jurisprudência brasileira, segundo a qual, conforme assevera Sérgio Cavalieri Filho:

Em suma, pela teoria do risco integral todos os riscos, diretos e indiretos, que tenham relação com a atividade de risco, mesmo que não lhes sejam próprios, estarão sob a responsabilidade do agente e, portanto, quando materializados em dano gerarão o dever de indenizar.⁶⁰

Nesse sentido, entende-se que causa é qualquer atividade que de forma direta ou indireta tenha dado causa dano ambiental, ou, nas palavras de Édis Milaré: “[...] é causa toda a condição que, suprimida hipoteticamente, implicaria a eliminação do resultado”.⁶¹

Assim nas ações ambientais a formação do convencimento do magistrado se dá de 2 formas: (i) pela prova que o dano ambiental decorre de causa alegada nos autos; ou (ii) pela comprovação de que tal causa, de maneira direta ou indireta, não concorreu para a concretização do dano ambiental.⁶² É justamente pela necessidade de comprovação do dano ambiental e do nexo causal entre este e a atividade desenvolvida que a produção prova nas ações ambientais é, por muitas vezes, complexa.

⁵⁷ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: RT, 2021. P. RB-12.4

⁵⁸ Sobre esse aspecto é possível citar o entendimento da Ministra Eliane Calmon: “*Em regra, o descumprimento de norma administrativa não configura dano ambiental presumido*” (REsp nº 1.140.549/MG (2009/0175248-6), 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon).

⁵⁹ ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. São Paulo: Grupo GEN, 2021. P. 423.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Grupo GEN, 2020. P. 183

⁶¹ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. São Paulo: RT, 2021. P. RB-12.7

⁶² ANGRISANI, Vera Lucia. Artigo: Ônus da prova no processo civil em matéria ambiental. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoAmbientalUrbanismo/23393?pagina=1>. Acesso em: 09 nov. 2021.

Tal complexidade permite uma maior utilização da prova científica, o que pode gerar um desequilíbrio entre os litigantes em termos de acesso aos meios de provas. Em outras palavras a complexidade das demandas ambientais por muitas vezes altera a simetria entre as partes, mesmo que essas estejam em posições econômicas e tecnológicas similares tornando mais fácil para um dos litigantes ter acesso a uma informação ou a um aparelho técnico-científico diferente para a produção de determinada prova.⁶³

Nesse sentido, a distribuição estática do ônus da prova, presente nos incisos I e II do art. 373 do CPC, que não leva em questão as particularidades do caso concreto, mostra-se, muitas vezes, inadequada as questões ambientais. Assim, conforme se verá adiante, a jurisprudência brasileira, representada aqui pelos julgados do STJ, utiliza-se de diversos critérios para a realização da redistribuição do ônus probatório.

⁶³ SALLÉS, Carlos Alberto De. Processos Coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova. In: Édis Milaré. Ação Civil Pública após 25 anos. São Paulo: RT. 2010. P. 154-155

4 JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O conceito “jurisprudência” é definido, como o conjunto de decisões dos tribunais, trata-se do direito elaborado pelos tribunais, conforme leciona Paulo Nader:

Em seu contínuo labor de julgar, os tribunais desenvolvem a análise do Direito, registrando, na prática, as diferentes hipóteses de incidência das normas jurídicas. Sem o escopo de inovar, essa atividade oferece, contudo, importante contribuição à experiência jurídica. Ao revelar o sentido e o alcance das leis, o Poder Judiciário beneficia a ordem jurídica, tornando-a mais definida, mais clara e, em consequência, mais acessível ao conhecimento. Para bem se conhecer o Direito que efetivamente rege as relações sociais, não basta o estudo das leis, é indispensável também a consulta aos repertórios de decisões judiciais. A jurisprudência constitui, assim, a definição do Direito elaborada pelos tribunais.⁶⁴

Existem 3 espécies de jurisprudência: (i) *secundum legem*, que interpreta as regras presentes nas normas jurídicas; (ii) *praeter legem*, que se desenvolve quando as leis apresentam lacunas ou são omissas; e (iii) *conta legem*, conjunto de decisões contrárias as leis.⁶⁵ Dessa forma, ainda que a jurisprudência possa ser considerada uma fonte subsidiária, no sentido que não cria Direito, sua importância recai sobre necessidade de trazer segurança jurídica às decisões.

Nesse sentido o CPC de 2015 reconhece a importância da jurisprudência, determinando, em seu art. 927⁶⁶, que os tribunais deverão observar: (i) *enunciados de súmulas vinculantes*;

⁶⁴ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Grupo GEN, 2020. P. 195.

⁶⁵ Idem. P. 196

⁶⁶ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

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

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

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

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

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

(ii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iii) - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.

Ainda que a jurisprudência não possua, no geral, força vinculante, é evidente que o conjunto de decisões no mesmo sentido influência o julgador, sendo que a citação de entendimentos pacificados é utilizada pelas partes para buscar a formação de entendimento favorável. Não só isso, a jurisprudência influência, por muitas vezes, o legislador, que converte o entendimento exaurido nas decisões, transformando-as em lei.⁶⁷

É evidente que a jurisprudência, por demonstrar o entendimento dos tribunais num espaço de tempo específico, deve apresentar constante evolução acompanhando as mudanças nas legislações e as alterações de paradigmas sociais.

A relevância dos entendimentos jurisprudenciais não poderia deixar de recair sobre os Direito Ambiental, sendo este um ramo do Direito historicamente recente, de forma as decisões dos tribunais não só apresentam interpretações das normas ambientais, como preenchem lacunas deixadas por essas.

Sobre o tema do presente trabalho, conforme se verá adiante, é inegável que se formou uma jurisprudência do STJ, acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova em ações sobre lides ambientais, a partir do conjunto de decisões reiteradas. Jurisprudência esta que influência diretamente os tribunais de primeira e segunda instância.

4.1 Metodologia de Pesquisa e Jurimetria das decisões do STJ

A pesquisa base para o presente trabalho foi realizada através do portal de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁶⁸, no dia 21 julho de 2021, utilizando-se o conjunto de termos “ônus da prova” e “ambiental”. Obtendo-se como resultado 91 (noventa e um) acórdãos.

⁶⁷ VENOSA, Sílvio De Salvo. Introdução ao Estudo do Direito, 6^a edição. São Paulo: Grupo GEN, 2018. O. 131
⁶⁸ Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>

Destes, através da análise das ementas, chegou-se em 30 (trinta) acórdãos, nos quais houve análise de mérito. Ressalta-se, que nas outras 61 (sessenta e uma) ementas não foi analisada a distribuição do ônus probatório, tendo em vista a incidência da Súmula n.º 7 do STJ. Desses 30 (trinta) ementas, 17 (dezessete) são de acórdãos proferidos na vigência do CPC/73; e 13 (treze) na vigência do CPC/2015.

Assim verificou-se, que são utilizados como argumentos para distribuição do ônus da prova os seguintes critérios: (i) art. 21 da Lei de Ação Civil Pública; (ii) hipossuficiência; (iii) necessidade de provar à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II do CPC/73 e art. 373, II do CPC/2015); (iv) Princípio da Precaução; (v) relação com a necessidade de reparar os danos; e (vi) relação com a responsabilidade objetiva.

Alguns argumentos são utilizados em conjunto, de forma que o quadro resumo abaixo demonstra a incidência de cada um dos critérios.

Tabela 2 — Incidência dos critérios para inversão do ônus da prova na jurisprudência do STJ.

Argumento	Quantidade de citações
Art. 21 da Lei de ACP	4
Hipossuficiência	4
Necessidade de provar à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II do CPC/73 e art. 373, II do CPC/2015)	3
Princípio da Precaução	12
Relação com a necessidade de reparar os danos	5
Relação com a responsabilidade objetiva	9

Fonte: Elaborada pela autora.

Como se pode verificar o Princípio da Precaução é o critério mais utilizado pela Corte Superior para a manutenção de decisões que alteram a distribuição estática do ônus probatório, estando presente em 40% (quarenta por cento) dos acórdãos. Dessa forma, a seguir, será feita a análise dos 12 (doze) acórdãos encontrados.

4.2 Aplicação do Princípio da Precaução pelo STJ

A análise dos acórdãos que determinam a inversão ou a distribuição dinâmica dos ônus da prova se dará em ordem cronológica, a fim de se verificar como se deu a construção de pensamento do STJ.

O ponto de partida das decisões que alteram o ônus da prova com base no Princípio da Precaução é o voto da Ministra Eliana Calmon proferido no julgamento do Recurso Especial n.º 972.902/RS, de sua relatoria, em 25 de agosto de 2009. Trata-se de recurso interposto polo Ministério Público do Rio Grande do Sul diante de decisão que indeferiu a inversão do ônus da prova em Ação Civil Pública por dano ambiental movida em face da empresa Amapá do Sul S.A Artefatos de Borracha.

Conforme trecho da decisão de origem que consta no acórdão, o Tribunal de origem entendeu que caberia ao Ministério Público comprovar que as atividades da empresa causavam danos ambientais, visto que não haveria relação de hipossuficiência entre a recorrida e o *Parquet*. Abaixo colaciona-se trecho do voto da relatora para posterior análise:

No caso das ações civis ambientais, entendo que o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado – e não a eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu –, nos leva à conclusão de que alguns dos direitos do consumidor também devem ser extendidos ao autor daquelas ações, afinal essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar!) o patrimônio público de uso coletivo, consubstanciado no meio ambiente.

A essas normas agrega-se o Princípio da Precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo.

Incentiva-se, assim, a antecipação de ação preventiva, ainda que não se tenha certeza sobre a sua necessidade e, por outro lado, proíbe-se as atuações potencialmente lesivas, mesmo que essa potencialidade não seja cientificamente indubitável.

Além desse conteúdo substantivo, entendo que o Princípio da Precaução tem ainda uma importante concretização adjetiva: a inversão do ônus da prova.

Além disso, a Ministra cita trecho da doutrina do Ministro Herman Benjamin, que também faz parte da Corte do STJ, reproduzido abaixo com os grifos originais da relatora:

Uma das justificativas para a constituição de um regime diferenciado (= fragmentado) para a responsabilidade civil pelo dano ambiental reside no fato de que a proteção do meio ambiente é informada por uma série de princípios que a diferenciam na vala comum dos conflitos humanos.

O primeiro deles, princípio da precaução, já escrevemos em outro momento, responde a uma pergunta simples, mas chave para o sucesso ou insucesso de uma

ação judicial ou política de proteção ao meio ambiente: diante da incerteza científica quanto à periculosidade ambiental de uma dada atividade, quem tem o ônus de provar sua inofensividade? O proponente ou o órgão público/vítima? Em outras palavras, suspeitando que a atividade traz riscos ao ambiente, devem o Poder Público e o Judiciário assumir o pior e proibi-la (ou regulá-la, impondo-lhe padrões de segurança rigorosos), ou, diversamente, deve a intervenção pública ocorrer somente quando o potencial ofensivo tenha sido claramente demonstrado pelo órgão regulador ou pelos representantes não-governamentais do interesse ambiental, amparados num raciocínio de probabilidades, ou, nos termos do Direito Civil codificado, num regime de previsibilidade adequada?

[...]

Com isso, pode-se dizer que o princípio da precaução inaugura uma nova fase para o próprio Direito Ambiental. Nela já não cabe aos titulares de direitos ambientais provar efeitos negativos (= ofensividade) de empreendimentos levados à apreciação do Poder Público ou do Poder Judiciário, como é o caso dos instrumentos filiados ao regime de simples prevenção (p. ex., o Estudo de Impacto Ambiental); por razões várias que não podem aqui ser analisadas (a disponibilidade de informações cobertas por segredo industrial nas mãos dos empreendedores é apenas uma delas), impõe-se aos degradadores potenciais o ônus de corroborar a inofensividade de sua atividade proposta, principalmente naqueles casos em onde eventual dano possa ser irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala.

Noutro prisma, a precaução é o motor por trás da alteração radical que o tratamento de atividades potencialmente degradadoras vem sofrendo nos últimos anos. Firmando-se a tese – inclusive no plano constitucional – de que há um dever genérico e abstrato de não-degradação do meio ambiente, inverte-se, no campo dessas atividades, o regime de ilicitude, já que, nas novas bases jurídicas, esta se presume até prova em contrário. (in Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental, Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 9, ano 3, p. 17-18, jan/mar. 1998, grifei).

Vejamos, de acordo com o voto da relatora a aplicação do Princípio da Precaução, juntamente com a aplicação da legislação consumerista às ações ambientais, implicaria na inversão do ônus da prova em desfavor do suposto poluidor. Além disso, no entendimento da Ministra, em caso de dúvida acerca do nexo causal entre uma atividade e o dano ambiental gerado, o Poder Público deve proibir a realização de tal atividade.

Esse entendimento é corroborado com a doutrina do Ministro Herman Benjamin, que entende que cabe aos potenciais poluidores comprovar a inofensividade de sua atividade, de forma que se inverte o ônus da prova nas ações judiciais em desfavor daquela que suspostamente causou um dano ambiental.

Prosseguindo na análise jurisprudencial, no julgamento do REsp n.º 1.060.753/SP, em 1º de dezembro de 2009, a Ministra Eliana Calmon repete o mesmo entendimento acima transscrito. Todavia, nesse caso a ação de origem trata-se de ação de execução fiscal movida pela Fazenda Pública do Estado de São Paulo em razão de multa aplicada pelo órgão estadual em face da empresa Rodrimar S.A. Transportes Equipamento Industriais e Armazéns Gerais. Verifica-se que, apesar da ação originária tratar de responsabilidade administrativa, a Ministra

tratou o feito como uma ação por dano ambiental, utilizando-se dos pressupostos da responsabilidade civil objetiva.

O próximo acórdão é de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, cuja doutrina foi citada nos dois julgamentos supracitados. Trata-se de REsp n.º 883.656/RS, julgado em 09 de março de 2010, no qual figura como recorrente a refinaria Alberto Pasqualin REVAP S.A., sendo o recorrido o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em face de decisão que inverteu o ônus da prova em desfavor da empresa. Na origem, trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo *Parquet* em razão de dano ambiental causado pela recorrente, por meio de contaminação de mercúrio.

Este é o primeiro voto no qual o relator cita a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, a fim de flexibilizar o ônus estático determinado pelo art. 333 do CPC de 1973, para que o ônus recaia sobre aquele que possui melhor condição para a produção da prova. Sobre esse aspecto destaca-se o trecho do voto abaixo:

Em contraposição à previsão de índole individualista-liberal estampada no CPC, na hipótese dos autos o que se tem, portanto, é uma distribuição dinâmica do ônus da prova, determinada pelo legislador, segundo a qual o encargo de provar deve ser suportado por quem melhor e mais facilmente possa fazê-lo, conforme as circunstâncias da demanda.

Em complemento o Ministro coloca que a aplicação do Princípio da Precaução, conforme já reconhecido pelo STJ justifica a inversão do ônus da prova em desfavor do suposto poluidor. De forma que, deve ser mantida a decisão recorrida, visto que a manutenção da distribuição estática se tornaria um obstáculo para que o Ministério Público pudesse provar a existência do dano ambiental. Tal entendimento pode ser verificado no trecho abaixo retirado do acórdão em análise:

Na hipótese dos autos, havendo indícios, como apontado pelo Tribunal de origem, de graves danos ambientais – contaminação com mercúrio – seria contrassenso admitir que norma instrumental (art. 333, caput), em tese voltada à realização da justiça material, vire obstáculo intransponível à proteção do meio ambiente e sirva de escudo ao potencial poluidor, em detrimento de bens dessa magnitude (a proteção jurisdicional que se busca comprehende, simultaneamente, o ambiente e a saúde pública).

Verifica-se nesse acórdão que os conceitos de “distribuição dinâmica” e “inversão do ônus da prova” se confundem, o Ministro utiliza-se do primeiro para, juntamente com a

aplicação do Princípio da Precaução, determinar a inversão do ônus da prova em desfavor da recorrente, a fim de que essa demonstre que não causou o dano ambiental alegado pelo recorrido. Ressalta-se ainda, que o Ministro Herman Benjamin ainda cita como precedente o julgamento dos REsp n.º 972.902/RS e REsp n.º 106.753/SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, analisados acima.

O próximo acórdão a ser analisado é de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, referente ao REsp 1.330.027/SP, julgado em 06 de novembro de 2012. A ação de origem trata-se de ação indenizatória ajuizada por pescadores em face da Companhia Elétrica do Estado de São Paulo (CESP), buscando o resarcimento pela redução na quantidade de peixes causada pela construção de hidroelétrica. No voto o relator determinou que caberia a inversão do ônus da prova para que a CESP comprovasse que sua conduta não gerou danos ambientais passíveis de indenização, com base no Princípio da Precaução, considerando que a responsabilidade civil ambiental tem natureza objetiva – depende da comprovação do dano e do nexo de causalidade.

No entendimento do Ministro, o referido Princípio determina que: “[...] *meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo*”. Além disso, o relator utiliza como precedentes os acórdãos do REsp n.º 1.060.753 e do REsp n.º 883.656/RS supracitados. Verifica-se, nesse exemplo, a inversão do ônus da prova sendo utilizada em uma ação não coletiva, que não busca diretamente a apuração do dano ambiental.

Em seguida temos o acórdão referente ao Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial (AgRg no AREsp) nº 206.748/SP, também de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 21 de fevereiro de 2013. Tal qual o caso anterior, na ação de origem pescadores buscam indenização pela diminuição na quantidade de peixes gerada pela construção de hidroelétrica. Dessa forma o relator apenas repetiu seu voto.

O próximo acordão é de relatoria da Ministra Eliana Calmon, referente ao REsp n.º 1.237.893/SP, julgado em 24 de setembro de 2013. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o próprio Estado de São Paulo, buscando a recuperação de danos ambientais gerados por invasão irregular.

Nesse voto não é feita análise da necessidade inversão do ônus da prova no caso em concreto, a relatora se limita a afirmar que: “[...] *em se tratando de ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução*”. Além disso são citados como precedentes os acórdãos já analisados anteriormente.

Seguindo a análise da jurisprudência, em 10 de novembro de 2015, foi julgado o AgRg no AREsp n.º 183.202/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. A situação fática é a mesma dos outros julgados de relatoria do Ministro supracitados, de forma que ele apenas repete seu voto.

Ressalta-se que os próximos recursos que serão analisados foram julgados já na vigência do CPC de 2015. O próximo precedente é o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial (AgInt no AREsp) n.º 779.250/SP, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, julgado em 06 de dezembro de 2016. Na origem, trata-se Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face de pessoa física que teria invadido área de preservação permanente. No voto o Ministro se limita a afirmar que a decisão do Tribunal de origem, que inverteu o ônus da prova com base no Princípio da Precaução, está em consonância com a jurisprudência da Corte.

O mesmo ocorreu no julgamento do AgInt no AREsp n.º 1.090.084/MG de relatoria da Ministra Assusete Magalhães, julgado em 21 de novembro de 2017. Todavia a situação fática é diferente, na origem trata-se de Ação Civil Pública em face de suposto dano ambiental causado por Estação Rádio Base, de forma que caberia ao réu provar que não houve dano. A simples citação de precedentes ocorre no julgamento do AgInt no AREsp n.º 1.100.789/SP, em 07 de dezembro de 2017, também de relatoria Ministra Assusete Magalhães.

Por fim, no AREsp n.º 1.311.669/SC, julgado em 03 de dezembro de 2018, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva repete seu voto do julgamento do REsp 1.330.027/SP, considerando que a situação fática é a mesma: pedido de indenização feito por pescadores por redução na quantidade de peixes gerada pela construção de usina hidroelétrica.

4.3 Comentários à jurisprudência do STJ

Conforme podemos verificar da análise acima nos julgados a Corte não realiza uma diferenciação entre inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova, mesmo após a promulgação do CPC de 2015, com a inclusão do parágrafo 1º do art. 373. Somente no julgamento do REsp n.º 883.656/RS, o Ministro Herman Benjamin cita a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, aplicando-a para inverte o ônus da prova.

Todavia, conforme descrito no item 3.2., essas formas de alteração do sistema rígido não são sinônimas: para se determinar a inversão do ônus da prova o juiz deve avaliar a existência dos requisitos legais constantes do art. 6º, VIII, CDC, sendo esses: hipossuficiência do autor em relação ao réu e verossimilhanças das alegações. Nos casos de ações coletivas, quando o autor normalmente é o Ministério Público, é complexo tratarmos de hipossuficiência, tendo em vista que o órgão possui aparato técnico e científico para a produção de provas do dano ambiental.⁶⁹ Já a análise da verossimilhança das alegações não caberia ao STJ, tendo em vista o enunciado da Súmula n.º 7⁷⁰, que veda a reanálise de provas pela Corte Superior.

Já a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica depende da análise do caso concreto, para que se verifique qual das partes possui melhores condições de produzir determinada prova, o que, novamente, poderia ensejar a aplicação da Súmula n.º 7 do STJ⁷¹. Sendo que a

⁶⁹ Esse foi o entendimento da Quarta Turma do STJ no acordão referente ao REsp nº 1.286.278/SP, de relatoria do Ministro Marco Buzzi, julgado em 08 de junho de 2021: “Ademais, em que pese a matéria de fundo esteja vinculada a contratos de seguro individual - os quais têm a incidência do diploma consumerista, por constituir em larga medida ajustes padrão (de adesão), no âmbito dos quais o consumidor tem mínima ou nenhuma ingerência -, tal não autoriza a desmedida inversão do ônus probatório, haja vista que a demanda é movida pelo Ministério Público, entidade que jamais pode ser considerada hipossuficiente, notadamente quando dotada de amplo poder investigatório de espectro administrativo pré-processual, cercando-se de vasto aparato técnico e jurídico para alcançar e reunir um conjunto probante para fazer frente ao ônus de prova estabelecido na lei de regência.”

⁷⁰ Súmula nº 7 do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

⁷¹ Esse foi o entendimento do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, no julgamento do AgInt no AREsp 1580615/PR, conforme a ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. CABIMENTO. SÚMULA 618/STJ. AFERIÇÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO, AUTORIZADORAS DA INVERSÃO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIALIDADE. AGRAVO INTERNO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O presente Recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo 3 do STJ, segundo o qual, aos recursos interpostos com fundamento no Código Fux (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo Código. 2. Esta Corte Superior admite a inversão do ônus da prova em ações que versem sobre degradação ambiental, nos termos da Súmula 618/STJ, cabendo às instâncias ordinárias a análise quanto aos requisitos da redistribuição dos encargos probatórios. 3. Assim, tendo o Tribunal de origem concluído pela necessidade de inversão do sobredito ônus, é inviável a alteração de suas

determinação que o réu comprove que não causou dano ambiental, conforme é visto nas decisões analisadas, não é a melhor forma da aplicação da referida Teoria, que determina que o magistrado avalie individualmente qual fato seria mais bem comprovado por qual parte.

Ressalta-se os julgados de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, nos quais foi determinada a inversão do ônus da prova em ações indenizatórias de pescadores contra empresas que construíram usinas hidroelétricas levando a uma diminuição na quantidade de peixes. Nesses casos, conforme dito acima, não se busca a recuperação do meio ambiente, mas a indenização pelos danos materiais decorrentes do dano ambiental. Assim, a aplicação do instituto da inversão do ônus da prova é especialmente complexa nesses processos, tendo em vista que sua aplicação transmite ao réu o ônus que antes era do autor, de forma que nessas ações caberia ao réu comprovar que não houve dano ambiental, bem como, que a parte autora não sofreu danos materiais, o que seria excessivamente difícil. Por conseguinte, havendo necessidade de alterar o ônus probatório nesses casos, deveria ser aplicada a regra do art. 373, §1º do CPC, cabendo ao magistrado avaliar qual parte deve ser responsável pela produção de cada prova.

Já sobre a utilização do Princípio da Precaução para determinar a inversão do ônus da prova, sabemos que, conforme exposto pela Comissão da União Europeia sobre o tema, a aplicação de tal princípio impõe a inversão do ônus da prova em desfavor do empreendedor, para que este comprove que sua atividade poderia vir a causar danos ao meio ambiente e quais são esses danos. Todavia, essa inversão é feita previamente à operação do empreendimento, ainda na fase de licenciamento ambiental, quando o empreendedor realiza o Estudo de Impacto Ambiental. Na impossibilidade de comprovação dos danos devem se aplicar medidas de precaução.

Ademais o Princípio da Precaução somente é aplicado em situações em que há incerteza científica sobre se uma atividade causa dano ambiental e quais seriam esses danos. Entretanto, essa situação de incerteza tornaria impossível a produção da prova para qualquer uma das partes

conclusões nesta instância especial, por demandar o reexame do conjunto fático-probatório. Julgados: AgInt no AREsp. 1.373.360/PR, Rel. Min. GURGEL DE FARIA, DJe 17.10.2019; AgInt no AREsp. 620.488/PR, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 11.9.2018; AgInt no AREsp.779.250/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.12.2016.4. Agravo Interno da Sociedade Empresária a que se nega provimento.

e a mera inversão não garante a formação de convencimento do juiz, implicando determinação de prova diabólica, proibida pelo parágrafo 2º do art. 373 do CPC.⁷²

Além disso, no entendimento da Corte, a aplicação do Princípio da Precaução ensejaria a proibição da realização de determinada atividade pelo Poder Público, mas essa não é a consequência direta da aplicação do enunciado do Princípio 15 da Rio 92, que determina que, diante da existência de incerteza científica sobre determinadas atividades devem ser aplicadas medidas de prevenção a danos ambientais. Isso porque, conforme conclusão da Comissão da União Europeia, o Princípio da Precaução é um instrumento de gestão de risco, ou seja, não combate um evento danoso específico, como os debatidos nas ações judiciais, mas sim a falta de certeza sobre quais danos uma atividade poderia causar.⁷³

Outrossim, conforme pode ser verificado a partir da evolução da jurisprudência da Corte, em determinado momento os Ministros em suas decisões se limitam a afirmar que as decisões que invertem o ônus da prova com base no Princípio da Precaução estão em consonância com a jurisprudência do STJ, não merecendo reforma, ou seja, verificamos que depois de um determinado período a inversão se torna praticamente automática nas ações ambientais, somente pela mera possibilidade de o réu haver causado um dano ao meio ambiente. Todavia, os instrumentos que alteram de alguma forma a distribuição estática do ônus da prova devem ser aplicados em caráter excepcional, após a análise de seus critérios e pressupostos de aplicação.

Assim, o que podemos verificar da análise dos precedentes do STJ, com a devida vênia, é uma ampliação irrestrita da aplicação do Princípio da Precaução, que, no entendimento da corte, impõem àquele que pratica uma atividade potencialmente poluidora, uma presunção negativa de que sua atividade causa dano ambiental, cabendo ao empreendedor demonstrar o contrário. E ainda, os julgados da Corte tendem a reproduzir, sem adaptação ao caso concreto, os precedentes anteriores, mesmo em situações fáticas totalmente distintas, essa padronização das decisões foi consolidada com a edição da Súmula n.º 618 do STJ: “[...] (a) inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”.

⁷² DANTAS, Marcelo Buzaglo. A Ação Civil Pública Ambiental e a jurisprudência dos Tribunais Superiores. In: MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública. Edição 2020. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2020.

⁷³ FARIAS, Talden; TRENNEPHOL, Terence. Direito Ambiental Brasileiro. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2021. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/169436284/v2/page/RB-3.4>. P. RB-3.4.

5 CONCLUSÃO

Pela análise realizada ao logo do presente trabalho é possível responder aos questionamentos propostos na Introdução.

Primeiramente os elementos conceituais e os requisitos para a aplicação do Princípio da Precaução foram levados em consideração no momento das decisões? Sendo o Princípio da Precaução, na concepção do Declaração do Rio 92, um elemento de gestão de risco, este deve ser aplicado em situações em que não há certeza científica sobre quais danos uma atividade pode causar ao meio ambiente, ensejando a tomadas de medidas de precaução. Assim, esse princípio pressupõe a inversão do ônus da prova, todavia em momento do licenciamento, na seara administrativa, para que o empreendedor, através do Estudo de Impacto Ambiental demonstre se sua atividade pode vir a causar danos.

Dessa forma, os julgados do STJ não levam em consideração os elementos supracitados, principalmente o fato da aplicação desse princípio estar restrita a situações de incerteza científica, incerteza esta que poderia tornar a produção da prova sobre a existência do dano ambiental impossível ou excessivamente custosa para ambas as partes. Levando assim, a necessidade de aplicação do art. 373, §2º, do CPC e a consequente manutenção da distribuição estática do ônus probatório.

Assim, o que se verifica dos julgados do STJ é a extensão excessiva do espectro de aplicação do Princípio da Precaução, de forma que sua aplicação para determinar a inversão do ônus da prova se tornou automática, criando-se uma presunção de que a atividade potencialmente poluidora causa o dano ambiental, cabendo ao empreendedor provar o contrário.

Todavia, considerando a importância do Princípio da Precaução como instrumento para a proteção do meio ambiente, responde-se o próximo questionamento: qual a melhor forma de aplicação do princípio no direito ambiental brasileiro? Considerando que o Princípio da Precaução deve ser aplicado por cada Estado na medida de suas capacidades e necessidades, no caso brasileiro, conforme a previsão constitucional, o princípio deve ser aplicado durante o licenciamento ambiental, para que sejam tomadas medidas preventivas acerca de danos incertos.

Por fim, não se pretendente com o presente trabalho concluir, que deve ser mantida a distribuição estática do ônus da prova nas ações ambientais, ao contrário, considerando a natureza objetiva da responsabilidade civil ambiental – que demanda a comprovação do dano ambiental e da existência de nexo causal entre esse e a atividade – verifica-se a necessidade de provas extremamente técnicas, que, muitas vezes, podem ser mais facilmente produzidas por determinada parte. Assim responde-se ao último questionamento: existe um caminho melhor para alteração do ônus probatório em ações ambientais?

A resposta é positiva, entende-se que a melhor forma é a aplicação da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, positivada pelo art. 373, §1º, CPC, cabendo aos juízes de primeira instância, ou eventualmente aos desembargadores, avaliarem o caso concreto, determinando a qual parte tem melhor capacidade para a produção de cada prova necessária para a tomada da decisão. Ressalta-se, que essas decisões não devem impor ao réu o ônus de comprovar que não causou dano ambiental, que seria a mera inversão do ônus da prova e poderia acarretar uma prova diabólica.

Dessa forma, conclui-se que o Princípio da Precaução não é o instrumento hábil para ensejar a alteração do ônus probatório nas ações ambientais, tendo em vista que o legislador já concedeu aos magistrados instrumento suficiente para que a produção de prova nessas ações seja realizada de forma mais justa, cabendo as Varas estaduais e federais, e no limite aos Tribunais, avaliarem a existência dos pressupostos para que seja determinada a distribuição dinâmica do ônus da prova.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Tutela de Urgência no Direito Ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução. São Paulo: Atlas, 2015.

ANGRISANI, Vera Lucia. Artigo: Ônus da prova no processo civil em matéria ambiental. Disponível em: <https://epm.tjsp.jus.br/Artigo/DireitoAmbientalUrbanismo/23393?pagina=1>. Acesso em: 09 de novembro de 2021.

ANTUES, Paulo de Bessa. Precautionary Principle on Brazilian Environmental Law. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 63-88, set./dez. 2016. Disponível em: <http://www.domholder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/877>. Acesso em 25 de outubro de 2020.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. São Paulo: Atlas, 2021.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Acórdão RE nº 627189, Relator(a): DIAS TOFFOLI. DJe, 03 de abril de 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CARPES, Artur Thomsen. Ônus da Prova no Novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DE SALLES, Carlos Alberto. Processos Coletivos e prova: transformações conceituais, direito à prova e ônus da prova. In: Édis Milaré. Ação Civil Pública após 25 anos. São Paulo: RT, 2010.

DIDIER JR. Fredie. A Distribuição Legal, Jurisdicional e Convencional do Ônus da Prova no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: MARX.NETO, Edgard.Audomar.et. A. Proc. Civil Contemporâneo-Homenagem aos 80 anos do Prof. Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Grupo GEN, 2018.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Princípios do Processo Ambiental. São Paulo: Saraiva, 2004.

KNIJNIK, Danilo. As (Perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” da “situação senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. “Processo e Constituição: estudo em Homenagem ao processador José Carlos Barbosa Moreira”. São Paulo: RT, 2006.

LOURENCO, HAROLDO. Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC (Lei nº 13.105/15). São Paulo: Grupo GEN, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 13 ed. rev. atual e ampliada São Paulo: Malheiros, 2005.

MARCELO, ABELHA. Manual de Direito Processual Civil, 6ª edição. São Paulo: Grupo GEN, 2016.

MILARÉ, Édis, “O ônus da prova nas lides ambientais e a Súmula 618 do STJ, publicada em Migalhas, no dia 10/12/2018, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/290505/onus-da-prova-nas-lides-ambientais-ea-sumula-618-do-stj>. Acesso em 25 de outubro de 2020.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, prática, glossário. 3 ed. rev. atual e ampliada São Paulo: RT, 2004.

MONTEIRO DE BRITO, Luis Antonio. A distribuição do ônus da prova nas ações civis públicas ambientais: limites da dinamização do artigo 373, §1º, do CPC, e da Súmula 618 do STJ. In: MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública. São Paulo: RT, 2020.

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. Cargas probatórias Dinâmicas*. 1ª ed. Coordenação: Inés Lépori. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

Princípios informadores do processo coletivo. In: Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direitos Difusos e Coletivos. 2020. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/377/edicao-1/principios-informadores-do-processo-coletivo>. Acesso: 12 de julho de 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

SARLET, Ingo. W.; FENSTERSEIFER, Tiago. *Série IDP - Direito Ambiental: introdução, fundamentos, teoria geral*. Saraiva: São Paulo, 2014.

SILVEIRA, Bruna Braga. Dinamização do ônus da prova nas ações ambientais. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

TORRES DE CARVALHO, Ricardo Cintra. A prova na ação civil pública. Ônus. Inversão. Distribuição da carga dinâmica. In: MILARÉ, Edis. Ação Civil Pública Após 30 Anos. São Paulo: RT, 2015.

TRENNEPOHL, Terence. D. Manual de Direito Ambiental. Saraiva: São Paulo, 2019

UNITED NATIONS. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Disponível em: http://www.mma.gov.br/port/sdi/ea/documentos/convs/decl_rio92.pdf. Acesso em 25 de outubro de 2020.