



Clóvis Dias de Souza

A **inversão**
do **ônus**
da **prova**
no **direito**
ambiental
e o **princípio**
da **precaução**



Clóvis Dias de Souza

A **inversão**
do **ônus**
da **prova**
no **direito**
ambiental
e o **princípio**
da **precaução**

| São Paulo

| 2021



Copyright © Pimenta Cultural, alguns direitos reservados.

Copyright do texto © 2021 o autor.

Copyright da edição © 2021 Pimenta Cultural.

Esta obra é licenciada por uma Licença Creative Commons: Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional - CC BY-NC (CC BY-NC-ND). Os termos desta licença estão disponíveis em: <<https://creativecommons.org/licenses/>>. Direitos para esta edição cedidos à Pimenta Cultural. O conteúdo publicado não representa a posição oficial da Pimenta Cultural.

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO

Doutores e Doutoradas

Airton Carlos Batistela

Universidade Católica do Paraná, Brasil

Alaim Souza Neto

Universidade do Estado de Santa Catarina, Brasil

Alessandra Regina Müller Germani

Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Alexandre Antonio Timbane

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Alexandre Silva Santos Filho

Universidade Federal de Goiás, Brasil

Aline Daiane Nunes Mascarenhas

Universidade Estadual da Bahia, Brasil

Aline Pires de Moraes

Universidade do Estado de Mato Grosso, Brasil

Aline Wendpap Nunes de Siqueira

Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Ana Carolina Machado Ferrari

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Andre Luiz Alvarenga de Souza

Emill Brunner World University, Estados Unidos

Andreza Regina Lopes da Silva

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Antonio Henrique Coutelo de Moraes

Universidade Católica de Pernambuco, Brasil

Arthur Vianna Ferreira

Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Bárbara Amaral da Silva

Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Beatriz Braga Bezerra

Escola Superior de Propaganda e Marketing, Brasil

Bernadette Beber

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Breno de Oliveira Ferreira

Universidade Federal do Amazonas, Brasil

Carla Wanessa Caffagni

Universidade de São Paulo, Brasil

Carlos Adriano Martins

Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Caroline Chioquetta Lorenset

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Cláudia Samuel Kessler

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Daniel Nascimento e Silva

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Daniela Susana Segre Guertzenstein

Universidade de São Paulo, Brasil

Danielle Aparecida Nascimento dos Santos

Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Delton Aparecido Felipe

Universidade Estadual de Maringá, Brasil

Dorama de Miranda Carvalho

Escola Superior de Propaganda e Marketing, Brasil

Doris Roncareli

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Edson da Silva

Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Brasil

Elena Maria Mallmann

Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Emanoel Cesar Pires Assis

Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Erika Viviane Costa Vieira
Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri, Brasil

Everly Pegoraro
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Fábio Santos de Andrade
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Fauston Negreiros
Universidade Federal do Ceará, Brasil

Felipe Henrique Monteiro Oliveira
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Fernando Barcellos Razuck
Universidade de Brasília, Brasil

Francisca de Assiz Carvalho
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Gabriela da Cunha Barbosa Saldanha
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Gabrielle da Silva Forster
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Guilherme do Val Toledo Prado
Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Hebert Elias Lobo Sosa
Universidade de Los Andes, Venezuela

Helciclever Barros da Silva Vitoriano
*Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais
Anísio Teixeira, Brasil*

Helen de Oliveira Faria
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Heloisa Candello
IBM e University of Brighton, Inglaterra

Heloisa Juncklaus Preis Moraes
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Humberto Costa
Universidade Federal do Paraná, Brasil

Ismael Montero Fernández,
Universidade Federal de Roraima, Brasil

Jeronimo Becker Flores
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Jorge Eschriqui Vieira Pinto
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Jorge Luís de Oliveira Pinto Filho
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

José Luís Giovanoni Fornos Pontifícia
Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Josué Antunes de Macêdo
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Júlia Carolina da Costa Santos
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Juliana de Oliveira Vicentini
Universidade de São Paulo, Brasil

Juliana Tiburcio Silveira-Fossaluzza
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Julierme Sebastião Morais Souza
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Karlla Christine Araújo Souza
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Laionel Vieira da Silva
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Leandro Fabricio Campelo
Universidade de São Paulo, Brasil

Leonardo Jose Leite da Rocha Vaz
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Leonardo Pinheiro Mozdzenski
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Lidia Oliveira
Universidade de Aveiro, Portugal

Luan Gomes dos Santos de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Luciano Carlos Mendes Freitas Filho
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Lucila Romano Tragtenberg
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Lucimara Rett
Universidade Metodista de São Paulo, Brasil

Marceli Cherchiglia Aquino
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Marcia Raika Silva Lima
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Marcos Pereira dos Santos
Universidad Internacional Iberoamericana del Mexico, México

Marcos Uzel Pereira da Silva
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Marcus Fernando da Silva Praxedes
Universidade Federal do Recôncavo da Bahia, Brasil

Margareth de Souza Freitas Thomopoulos
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Maria Angelica Penatti Pipitone
Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Maria Cristina Giorgi
*Centro Federal de Educação Tecnológica
Celso Suckow da Fonseca, Brasil*

Maria de Fátima Scaffo
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Maria Isabel Imbronito
Universidade de São Paulo, Brasil

Maria Luzia da Silva Santana
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Maria Sandra Montenegro Silva Leão
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Michele Marcelo Silva Bortolai
Universidade de São Paulo, Brasil

Miguel Rodrigues Netto
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Nara Oliveira Salles
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Neli Maria Mengalli
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil

Patricia Biegging
Universidade de São Paulo, Brasil

Patricia Helena dos Santos Carneiro
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Patricia Oliveira
Universidade de Aveiro, Portugal

Patricia Mara de Carvalho Costa Leite
Universidade Federal de São João del-Rei, Brasil

Paulo Augusto Tamanini
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Priscilla Stuart da Silva
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Radamés Mesquita Rogério
Universidade Federal do Ceará, Brasil

Ramofly Bicalho Dos Santos
Universidade de Campinas, Brasil

Ramon Taniguchi Piretti Brandao
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Rarielle Rodrigues Lima
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Raul Inácio Busarello
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Renatto Cesar Marcondes
Universidade de São Paulo, Brasil

Ricardo Luiz de Bittencourt
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Rita Oliveira
Universidade de Aveiro, Portugal

Robson Teles Gomes
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Rodiney Marcelo Braga dos Santos
Universidade Federal de Roraima, Brasil

Rodrigo Amancio de Assis
Universidade Federal de Mato Grosso, Brasil

Rodrigo Sarruge Molina
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Rosane de Fatima Antunes Obregon
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Sebastião Silva Soares
Universidade Federal do Tocantins, Brasil

Simone Alves de Carvalho
Universidade de São Paulo, Brasil

Stela Maris Vaucher Farias
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Tadeu João Ribeiro Baptista
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Taiza da Silva Gama
Universidade de São Paulo, Brasil

Tania Micheline Miorando
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Tarcisio Vanzin
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Thiago Barbosa Soares
Universidade Federal de São Carlos, Brasil

Thiago Camargo Iwamoto
Universidade de Brasília, Brasil

Thiago Guerreiro Bastos
Universidade Estácio de Sá e Centro Universitário Carioca, Brasil

Thyana Farias Galvão
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Valdir Lamim Guedes Junior
Universidade de São Paulo, Brasil

Valeska Maria Fortes de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Vanessa Elisabete Raue Rodrigues
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Vania Ribas Ulbricht
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Walter de Carvalho Braga Júnior
Universidade Estadual do Ceará, Brasil

Wagner Corsino Eneidino
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Wanderson Souza Rabello
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Washington Sales do Monte
Universidade Federal de Sergipe, Brasil

Wellington Furtado Ramos
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

PARECERISTAS E REVISORES(AS) POR PARES

Avaliadores e avaliadoras Ad-Hoc

Adilson Cristiano Habowski
Universidade La Salle - Canoas, Brasil

Adriana Flavia Neu
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Aguimario Pimentel Silva
Instituto Federal de Alagoas, Brasil

Alessandra Dale Giacomini Terra
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Alessandra Figueiró Thornton
Universidade Luterana do Brasil, Brasil

Alessandro Pinto Ribeiro
Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Alexandre João Appio
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Aline Corso
Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

Aline Marques Marino
Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Brasil

Aline Patrícia Campos de Tolentino Lima
Centro Universitário Moura Lacerda, Brasil

Ana Emídia Sousa Rocha
Universidade do Estado da Bahia, Brasil

Ana Iara Silva Deus
Universidade de Passo Fundo, Brasil

Ana Julia Bonzanini Bernardi
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Ana Rosa Gonçalves De Paula Guimarães
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

André Gobbo
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

André Luis Cardoso Tropiano
Universidade Nova de Lisboa, Portugal

André Ricardo Gan
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Andressa Antonio de Oliveira
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Andressa Wiebusch
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Angela Maria Farah
Universidade de São Paulo, Brasil

Anísio Batista Pereira
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Anne Karynne da Silva Barbosa
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

Antônia de Jesus Alves dos Santos
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Antonio Edson Alves da Silva
Universidade Estadual do Ceará, Brasil

Ariane Maria Peronio Maria Fortes
Universidade de Passo Fundo, Brasil

Ary Albuquerque Cavalcanti Junior
Universidade do Estado da Bahia, Brasil

Bianca Gabriely Ferreira Silva
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Bianka de Abreu Severo
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Bruna Carolina de Lima Siqueira dos Santos
Universidade do Vale do Itajaí, Brasil

Bruna Donato Reche
Universidade Estadual de Londrina, Brasil

Bruno Rafael Silva Nogueira Barbosa
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Camila Amaral Pereira
Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Carlos Eduardo Damian Leite
Universidade de São Paulo, Brasil

Carlos Jordan Lapa Alves
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Carolina Fontana da Silva
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Carolina Fragoço Gonçalves
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Cássio Michel dos Santos Camargo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul-Faced, Brasil

Cecilia Machado Henriques
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Cintia Morales Camillo
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Claudia Dourado de Salces
Universidade Estadual de Campinas, Brasil

Cleonice de Fátima Martins
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Cristiane Silva Fontes
Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil

Cristiano das Neves Vilela
Universidade Federal de Sergipe, Brasil

Daniele Cristine Rodrigues
Universidade de São Paulo, Brasil

Daniella de Jesus Lima
Universidade Tiradentes, Brasil

Dayara Rosa Silva Vieira
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Dayse Rodrigues dos Santos
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Dayse Sampaio Lopes Borges
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Deborah Susane Sampaio Sousa Lima
Universidade Tuiuti do Paraná, Brasil

Diego Pizarro
Instituto Federal de Brasília, Brasil

Diogo Luiz Lima Augusto
Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Brasil

Ederson Silveira
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Elaine Santana de Souza
*Universidade Estadual do Norte Fluminense
Darcy Ribeiro, Brasil*

Eleonora das Neves Simões
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil

Elias Theodoro Mateus
Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Elisiene Borges Leal
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Elizabete de Paula Pacheco
Universidade Federal de Uberlândia, Brasil

Elizânia Sousa do Nascimento
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Elton Simomukay
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Elvira Rodrigues de Santana
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Emanuella Silveira Vasconcelos
Universidade Estadual de Roraima, Brasil

Érika Catarina de Melo Alves
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Everton Boff
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Fabiana Aparecida Vilaça
Universidade Cruzeiro do Sul, Brasil

Fabiano Antonio Melo
Universidade Nova de Lisboa, Portugal

Fabricia Lopes Pinheiro
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Fabício Nascimento da Cruz
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Fabício Tonetto Londero
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Francisco Geová Goveia Silva Júnior
Universidade Potiguar, Brasil

Francisco Isaac Dantas de Oliveira
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Francisco Jeimes de Oliveira Paiva
Universidade Estadual do Ceará, Brasil

Gabriella Eldereti Machado
Universidade Federal de Santa Maria, Brasil

Gean Breda Queiros
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Germano Ehleret Pollnow
Universidade Federal de Pelotas, Brasil

Giovanna Ofretorio de Oliveira Martin Franchi
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Glaucio Martins da Silva Bandeira
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Handerson Leylton Costa Damasceno
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Helena Azevedo Paulo de Almeida
Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Heliton Diego Lau
Universidade Estadual de Ponta Grossa, Brasil

Hendy Barbosa Santos
Faculdade de Artes do Paraná, Brasil

Inara Antunes Vieira Willerding
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Ivan Farias Barreto
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Brasil

Jacqueline de Castro Rimá
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Jeane Carla Oliveira de Melo
Universidade Federal do Maranhão, Brasil

João Eudes Portela de Sousa
Universidade Tuiuti do Paraná, Brasil

João Henriques de Sousa Junior
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Joelson Alves Onofre
Universidade Estadual de Santa Cruz, Brasil

Juliana da Silva Paiva
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Junior César Ferreira de Castro
Universidade Federal de Goiás, Brasil

Lais Braga Costa
Universidade de Cruz Alta, Brasil

Leia Mayer Eyng
Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil

Manoel Augusto Polastrelli Barbosa
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Marcio Bernardino Sirino
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Marcos de Souza Machado
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Marcos dos Reis Batista
Universidade Federal do Pará, Brasil

Maria Aparecida da Silva Santandel
Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Brasil

Maria Edith Maroca de Avelar Rivelli de Oliveira
Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil

Maurício José de Souza Neto
Universidade Federal da Bahia, Brasil

Michele de Oliveira Sampaio
Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil

Miriam Leite Farias
Universidade Federal de Pernambuco, Brasil

Natália de Borba Pugens
Universidade La Salle, Brasil

Patricia Flavia Mota
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Raick de Jesus Souza
Fundação Oswaldo Cruz, Brasil

Railson Pereira Souza
Universidade Federal do Piauí, Brasil

Rogério Rauber
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Samuel André Pompeo
Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Brasil

Simoni Urnau Bonfiglio
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Tayson Ribeiro Teles
Universidade Federal do Acre, Brasil

Valdemar Valente Júnior
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil

Wallace da Silva Mello
Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro, Brasil

Wellton da Silva de Fátima
Universidade Federal Fluminense, Brasil

Weyber Rodrigues de Souza
Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Brasil

Wilder Kleber Fernandes de Santana
Universidade Federal da Paraíba, Brasil

PARECER E REVISÃO POR PARES

Os textos que compõem esta obra foram submetidos para avaliação do Conselho Editorial da Pimenta Cultural, bem como revisados por pares, sendo indicados para a publicação.



Direção editorial	Patricia Bieging Raul Inácio Busarello
Diretor de sistemas	Marcelo Eyng
Editora executiva	Patricia Bieging
Coordenadora editorial	Landressa Schiefelbein
Diretor de criação	Raul Inácio Busarello
Assistente de arte	Laura Linck
Editoração eletrônica	Gabrielle Lopes Peter Valmorbida Lucas Andrius de Oliveira
Imagens da capa	Racool_Studio, Sersupervector - Freepik.com
Revisão	Emily Fernanda Balen Gnoatto
Autor	Clóvis Dias De Souza

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S729a Souza, Clóvis Dias de -

A inversão do ônus da prova no direito ambiental e o princípio da precaução. Clóvis Dias de Souza. São Paulo: Pimenta Cultural, 2021. 177p..

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-5939-200-1 (eBook)

1. Direito. 2. Direito ambiental. 3. Inversão do ônus da prova. 4. Princípio da precaução. 5. Direito do consumidor. 6. Direito civil. I. Souza, Clóvis Dias de. II. Título.

CDU: 340

CDD: 340

DOI: 10.31560/pimentacultural/2021.001

PIMENTA CULTURAL

São Paulo - SP

Telefone: +55 (11) 96766 2200

livro@pimentacultural.com

www.pimentacultural.com



2 0 2 1

SUMÁRIO

Introdução..... 11

Capítulo 1

**O padrão normativo do ônus
da prova no direito brasileiro 15**

O padrão normativo do ônus da prova
no direito processual civil brasileiro 18

O padrão normativo do ônus da prova
no direito do consumidor 44

O padrão normativo do ônus da prova
no direito administrativo 72

O padrão normativo do ônus da prova
no direito do trabalho 83

Capítulo 2

**A inversão do ônus da prova
no direito ambiental brasileiro 97**

A impossibilidade jurídica de inversão do ônus
da prova no direito ambiental: da não incidência
normativa do código de defesa do consumidor 100

A possibilidade jurídica de inversão do ônus
da prova no direito ambiental: da integração
do microsistema processual coletivo 120

A aplicação do princípio da precaução
como justificativa à inversão do ônus da prova
no direito ambiental: para além
da incidência normativa do código
de defesa do consumidor 134



As controvérsias processuais decorrentes da automaticidade na aplicação do princípio da precaução em matéria de inversão do ônus da prova por critérios estritamente materiais: reflexões a partir de um caso hipotético em matéria ambiental	150
Peculiaridades do direito ambiental em relação à inversão do ônus da prova no direito brasileiro	158
Considerações finais	167
Referências	171
Sobre o autor	176
Índice remissivo.....	177



INTRODUÇÃO

Quando o presente livro foi idealizado, escolheu-se o tema a partir da percepção de que o Direito Ambiental possui peculiaridades que devem ser compreendidas para que possa ser aplicado com efetividade. Dentre diversos tópicos que se destacam em relação a outras disciplinas, entende-se que o estudo sobre o ônus da prova é de grande relevância, notadamente no que diz respeito à possibilidade, ou não, de invertê-lo em cada caso concreto.

Considerando que dentre as fontes do Direito estão a doutrina, a Lei e a jurisprudência, essas foram apreciadas, com o intuito de compreender o Direito Ambiental e suas especificidades, as quais têm maior contraste quando analisadas junto com outras áreas. Desse modo, também o estudo das alternativas que autorizam a inversão do ônus da prova em matérias diversas mostrou-se necessário.

Em relação ao Direito Processual Civil, dentre as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, merecem destaque as novas disposições a respeito do ônus da prova. Ainda que, em regra, seja aplicada a distribuição estática, por meio da qual é dever de cada litigante produzir a prova dos fatos que alega, a nova Lei prevê expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova, ou seja, a produção probatória poderá ser distribuída de acordo com a aptidão da parte para produzi-la. No entanto, quando a inversão probatória é tratada no Direito Ambiental, objeto deste livro, o assunto possui algumas peculiaridades que o diferenciam das demais áreas.

Ainda que se trate de uma possibilidade processual inovadora para o Processo Civil em geral, a questão do ônus da prova já era tratada de forma diferenciada pelo Código de Defesa do Consumidor, que autoriza não a distribuição dinâmica de acordo com o caso concreto,

mas a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Ressalta-se que tal Lei não se limita a regulamentar as ações que versam sobre Direito do Consumidor, sendo aplicada também às ações coletivas que buscam a tutela de direitos ambientais, pois integra o chamado microsistema processual coletivo.

A partir do propósito desta obra, relacionado à inversão do ônus da prova em demandas ambientais, entende-se que a importância de compreender a aplicação e evolução do ônus da prova em disciplinas diversas é necessária para melhor identificar as especificidades da disciplina objeto do estudo. Em razão da semelhança e relação que mantém com o Direito Ambiental, ainda mais relevante é a compreensão do tema no âmbito do Direito do Consumidor.

Em relação ao Direito Ambiental, as lesões causadas dificilmente atingem um único indivíduo, até mesmo porque se trata de bem indivisível, cujas consequências estendem-se a grupos nem sempre possíveis de identificar, razão pela qual costumam ser propostas ações coletivas. Situação bastante parecida é verificada também no Direito do Consumidor.

Para atingir o fim proposto, este livro divide-se em dois capítulos, sendo que o primeiro tratou da inversão do ônus da prova em disciplinas diversas e apenas a partir do segundo é que o Direito Ambiental passou a ser abordado de forma mais abrangente. Neste segundo momento a matéria foi exposta a partir das regras atinentes ao microsistema processual coletivo – aspecto processual – e também sob o viés material, que diz respeito ao princípio da precaução.

Na primeira parte foram avaliados os critérios para inversão do ônus da prova no Direito Processual Civil, no Direito do Consumidor, no Direito Administrativo e no Direito do Trabalho. Para isso, foi analisado a evolução da questão da prova em tais disciplinas e os motivos pelos quais a inversão probatória é aplicada de determinada forma.

Salienta-se, desde já, que em relação ao Direito do Consumidor foram abordados pontos que explicam o porquê o consumidor, quando confronta o fornecedor, merece especial atenção, de modo a facilitar sua defesa em juízo. Essa compreensão mostra-se interessante em razão da semelhança que mantém com o Direito Ambiental, notadamente no que diz respeito às vítimas do dano, pois em ambas as matérias não necessariamente serão prejudicados apenas aqueles diretamente envolvidos com a demanda.

Partindo-se para o segundo Capítulo, quando serão abordados os aspectos específicos da matéria ambiental, o estudo tem como foco esclarecer as duas principais formas que autorizam a inversão do ônus da prova, a saber, pelos critérios processuais e materiais.

Sob o aspecto processual, foram feitos esclarecimentos sobre o microssistema processual coletivo, a relação que se percebe entre as demandas ambientais e consumeristas e principalmente, o porquê o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública formam o núcleo do mencionado microssistema.

No que se refere à questão material, a inversão do ônus da prova se dá por meio do princípio da precaução, o qual dispensa a análise de qualquer pressuposto processual. Com isso, foi avaliado se o método é justo e efetivo, tanto sob o ponto de vista da parte que figura no polo passivo da ação, quanto da coletividade que, em tese, será beneficiada com o sucesso da demanda.

Para melhor compreensão, foram expostos casos práticos, verídicos e hipotéticos, com o intuito de compreender como ocorre, na prática, a inversão probatória mediante o princípio da precaução. Em complemento, também foram expostos alguns posicionamentos já adotados pelos Tribunais e Cortes Superiores brasileiros, quando enfrentaram a referida matéria.

Justifica-se a importância da presente obra em razão da necessidade de avaliar se a forma como a inversão do ônus da prova vem sendo aplicada mostra-se adequada para resguardar os interesses da coletividade e se os resultados obtidos têm condições de proteger o meio ambiente, seja por meio da não reiteração de práticas lesivas, seja por conta da condenação à reparação dos danos.

1

**O PADRÃO
NORMATIVO
DO ÔNUS
DA PROVA
NO DIREITO
BRASILEIRO**

Para que um processo judicial seja considerado justo e tenha condições de chegar à verdade, já que essa é uma de suas finalidades, é necessário que seja conduzido com observância ao devido processo legal e demais princípios que orientam sua tramitação. No entanto, diferentemente do que ocorre na atualidade, a busca pela verdade nem sempre foi um dos objetivos do processo civil e, neste contexto, a compreensão sobre o ônus probatório na ordem jurídica brasileira possui especial relevância.

Sobre a importância do estudo da prova, Darci Guimarães Ribeiro utiliza-se de questões cotidianas para explicar que são utilizadas também fora das ações judiciais, podendo ser estendidas “à totalidade dos fatos da vida cotidiana, pois o manejo dos assuntos domésticos se desenvolve inteiramente sobre provas”. Como exemplo, cita o caso de um pai de família que precisa de uma “investigação” para decidir algum conflito familiar, ou ainda de um caçador que ao encontrar pegadas, conclui que um determinado animal esteve no local.¹

Em relação ao ônus da prova no Direito Brasileiro, é possível afirmar que acompanhou a evolução da sociedade. Isso porque, se em um primeiro momento a ação judicial tinha como finalidade tão somente encerrar um litígio, com o passar dos anos observou-se uma crescente preocupação com a obtenção de um resultado justo. Para que assim acontecesse, era preciso considerar a posição das partes na relação processual, diante do caso concreto.

Nesse contexto, ao priorizar a busca pela verdade, o sistema probatório passou a admitir novas normas, cuja aplicação deveria ocorrer a partir da análise do caso concreto, considerando-se principalmente a possibilidade das partes em contribuir com a instrução. Assim, passou-se a admitir a flexibilização das regras até então estáticas do ônus da prova, cuja distribuição deveria ser ordenada pelo Magistrado, com o intuito de possibilitar a formação do conjunto probatório.

¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 59.

Além disso, as regras que regulamentam a aplicação do ônus da prova apresentam-se, de forma diversa, nos mais variados ramos do Direito, atendendo às peculiaridades do caso concreto e às necessidades das partes envolvidas. Dessa forma, a presente pesquisa abordará os principais pontos sobre o ônus da prova em quatro esferas do Direito, a saber, Direito Processual Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito do Trabalho.

Em relação às áreas do Direito mencionadas, as quais são objeto deste estudo, percebeu-se que apesar de convergirem quanto à necessidade de se buscar uma decisão correta, há algumas especificidades que interferem na condução do feito e, conseqüentemente, na distribuição do ônus da prova. São justamente essas peculiaridades que precisam ser compreendidas para que o dever quanto à produção de provas se apresente com maior clareza.

Em relação ao Direito Processual Civil, é preciso compreender de que forma ocorre a distribuição probatória, quais foram as modificações mais recentes trazidas pela legislação e de que forma a flexibilização das regras estáticas do ônus da prova contribui com a busca por uma decisão justa. Sobre o Direito Consumerista, sabendo que a inversão do ônus da prova, por vezes, é aplicada em benefício do consumidor, mostra-se relevante entender o porquê se aplica tal facilidade e quais os requisitos para que assim seja feito. O mesmo ocorre no Direito do Trabalho, que muito se assemelha às regras aplicáveis às relações de consumo e é essa semelhança que deve ser assimilada. Já no que se refere ao Direito Administrativo, é preciso compreender, em resumo, de que forma as prerrogativas aplicáveis à administração pública interferem na produção de provas.

Em suma, para entender quais razões contribuíram às modificações legislativas sobre a inversão do ônus da prova, é preciso conhecer as dificuldades identificadas nos litígios judiciais, em razão da obrigação das partes quanto à produção de provas. Em complemento,

considerando que condições pessoais dos litigantes podem interferir na distribuição do ônus da prova, é necessário identificar quais são essas condições, relacionando-as com a questão processual, para, então, entender como facilitam na busca pela verdade real.

O PADRÃO NORMATIVO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Fala-se em Direito Processual quando um sujeito provoca a instauração de uma ação com o intuito de pedir solução em razão da possível violação de um direito material. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes definem o processo como “uma técnica para a solução imperativa de conflitos, criada a partir da experiência dos que operam nos juízos e tribunais”².

Em uma busca pelas origens do processo civil, constatou-se que conforme a sociedade foi evoluindo, também os meios utilizados para resolução de conflitos precisavam ser modificados, em conformidade com as necessidades dos indivíduos. Como exemplo, identificou-se não ser viável permitir que os particulares continuassem buscando justiça pelas próprias mãos, portanto, tanto os conflitos cíveis quanto penais deveriam ser submetidos à análise de uma autoridade, além de que a atividade administrativa deveria ser regulamentada por meio de normas processuais³.

Nesse contexto, Rennan Faria Kruger Thamay faz menção ao Direito como uma importante ciência para o crescimento da espécie humana. Explica que ainda em fase remota da história, quando o

² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 15.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 61.

homem deixa seu estado de natureza e passa ser reconhecido como um ser civil e inteligente, observa-se a existência de regras a serem seguidas, para que a convivência entre os seres fosse pacífica⁴.

Ao escrever a respeito da evolução do processo, Darci Guimarães Ribeiro assevera que “cada sociedade tem o seu processo e, à medida que ela evolui, o seu processo também deve evoluir, sob pena de causar injustiças, pois a evolução dos fatos sociais exige instrumento adequado e eficaz capaz de regulá-los satisfatoriamente”⁵.

Diante desse cenário, na esfera cível, em um primeiro momento buscou-se a regulamentação da jurisdição contenciosa, que se destinava a resolver um litígio entre dois envolvidos. Apenas em um momento futuro é que se identificou que interesses privados, a exemplo da curatela, interdição, ausência, sucessão, entre outras situações, também precisavam da tutela do Estado, surgindo então a jurisdição voluntária⁶.

De acordo com Humberto Theodoro Junior⁷, o processo civil passou a ganhar foros científicos a partir do mundo clássico greco-romano, desassociando-se dos preconceitos religiosos e superstições. Conforme sugerem alguns estudos, nesse período predominava nos processos a oralidade e, quanto ao ônus da prova, era atribuído apenas às partes, admitindo-se de forma excepcional a iniciativa do Magistrado.

A respeito das provas no processo civil, Ovídio Baptista explica que está relacionada à atividade exercida pelos sujeitos que fazem parte do processo, na busca pela demonstração dos fatos formadores de seu direito. Neste sentido, tem-se que a parte produz a prova para

⁴ THAMAY, R. F. K. *O processo coletivo na teoria geral do processo civil: legitimidade e coisa julgada*. Revista de Direito, [S. l.], v. 5, n. 02, p. 161-215, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1446>. Acesso em: 3 nov. 2020.

⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 17.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 62.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 62.

que determinada circunstância chegue ao conhecimento do juiz com o propósito de convencê-lo a respeito da veracidade de sua afirmação⁸.

Há ainda um segundo sentido, relacionado ao instrumento utilizado pela parte. Nesse aspecto, o conceito de prova não mais se refere à ação de provar, mas ao instrumento ou a forma escolhida pela parte para apresentar a prova, a exemplo de um documento levado aos autos pelo interessado⁹.

Ainda em relação às provas, sabe-se que eram conhecidas as testemunhais e documentais, no entanto, quanto à oitiva de testemunhas, havia restrições para que mulheres e crianças pudessem ser ouvidas. Outra característica era a livre apreciação das provas pelo Magistrado, sem necessidade de se ater à valoração de cada uma delas¹⁰.

Neste viés, utiliza-se do conceito de prova testemunhal apresentado por Ovídio Baptista, o qual refere-se a essa modalidade como a prova que “se obtém através da declaração prestada em juízo por pessoa estranha ao litígio, a respeito de fatos percebidos pelos sentidos”¹¹. Complementando, o autor afirma que a natureza da prova testemunhal não impede que, além da descrição dos fatos constatados pelos sentidos, o depoimento envolva as conclusões lógicas que a testemunha retire dos fatos¹².

Influenciado pelo processo grego, o processo romano igualmente atribuía ao Juiz a livre apreciação da prova, considerando-o uma espécie

⁸ BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. 6. Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 335-336.

⁹ BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. 6. Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 336.

¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 62.

¹¹ BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. 6. Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 368.

¹² BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. 6. Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 370.

de árbitro, com autonomia para decidir com base em questões pessoais a respeito de assuntos não previstos na legislação. Após um período de evolução, já na fase do Império Romano, o processo chegou à forma escrita, com a diferenciação de peças processuais, a exemplo do requerimento do autor, defesa do réu, instrução, sentença e, por fim, execução. Além disso, os árbitros privados deixaram de exercer a função jurisdicional, que passou a ser privativa dos funcionários do Estado¹³.

Em momento posterior, com a queda do Império Romano, a dominação militar e política do povo germânico, o processo passou por alterações, sem regras específicas para serem observadas. A esses acontecimentos, Humberto Theodoro Junior refere-se como um “enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana”. O processo passou a ser conduzido com formalidade, admitindo-se apenas as provas previstas em Lei e, ainda, retirou-se do Juiz a liberdade de livre apreciação, pois deveria ater-se tão somente às provas apresentadas, cujo valor e consequência para a ação eram determinados previamente pelo Direito positivo¹⁴.

No que diz respeito ao ônus da prova, era atribuído ao réu, pois se tratava de um sistema acusatório, cujo autor considerava-se o ofendido, conseqüentemente, a parte ré ocupava o espaço do acusado. Durante esse período, não se falava na busca pela verdade real, aceitando-se a verdade formal, externada por meios pouco convenientes, pois baseados na intervenção divina perante os julgamentos, já que se utilizavam práticas como “juízos de Deus” e “duelos judiciais” e acreditava-se que a divindade participava dos julgamentos¹⁵.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 64.

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 65.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 65.

Sobre o ônus da prova, é adequado trazer breve apontamento feito por Ovídio Baptista, quando afirma ser necessário distinguir ônus de obrigação. De acordo com o jurista, “a parte gravada com o ônus não está obrigada a desincumbir-se do encargo, como se o adversário tivesse sobre isso um direito correspectivo [...]”¹⁶.

Prosseguindo, o próximo momento processual teve origem na fusão de normas e institutos do Direito romano, canônico e germânico, que resultou no aparecimento do Direito comum e, conseqüentemente, processo comum. Apesar de os “juízos de Deus” e outras práticas semelhantes não serem mais utilizadas, os métodos de tortura ainda eram aceitos como forma de obter a verdade nos autos, situação que se estendeu até o século XIX¹⁷.

Nesse modelo, inspirou-se o processo moderno, considerando-se como início da fase moderna o momento em que se repassaram ao Juiz poderes para apreciar a prova e produzi-las de ofício. A partir de então o processo civil passou a ser considerado um meio de pacificação social e realização da vontade da Lei, além disso, atribuía-se ao Juiz poderes para produzir e valorar a prova e, também, impulsionar o processo com celeridade e dinamismo. Esse conceito de processo passou a ser aplicado em grande parte dos países da Europa e da América Latina¹⁸.

Acerca da evolução do processo civil entre o século XIX e XXI, Humberto Theodoro Júnior¹⁹ sintetiza algumas características a respeito de cada um desses momentos. Em princípio, sobre o século XIX, explica que o processo era visto como algo das partes, cabendo

¹⁶ BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. 6. ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 342.

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 66.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 67.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 68.

ao juiz apenas acompanhar o litígio, portanto, o direcionamento do feito era realizado pelas partes e não pelo juiz.

No século XX, explica Humberto Theodoro Júnior, já referenciado, o Estado passou a conferir ao juiz o comando do processo, em atenção ao interesse público na resolução de conflitos. Neste momento, caberia ao Magistrado direcionar o andamento do feito e, também, determinar a realização das provas. Nas palavras do autor, “esse estágio, portanto, caracterizou-se pela hipertrofia da ciência processual, afastando, quase sempre, o seu estudo dos problemas vividos pelo Direito material”²⁰.

Já no século XXI, o Direito processual passou a ser vinculado ao Direito material, já que a função do processo era justamente tutelar os direitos subjetivos lesados ou ameaçados. Nesse período, afirma Humberto Theodoro Júnior que foi realizada a democratização do processo, pois compete ao juiz a função de definir a solução do litígio, ressalvado o Direito das partes de participar do feito e influenciar no provimento jurisdicional. Neste novo modelo, tanto as partes quanto o juiz participam do processo de forma efetiva na resolução do processo.

Nesse contexto, percebe-se que no período compreendido entre os séculos XX e XXI, o processo civil passou por diversas mudanças, as quais dizem respeito, principalmente, à atuação do magistrado. Em um primeiro momento o juiz não deveria interferir no desenvolvimento do processo, pois se tratava de atribuição das partes (séc. XX), já no século seguinte (séc. XXI) o direcionamento do processo passou a ser responsabilidade do Magistrado. Por fim, o século XXI caracterizou-se pelo propósito de democratização do processo, pois apesar de a solução ser dada pelo juiz, as partes passaram a ter Direito de participar da instrução.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 68.

A partir das colocações acima, percebe-se que a tramitação do processo no século XXI está fundamentada em princípios constitucionais, a exemplo do devido processo legal e contraditório. Desta forma, tem-se que o processo passou a vigorar em conformidade com os princípios orientadores do Estado Democrático de Direito.

As fases pelas quais passou o processo civil foram objeto de estudo de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes²¹, os quais explicam a ciência processual civil passou por três fases metodológicas, para que então chegasse ao processo civil moderno. Identificam tais fases como sincretismo (primeiras origens), autonomista ou conceitual (meados do século XIX) e teleológica (fase atual).

Na primeira fase o processo não era considerado uma ciência, consistia em um simples procedimento em que eram realizados atos sucessivos, sem qualquer abordagem a respeito da vinculação entre os envolvidos. A denominação sincrética está relacionada à ausência de consciência sobre a autonomia do processo, que era considerado no mesmo plano do Direito material, pois se entendia que a proposição da ação consistia no exercício do Direito²².

A partir da segunda fase o processo passou a ser considerado como ciência e também foi percebida a relação jurídica entre os envolvidos no processo, a saber, juiz, autor e réu. Com essa compreensão, começaram a surgir as primeiras obras e foram elaboradas teorias a respeito da autonomia do Direito Processual em relação ao material, atribuindo-se a autoria principalmente a alemães, austríacos e italianos. Interessante destacar que nesse período foram criadas as teorias das condições da ação e pressupostos processuais, bem como formulados os princípios orientadores do processo²³.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 17.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 18.

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 18.

Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, referenciados acima, esclarecem que na segunda fase os processualistas passaram a ver o processo não como uma forma de exercer o Direito, mas como uma alternativa para buscar a tutela jurisdicional do Estado. Com isso, a ação não mais foi considerada como parte do Direito material, encerrando a fase sincrética do processo civil.

A terceira fase processual foi alcançada quando estudiosos italianos, a exemplo de Mauro Cappelletti e Vittorio Denti, passaram a estudar a importância dos resultados da relação processual para os envolvidos. Como consequência, os aspectos sociais e políticos passaram a ser considerados e caracterizam o momento processual denominado instrumentalista ou teleológico, que necessita da elaboração de objetivos para o exercício da jurisdição²⁴.

De uma análise mais minuciosa do processo como “instrumento”, percebe-se que se trata de conceito vago, portanto, para que seja compreendido, é preciso considerar os objetivos a serem alcançados por meio do processo, os quais podem ser de cunho social, político ou jurídico. Sobre a necessidade de o processo, como instrumento, estar vinculado aos escopos pretendidos, extrai-se da doutrina:

É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da consciência dos objetivos a serem alcançados mediante seu emprego - sabido que todo instrumento deve ser preordenado a um objetivo, como todos os meios só têm significado e relevância quando predispostos a um fim. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes jurisdicionais que o utilizam. (DINAMARCO, 2016, p. 20)

Em outras palavras, a utilização do termo “instrumento” para se referir ao processo, torna-se conceito vago quando não apontar

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 19.

quais os objetivos que se busca por meio da ação. Sem que haja uma finalidade, o processo, como instrumento, não tem razão para existir. Nesse sentido, o aspecto teleológico do processo exige que sejam fixados os objetivos a serem buscados por meio da ação.

Para concluir a análise da terceira fase do processo, em conformidade com as colocações de Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes²⁵, os autores trouxeram algumas características das três vertentes para os quais os objetivos do processo podem se direcionar. Sob o aspecto social, considerado o principal, consiste na “pacificação de pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça”, em outro direcionamento, o aspecto social refere-se também à educação das pessoas no sentido de respeitar Direito alheio, mesmo quando na busca pelos seus.

Na esfera política, o objetivo é amparar a estabilidade das relações políticas, no sentido de que o processo consiste em uma alternativa fortalecedora da autoridade do Estado, visto que torna necessário o respeito à Lei pelos envolvidos. O oposto também ocorre, pois quando se aceita a transgressão à legislação, ocorre o enfraquecimento do Estado. Em outra vertente, o exercício da cidadania também é uma forma de concretizar as pretensões políticas de uma ação e, ainda, fala-se em escopo político no sentido de que há preservação da liberdade, visto que indivíduos e entidades podem se opor às determinações do Estado²⁶.

Por fim, em relação ao objetivo jurídico, consiste na “atuação da vontade concreta do Direito”. Para o estudo deste ponto há duas correntes, uma delas, a dualista dispõe que “a ordem jurídica se divide em dos planos muito bem definidos, o substancial e o processual, cada qual com funções distintas”. De outro lado, a teoria unitária entende

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 20.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 20.

que o processo e o Direito material seriam uma única unidade e a criação de Direitos, obrigações e relações jurídicas decorre da decisão judicial e não da sucessão de atos praticados.

Especificamente em relação à regulamentação do processo civil no Brasil, Humberto Theodoro Júnior²⁷ identifica os diversos diplomais legais que trouxeram normas regulamentadoras, iniciando no período colonial, até a promulgação do Novo Código de Processo Civil. Na época do Brasil Colônia e durante o primeiro e segundo Impérios, estavam em vigor as Ordenações Filipinas, sendo que com a independência brasileira vigorava o regime jurídico das Ordenações do Reino, aplicando-se as normas das Ordenações Filipinas e legislação portuguesa, quando não contrariassem a soberania do Brasil.

Em 1850 entrou em vigor o Regulamento n. 737, primeiro Código Processual Nacional, que em 1890, em razão da publicação do Decreto n. 763/1890, passou a ser aplicado também às causas cíveis, pois até então se limitava a regulamentar as relações comerciais. Apesar das divergências, considera-se que o Regulamento n. 737 consolidou a evolução da técnica processual e acarretou inúmeras melhorias ao andamento processual.²⁸

Em 1891, foi promulgada a Constituição Republicana de 1891, que autoriza os Estados a legislarem, de forma concorrente, sobre processo civil e, com isso, surgiram os códigos estaduais, que se aplicavam em conjunto com as normas processuais que vigoravam no âmbito nacional. Em momento posterior, porque o sistema processual por meio de Códigos Estaduais mostrou-se inadequado, ganhou vez a Constituição de 1934 que devolveu à União a atribuição para legislar sobre questões processuais, instituindo o processo unitário²⁹.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 69.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 71.

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 72.

Posteriormente, entrou em vigor o Código de 1939, cuja vigência perdurou entre 1940 e 1973 e, apesar de trazer grandes avanços, foi alvo de críticas em razão da falta de técnica. Já em 1974, passou a vigorar o Código de 1973, revogado recentemente pelo Novo Código de Processo Civil. A respeito do Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, o entendimento doutrinário indica que “por meio desse estatuto processual, não se procedeu a uma simples reforma de nossa legislação formal; operou-se uma grande atualização, criando-se, realmente, um código novo, e assinalou-se uma nova etapa na evolução do Direito processual entre nós”³⁰.

Por fim, em dezembro de 2014 foi aprovado o Projeto de Lei n. 166/2010, que após sancionado transformou-se na Lei n. 13.105/2015, consistente no Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor substituindo o Código de 1973. A edição de um novo Código passou a ser cogitada em razão das inúmeras alterações enfrentadas pelo Código de 1973, que acarretou uma desconfiguração de sua estrutura. Além disso, as inúmeras emendas realizadas no Código deram espaço à desconfiança e insegurança jurídica quanto à prestação jurisdicional.³¹

A respeito da elaboração do Novo Código de Processo Civil, Humberto Theodoro Júnior explica que foi pautado no Estado Democrático de Direito e a intenção era garantir um processo justo e efetivo:

A Comissão de Juristas, nomeada pela Presidência do Senado, orientou-se, na elaboração do Anteprojeto, pelos princípios universalmente preconizados para as Leis processuais, que aspirem a dotar o Estado Democrático de Direito de um processo justo, e que se apresentam, na ordem constitucional, como a garantia a todos de acesso a uma tutela jurisdicional efetiva. Como tal, entende-se aquela que, a par de viabilizar a composição dos conflitos com total adequação aos preceitos

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 73.

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 79.

do Direito material, 32 o faça dentro de um prazo razoável e sob método presidido pelas exigências da economia processual, sempre assegurando aos litigantes o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LXXVIII)³².

A partir do trecho transcrito percebe-se a relevância, também, da Constituição Federal de 1988 para a regulamentação do processo civil, isso porque a ideia de um processo justo não se limita a garantir a solução do conflito, pois exige a observância de garantias aos envolvidos. Nesse sentido, deve ser observada a razoável duração do processo, economia processual, contraditório, ampla defesa, entre outros.

Sobre o estudo da prova, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhard explicam que a ideia da prova está relacionada à “racionalização da descoberta da verdade”, sendo que o papel da verdade é legitimar a decisão judicial a ser proferida. Desse modo, considerando o Direito como um dado e que os fatos ocorrem de uma forma ou outra, saber-se-ia que a decisão judicial é resultado da manifestação do legislador, associada à realidade e não fruto de arbítrio judicial³³.

Por sua vez, Ovídio Baptista faz menção ao princípio da necessidade da prova, de acordo com o qual os fatos alegados pelas partes devem necessariamente ser provados, pois não é permitido ao juiz utilizar-se de seu conhecimento para dispensar a produção da prova, caso tenha conhecimento dos fatos por outra via. Desse modo, para que uma decisão judicial seja proferida, é imprescindível que os fatos estejam provados nos autos³⁴.

Dentre as inovações trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil, destaca-se, por ser o objeto deste

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 79.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. vol. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 243.

³⁴ BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. 6. Ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 344.

estudo, as alterações relativas à possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova. Apesar de se aplicar de forma excepcional, caracteriza um progresso no sentido de, ao menos em tese, possibilitar a tramitação de uma demanda mais justa e atenta à realidade fática do processo.

Especificamente sobre a alteração legislativa referente à inclusão da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil, Humberto Theodoro Junior leciona:

Em matéria de instrução probatória, a principal novidade é a possibilidade de o juiz alterar a regra geral do ônus da prova mediante o sistema excepcional das cargas dinâmicas. Também as partes foram autorizadas a inverter o ônus da prova por meio de convenção, quando a demanda versar sobre Direito disponível, e desde que não torne excessivamente difícil o exercício do Direito afetado. (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 83)

O autor menciona expressamente que a adoção do sistema das cargas dinâmicas é uma possibilidade posta à disposição do juiz para alterar a regra geral. Compreende-se, então, que a regra em relação ao ônus da prova continua sendo a distribuição estática. Do mesmo modo, apesar de autorizar as partes a inverter o ônus da prova, igualmente se aplica de forma excepcional.

Nesse contexto, a distribuição dinâmica consiste em uma nova alternativa para que, quando adequada ao caso, seja utilizada com a finalidade de contribuir com a busca da verdade real e, conseqüentemente, garantir a efetiva tutela dos direitos lesados, cuja reparação depende do Poder Judiciário. Para que esse resultado seja alcançado, cabe ao Juiz, com a cautela que deve pautar sua atuação, identificar a conveniência e necessidade de se utilizar da exceção trazida pela legislação.

Considerando as alterações aplicadas ao processo civil brasileiro, foram percebidas aplicações distintas da distribuição do encargo probatório nos diferentes diplomas legais. Quanto ao Direito Brasileiro, suas origens estão no sistema processual civil romano, o

qual aplicava a regra “*semper onus probandi ei incumbit qui dicit*”³⁵, o qual significa, de um modo geral, que o ônus da prova incumbe a quem diz. De acordo com esse conceito, se o demandante deu início ao litígio, também a ele era atribuído o ônus de todas as provas necessárias, mesmo quando os fatos eram negados pelo demandado.

No entanto, com a constatação de que bastava ao réu ir a Juízo e negar ou modificar as afirmações do autor para se eximir do ônus da prova, percebeu-se que as regras não eram justas. A partir de então surgiu a Teoria Clássica do Ônus da prova, também chamada de Teoria Estática do Ônus da Prova. Segundo Haroldo Lourenço, os estudiosos que abordaram o assunto sustentaram que a obrigação probatória estava relacionada à iniciativa das partes, ao princípio dispositivo, à igualdade de tratamento e ao interesse de ver sua “verdade” reconhecida pelo Juízo³⁶.

Dentre os principais processualistas que contribuíram com essa teoria, destacam-se Carnelutti e Chiovenda. Inclusive, a distribuição estática do ônus da prova enraizada no ordenamento processual civil até o Código de Processo Civil de 1973 teve, de fato, grande influência de suas obras, tanto é que a regra ainda é no sentido de que “a prova do fato incumbe a quem alega³⁷”.

Em síntese, as regras clássicas que exclusivamente orientavam a aplicação do ônus da prova no Direito Brasileiro – e em muitos outros países – foram inspiradas nas obras de Betti, Chiovenda e Carnelutti, que defendiam a atribuição ao autor da responsabilidade de provar os fatos que justificassem sua pretensão, enquanto o réu deve produzir a prova em relação aos fundamentos que amparam suas exceções. Tais

³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. Vol. 1. São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 93.

³⁶ LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015. p. 121.

³⁷ LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015. p. 122.

teorias possuem como fundamento a natureza dos fatos e a posição das partes em juízo como fundamento³⁸.

Em que pese esse entendimento ter prevalecido por longo período de tempo, percebeu-se que o modelo de distribuição do ônus da prova adotado pelo Código de Processo Civil não era adequado para se chegar a uma decisão justa. Isso porque, ao tempo que a uma das partes a produção da prova poderia se tornar demasiadamente difícil, por vezes impossível, a parte contrária poderia ter melhores condições de produzi-la. Para Artur Thompsen Carpes³⁹, impor a uma das partes a produção de prova extremamente difícil significa vedar seu acesso à jurisdição.

Por oportuno, faz-se menção à colocação de Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhard a respeito das finalidades do ônus da prova, de acordo com os autores, a mais importante função é servir como regra de “fechamento do sistema”, informando ao juiz como deve julgar, caso tenha dúvidas sobre fatos relevantes para a decisão. Ainda, o ônus da prova destina-se a orientar o comportamento das partes, pois para obter resultado favorável, e seu interesse produzir a prova⁴⁰.

Considerando que o conceito estático do ônus da prova não permite flexibilização, verifica-se que não há respeito à igualdade material das partes, pois é possível que a parte a quem a prova interesse não tenha condições de produzi-la, ao tempo que a parte contrária poderia facilmente fazê-lo. Nesse contexto, tem-se que a igualdade material é uma característica do Estado Democrático de Direito, e determina que é preciso tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, de acordo com suas desigualdades.

³⁸ HIGINO NETO, Vicente. *Ônus da prova: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas compartilhadas*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 78.

³⁹ CARPES, Artur Thompsen. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 90-91.

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 259.

Atento às possíveis injustiças decorrentes da imutabilidade do ônus da prova até então aplicado, o legislador trouxe inovações ao Direito Brasileiro, quando positivou a distribuição dinâmica do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil. Muito embora a regra seja a distribuição estática, até mesmo porque não se nega sua relevância, o assunto foi relativizado por expressa disposição legal (art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil), adotando-se a teoria dinâmica do ônus da prova.

A teoria dinâmica do ônus da prova tem como um de seus principais mentores o argentino Jorge W. Peyrano. De acordo com o jurista, a utilização da teoria dinâmica mostra-se coerente quando, no caso concreto, a teoria estática não parecer justa, para tanto, deve-se considerar tão somente a parte com melhores condições de produzir a prova, independentemente de se encontrar no polo ativo ou passivo da ação:

A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada 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. (PEYRANO, 2004, p. 19)

O trecho transcrito revela que a distribuição prévia do ônus da prova continuará sendo a regra, cedendo espaço à dinamização apenas quando o caso concreto revelar a necessidade, porque constatado que a parte contrária poderá facilmente levar as provas ao Juízo. Neste aspecto, atenta-se para a relevante diferença entre dinamização e inversão do ônus da prova, sendo que a teoria dinâmica não indica qualquer regra a ser seguida, reiterando que sua aplicação vai depender da necessidade no caso concreto.

No Novo Código de Processo Civil, a atribuição do ônus da prova foi positivada no art. 373, o qual estabelece que “o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu Direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do Direito do autor”. Percebe-se que o dispositivo trata da regra, ou seja, da distribuição estática do ônus da prova⁴¹.

Em relação aos termos expressos no Código de Processo Civil, Moacyr Amaral Santos conceitua fatos constitutivos como aqueles que têm a eficácia de constituir a relação jurídica, bem como permitir a identificação de seus elementos. Com base no conceito exposto, compreende-se que é atribuído ao autor por ser a parte interessada em iniciar o litígio e, conseqüentemente, possui o dever de levar ao conhecimento do Juízo os fundamentos e justificativas de sua pretensão⁴².

Quanto aos fatos cuja prova é atribuída ao réu, Moacyr Amaral Santos esclarece que impeditivos são aqueles que não permitem a ocorrência dos efeitos esperados de um determinado fato, modificativos são fatos que não impedem e nem excluem a relação jurídica, tão somente a modificam, e, por fim, extintivos são aqueles que finalizam a relação jurídica. Tratam-se, portanto, de argumentos a serem identificados pela parte ré, que tenham condições de fazer com que o autor não alcance seu intento⁴³. No que diz respeito à distribuição dinâmica do ônus da prova, adotada de forma subsidiária, já que a regra é a distribuição estática, a inovação veio expressa no § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil, que preconiza:

§ 1º Nos casos previstos em Lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade

⁴¹ BRASIL. *Lei Nº 13.105/2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

⁴² SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 25.

⁴³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 25.

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.

Para Humberto Theodoro Júnior, o ônus, no Direito processual, equivale à oportunidade de o litigante comportar-se de modo a afastar resultados desfavoráveis, decorrentes de sua omissão. Em complemento, o autor igualmente afirma que não se trata de uma obrigação, mas sim, em suas palavras, “uma atitude positiva de um sujeito”⁴⁴.

Em complemento, ao tratar do “problema da verdade da prova”, Darci Guimarães Ribeiro assevera que há uma tendência a considerar a prova judiciária como uma manifestação de probabilidade, portanto, é dever das partes provar uma “certeza razoável”, não necessariamente absoluta.

Isso significa dizer, em uma última análise, que quem alega a existência ou insistência de um determinado fato não precisa provar, de forma absoluta, a sua alegação, até porque foge ao campo das ciências naturais, para obter um provimento jurisdicional, bastando provar uma certeza razoável da existência ou inexistência dos fatos. Razão pela qual pode obter, inclusive, um adiantamento da prestação jurisdicional, via liminar, como ocorre, v.g., nas ações cautelares, nas possessórias, entre outros provimentos jurisdicionais. (RIBEIRO, 1998, p. 63)

Ovídio Baptista igualmente tratou da prova como demonstração de verossimilhança e não necessariamente da demonstração da verdade. O autor explica que é necessário cuidado quando se considera a prova uma “demonstração da veracidade de sua existência”, sendo que no Direito moderno há uma tendência a considerar a prova como demonstração de verossimilhança. Inclusive, afirma que “seria uma pura e pretenciosa inge-

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1126.

nuidade imaginar que o processo civil seja instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos”⁴⁵.

Quando considerado tão somente o dever de uma das partes em produzir provas sobre os fatos que alega, chega-se à conclusão de que a formação do conjunto probatório poderá se tornar demasiadamente difícil, quiçá impossível, para um dos envolvidos no litígio, o que poderá comprometer o resultado justo da ação. É, nesses casos, que se recorre à distribuição dinâmica do ônus da prova, ou seja, modifica-se a responsabilidade em relação à produção de determinada prova. Assim, evita-se também que a parte para a qual a prova não interessa mantenha-se inerte, ciente de que a insuficiência probatória lhe favorecerá.

Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart afirmam que se deve recorrer à distribuição dinâmica do ônus da prova quando o caso concreto indicar a viabilidade, como meio de garantir a paridade de armas entre os litigantes. Ainda, esclarecem que a decisão que modificar o ônus da prova deve estar devidamente fundamentada, indicando, inclusive, os motivos pelos quais não se seguiu a regra. Além disso, devem ficar claras as razões pelas quais se entendeu que uma das partes tem maior facilidade probatória diante do caso concreto e, ainda, oportunizar que possa se desincumbir do encargo⁴⁶.

Exemplificando situações em que a dinamização do ônus da prova mostra-se viável, Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes citam algumas questões subjetivas, a exemplo de hipossuficiência econômico-financeira de uma das partes, despreparo, in experiência. Quanto aos fatores objetivos, mencionam a dificuldade de acesso a determinados documentos, além de outras situações relacionadas diretamente à causa:

⁴⁵ BAPTISTA, Ovídio. *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 336-337.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 395.

Os estudos que versam sobre o assunto são claros no sentido de que a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser aplicada como meio de se chegar a um resultado justo e fiel à realidade, portanto, o juiz, como gestor das provas, deve avaliar quem tem melhores condições de suportá-lo, justificando seu entendimento. E, perseguindo o ideal de uma decisão acertada, é que, obrigatoriamente, a parte que se tornou responsável pela produção da prova deverá ter o Direito se desincumbir do encargo, sob pena de sucumbir por não cumprir um ônus que originariamente não lhe era devido.

Nesse sentido, a utilização da teoria da carga dinâmica da prova exige ponderação, sob pena de se produzir uma “prova diabólica reversa”, o que significa dizer que não pode a inversão do ônus da prova tornar-se demasiadamente onerosa à parte contrária. Para a doutrina, utiliza-se o conceito de prova diabólica “para aqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio sendo capaz de permitir tal demonstração”. Artur Carpes explica em que consiste a prova diabólica reversa e de que forma poderá ocorrer e prejudicar uma das partes, caso a teoria dinâmica seja aplicada de forma indevida no caso concreto:

O fenômeno da *probatio* diabólica reversa ocorre justamente da equivocada utilização da técnica da dinamização, quando a transferência do encargo da prova acarreta a mesma dificuldade para a parte contrária na sua respectiva produção. A dinamização não é autorizada, evidentemente, quando venha a acarretar violação ao Direito fundamental de defesa, opondo dificuldades ou até mesmo a impossibilidade de o réu cumprir seu ônus probatório para negar a tutela do Direito do autor. (CARPES, 2010, p. 94)

Também esse posicionamento leva à compreensão de que a distribuição do ônus probatório não deve imputar ao réu a obrigação de produzir provas que estejam além de sua possibilidade, em especial porque se assim ocorresse, não haveria igualdade processual, já que a dificuldade que inicialmente poderia prejudicar uma parte, foi repassada à parte contrária.

Em síntese, para aplicar a dinamização do ônus da prova não basta a identificação de que a parte que deveria comprovar o alegado não tenha condições de assim fazer, pois é preciso demonstrar também que a parte contrária possa produzir a prova. Para que se possa falar em uma instrução justa, é preciso preservar a igualdade de tratamento dispensado às partes, conduzindo o feito com razoabilidade, a fim de evitar que o ônus da prova se torne uma penalização à parte contrária.

É neste mesmo sentido que a jurisprudência vem aplicando a distribuição dinâmica do ônus da prova. Como exemplo, em decisão recentemente proferida, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Marco Aurélio Bellizze, reconheceu a possibilidade de aplicar tal teoria, quando reconhecida a excessiva dificuldade de uma das partes para produzir a prova, ao tempo que a parte contrária teria melhores condições de fazê-lo⁴⁷.

Curiosamente, ainda antes de a distribuição dinâmica do ônus da prova estar expressamente prevista na legislação processual civil brasileira, sua aplicação já era invocada pelos Tribunais Superiores. Exemplificando, ao relatar Recurso Especial julgado ainda no dia 28 de outubro de 2013, a Ministra Nancy Andrighi utilizou-se dessa teoria, ao afirmar que “embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova”⁴⁸.

⁴⁷ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *AgInt no AREsp 1438327/SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 20 de abril de 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=108696030®istro_numero=201900306257&peticao_numero=202000064719&publicacao_data=20200424&formato=PDF. Acesso em: 14 jul. 2020.

⁴⁸ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial 1286704/SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 22 de outubro de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275620&num_registro=201102426968&data=20131028&formato=PDF. Acesso em: 14 jul. 2020.

A afirmação de que a distribuição dinâmica do ônus da prova possui base constitucional mostra-se coerente, pois a partir da compreensão dos motivos que justificam sua aplicação, percebe-se que atende aos princípios da igualdade, do acesso à justiça, da lealdade e, também, do princípio da cooperação entre as partes. E é também em respeito a esses princípios constitucionais que sua aplicação exige cautela, para evitar que a dificuldade de uma parte seja transferida a outra que igualmente não dispõe de meios para produzir a prova.

Em outra situação, igualmente o STJ⁴⁹ adiantou-se à previsão expressa no Código de Processo Civil e mencionou a distribuição dinâmica do ônus da prova em um de seus julgados. Nesse sentido, constou no acórdão que “à luz da teoria da carga dinâmica da prova não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria”. A decisão foi proferida pela Quarta Turma e o julgamento ocorreu no dia 02 de maio de 2010.

Assimilando o dever/interesse em relação à produção da prova com o princípio da cooperação entre as partes, compreende-se que está diretamente relacionado à conduta que deve ser adotada pelos envolvidos em um litígio, inclusive pelo julgador. Ademais, sintetizando os dados já expostos, tem-se que a teoria dinâmica do ônus da prova, quando corretamente aplicada, contribui para o andamento de um processo considerado justo.

A respeito do modelo cooperativo de processo, foi expressamente adotado pelo Novo Código de Processo Civil, que em seu art. 6º define que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

⁴⁹ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial 619.148/MG*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 20 de maio de 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=I-TA&sequencial=974018&num_registro=200302319623&data=20100601&formato=PDF. Acesso em: 14 jul. 2020.

É possível afirmar que o conceito de “decisão justa” possui estreita relação com o princípio da igualdade e, neste aspecto, novamente faz-se menção à necessidade de respeitar o Estado Democrático de Direito.

A ideia de cooperação em uma ação judicial não diz respeito unicamente à produção de provas, pois está relacionada à conduta das partes uma com a outra, de ambas perante o órgão jurisdicional e, também, do órgão jurisdicional em relação às partes. A boa-fé processual, a colaboração para obtenção de decisão de mérito justa e efetiva em tempo razoável e o respeito às necessidades do caso concreto, são comportamentos característicos do modelo cooperativo⁵⁰.

Sobre o tema, Elpídio Donizetti esclarece que o princípio da cooperação, também chamado de princípio da colaboração, foi importado do Direito europeu e trata da moderna concepção processual, a qual apresenta comportamento ativo tanto do juiz quanto das partes, estando o primeiro no centro do litígio. O autor ainda afirma que em um processo colaborativo, deve-se afastar a ideia individualista de cada uma das partes, da mesma forma que o combate travado entre as partes dê espaço a um diálogo entre ambos e o Magistrado⁵¹.

O modelo cooperativo de processo está alinhado aos princípios de efetiva justiça e respeito ao Estado Democrático de Direito. Não obstante encontrarem-se as partes em posições opostas na ação judicial, e assim cada uma defenderá seus próprios interesses, o comportamento cooperativo não está relacionado às pretensões pessoais, mas ao dever de contribuir com o deslinde da ação de forma justa. Nas palavras de Elpídio Donizetti, “o processo deve, pois, ser um diálogo entre as partes e o juiz, e não necessariamente um combate ou um jogo de impulso egoístico”⁵².

⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 133.

⁵¹ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 80.

⁵² DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 81.

Nesse sentido, ao escreverem sobre o art. 6º do Código de Processo Civil, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero fizeram menção ao modelo cooperativo como aquele que efetivamente traduz um processo justo:

(...) O modelo do nosso processo justo é o modelo cooperativo – pautado pela colaboração do juiz para com as partes. A adequada construção do modelo cooperativo do processo e do princípio da colaboração que é a ele inerente servem como linhas centrais para organização de um processo civil que reflita de forma efetiva os pressupostos culturais do Estado Constitucional. A colocação da colaboração nesses dois patamares visa a destacar, portanto, a necessidade de entendê-la como o eixo sistemático a partir do qual se pode estruturar um processo justo do ponto de vista da divisão do trabalho entre o juiz e as partes no processo civil. (MARINONI *et al.*, 2015, p. 100)

Utilizando-se das colocações dos autores, relaciona-se a “divisão do trabalho entre o juiz e as partes no processo civil” à ideia de dinamização do ônus da prova, também como forma de contribuir para o deslinde do feito. Ademais, o interesse das partes em amealhar provas está diretamente relacionado à obrigatoriedade de decisão, pois mesmo quando o conjunto probatório não mostrar-se suficiente ao convencimento do julgador, será compelido a decidir.

Com base nessa orientação, tem-se que a prova apresentada por uma das partes não necessariamente será interpretada em seu benefício, pois passa a pertencer aos autos. Quanto a essa situação, o Código de Processo Civil dispôs expressamente em seu artigo 371 que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver produzido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”⁵³.

⁵³ BRASIL. *Lei Nº 13.105/2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

A partir da compreensão de que o juiz deve julgar em qualquer hipótese, mesmo quando o resultado probatório se mostrar escasso, diferencia-se o ônus da prova em dois aspectos, subjetivo e objetivo. Em conformidade com o âmbito subjetivo, compete às partes produzir provas para instruir o feito, sob pena de sucumbência, trata-se, portanto, de uma norma de procedimento. Por sua vez, o aspecto objetivo não está relacionado à atividade das partes, mas, sim, à função do Magistrado, que deverá proferir sentença mesmo quando não estiver convencido, tratando-se do ônus da prova como regra de julgamento⁵⁴.

Humberto Theodoro Junior, ao tratar da forma subjetiva da inversão do ônus da prova, equipara-a a uma fonte de estímulo para que a parte colabore com a apuração dos fatos, visto que a tutela orientará a decisão em conformidade com o interesse de um dos envolvidos no litígio. Simplificando, explica que basta a parte compreender que sua vitória depende do esclarecimento de fatos incertos, cuja apresentação é de sua responsabilidade, para que diligencie no sentido de clareá-los⁵⁵.

Corroborando, Barbosa Moreira explica o ônus da prova em seu modo subjetivo, com a afirmação de que o desejo pela vitória é o que incentiva o litigante a buscar todos os meios de prova que estão ao seu alcance, bem como esforçar-se para aplicá-los à instrução processual⁵⁶. A partir dessas colocações, percebe-se que tanto Humberto Theodoro Junior quanto Barbosa Moreira entendem que a constatação da parte quanto ao relevante papel que ocupa para o sucesso da ação é o que a tornará ativa.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1130.

⁵⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1125-1126.

⁵⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus da prova: temas de Direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 74.

Retomando as colocações de Humberto Theodoro Junior, citado acima, esclarece que no âmbito objetivo o ônus da prova consiste em norma de julgamento e tem aplicação excepcional e subsidiária, já que a orientação é a prolação de decisão amparada nas provas efetivamente produzidas. Portanto, apenas tem espaço quando inexitosa a formação do conjunto probatório, ocasião em que a sentença será proferida em desfavor da parte que, independentemente do esforço empreendido durante a instrução, não conseguiu provar os fatos jurídicos que lhe interessam⁵⁷.

Os diferentes aspectos do ônus da prova também são considerados e aplicados pela jurisprudência. Como exemplo de sua aplicação subsidiária enquanto regra de julgamento, a Ministra Nancy Andrighi, Relatora do Recurso Especial n. 1.364.707-PE⁵⁸, mencionou expressamente que tal hipótese se aplica apenas quando o julgador não ver possibilidade de emitir posicionamento a partir dos elementos constantes nos autos.

Portanto, o que se verifica é que os princípios do processo civil aplicam-se concomitantemente, no sentido de que a busca pela verdade real é dever atribuído a todos os envolvidos na ação judicial, inclusive ao Magistrado, para que se alcance a verdade real. Inclusive, a lição doutrinária exposta acima é bastante clara neste sentido, quando confirma que diante da possibilidade de realização de provas não requeridas pelas partes, cabe ao julgador providenciá-las, caracterizando situação concreta de cooperação entre as partes.

⁵⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do Direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 58. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1125-1126.

⁵⁸ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial 1364707/PE*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1301696&num_registro=201300188484&data=20140310&formato=PDF. Acesso em: 14 jul. 2020.

Apesar de o presente tópico ter abordado o assunto com maior enfoque no Direito Processual Civil, os mesmos conceitos, princípios e dispositivos de Lei aplicam-se, ainda que de forma subsidiária, a áreas mais específicas do Direito. De acordo com Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, apesar das peculiaridades de cada disciplina, “há pontos em comum que permitem integrar todos eles em um só quadro e inseri-los em um único universo do Direito”.⁵⁹

A partir disso, considerando as normativas gerais do ônus da prova, é preciso esmiuçar a matéria levando em conta as características específicas de cada uma das disciplinas em que o estudo do ônus da prova torna-se interessante. Em princípio, o tópico seguinte trará considerações sobre o assunto sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que é regido com especial particularidade, diante da presunção de vulnerabilidade do consumidor, que reflete diretamente na distribuição do ônus da prova.

O PADRÃO NORMATIVO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Em que pese hodiernamente as relações de consumo serem tratadas com especial peculiaridade, mediante aplicação de regramentos específicos e que levam em consideração a posição desfavorável normalmente ocupada pelo consumidor, nem sempre foi esse o tratamento dado ao assunto. Sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor foi editado apenas em 1990, até então, as relações consumeristas eram regulamentadas pelo Código Civil de 1916, que se tornou insuficiente para resolução de situações de massa⁶⁰.

⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 16.

⁶⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 22.

A constatação de que as relações de consumo em muito se diferenciam dos contratos cíveis, notadamente em relação ao desequilíbrio entre os envolvidos – consumidor e fornecedor – tornou necessária a regulamentação da matéria de forma autônoma, com a observância de tais peculiaridades, o que está em consonância com o Estado Democrático de Direito, já que aplica aos envolvidos o conceito de igualdade material. Aliás, o século XX não está marcado apenas pelo surgimento do Direito do Consumidor, já que também o Direito Ambiental, Direito espacial, Direitos Humanos e muitos outros passaram a atender à necessidade de uma sociedade em mudança⁶¹.

Apesar de, conforme já mencionado, o CDC, no Brasil, ter sido publicado apenas em 1990, a necessidade de olhar para o mercado consumerista com cautela surgiu há anos, sendo que o grande marco para o Direito do Consumidor foi a Revolução Industrial, período que ocasionou aumento da produção em massa. A partir de então, percebeu-se significativo crescimento no número de consumidores que precisavam de amparo, inclusive porque as dificuldades que passaram a enfrentar tornaram-se mais complexas⁶².

Conforme explica Sérgio Cavalieri Filho, com a Revolução Industrial, a produção que até então era manual, artesanal, mecânica e limitada ao grupo familiar, passou a ocorrer em grande quantidade, isso porque, a explosão demográfica tornou necessário o aumento da produção para atender a demanda. Diante desse novo cenário, o fabricante igualmente não teve mais condições de ser responsável pela venda de seus produtos, que passaram a ocorrer por meio de atacadistas⁶³.

⁶¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 14.

⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: Direito material e processo coletivo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 314.

⁶³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 15.

Como consequência lógica dessa produção em larga escala, novos instrumentos jurídicos foram sendo criados com o intuito de facilitar as negociações, a exemplo dos contratos coletivos e contratos de adesão, em relação aos quais o consumidor não tinha Direito a qualquer opinião, já que as cláusulas eram elaboradas exclusivamente pelo fornecedor. Por outro lado, os mecanismos de defesa do consumidor não passaram pelas mesmas evoluções, tornando-se, com o passar do tempo, cada vez mais ineficazes⁶⁴.

Já nesse primeiro momento é possível identificar a posição desvantajosa que o consumidor passou a ocupar, pois os contratos evidenciavam inúmeras práticas abusivas. Dentre as principais condições desfavoráveis, citam-se as cláusulas de não indenização ao consumidor, limitação de responsabilidade em relação ao fornecedor, controle de mercado, entre outros. Sendo responsável por ditar as condições a serem cumpridas, o fornecedor cercava-se de todas as garantias que o desonerassem de qualquer intercorrência que os consumidores pudessem enfrentar.⁶⁵ Com essa nova conjuntura, as relações entre o produtor e o consumidor tornaram-se cada vez mais impessoais, pois o produto não mais era adquirido de forma direta, mas por meio de um intermediador. Ainda, com o rápido crescimento de algumas indústrias, os artesãos e produtores nem sequer tinham condições de se manter no mercado competitivo, obrigando-se a trocar sua mão de obra por irrisórios salários⁶⁶.

Em complemento ao narrado no parágrafo anterior, tornando a situação da classe operária ainda mais crítica, os industriários direcionaram seu foco ao aumento de lucro, o que se deu, também, por meio

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 15.

⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 16.

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 16.

da exploração dos trabalhadores, inclusive mulheres e crianças, mediante a submissão dos operários a exaustivas jornadas de trabalho, condições de vida deploráveis e, como já dito, ínfimos salários. Outro método para aumentar o lucro, era reduzir o custo da produção, o que possibilitaria também a expansão do mercado consumerista.

Sobre essa prática, Divalte Garcia Figueira explica que as indústrias partiram para a produção em série, pois especializado em uma determinada função, o trabalhador apresentaria maior rendimento, o que contribuía para que, ao final, o custo fosse menor e, como consequência, houvesse maior lucro:

A fabricação de cada mercadoria passou a ser dividida em várias etapas, num processo conhecido como produção em série. Concentrado em uma única atividade, o trabalhador especializava-se e aumentava a produção. Essas características acabaram influenciando no custo final do produto. Com mercadorias produzidas por meios mais baratos, era possível aumentar a margem de lucro e o mercado consumidor. (FIGUEIRA, 2001, p. 198)

As colocações do autor evidenciam que em momento algum houve interesse em relação ao trabalhador, muito menos ao consumidor final da mercadoria. Os grandes fabricantes tinham ciência que a insatisfação de consumidores isolados era insuficiente para interferir em seus lucros, pois mesmo que um ou outro deixasse de adquirir suas mercadorias, muitos outros o fariam, portanto, nunca houve interesse em dar voz ao destinatário final dos produtos.

Diante da falta de perspectivas em relação a possíveis avanços no estado desumano a que os operários estavam expostos, passaram a surgir os primeiros sindicatos e movimentos sociais, que pleiteavam pela regulamentação das condições de trabalho e, acima disso, respeito e dignidade ao ser humano. A partir desses ideais passaram a surgir os movimentos consumeristas, cuja luta em prol do consumidor aliava-se também a outras grandes causas sociais.⁶⁷

⁶⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 04.

Sobre os movimentos consumeristas, Talaya⁶⁸ os define como movimentos que tinham por objetivo alterar a relação entre a empresa responsável pela produção da mercadoria e o destinatário final (consumidor), permitindo que tivessem força diante das grandes empresas. Por sua vez, Gino Giacomini Filho⁶⁹ afirma que a busca dos movimentos sociais, por meio das relações de consumo, era por melhores condições de vida a todos.

Sérgio Cavaliere Filho teceu alguns apontamentos a respeito dos primeiros movimentos consumeristas, que surgiram no final do século XIX e início do XX, em países que passavam por notório desenvolvimento industrial, a exemplo da França, Inglaterra, Alemanha e, em especial, Estados Unidos. Inclusive, indica-se que o consumidor passou a ser efetivamente reconhecido como sujeito de direitos tutelados pelo Estado a partir de 1960, cujo marco inicial foi o posicionamento do então Presidente norte-americano, John Fitzgerald Kennedy, em relação à revolta de consumidores com um grave problema apresentado pelo veículo Ford Pinto, que será abordado adiante⁷⁰.

Na sequência, explica que em Nova York, a primeira associação de consumidores foi criada por Josephine Lowell, a denominada *New York Consumers League*, que lutava por melhores condições de trabalho e no combate à exploração do trabalho feminino. A associação atuava incentivando consumidores a adquirir produtos de empresas que respeitaram os direitos dos trabalhadores, a exemplo de salário-mínimo, horários razoáveis e satisfatórias condições de higiene. Para isso, criavam “listas brancas” com indicação dos produtos fabricados por tais empresas.

⁶⁸ TALAYA, Agueda Esteban et al. *Princípios de Marketing*. 3. ed. Madrid: ESIC Editorial, 2008. p. 47.

⁶⁹ GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. 5. ed. São Paulo: Summus, 2008. p. 09.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 64.

Posteriormente, dando prosseguimento ao trabalho, Florence Kelley reuniu as associações de Nova York, Boston, Chicago e Filadélfia e criou a *National Consumers League* (Liga Nacional dos Consumidores) que direcionava suas ações principalmente às condições de trabalho de mulheres e crianças que laboravam em fábricas de algodão. Para atingir sua finalidade, a associação utilizava-se da força dos consumidores para alcançar sua causa social, a qual era priorizada em relação aos direitos do Consumidor.

Como relevante marco para a evolução do Direito do Consumidor, o autor cita também a obra de Upton Sinclair, *The jungle* (A selva), publicada já no século XX, mais especificamente em 1906. Tratava-se de um romance socialista que abordou a fabricação de embutidos de carne e as condições de trabalho dos operários dos matadouros de Chicago, informando que os precários cuidados com a higiene não colocavam em risco apenas os trabalhadores, mas a própria qualidade do produto.

Foi a partir da grande repercussão da obra que em 1906 foi sancionada a primeira Lei de Alimentação e Medicamentos – *Pure Food and Drug ACT* (PFDA) e, em 1907, a Lei de Inspeção da Carne (*Meat Inspection Act*). Esse fato comprova que, apesar da grande resistência inicialmente enfrentada, os movimentos em prol dos direitos do consumidor apresentaram resultados positivos, ainda que sutis, já que o consumidor ainda não era reconhecido como sujeito de direitos merecedor da tutela do Estado.

Como mencionado acima, o verdadeiro divisor de águas para que os consumidores passassem a ter direitos perante os fabricantes ocorreu em 1960, quando o Presidente Kennedy defendeu a existência de direitos básicos do consumidor. À época, a empresa Ford lançou o veículo Ford Pinto, grande promissor para enfrentar a concorrência dos carros japoneses. No entanto, a equipe de engenharia identificou

grave problema no tanque de combustível e, apesar de ser possível corrigi-lo, a diretoria optou por nada fazer⁷¹.

A postura mantida pela empresa, no caso mencionado, exemplifica a inversão de valores dos grandes empresários, que tinham como objetivo único e exclusivo angariar lucros, sem nem sequer considerar a qualidade e segurança do produto que seria disponibilizado aos consumidores. Ocorre que, como era previsível, a falha de fabricação do veículo deu causa ao grande número de acidentes e incêndios, com grande número de vítimas fatais, gerando verdadeira revolta na população.

A gravidade do fato, aliada ao manifesto desinteresse das empresas em relação aos destinatários finais de seus produtos, causou grande revolta à população, o que fez com que organizassem verdadeiro movimento de protesto. Deparando-se com o crítico momento que enfrentavam, o presidente Kennedy encaminhou ao Congresso dos Estados Unidos mensagem versando sobre a Proteção dos Interesses dos Consumidores.

O presidente defendeu a importância dos consumidores para a economia, bem como a necessidade de serem ouvidos previamente em relação à tomada de decisões e, ainda, elencou os direitos básicos a que o consumidor faz jus, quais sejam, Direito à saúde, à segurança, à informação, à escolha e, também, o Direito de serem ouvidos. A partir desse pronunciamento, que ocorreu no dia 15 de março de 1962, a data passou a ser reconhecida como “dia internacional do consumidor”. Sérgio Cavaliere Filho resumiu em sua obra em que consistia, na visão do Presidente Kennedy, cada um dos direitos a que faz jus o consumidor, por ele mencionados em sua declaração:

Na visão do Presidente Kennedy, o Direito à saúde traduzir-se-ia, basicamente, na proteção dos consumidores contra a venda de produtos que comportassem um risco para a saúde ou para a vida.

⁷¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 64.

O Direito de ser informado consistiria na proteção contra a informação, a publicidade, a etiquetagem ou qualquer outra prática fraudulenta, enganosa, ou capaz de induzir gravemente em erro, e na garantia de recebimento de todos os elementos de informação indispensáveis a uma escolha esclarecida.

O Direito de escolher traduzir-se-ia em assegurar ao consumidor, sempre que possível, o acesso a uma variedade de produtos e de serviços a preços competitivos e, onde não houvesse competição, fossem assegurados aos consumidores produtos e serviços de qualidade e a preços justos.

O Direito de ser ouvido consubstanciava-se na garantia de os interesses dos consumidores serem tomados em total e especial consideração na formulação das políticas governamentais e de que eles seriam tratados de maneira justa, equitativa e rápida nos tribunais administrativos. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 18)

A partir de então, outros documentos prevendo direitos dos consumidores passaram a ser elaborados, até que em 1985 foi publicada a Resolução n. 39/248, da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), que deu ensejo à inclusão da tutela ao consumidor no ordenamento jurídico de outros países. Nas palavras de José Geraldo Brito Filomeno⁷², a Resolução reconhece que “todos os consumidores devem ter o Direito de acesso a produtos que não sejam perigosos, assim como o de promover um desenvolvimento econômico e social justo, equitativo e seguro”.

Ao tratarem da evolução do Direito do Consumidor no Brasil, Sylvio Capanema de Souza, José Guilherme Vasi Werner e Thiago Ferreira Cardoso Neves⁷³ atribuem a morosidade do procedimento a dois fatores principais. O primeiro, consiste no tardio início da industrialização, que se deu apenas após a Revolução de 1930. O segundo fator está relacionado ao Código Civil de 1916, que mantinha

⁷² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 06.

⁷³ SOUZA, Sylvio Capanema; WERNER José Guilherme Vasi; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito do Consumidor*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 06.

o ideário contratualista do século XIX, fundamentado na autonomia da vontade e na força obrigatória dos contratos.

De acordo com a legislação em vigor, era função do consumidor, quando sofresse algum dano decorrente de produto adquirido ou serviço contratado, comprovar a culpa do fornecedor. Tratava-se, evidentemente, de encargo difícil de se desincumbir, além disso, aqueles que se aventuravam em ações judiciais, enfrentavam ações com alto custo e longo período de tramitação, sem que tivessem êxito na demanda. Com isso, a elevada responsabilidade atribuída ao consumidor fazia com que os fornecedores dificilmente fossem responsabilizados, desestimulando o consumidor a recorrer ao Poder Judiciário.

No que tange aos movimentos consumeristas no Brasil, passaram a surgir no ano de 1970, quando criadas associações civis e entidades governamentais com esse propósito. Sérgio Cavalieri Filho cita os seguintes: o Conselho de Defesa do Consumidor (CONDECON), criado em 1974 no Rio de Janeiro; Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC), criada em 1976, em Curitiba; Associação de Proteção ao Consumidor (APC), em 1976, em Porto Alegre; ainda, em maio de 1976, o Governo de São Paulo criou o Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor, que previa em sua estrutura, como órgãos centrais, o Conselho Estadual de Proteção ao Consumidor e o Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor, posteriormente denominado de PROCON⁷⁴.

Foi após isso, já em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, que expressamente atribuiu-se ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor, constando de forma expressa no art. 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá a defesa do consumidor”⁷⁵. A

⁷⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 19.

⁷⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

nova constituição deu início a uma nova era no que diz respeito ao cidadão, vez que deliberou a respeito da preservação da dignidade do ser humano, garantindo proteção contra os excessos do governo.

A Constituição Federal de 1988 também fez constar expressamente no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 48, que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”⁷⁶. A partir do comando constitucional, a legislação foi promulgada no dia 11 de setembro de 1990 e entrou em vigor em 11 de março de 1991. Conforme abordado no início da exposição histórica, foi o desequilíbrio existente entre o consumidor e o fornecedor que tornou necessária a intervenção estatal, vez que a superioridade do fornecedor não poderia continuar impedindo o consumidor de ser reparado pelos danos que sofresse.

Para Humberto Theodoro Júnior⁷⁷, o CDC tem como principal objetivo equilibrar as forças dos envolvidos na relação de consumo. Nesse contexto, mostra-se necessário reduzir a vulnerabilidade do consumidor e, ao mesmo tempo, limitar as práticas abusivas por parte dos fornecedores. Em outras palavras, tratou a nova legislação de igualar o que até então era tratado com desigualdade, pois ignoradas as dificuldades enfrentadas pelo consumidor, quando em confronto com o fornecedor.

Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, que participaram dos trabalhos de elaboração do Código Consumerista, fizeram os seguintes apontamentos a respeito das inovações trazidas pela legislação:

(...) formulação de um conceito amplo de fornecedor, incluindo, a um só tempo, todos os agentes econômicos que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo, abrangendo

⁷⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1139.

inclusive as operações de crédito e securitárias; um elenco de direitos básicos dos consumidores e instrumentos de implementação; proteção contra todos os desvios de quantidade e qualidade (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação); melhoria do regime jurídico dos prazos prescricionais e decadenciais; ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades; regramento do marketing (oferta e publicidade); controle das práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados e cobrança de dívidas de consumo; introdução de um sistema sancionatório administrativo e penal; facilitação do acesso à justiça para o consumidor; incentivo à composição privada entre consumidores e fornecedores, notadamente com a previsão de convenções coletivas de consumo. (GRINOVER, 2019, p. 68)

As considerações dos autores sobre as facilidades trazidas pelo CDC, revelam o respeito às normativas do Estado Democrático de Direito. Com a nova Lei, o consumidor deixou de ocupar a posição desvantajosa que até então lhe era disponibilizada, repassando ao fornecedor grande parte das obrigações, inclusive por meio da previsão de responsabilidade objetiva e possibilidade de inversão do ônus da prova como meio de facilitar a defesa do consumidor.

Nesse aspecto, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves referem-se ao Código como uma “típica norma de proteção de vulneráveis”⁷⁸. Ainda, explicam que se trata de uma norma adaptada à realidade “pós-modernidade” jurídica, utilizando-se dessa expressão para caracterizar a quebra dos paradigmas que prevaleceram durante a modernidade, sendo correta a afirmativa de que o ano de 1968 pode ser apontado como o início desse novo período, em razão dos protestos e movimentos que se expandiram por todo o mundo, em prol da liberdade e outros valores sociais, sendo o código consumerista um exemplo de Lei com preocupação social.

⁷⁸ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do consumidor: Direito material e processual*. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 02

Corroborando e conforme será melhor abordado adiante, esse intuito de proteger a parte vulnerável pode ser considerado o principal orientador das normativas aplicadas ao processo referente a questões consumeristas, tanto é que as facilidades direcionadas ao consumidor decorrem justamente dessa ideia de desigualdade e atribuem ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor. Em consonância com esse entendimento é que se fala no Direito do Consumidor como Direito fundamental⁷⁹.

Ressalta-se que não se confunde a facilidade em relação à defesa do consumidor, com a ideia de desequilíbrio, ao contrário disso, parte-se do princípio de que é necessário igualar a posição dos envolvidos, já que o processo inicia em um contexto de desigualdade. Neste ponto, bastante pertinente a colocação de Sergio Cavaliere Filho:

E assim é porque consumidores e fornecedores são protagonistas imprescindíveis das relações de consumo, de sorte que o objetivo primordial do CDC não é desequilibrar a balança em favor do consumidor, mas sim harmonizar os interesses de ambos. Nisso consiste o princípio da equivalência contratual, núcleo dos contratos de consumo; esse é o ponto de partida para a correta aplicação do CDC. A proteção do consumidor deve ser na exata medida do necessário para compatibilizar o desenvolvimento econômico e tecnológico do qual necessita toda a sociedade e equilibrar as relações entre consumidores e fornecedores. Quando a proteção é exagerada acaba desprotegendo; a proteção se volta contra o protegido. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 48)

Percebe-se, a partir dessa colocação, que a ideia do Código Consumerista não é privilegiar o consumidor, tão somente oferecer-lhe condições de igualdade para estar em juízo, frente ao fornecedor. Se o processo surge a partir de um dano enfrentado pelo consumidor, cuja responsabilidade é atribuída ao fornecedor, e não encontra meios para

⁷⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 22.

resolução consensual, as normas regulamentadoras permitem que os fatos sejam expostos de forma justa e certamente contribui para que se alcance a verdade, resguardando o Direito pretendido.

Neste aspecto, explicando o Direito do Consumidor como um Direito fundamental, Sérgio Cavalieri Filho explica que a proteção não se trata de uma opção do Estado, uma recomendação, mas de verdadeira ordem, já que o art. 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos fundamentais, fez constar expressamente em um de seus incisos que “o Estado promoverá a defesa do consumidor”. Percebe-se que não se trata de uma escolha, mas de uma determinação, nas palavras do autor, “a defesa do consumidor é um imperativo constitucional”. Assim, tratando-se de um dever do Estado, é também um Direito fundamental⁸⁰.

Essa característica revela verdadeira evolução do Direito Consumerista, pois de acordo com as primeiras dificuldades vivenciadas pela sociedade, que não tinha qualquer poder de escolha nas relações de consumo, tornou-se titular de direitos fundamentais, cuja defesa é realizada com base em legislação específica.

Sergio Cavalieri Filho também faz referência ao Código como um “instrumento legal de realização dos valores constitucionais de proteção e defesa do consumidor”. Ao explicar a definição, afirma que consiste no meio utilizado para efetivar, no plano infraconstitucional, a defesa do consumidor, por meio de princípios aplicados com esta finalidade⁸¹.

Um dos pontos mais relevantes, cuja aplicação é essencial para a efetiva tutela do Direito pleiteado, é a possibilidade de inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. No que se refere ao ônus da prova, é tratado com excepcionalidade no

⁸⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 22.

⁸¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 23.

Código Consumerista, pois ao permitir a inversão em benefício de uma das partes, a legislação vai de encontro à tradicional regra da distribuição estática, já abordada no tópico anterior. Todavia, não se trata de mecanismo automático, já que a legislação especifica os requisitos que devem necessariamente ser atendidos para que se proceda dessa forma, a saber, verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor.

Aliás, por se tratar de previsão legal não prevista expressamente em outras esferas do Direito, o dispositivo que autoriza a inversão do ônus da prova tem sido adotado, na prática, para a instrução de outras áreas, a exemplo do processo trabalhista, em que o trabalhador igualmente permanece em posição desvantajosa.

Nesse ponto, destaca-se que a possibilidade de inversão do ônus na legislação consumerista não se confunde com a distribuição dinâmica prevista no Código de Processo Civil. Quando se fala em atribuir a produção da prova a qualquer das partes, desde que apresente melhores condições para assim fazer, é possível que tanto o autor quanto o réu sejam responsabilizados pela prova que, inicialmente, era atribuída à parte contrária.

Já nas relações de consumo, em momento algum poderá o ônus da prova ser repassado ao consumidor, em benefício do fornecedor⁸². Isso ocorre porque o conceito de vulnerabilidade do consumidor é absoluto, ou seja, não admite prova em contrário. Parte-se do pressuposto que sempre será a parte fraca, portanto, sempre vulnerável, justificando-se a inversão do ônus em seu favor e a total impossibilidade de se proceder de forma inversa.

Nesse contexto, Sérgio Cavalieri Filho afirma que a vulnerabilidade é o principal requisito para a formação do conceito de “con-

⁸² NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do consumidor*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 868.

sumidor”. Por ser condição inerente à própria relação de consumo, refere-se a essa característica como “a espinha dorsal que sustenta toda a sua filosofia” e também como a razão para a criação de uma Lei protetiva a uma das partes, já que entre partes iguais, não se pode oferecer tratamento privilegiado a uma delas, em respeito ao constitucional princípio da igualdade⁸³.

No mesmo sentido, Bruno Miragem refere-se ao princípio da vulnerabilidade como o “princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do Direito do consumidor”, sendo a vulnerabilidade o que determina que o Direito se preocupe com a proteção do consumidor. A vulnerabilidade do consumidor constitui presunção absoluta e estabelece-se e como devem ser aplicadas as normas do Direito consumerista.⁸⁴

O CDC, ao tratar da Política Nacional de Relações de Consumo, fez constar expressamente em seu art. 4º que o objetivo é atender as necessidades dos consumidores, respeitando seus direitos e interesses econômicos, por meio de relações transparentes e harmônicas. Para isso, indicou em seus incisos os princípios que devem ser observados, dentre os quais se destaca o inciso I, que trata do “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”⁸⁵.

Para Rizzato Nunes, a fragilidade do consumidor perante o fornecedor decorre de dois aspectos, um de ordem técnica e outro de ordem econômica. Fala-se em ordem técnica, pois o fornecedor é o responsável pela produção, conhece os meios e as burocracias referentes à fabricação e comercialização do produto ou prestação de serviço, é quem decide quando e o que irá produzir, deixando o

⁸³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 20.

⁸⁴ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 128.

⁸⁵ BRASIL. *Lei nº 8.078/1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

consumidor sem qualquer escolha quanto a isso, pois para que uma pretensão sua seja atingida, é preciso que, antes disso, o fornecedor também tenha algum interesse⁸⁶.

O segundo aspecto, econômico, permite exceções, mas em regra, o fornecedor mantém situação econômica mais benéfica que a do consumidor, o que também acarreta dificuldades na busca de seus interesses. Muito embora haja casos em que o consumidor encontre-se financeiramente mais estabilizado, precipuamente quando a parte contrária é um pequeno fornecedor, a regra não é essa⁸⁷.

Leonardo de Medeiros Garcia, por sua vez, também tratou do princípio da vulnerabilidade e para justificar a fragilidade do consumidor na relação de consumo, igualmente faz menção ao fato de que esse não possui nenhum controle sobre a produção⁸⁸. Em outras palavras, é a parte que obrigatoriamente aguarda pelo posicionamento do empresário, que detém total poder de decisão em relação aos produtos ou serviços que colocará à disposição do mercado.

O autor mencionado no parágrafo acima vai além, e atribui à vulnerabilidade do consumidor a própria existência do Código Consumerista, elevando o princípio da vulnerabilidade à posição de princípio básico do sistema, do qual derivam os demais. Essa colocação está em consonância com o processo de evolução das relações de consumo e criação do Direito do Consumidor, já que as principais dificuldades constatadas e que legitimaram a promulgação de Leis específicas diziam respeito justamente à concentração de poderes nas mãos dos empresários, afastando qualquer possibilidade de argumento pela classe consumerista.

⁸⁶ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 176-177.

⁸⁷ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 176-177.

⁸⁸ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 58.

Interessante colocação também é feita por Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, que ao relacionarem o reconhecimento da vulnerabilidade ao histórico de objeções enfrentadas pelos consumidores nas últimas décadas, igualmente atribuem a essa circunstância a necessidade de criação uma Lei protetiva:

Com efeito, há tempos não se pode falar mais no poder de barganha antes presente entre as partes negociais, nem mesmo em posição de equivalência nas relações obrigacionais existentes na sociedade de consumo. Os antigos elementos subjetivos da relação obrigacional (credor e devedor) ganharam nova denominação no mercado, bem como outros tratamentos legislativos. Nesse contexto de mudança, diante dessa frágil posição do consumidor é que se justifica o surgimento de um estatuto jurídico próprio para sua proteção.

(...) Com a mitigação do modelo liberal da autonomia da vontade e a massificação dos contratos, percebeu-se uma discrepância na discussão e aplicação das regras comerciais, o que justifica a presunção de vulnerabilidade, reconhecida como uma condição jurídica, pelo tratamento legal de proteção. Tal presunção é absoluta ou *iure et de iure*, não aceitando declinação ou prova em contrário, em hipótese alguma. (TARTUCE, 2020, p. 27)

As colocações acima retratam, de certo modo, o afastamento do consumidor e do produtor ocasionado pela Revolução Industrial. Com o aumento da produção em massa e a industrialização, o que inviabilizou o comércio pelos pequenos produtores, o consumidor deixou de ter acesso direto ao responsável pela fabricação de mercadorias, cuja venda passou a ser intermediada por atacadistas. Soma-se a isso a desatenção das grandes empresas em relação à insatisfação do consumidor, que neste momento estavam focadas apenas em ampliar seus lucros.

Após longas batalhas até que o consumidor conquistasse o Direito de ser ouvido, o reconhecimento de sua condição de inferioridade não pode ser questionado, sob pena de novamente

estar exposto a desigualdades. É neste sentido a afirmação de que se trata de presunção absoluta, ou seja, não admite prova em contrário, independentemente das características pessoais do consumidor. Para que sua posição de desvantagem seja reconhecida, basta que esteja em litígio com o fornecedor⁸⁹.

Sobre esse tema, a 3ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão relatado pela Dra. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez, reconheceu a vulnerabilidade do consumidor pelo fato de não possuir conhecimento técnico-científico a respeito do serviço que contratou e, mais do que isso, aduziu que se trata de conceito absoluto, portanto, não seria admitido prova em contrário. No caso julgado, discutia-se a má prestação de serviços de telefonia móvel à microempresa, mantendo-se a condição de vulnerabilidade do consumidor, mesmo sendo pessoa jurídica⁹⁰.

Apesar de o CDC não especificar em que aspecto possa ser considerada a vulnerabilidade do consumidor – o que não se mostra necessário, já que é absoluta – a doutrina traz alguns conceitos a respeito. Em sua obra, Humberto Teodoro Júnior faz menção a quatro formas de vulnerabilidade, desenvolvidas por Cláudia Lima Marques, a saber, vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional⁹¹.

A vulnerabilidade técnica refere-se à falta de conhecimento específico sobre o produto adquirido. Nessas condições, o consumidor está mais exposto ao risco de ser ludibriado, já que não terá argumentos para questionar orientações a respeito de características da mercadoria,

⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 383.

⁹⁰ A título jurisprudencial, ver: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Terceira Turma Recursal Cível). *Recurso Cível 71000533554*. Relatora: Des. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez, 13 de julho de 2004. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/proc.html?tb=proc>. Acesso em: 14 jul. 2020.

⁹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 08.

nem mesmo seu modo de utilização. Sobre a vulnerabilidade jurídica ou científica, esta consiste na ausência de conhecimento específico assuntos específicos. Além disso, refere-se à dificuldade do consumidor em identificar a quem deve recorrer, a precariedade de assistência na esfera jurídica, que conseqüentemente leva à dificuldade de acesso à Justiça.

Por sua vez, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica é verificada em relação ao fornecedor, quando estiver em condição de monopólio. Neste caso, são observadas a essencialidade do serviço prestado ou mercadoria produzida, bem como o poder econômico, para considerar a superioridade em relação a todos com quem firmarem contratos.

Por fim, a vulnerabilidade informacional caracteriza-se pela precariedade de informações que o consumidor possui, já que depende dos esclarecimentos prestados pelo próprio fornecedor. Como exemplo dessa forma, a obra de Humberto Teodoro Júnior traz citação de Cláudia Lima Marques, sobre a precariedade de informações sobre alguns alimentos, como aqueles que possuem elementos geneticamente modificados, fato não comunicado ao consumidor.

Independentemente de qual seja a condição, a vulnerabilidade do consumidor já foi reconhecida como presunção legal absoluta, portanto, aplica-se indistintamente a todos que, em uma relação de consumo, ocupam essa posição. No entanto, não é a vulnerabilidade, por si só, que facilita a defesa do consumidor, mas sim as alternativas postas à disposição com o propósito de efetivamente garantir uma relação justa e, uma dessas facilidades é a já mencionada possibilidade de inversão do ônus da prova. O CDC tratou da possibilidade de inversão do ônus da prova no Capítulo destinado à exposição dos direitos básicos dos consumidores, especificamente no art. 6º, inciso VIII, cuja redação segue:

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.⁹²

Se por um lado a vulnerabilidade é condição que se aplica indistintamente a todos os consumidores, independentemente de outros critérios, como situação política, social, econômica ou financeira, nos termos apontados acima, o mesmo não ocorre em relação à hipossuficiência. Como pode ser observado na letra da Lei, seu reconhecimento está condicionado à comprovação da verossimilhança das alegações ou à hipossuficiência do consumidor.

Inclusive, em data bastante recente o STJ se posicionou nesse sentido, ao analisar Ação de Indenização por Danos Morais, regida pelo Código Consumerista. No bojo da decisão, mencionou-se o entendimento já adotado pela Corte, no sentido de que a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC, não é automática, pois depende da constatação da verossimilhança das alegações apresentadas pela parte⁹³.

Trata-se de conceitos distintos e que não se confundem. A vulnerabilidade, como já dito, justifica a própria existência do CDC, ao tempo que a hipossuficiência é pressuposto para concessão de tratamentos diferenciados, a exemplo da inversão do ônus da prova. Aliás, a inversão do ônus probatório é de grande valia para o estabelecimento de igualdade na relação de consumo, já que em alguns casos a prova mostra-se extremamente difícil, quando não impossível, para o consumidor.

Muito embora parte da doutrina entenda que a hipossuficiência a ser considerada para deferir a inversão do ônus da prova está

⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 47.

⁹³ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *AgInt no AREsp 1581973/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 10 de março de 2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201902701264&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 14 jul. 2020.

relacionada apenas com o conhecimento técnico-científico, há autores que fazem menção também à questão econômica. Neste sentido, Leonardo de Medeiros Garcia afirma que o aspecto econômico diz respeito à condição financeira do consumidor, enquanto o aspecto técnico-científico refere-se ao conhecimento do produto ou serviço⁹⁴.

Para Rizzatto Nunes, a hipossuficiência que justifica a inversão do ônus da prova não tem interferência econômica, pois envolve apenas questões técnicas, já que está relacionada ao desconhecimento técnico e informativo sobre o produto ou serviço. A dificuldade da parte se caracteriza por não compreender o funcionamento do produto, as características do vício ou o que levou ao dano, o que nada tem a ver com sua situação financeira⁹⁵.

Rizzatto Nunes ainda sustenta que a pessoa considerada pobre deve recorrer à justiça gratuita para ter acesso à justiça, mas tal fato, por si só, não lhe isenta de provar seu Direito em juízo. Como exemplo da inviabilidade de reconhecer a questão financeira como ensejador da inversão do ônus da prova, cita-se o caso de pessoas com alto poder aquisitivo, mas sem o mínimo conhecimento em determinada área, e nem por isso sua hipossuficiência técnica será afastada.

De forma contrária Antônio Carlos Bellini Júnior assevera que se considera hipossuficiente o consumidor que se encontrar em desvantagem técnica, econômica ou de informações. Em complemento, entende que a posição do consumidor em relação ao fornecedor deve ser analisada a partir de suas vivências pessoais, utilizando-se como média as situações vivenciadas por uma pessoa considerada de cultura média⁹⁶.

⁹⁴ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor*. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 93.

⁹⁵ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 176-177.

⁹⁶ BELLINI JÚNIOR, Antônio Carlos. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Campinas: Servanda, 2006. p. 84.

Semelhante é o entendimento de Flávio Tartuce, que considera a hipossuficiência técnica como critério para inverter o ônus da prova, mas sem afastar o conceito de hipossuficiência econômica. Sobre o tema, sustenta o autor que a hipossuficiência vai além da insuficiência de recursos do consumidor, devendo o Magistrado identificar no caso concreto a existência, ou não, de disparidade informacional entre consumidor e fornecedor⁹⁷. O assunto já foi objeto de análise pelo STJ, que deferiu a inversão do ônus da prova ao reconhecer a hipossuficiência técnica do consumidor. Neste sentido, é o julgado:

Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Ocorrência de saques indevidos de numerário depositado em conta poupança. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Possibilidade. Hipossuficiência técnica reconhecida. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do Direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil, ou quando constatada a sua hipossuficiência. Na hipótese, reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório. Diante da necessidade de permitir ao recorrido a produção de eventuais provas capazes de ilidir a pretensão indenizatória do consumidor, deverão ser remetidos os autos à instância inicial, a fim de que oportunamente seja prolatada uma nova sentença. Recurso especial provido para determinar a inversão do ônus da prova na espécie.⁹⁸

No julgado exposto, não há menção à condição financeira do consumidor, já que se trata de condição irrelevante ao caso concreto, em que a produção da prova está diretamente relacionada com o

⁹⁷ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do consumidor: Direito material e processual*. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 29.

⁹⁸ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial 915.599/SP*. Relator: Ministro Nancy Andrighi, 21 de agosto de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200602750210&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 14 jul. 2020.

sistema de segurança da instituição bancária e com as regras de funcionamento adotadas. Se o consumidor não tem meios de produzir provas sobre possível falha na prestação do serviço pelo banco, coerente que o encargo seja repassado à instituição.

Em outro caso semelhante, o STJ igualmente fez menção à necessidade de estar caracterizada a hipossuficiência técnica para determinar a inversão do ônus da prova. Nesta decisão, proferida em Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 716386, afirmou que a inversão do ônus da prova apenas é possível se houver verossimilhança das alegações e constatada a hipossuficiência, “a qual deve ser examinada não só do ponto de vista social, mas, principalmente, do ponto de vista técnico”⁹⁹.

Sobre o outro requisito autorizador da inversão do ônus da prova, qual seja, a verossimilhança, Antônio Carlos Bellini Júnior, ensina que está relacionada à plausibilidade do Direito alegado, sem que seja necessário apresentar prova inequívoca sobre os fatos¹⁰⁰. Basta, portanto, apresentar indícios de veracidade, suficiente para que o julgador se convença quanto à probabilidade da afirmação.

Complementa-se o conceito com as palavras de Humberto Teodoro Júnior¹⁰¹, para quem a verossimilhança traduz-se em juízo de probabilidade, extraído de material probatório que leve à conclusão de que a versão apresentada está em consonância com a realidade. Reforça-se, dessa forma, a ideia de que o requisito estará satisfeito

⁹⁹ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *AgRg no Ag 1355226/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201001814620&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 14 jul. 2020.

¹⁰⁰ BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Campinas: Servanda, 2006. p. 89.

¹⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 59.

quando o consumidor lograr êxito em apontar o caminho para a verdade, por meio de indicações coerentes.

Demonstrando o posicionamento do STJ diante deste requisito, em decisão bastante recente, publicada no dia 17 de março de 2020, a Quarta Turma, ao julgar o Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1581973, afirmou expressamente que o entendimento da mencionada Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova não ocorre automaticamente, para que seja deferida, deve-se comprovar a verossimilhança das alegações apresentadas pelo consumidor¹⁰².

Já no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1370593, o consumidor não obteve a inversão do ônus da prova em seu favor porque não comprovada a verossimilhança de suas alegações. Na própria ementa constou expressamente que “a parte autora não apresentou prova mínima a respeito do valor do bem danificado, concluindo ser razoável a fixação do montante de indenização com base na média dos orçamentos apresentados pelo perito judicial relativos a produtos similares ao objeto dos autos”¹⁰³.

As decisões expostas demonstram não apenas a imprescindível presença dos requisitos previstos em Lei, para que as facilidades do CDC sejam aplicadas, mas também demonstra a aplicação cautelosa deste recurso. Conforme já mencionado acima, trata-se de facilidade posta à disposição do consumidor para equipará-lo ao fornecedor, permitindo um processo uniforme, não se admitindo que de sua aplicação resulte um desequilíbrio inverso.

¹⁰² A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *AgInt no AREsp 1581973/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 10 de março de 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1921615&num_registro=201902701264&data=20200317&formato=PDF. Acesso em: 15 jul. 2020.

¹⁰³ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *AgInt no AREsp 1370593/SP*. Relator: Ministro Raul Araújo, 27 de agosto de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1857206&num_registro=201802499893&data=20190912&formato=PDF. Acesso em: 15 jul. 2020.

Compreendendo os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência, percebe-se que as dificuldades enfrentadas pelo consumidor ao longo dos anos, foi compensada por meio de alternativas que reduzem as desigualdades e, como consequência, dá espaço a ação judicial equilibrada. Aliás, o próprio dispositivo do CDC (artigo 6º, inciso VIII)¹⁰⁴ que versa sobre o assunto antecede a justificativa de sua existência, ao expor que se propõe a facilitar a defesa dos direitos do Consumidor, considerado a “parte fraca” das relações de consumo, sendo que a inversão do ônus da prova pode ser identificada como a verdadeira inovação trazida pelo Código Consumerista.

Nesse teor, Sônia Maria Vieira de Mello refere-se à inversão do ônus da prova como o verdadeiro Direito resguardado, ao afirmar que “a inversão do ônus da prova é Direito básico do consumidor, sendo que uma vez preenchidos um dos requisitos a sua concessão, previstos no CDC, deve o juiz aplicá-lo. É imperativo legal”¹⁰⁵. Semelhante é o entendimento de Tania Lis Tizzoni Nogueira, que igualmente se refere ao ônus da prova como Direito do Consumidor, que por sua vez deverá provar sua hipossuficiência ou a verossimilhança das alegações¹⁰⁶.

Em sentido diverso, Antônio Gidi afirma que o Direito garantido pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, não é a inversão do ônus da prova, mas sim a facilitação da defesa de seus Direitos. Para o autor, a possibilidade de inverter o ônus da prova consiste apenas em uma alternativa que permite tal facilidade¹⁰⁷.

¹⁰⁴ “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”. BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

¹⁰⁵ MELLO, Sônia Maria Vieira. *O Direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 10.

¹⁰⁶ NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no Direito do consumidor*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999. p. 24.

¹⁰⁷ GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, abril/junho, 1995. p. 33.

Sobre os requisitos que autorizam a inversão do ônus da prova, o texto legal indica a necessidade de estar presente apenas um dos requisitos (hipossuficiência ou verossimilhança), pois se utiliza da conjunção “ou”. Dessa forma, compreende-se que mesmo quando ausentes uma das condições, não afasta o Direito do Consumidor.

Seguindo a literalidade da Lei, Carlos Roberto Barbosa Moreira aduz que a legislação não dá margem para interpretação diversa, ou seja, se constatada a presença de ao menos um dos requisitos, possível é a inversão do ônus da prova. Para o autor, o emprego da conjunção “ou” significa não ser necessária a presença de ambos, caso contrário, teria o legislador se utilizado da conjunção aditiva “e”, justificando seu posicionamento, afirma ainda que exigir os dois requisitos seria a opção menos vantajosa ao consumidor, portanto, inadequada¹⁰⁸.

O mesmo entendimento foi adotado por Eduardo Gabriel Saad, o qual igualmente entende que demonstrada a verossimilhança das alegações ou comprovada a hipossuficiência da parte, autorizada está a inversão do ônus da prova. Aduz ainda que, constatando a ocorrência de apenas um dos requisitos, é desnecessária a análise do segundo, já que somente um deles é necessário para que o direito à inversão do ônus da prova seja assegurado¹⁰⁹.

Se a inversão do ônus da prova surgiu como alternativa para colocar o consumidor em posição semelhante àquela ocupada pelo fornecedor, deve-se ter cautela para que sua aplicação não resulte em desigualdade inversa, ou seja, também não se admite que o fornecedor seja onerado de forma a prejudicar seu próprio exercício defesa. O que se atribui ao fornecedor, na verdade, é o dever de provar fatos que podem excluir o Direito do Consumidor, mas não o fato constitutivo do Direito do autor.

¹⁰⁸ MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Novas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997.

¹⁰⁹ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: LTR, 002. p. 195.

Ainda, a fim de assegurar a efetividade do comando em estudo, o CDC estabeleceu também em seu art. 51, inciso VI, que “são nulas de pleno Direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”¹¹⁰. Em síntese, além de determinar que, sempre que possível, o ônus da prova seja favorável ao consumidor, proíbe terminantemente seja o consumidor onerado com medida inversa.

Eventual cláusula que invertesse o ônus da prova em prejuízo do consumidor seria flagrantemente nula, conforme transcrito acima, já que se trata de ferramenta criada justamente para igualar a relação de consumo. Ademais, inverter o ônus da prova de forma contrária ao interesse do consumidor mostrar-se-ia alternativa incoerente, já que foi a própria situação desfavorável desse que justificou sua criação.

Em complemento, utiliza-se de abordagem feita por Sérgio Cavalieri Filho a respeito do tratamento que o CDC garante aos consumidores, no sentido de que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor não se traduz em privilégios, nem mesmo ofende os princípios constitucionais que asseguram a igualdade e economia. Ao invés disso, consiste em um meio para buscar o equilíbrio entre os litigantes, possibilitando que então ocorra uma relação processual justa:

Ressalte-se, por derradeiro, que o CDC trata de maneira desigual o consumidor não para conferir-lhe privilégios ou vantagens indevidas, mas, sim, prerrogativas legais – materiais e instrumentais – para que se atinja o desiderato constitucional da igualdade real. A igualdade, na aristotélica lição de Rui Barbosa, importa em tratar desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades. O que a isonomia veda são desequiparações que não tenham um fundamento racional e razoável; vedam-se o arbítrio, o preconceito, o capricho.

¹¹⁰ BRASIL. *Lei nº 8.078/1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

Dito de outra maneira, não fere o princípio constitucional da isonomia o tratamento diferenciado – protetivo e defensivo – dispensado pelo legislador infraconstitucional ao consumidor, o que se legitima pela discrepante e insustentável relação de forças existentes entre este e aqueles que detêm os mecanismos de controle da produção no mercado de consumo (fornecedores), bem assim pelo propósito de se estabelecer o equilíbrio e a harmonia nas relações estabelecidas entre consumidor-fornecedor. A igualdade entre sujeitos desiguais é uma falsa igualdade; igualdade de uns e escravidão de outros. (CAVALIERI FILHO, 2019, p. 70)

Em suma, a criação de uma disciplina específica para regulamentar as relações de consumo mostrou-se necessária após anos de notórias disparidades entre as condições de uma e outra parte. Desse modo, com a percepção de que a principal desvantagem do consumidor é a falta de acesso às informações que estão em poder do fornecedor, a única forma de afastar as desigualdades seria compensá-lo, fazendo com que o próprio fornecedor seja responsável por produzir a prova a respeito de fatos e circunstâncias que estão apenas em seu poder.

Compreendidos os principais pontos e especificidades do ônus da prova nas relações de consumo, a terceira esfera do Direito a ser estudada é o Direito Administrativo. Ao tempo em que situações envolvendo o consumidor devem considerar e respeitar sua condição de vulnerabilidade, no Direito Administrativo vigora o princípio da supremacia do interesse público, o qual orienta que o interesse público deve sempre prevalecer em relação ao particular. Essa, dentre outras características das ações envolvendo a administração pública, fazem com que também nesta esfera a inversão do ônus da prova atenda a algumas peculiaridades.

O PADRÃO NORMATIVO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Para que se possa devidamente compreender a abrangência do Direito Administrativo, é preciso diferenciar alguns conceitos que se fazem presentes durante todo o estudo da matéria, a saber, “Estado”, “Governo”, “Administração Pública”, “administração pública” e, também, o próprio “Direito Administrativo”. Ainda que em certo momento histórico tais conceitos tenham sido considerados sinônimos, possuem características diferentes, portanto, não se confundem¹¹¹.

Chama-se de Estado o povo (dimensão pessoal do Estado) de um determinado território (base geográfica do Estado), submetido a um governo (organização diretiva do Estado). Por sua vez, o conceito de Governo compreende a direção do Estado, responsável pela condução dos interesses e pelo poder político, tendo sua composição alterada por meio de eleições¹¹².

Em relação ao conceito de Administração Pública, não é sinônimo de administração pública, cuja grafia traz letras minúsculas. A primeira consiste no conjunto de órgãos e agentes do estado que exercem funções administrativas, ao tempo que o segundo termo está relacionado à atividade efetivamente exercida em prol do interesse público¹¹³.

Por sua vez, o Direito Administrativo foi conceituado por José dos Santos Carvalho Filho como um conjunto de normas e princípios que, com objetivo no interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e os órgãos do Estado, bem como entre esses e

¹¹¹ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 49.

¹¹² MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 50.

¹¹³ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 51.

a coletividade que atendem. Complementando, afirma que há três características a serem destacadas, quais sejam, a constituição de um Direito novo, um Direito mutável e um Direito em formação¹¹⁴.

Sobre o seu efetivo surgimento como sistema jurídico de normas e princípios o autor afirma que apenas ocorreu com a efetiva instituição do Estado Democrático de Direito, no século XIX. De forma mais abrangente, assevera:

O Direito Administrativo, contudo, como sistema jurídico de normas e princípios, somente veio a lume com a instituição do Estado de Direito, ou seja, quando o Poder criador do Direito passou também a respeitá-lo. O fenômeno nasce com os movimentos constitucionalistas, cujo início se deu no final do século XVIII. Através do novo sistema, o Estado passava a ter órgãos específicos para o exercício da administração pública e, por via de consequência, foi necessário o desenvolvimento do quadro normativo disciplinador das relações internas da Administração e das relações entre esta e os administrados. Por isso, pode considerar-se que foi a partir do século XIX que o mundo jurídico abriu os olhos para esse novo ramo jurídico, o Direito Administrativo. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 07)

Em uma análise histórica sobre a evolução da disciplina, aponta-se para o ano de 1748 como o advento do Direito Administrativo, em razão da Teoria da Separação dos Poderes (O Espírito das Leis), de autoria de Montesquieu. A construção desse entendimento parte do pressuposto de que a distribuição do poder estatal em órgãos diversos é necessária para garantir a liberdade do homem, além disso, a autonomia dos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, é essencial para a formação do Estado Democrático¹¹⁵.

Em momento anterior, nos estados absolutistas, todos os poderes eram concentrados nas mãos do Monarca, que considerava

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 07.

¹¹⁵ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 54.

inaceitável a concessão de direitos aos súditos, portanto, com o poder centralizado em uma única pessoa, estava essa em condições de agir conforme seu interesse. Para Montesquieu, a importância da separação dos poderes está relacionada à possibilidade de impor limites um ao outro, impedindo, por consequência, atuação abusiva¹¹⁶.

A forma como funcionavam os Estados Absolutistas não abria espaço para a criação de um Direito regulamentador, já que a vontade do Monarca estaria sempre acima de tudo e de todos. Nesse sistema político o rei era visto como uma encarnação da divindade, dessa forma, se não havia regras que pudessem se sobrepor a sua vontade, incoerente pensar no estudo de Direito Administrativo.

Em defesa da separação dos poderes, Montesquieu sustentava ser necessário que “o poder freie o poder”¹¹⁷, pois acreditava que todo homem com poder era tentado a abusar dele. Assim, a separação dos poderes mostrava-se adequada para a criação de um modelo de estado harmônico e independente, livre das imposições dos modelos absolutistas do antigo regime. Além disso, para o devido funcionamento, os três poderes deveriam ser autônomos e complementares entre si.

Registra-se que, apesar de Montesquieu ser responsável pela efetiva aplicação da tripartição de poderes, é consabido que obras anteriores já a mencionaram, a saber, “A Política”, de Aristóteles, e “Tratado sobre Governos Civis”, de John Locke. Dessa forma, essas podem ser consideradas as verdadeiras origens da teoria, no entanto, não tiveram a mesma aceitação.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira também relaciona as origens do Direito Administrativo à Revolução Francesa de 1789, que culminou na criação do Estado de Direito. Com os ideais de “separação dos poderes, adoção do princípio da legalidade e Declaração dos Direitos Humanos”,

¹¹⁶ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 54.

¹¹⁷ MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. São Paulo: Abril Cultura, 1987. p. 198.

passaram a ser impostos limites o poder do Estado, dando espaço ao Direito Administrativo, como regulador das relações entre o Estado e o exercício das atividades administrativas¹¹⁸. A respeito dos três ideais mencionados acima, explica cada um deles, - aos quais se refere como “conquistas revolucionárias” que ensejaram a atribuição de limites ao poder do estado e a proteção dos cidadãos – de forma individual.

De início, menciona o princípio da legalidade, que torna a atuação do Estado submissa à Lei. Dessa forma, o governo dos homens abre espaço para o governo das Leis, afastando-se a liberdade arbitrária do antigo regime. Por sua vez, o princípio da separação dos poderes evitava a concentração de todos os poderes nas mãos de um único órgão, limitando, portanto, seu poder diante do povo. O terceiro é a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, que dispõe sobre direitos fundamentais oponíveis ao Estado.

Em suma, durante a prevalência do regime absolutista, não havia espaço para o Direito Administrativo, já que a vontade do Rei prevaleceria em qualquer situação, fazendo as vezes de vontade do Estado. Sem limitações para seus atos, não era lógica a existência de um ordenamento jurídico, já que não seria responsabilizado pelos danos que causasse. No entanto, com a separação dos poderes e a pressão social para a limitação do poder estatal, fez-se necessária a estruturação de um Direito voltado à administração e aos administrados, surgindo esse ramo que ora se estuda. Sintetizando e vinculando a origem do Direito Administrativo a outras áreas jurídicas, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera:

Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o Direito constitucional e outros ramos do Direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governante

¹¹⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 01.

se submetem à Lei, em especial à Lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado. (DI PIETRO, 2017, p. 02)

No Brasil, o surgimento do Direito Administrativo é posterior ao período colonial e está atrelado à declaração de independência e instituição de uma monarquia exposta às limitações da ordem jurídica. Durante o Império, existiam quatro poderes, o Legislativo, Judiciário, Executivo e Moderador, sendo os dois últimos chefiados pelo Imperador¹¹⁹.

Em relação ao contexto doutrinário dessa nova disciplina no Brasil, Hely Lopes Meireles afirma que ainda em 1851 foi inserida nos cursos jurídicos existentes à época. Alguns anos depois, mais precisamente em 1857, foi editada a primeira obra sobre o tema, intitulada “Elementos de Direito Administrativo”, de autoria de Vicente Pereira do Rego. Seguidas a essa, diversas outras doutrinas foram publicadas¹²⁰.

Posteriormente, com a proclamação da República e a Constituição de 1891, o campo jurídico passou por relevantes modificações, a exemplo da transformação das províncias em Estados, eleição do chefe do Poder Executivo pelo povo e, como um acontecimento extremamente relevante, ocorreu a extinção do Poder Moderador. Após, com a ocorrência da Revolução de 1930 e a Constituição de 1934 constatou-se maior intervenção na ordem econômica e social, cujas consequências passaram a demonstrar a relevância do Direito Administrativo brasileiro. Por fim, com a Constituição de 1988, o Direito Administrativo foi definitivamente inserido no Estado Democrático de Direito. A partir de então, grande número de obras sobre o assunto foi surgindo, revelando, de forma crescente, a importância desse ramo do estudo do Direito.

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 23.

¹²⁰ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 15.

Ao tratar do Estado Democrático de Direito, Marçal Justen Filho afirma tratar-se de construção que estabelece limites ao exercício do poder estatal, sujeita-se ao procedimento democrático, considera a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico e, ainda, reconhece os direitos fundamentais como insuprimíveis e inalienáveis. Em complemento, define o “Direito Administrativo” como um conjunto de normas que orienta a função administrativa do Estado, bem como o funcionamento dos órgãos responsáveis pelo seu desempenho¹²¹.

Apesar de sua relevância, diferentemente do que ocorre com outras áreas do Direito, não há no Brasil um código que regulamente especificamente as questões da Administração Pública. No entanto, o Código de Processo Civil aplica-se, ainda que de forma subsidiária em alguns casos, às lides de natureza não-criminal e trata de forma específica sobre as lides que envolvem a Fazenda Pública.

Como um ramo do Direito voltado ao interesse público, as relações são tratadas de forma diferenciada, especialmente porque, dentre outros princípios, vigora a supremacia do interesse público, o qual assegura que o bem da coletividade deverá ser sempre priorizado. Além disso, os atos administrativos gozam de presunção de legalidade e legitimidade, o que lhe coloca em posição privilegiada diante de um particular.

Quando se fala em “supremacia do interesse público sobre o privado”, significa dizer que o interesse da sociedade em geral sempre prevalecerá em relação ao Direito individual, para isso, a Administração Pública conta com prerrogativas exclusivas, que não se estendem aos particulares. Em razão da posição de superioridade ocupada pela administração, surge uma desigualdade jurídica entre as partes, necessária para o funcionamento do regime democrático.

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 90.

A respeito do princípio da supremacia do interesse público, José dos Santos Carvalho Filho explica que os atos são voltados à coletividade, portanto, sempre que o interesse público entrar em conflito com o particular, o primeiro deve prevalecer:

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade. Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado do bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. (CARVALHO FILHO, 2017, p. 35)

Como exemplo da aplicação do princípio da supremacia do interesse público em relação ao privado, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo citam a possibilidade de desapropriação, a requisição administrativa, a permissão de cláusulas exorbitantes em contratos administrativos, a limitação ao exercício de atividades privadas por meio do poder de polícia, a presunção de legitimidade dos atos administrativos, entre outros. Nessas situações, mesmo sem a concordância do particular, está o Estado autorizado a agir, em nome do bem comum¹²².

Como um dos desdobramentos do princípio da supremacia do interesse público, está a presunção de legitimidade dos atos administrativos, a partir disso, tem-se que em um primeiro momento, todos os atos praticados pela Administração Pública estão em conformidade com o ordenamento jurídico. Justificando a prerrogativa conferida aos atos administrativos, Marçal Justen Filho esclarece que se

¹²² ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 228-229.

fosse dado ao Estado o mesmo tratamento que recebem os particulares, a administração pública deveria sempre recorrer previamente ao Poder Judiciário para obter provimento jurisdicional, para que somente então pudesse vincular terceiros, o que tornaria pouco célere sua atuação¹²³.

Em complemento, Matheus Carvalho assinala que a presunção de legitimidade dos atos administrativos mostra-se adequada porque, em tese, são submetidos a processo regular, com observância às garantias constitucionais, como contraditório e ampla defesa. Portanto, há uma predisposição a estar em consonância com as disposições legais e, também, a representar a vontade da coletividade¹²⁴.

Apesar de costumeiramente as expressões “presunção de legitimidade” e “presunção de veracidade” serem utilizadas como sinônimos, tratam-se, na verdade, de dois desdobramentos de um mesmo conceito. Quando se fala em “legitimidade”, refere-se a atos que, em tese, estão em consonância com a Lei, ao tempo que “veracidade” diz respeito ao ato em si, de modo que a presunção é em relação ao ato propriamente dito.

Quanto à aplicação da presunção de legitimidade dos atos administrativos pela jurisprudência, no julgamento do Mandado de Segurança n. 23.845, de relatoria do Ministro Sérgio Kukina, o STJ¹²⁵ denegou a ordem, fazendo menção a essa prerrogativa. No caso, o impetrante pleiteava pela nulidade de procedimento administrativo que resultou em sua demissão do cargo de Auditor-fiscal da Receita Federal, alegando que parte dos membros da comissão processante não era efetiva.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150.

¹²⁴ CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 276.

¹²⁵ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). *MS 23.845/DF*. Relator: Ministro Sérgio Kukina, 23 de outubro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1881364&num_registro=201702782679&data=20191104&formato=PDF. Acesso em: 14 jul. 2020.

Na decisão, mencionou-se que os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade, portanto, para que tais atributos fossem afastados, deveria ser apresentada prova robusta acerca de sua invalidade, por parte de quem os contestou. Nesse contexto, tem-se que não se trata de presunção absoluta, mas relativa, à vista disso, admite prova em contrário.

Em outro relevante reconhecimento da presunção de legitimidade dos atos administrativos, o STJ decidiu situação relacionada à Ação Civil Pública relacionada a dano ambiental, movida pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em que reconheceu o dever da parte ré de comprovar a inexistência do dano ambiental que lhe foi imputada. O entendimento foi baseado na presunção de legitimidade atribuída aos atos administrativos, conforme é visto em parte do julgado:

(...) Não destoam da jurisprudência do STJ a posição do Tribunal de origem sobre o ônus da prova: “Não é de se confundir a questão referente ao ônus da prova, como se a regra fosse que, em toda e qualquer situação esse encargo fosse do autor. Tudo está a depender do que se pretende provar. Se é o réu que invoca fatos modificativos, extintivos e impeditivos do Direito do autor, é ele quem deve provar e, por conta disso, o encargo na remuneração do expert é exclusivamente seu ... Não se pode desconsiderar que há provas documentais nos autos, como boletim de ocorrência, auto de infração, firmados pela Administração Pública que gozam da presunção de legitimidade. Desta forma, sob qualquer ângulo que se analise a distribuição do ônus da prova, conclui-se que, no presente caso, ao réu incumbiria a prova da inexistência do desmatamento em área de preservação permanente. O fato modificativo, extintivo ou impeditivo do Direito do autor é ônus do réu (art. 373, II do CPC). Assim sendo, não pode o apelante se escorar na regra do art. 33 do CPC/73, como se em toda e qualquer situação a imputação do ônus da prova coubesse à parte autora [...]”¹²⁶.

¹²⁶ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial 1773438/MG*. Relator: Ministro Herman Benjamin, 19 de março de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&-sequencial=1804372&num_registro=201802678969&data=20190531&formato=PDF. Acesso em: 14 jul. 2020.

Também neste caso está estampada a aplicação da presunção relativa de legitimidade, pois para que pudesse o réu livrar-se da conduta que lhe foi atribuída, deveria provar a ilegitimidade do ato administrativo que contestou.

Como consequência lógica da presunção de legitimidade em favor da administração pública, quando seus atos são questionados judicialmente, recai sobre o particular o ônus da prova. Em outras palavras, não é dever da administração pública comprovar que praticou ato legítimo, ao contrário, aquele que o contestou é que se torna responsável a comprovar a ilegitimidade.

É neste sentido o entendimento de Hely Lopes Meirelles, o qual defende que a transferência do ônus da prova àquele que invocar a invalidade de ato administrativo é decorrência da presunção de legitimidade e veracidade. Dessa forma, será sempre dever do impugnante comprovar os defeitos e falhas que alegar¹²⁷.

O mesmo posicionamento foi adotado por José dos Santos Carvalho Filho, que ao lecionar sobre o princípio da presunção de legitimidade em relação aos autos da administração pública, afirma que aquele que imputar ilegalidade a ato administrativo possui o dever de comprová-la. Enquanto não houver provas, o ato produzirá efeitos normalmente¹²⁸.

Indo além, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo sustentam que a atribuição do ônus da prova àquele que questiona a legitimidade de ato administrativo é a consequência jurídica mais importante desse atributo. Assim, tratando-se de presunção *juris tantum* de veracidade, é possível seu questionamento, desde que quem o invoque, comprove satisfatoriamente suas alegações¹²⁹.

¹²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 156.

¹²⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 126.

¹²⁹ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 558.

Se por um lado a administração pública possui o privilégio da presunção de legitimidade em relação a seus atos, por outro, a Constituição Federal, por meio do art. 37, § 6º, tratou da responsabilidade objetiva do Estado, na forma de “risco administrativo”. Assim, aquele que sofrer danos causados pelo Estado, precisa apenas demonstrar o fato administrativo, a ocorrência do dano e o nexo causal para que haja o dever de reparação.

Nesses casos, para que a responsabilidade do Estado seja afastada, é dever da administração pública produzir prova no sentido contrário, que possa eximi-la da responsabilidade, a exemplo da demonstração de eventual culpa da vítima. Verifica-se, portanto, que o ônus da prova recai sobre a administração pública. Neste sentido, extrai-se da obra de Rui Stoco que em razão da responsabilidade do Estado estar fundamentada no risco administrativo, dispensa-se a comprovação de culpa, cabendo ao Estado comprovar a existência de situação que afaste sua responsabilidade:

Não se pode deslembrar que a responsabilidade do Estado se assenta no risco administrativo e independe de prova da culpa, bastando que se demonstre o nexo causal entre o acidente e o dano. Aliás, sequer se exige a prova de culpa do servidor causador do dano. Em casos que tais o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior. (STOCO, 1999, p. 282)

Em resumo, a doutrina orienta que em razão da responsabilidade objetiva atribuída à administração pública, quando demandada para ressarcir o administrado em decorrência de prejuízos a que deu causa, o ônus da prova é de sua responsabilidade. Isso ocorre porque não há necessidade de comprovar a existência de culpa ou dolo, de todo modo, é possível que o Estado se exima da imputação, mediante a demonstração de causa excludente de sua responsabilidade.

Feitas tais considerações, ainda há outra esfera do Direito cujo estudo do ônus da prova é relevante, qual seja, o Direito do Trabalho. Neste caso, o trabalhador pode ser equiparado ao consumidor, inclusive, em razão da ausência de normativa específica na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o CDC é aplicado subsidiariamente, no que diz respeito à inversão do ônus da prova.

O PADRÃO NORMATIVO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO TRABALHO

Em que pese as características da relação de trabalho estarem inseridas na sociedade desde a época da Antiguidade, ainda que existissem algumas regras, não se falava em subordinação nos termos de um contrato trabalhista, muito menos havia observância aos direitos da classe. Nesse aspecto, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante, em uma retrospectiva sobre a formação do Direito do Trabalho, apontam para três momentos que antecederam a Revolução Industrial, em que apesar de haver a prática trabalhista, não estavam presentes as características de uma relação de trabalho¹³⁰.

O ponto de partida ocorreu ainda na Antiguidade, no período da escravidão. Os escravos não eram vistos como titulares de Direito, mas considerados objetos de propriedade de seus senhores, os quais tinham total liberdade para negociá-los como verdadeiros mercadores. O trabalho escravo era considerado uma punição, em troca, não recebiam garantias e nem mesmo eram remunerados. Nesse contexto, sendo os escravos meros objetos à disposição de seus proprietários, jamais houve regulamentação a respeito do Direito Trabalhista.

¹³⁰ NETO, Francisco Ferreira Jorge; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 01.

Em momento posterior à escravidão, considerada uma evolução nas condições de trabalho, passou-se a adotar o sistema de servidão, caracterizando o feudalismo. Nesse sistema, o vassalo recebia um feudo e prestava serviços ao senhor, devendo-lhe obediência e auxílio e, apesar de não ser escravo, estava privado de sua liberdade. Assim como os escravos, também os servos eram inicialmente vistos como objetos, mas já no início da Idade Média tiveram reconhecida sua personalidade jurídica.

Em seguida, surgiram as corporações, que se tratava de grupos de produtores organizados para controlar o mercado e a concorrência, além de garantir privilégios a seus dirigentes. Eram compostas por trabalhadores classificados internamente em aprendizes, companheiros e mestres, sendo que todos que exercessem uma profissão deveriam, obrigatoriamente, filiar-se à corporação correspondente, sob pena de serem impedidos de trabalhar. Esse modelo perdurou até a Revolução Francesa, quando foram proibidas de existir e, então, os trabalhadores foram expostos a precárias condições de trabalho, sem qualquer proteção salarial.

Foi após esse período, com a ocorrência da Revolução Industrial, que o Direito do Trabalho ganhou espaço. Ao indicar a Revolução Industrial como o marco histórico para a criação dessa matéria, José Cairo Jr. esclarece que as relações até então conhecidas não eram regulamentadas pelas normas trabalhistas¹³¹. Conforme abordado anteriormente, o escravo era considerado apenas um objeto de seu proprietário, após, o trabalho dos servos igualmente não decorria de um contrato, mas de sua condição de submissão ao senhor feudal, por fim, nem mesmo as corporações atendiam às regras de uma relação de emprego.

É consabido que os avanços tecnológicos ocasionados pela Revolução Industrial tiveram grande impacto na sociedade, pois com o surgimento de máquinas a vapor que substituíram o trabalho humano,

¹³¹ CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 61.

os índices de exploração de mão de obra cresceram absurdamente. Sem alternativas, os operários viram-se obrigados a abandonar suas atividades, por vezes desenvolvidas pelo grupo familiar, para submeter-se ao trabalho assalariado nas grandes indústrias, situação já abordada no estudo referente às relações de consumo.

No entanto, as condições de trabalho ofertadas eram extremamente precárias, além de que a jornada de trabalho era demasiadamente longa e, em troca, recebiam ínfimos salários. Destaca-se que a exploração do trabalho era ainda mais gritante em relação a mulheres e menores, já que se tratava de mão de obra de menor custo, o que contribuía, portanto, com o aumento de lucro pelas empresas. Como era de se esperar, passaram os trabalhadores a pleitear por melhores condições e, a partir de então, efetivamente tiveram início os movimentos em prol do trabalhador.

Corroborando com o exposto, Gustavo Filipe Barbosa Garcia confirma que a Revolução Industrial foi o motivo que fez surgir o Direito do Trabalho, pois diante da necessidade de pessoas para trabalhar nas máquinas, foi necessária a contratação de assalariados. No entanto, as condições a que os trabalhadores eram expostos não eram favoráveis, o que exigiu posicionamento do Estado em benefício do trabalhador:

Na realidade, o Direito do Trabalho surge com a sociedade industrial e o trabalho assalariado. A Revolução Industrial, iniciada no século XVIII, foi a principal razão econômica que acarretou o surgimento do Direito do Trabalho, com a descoberta da máquina a vapor como fonte de energia, substituindo a força humana. A necessidade de pessoas para operar as máquinas a vapor e têxteis impôs a substituição do trabalho escravo, servil e corporativo pelo trabalho assalariado. Nesse contexto, em razão das péssimas condições de trabalho, com excessivas jornadas e exploração do labor de mulheres e menores (a chamada “questão social”), os trabalhadores começam a se reunir para reivindicar melhorias, inclusive salariais, por meio de sindicatos. O Estado deixa seu estado de abstenção e passa a intervir nas relações de trabalho, impondo limitações à liberdade das

partes, para a proteção do trabalhador, por meio de legislação proibitiva de abusos do empregador, como forma de preservar a dignidade do homem no trabalho. (GARCIA, 2017, p. 22)

Dentre as melhorias que passaram a ser exigidas pelos trabalhadores, citam-se a elaboração de uma legislação protetora, prevendo a regularização das questões de segurança, manutenção da higiene do local de trabalho, adequação do trabalho do menor e da mulher, jornada de trabalho limitada, estabelecimento de políticas para fixação do salário mínimo, entre outras. A partir de então surgiram as primeiras associações coletivas, que posteriormente deram origem aos sindicatos.

As reivindicações por busca de melhorias despertaram no Estado a percepção acerca das desigualdades entre o empregador e o trabalhador, reconhecendo esse último como a parte hipossuficiente. Desse modo, a edição de Leis regulamentando direitos dos trabalhadores fez surgir o Direito do Trabalho.

No que diz respeito às primeiras Leis que versaram sobre direitos trabalhistas, Gustavo Filipe Barbosa Garcia explica que o México foi o precursor na edição de uma Constituição (em 1917). Em seu art. 123 especificou as seguintes situações: jornada diária limitada em 8 horas e noturna em 7 horas; proibição do trabalho de menores de 12 anos; a limitação da jornada de menor de 16 anos para 6 horas; descanso semanal; a proteção à maternidade; Direito ao salário mínimo; igualdade salarial; proteção contra acidentes no trabalho; Direito de sindicalização; Direito de greve, conciliação e arbitragem de conflitos; Direito à indenização de dispensa e seguros sociais¹³².

Em seguida, mais especificamente em 1919, a Alemanha também editou sua Constituição. No que diz respeito aos direitos trabalhistas, garantiu o seguinte: participação dos trabalhadores nas

¹³² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017. p. 23.

empresas; liberdade de união e organização dos trabalhadores para a defesa e melhoria das condições de trabalho; Direito a um sistema de seguros sociais; Direito de colaboração dos trabalhadores com os empregadores na fixação dos salários e demais condições de trabalho, além de representação dos trabalhadores na empresa.

Prosseguindo, o autor mencionado acima também cita, como legislações relevantes na área trabalhista, o Tratado de Versalhes, que resultou na criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Em seguida, faz menção à *Carta del Lavoro*, promulgada na Itália, em 1927, que orientou as ações de países como Portugal, Espanha e Brasil.

O Direito do Trabalho contou ainda com a publicação de diversas Leis ordinárias que tiveram especial relevância. Dentre os diversos fatores que contribuíram com a evolução da matéria, destaca-se a criação da ONU, que posteriormente deu origem à Carta das Nações Unidas, e ainda, a previsão de direitos trabalhistas na Declaração Universal de Direitos Humanos.

Em complemento, sobre a trajetória do Direito do Trabalho, os espanhóis Leon Martin-Granizo e Mariano Gonzalez-Rothvoss classificou-a em quatro períodos, a saber: formação, intensificação, consolidação e autonomia. Alice Monteiro de Barros, por sua vez, expôs em sua obra as principais características das etapas indicadas:

- a. Formação – essa primeira etapa ocorreu entre 1802 e 1848 e é caracterizada pelo surgimento da primeira Lei inglesa, denominada *Moral and Health Act*, que efetivamente tutela o Direito dos trabalhadores. A nova legislação limitava o trabalho dos menores a 12 horas por dia e, também, proibia que fossem contratados para trabalhar no período noturno.¹³³ Durante esse período, em diversos países ocorreram fatos marcantes para o Direito do Trabalho, por exemplo, na França,

¹³³ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. Ltr, 2016. p. 53.

em 1806 Napoleão restabeleceu órgãos destinados a dirimir controvérsias entre fabricantes e operários, além disso, em 1813 proibiu-se o trabalho de menores nas minas. Na Inglaterra, em 1824, a coalizão deixou de ser considerada como crime. Já na Alemanha, em 1839, passaram a ser editadas normas sobre o trabalho da mulher e de menores.

- b. Intensificação – a etapa posterior, chamada de intensificação, ocorreu entre 1848 e 1890. Esta fase também foi marcada por alguns momentos relevantes na história do Direito do Trabalho, a exemplo do Manifesto Comunista de Marx e Engels e, ainda, na Alemanha foi implantado o primeiro sistema de seguro social.¹³⁴
- c. Consolidação – esse período teve início em 1890 e estendeu-se até 1919. Os acontecimentos que o caracterizaram foram a publicação da Encíclica Papal *Rerum Novarum*, de Leão XIII, a qual estabeleceu salário justo, e ainda, a realização, em Berlim, de relevante conferência sobre Direito do Trabalho.¹³⁵
- d. Autonomia – o último período teve início em 1919 e estende-se até a atualidade. Neste período, inúmeros acontecimentos marcaram a história do Direito do Trabalho, cita-se a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT em 1919. Além disso, o Tratado de Versalhes, passou a prever que o trabalho não pode ser considerado mercadoria, garantiu jornada de trabalho de 8 horas, igualdade salarial para trabalhos equivalentes, repouso semanal, inspeção do trabalho, previsão do salário mínimo, entre outros Direitos¹³⁶.

Já em uma breve análise sobre a evolução do Direito do Trabalho no Brasil, Carlos Henrique Bezerra Leite aponta para a existência de três

¹³⁴ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. Ltr, 2016. p. 53.

¹³⁵ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. Ltr, 2016. p. 54.

¹³⁶ BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. Ltr, 2016. p. 54.

fases, são elas: do descobrimento até a abolição da escravatura; em seguida teve início a fase que vai da proclamação da República até a campanha política da Aliança Liberal; e, por último, vem a terceira fase, que iniciou na Revolução de Trinta e se estende até a atualidade. Após a publicação de diversas Leis sobre direitos trabalhistas, foi em 1939 que se criou a Justiça do Trabalho e, após, em 1943, foi outorgada a CLT¹³⁷.

Os fatos sucintamente narrados demonstram que a criação e evolução do Direito do Trabalho foram o resultado de inúmeras batalhas travadas pelos próprios trabalhadores, na busca de condições dignas de vida e de trabalho. De um lado estava a classe trabalhadora, depois reconhecida como hipossuficiente e, de outro, a classe capitalista, que tinha por objetivo o aumento de lucros, independentemente de quais eram as condições a que os operários estariam expostos.

No Brasil, atualmente as relações trabalhistas são regulamentadas pela CLT, que no ano de 2017 foi alterada pela Lei n. 13.467/2017, denominada “Reforma Trabalhista” e passou por significativas mudanças. Em síntese, a reforma tinha como objetivo modernizar as regras laborais, a realidade das empresas, adequar à legislação às novas relações de trabalho, a consolidação de direitos e, ainda, implementar a segurança jurídica nas relações de trabalho.

Em meio às diversas e impactantes alterações trazidas pela reforma trabalhista, também a distribuição do ônus da prova – objeto deste estudo – sofreu alterações. Com a promulgação da nova Lei, o art. 818, que até então estabelecia que “a prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, passou a ter redação muito semelhante àquela prevista no art. 373 do Código de Processo Civil. Além disso, incluiu-se ao dispositivo o parágrafo primeiro, que dispõe sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova.

¹³⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito processual do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 165.

A atual redação do art. 818, incisos I e II, da CLT dispõe que compete ao reclamante o ônus da prova em relação aos fatos constitutivos de seu Direito, ao tempo que o reclamado deve provar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do Direito do autor. Por sua vez, a inovação prevista no parágrafo primeiro preconiza, em suma, que diante das peculiaridades do caso, relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade para uma das partes cumprir o encargo, pode o Juiz, por decisão fundamentada, modificar a distribuição, permitindo à parte a possibilidade de se desincumbir¹³⁸.

Sobre a nova redação do dispositivo, Mauro Schiavi¹³⁹ sintetiza afirmando que o ônus da prova é um dever atribuído ao autor em relação aos fatos constitutivos de seu Direito e, ao réu, no que tange aos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do Direito da parte requerente. Em tese, a parte que não se desincumbir do ônus da prova que lhe foi atribuído, atrai para si uma situação desfavorável quanto ao possível resultado da demanda.

Demonstrando a aplicação do ônus da prova na prática trabalhista, Carlos Henrique Bezerra Leite traz em sua obra, síntese elaborada por Heloisa Pinto Marques:

Quando o réu admite o fato alegado pelo autor, mas lhe opõe outro que lhe impeça os efeitos, estamos diante de fato impeditivo. Na hipótese do trabalho aos domingos, por exemplo, a reclamada, admitindo o trabalho aos domingos, alega que era compensado nas segundas-feiras. Neste caso cabe à reclamada demonstrar que havia folga naquele dia. Os fatos extintivos são aqueles opostos ao Direito alegado, com condições de torná-lo inexigível. Acontece, por exemplo, quando a reclamada admite que o reclamante trabalhava aos domingos, sem compensação, mas aduz ter pago os valores

¹³⁸ BRASIL. *Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

¹³⁹ SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017. p. 102-103.

devidos a este título. Competirá, pois, à reclamada demonstrar o pagamento. Por fim, fatos modificativos são aqueles que, sem negar os fatos alegados pelo autor, inserem modificação capaz de obstar os efeitos desejados. É o caso, por exemplo, da reclamada alegar que o reclamante trabalhava aos domingos no estabelecimento empresário, mas que nesses dias o trabalho era voluntário, com fins de benemerência, já que a empresa cedia os equipamentos e material para produzir alimentos para serem distribuídos para a comunidade e que não havia obrigatoriedade de comparecimento. Compete à reclamada sua demonstração. (LEITE, 2019, p. 807)

Ainda sobre a teoria estática, Leone Pereira faz menção à excepcional possibilidade de determinar a inversão do ônus da prova no processo do trabalho, que quando determinada pelo Magistrado é fundamentada no art. 6º, inciso VIII, do CDC. Para o autor, trata-se de alternativa coerente com o processo trabalhista, visto que tanto o Direito do Trabalho quando o Direito do Consumidor tem sua existência justificada na proteção de uma parte considerada mais fraca¹⁴⁰.

Como fundamentos para a inversão do ônus da prova, indica que o Direito Processual do Trabalho tem por objetivo facilitar o acesso do trabalhador à justiça, com a consequente facilitação da colheita de provas; proteção ao trabalhador, considerado hipossuficiente na relação trabalhista; promoção da legislação trabalhista e social; e, por fim, menciona a dificuldade que comumente o trabalhador encontra para produzir provas, já que na maioria das vezes estão nas mãos do empregador.

Em consonância com o disposto acima, defende-se a aplicação do Código Consumerista às relações de trabalho no que tange à inversão do ônus da prova, já que tanto em um quanto em outro caso a medida se mostra indicada pela mesma razão, qual seja, a hipossuficiência de uma das partes (consumidor e empregado). Para aplicação da regra, devem estar presentes os mesmos requisitos previstos na legislação consumerista, verossimilhança das alegações ou hipossuficiência.

¹⁴⁰ PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 94.

A respeito dos requisitos indicados, Edilton Meireles, que defende a aplicação do art. 6º, inciso VIII, do CDC às relações de trabalho, adverte que, apesar de a Lei utilizar-se da conjunção “ou”, sugerindo que um ou outro é suficiente, apenas é razoável inverter o ônus da prova quando as alegações forem verossímeis. Ausente essa condição, nem mesmo é necessário verificar a hipossuficiência¹⁴¹.

Nesse aspecto, tem-se que há duas situações específicas em que se consolidou a inversão do ônus da prova no processo trabalhista, as quais foram sumuladas pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). A primeira, prevista na Súmula 338, III, do TST, orienta que os cartões ponto britânicos – com indicação de horário de entrada e saída uniformes – não são válidos como meio de prova em relação às horas extras, cujo ônus passa a ser do empregador e, se não se desincumbir, considera-se o horário mencionado na petição inicial.

Comprovando a aplicação da Súmula pelo TST, menciona-se decisão proferida pela 5ª Turma, relatada pelo Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos¹⁴², em que foram reconhecidos os horários de trabalho indicados pelo reclamante porque, ao juntar os cartões ponto, a reclamada demonstrou que refletiam horários idênticos e, para o Tribunal, a exatidão revela a falsidade da informação. Justificou-se no julgado que se trata do entendimento já pacificado na Corte julgadora. O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região¹⁴³ igualmente enfrentou o assunto e decidiu com fundamento na indicada Súmula.

¹⁴¹ MEIRELES, Edilton. Inversão do ônus da prova no processo trabalhista. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul (RS), v. 2, Plenum, 2005. CD-ROM.

¹⁴² A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5ª Turma). *Recurso de Revista 77300-97.2009.5.17.0010*. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 18 de novembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/9e35c981a0f3c756ac18ac03aa2c935f>. Acesso em: 15 jul. 2020.

¹⁴³ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Décima Primeira Turma). *Recurso Ordinário 0001195-11.2014.5.03.0005*. Relator: Convocado Mauro Cesar Silva, 9 de março de 2020. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0001195-11.2014.5.03.0005>. Acesso em: 15 jul. 2020.

A outra situação que atribui ao empregador o ônus da prova diz respeito à comprovação do término do contrato de trabalho, quando negados a prestação do serviço e o despedimento. A situação é matéria da Súmula 212 do TST e parte do princípio de que a continuidade da relação de emprego é presunção favorável ao empregado.

Neste sentido, o Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região mencionou expressamente em decisão proferida que o ônus da prova quanto à extinção do contrato de trabalho é do empregador, que possui o dever de anotar a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), sob pena de aplicar-se em favor do empregado a presunção de continuidade da relação de emprego¹⁴⁴. Do mesmo modo, o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região decidiu que diante da controvérsia sobre a iniciativa para pôr fim ao contrato de trabalho, cabe ao empregador produzir a prova, pois considerando a necessidade do trabalhador de manter seu emprego, o princípio da continuidade da relação de emprego aplica-se em seu favor¹⁴⁵.

Sobre o princípio da continuidade da relação de emprego, Renato Saraiva e Rafael Tonassi Souto explicam que a regra é que os contratos de trabalho sejam firmados por prazo indeterminado, de modo que o obreiro integre permanentemente a estrutura da empresa, admitindo-se o contrato por prazo determinado ou a termo apenas em casos excepcionais. De forma crítica, também afirma que a Constituição Federal enfraqueceu esse princípio ao consagrar o FGTS como regime obrigatório e instituir a indenização compensatória para os casos de dispensa imotivada ou arbitrária. Por outro lado, o aviso

¹⁴⁴ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (4ª Turma). *Recurso Ordinário nº 0082100-93.2009.5.05.0531*, 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.trt5.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

¹⁴⁵ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *Recurso Ordinário nº 01146-010-2007-12-00-9*, 3 de novembro 2008. Disponível em: <https://portal.trt12.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

prévio, a estabilidade do dirigente sindical e a garantia de emprego para a gestante e o cipeiro estão em consonância com o princípio¹⁴⁶.

Em complemento, Maurício Godinho Delgado assevera que apenas com a permanência do vínculo de emprego a ordem justralhista cumpre o objetivo do Direito do Trabalho, no sentido de garantir melhores condições de vida ao trabalhador. Além disso, inúmeras outras presunções favoráveis são reconhecidas ao trabalhador, em razão da continuidade da relação de emprego¹⁴⁷.

Compreendidas as circunstâncias que envolvem a inversão do ônus da prova no processo do trabalho, tem-se que estão relacionadas à distribuição estática do ônus probatório e não se confundem com a distribuição dinâmica, que passou a ser expressamente prevista na CLT com a Reforma Trabalhista. De forma idêntica à aplicação no processo cível, continua sendo a exceção à regra, autorizada apenas após fundamentada decisão e manifestação da parte contrária quanto ao encargo.

A utilização da teoria dinâmica do ônus da prova justifica-se pela necessidade de viabilizar a tutela à parte que tem razão em suas alegações, mas por condições próprias não tem meios de produzir as provas necessárias ao seu interesse. Nessas circunstâncias, o Juiz está autorizado a modificar a obrigação, atribuindo-a à parte contrária, desde que essa apresente melhores condições de produzi-la. Cabe ao Magistrado, portanto, o dever de agir com cautela, para não sobrecarregar a parte contrária com um encargo que lhe seja igualmente difícil.

Denota-se que os argumentos que justificam a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito do Trabalho são os mesmos que se aplicam ao processo civil, lembrando que nos termos dos incisos I e II do art. 818 da CLT, a regra também é o ônus estático. Logo, também no processo trabalhista há possibilidade

¹⁴⁶ SARAIVA, Rafael. SOUTO, Rafael Tonassi. *Direito do Trabalho*. 20. ed. Salvador: Juspodvim, 2018. p. 32-33.

¹⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo, 2017. p. 224.

de distribuir o ônus da prova de modo a buscar um resultado justo, desonerando a parte para quem a prova tornar-se-á difícil de produzir, desde que a parte que se tornou obrigada não seja prejudicada.

Para Leone Pereira, o estudo da teoria dinâmica está relacionado ao dever do Magistrado de distribuir o ônus da prova com base nas peculiaridades do caso em concreto. Afirma ainda que a distribuição dinâmica é aplicável aos casos de prova diabólica, termo utilizado para definir os fatos extremamente difíceis de serem comprovados, a exemplo do assédio moral ou sexual, bem como práticas discriminatórias no local de trabalho¹⁴⁸.

Assim como ocorre com o processo cível, a distribuição do ônus da prova a partir da identificação da parte com melhores condições de apresentá-la, está relacionada com a cooperação dos envolvidos e com a busca pela verdade real. Inclusive, Leonardo Greco afirma que o Juiz deve suprir a deficiência da iniciativa probatória por meio da distribuição do ônus da prova, ou pela busca de provas de ofício, para que se alcance a verdade real.¹⁴⁹

A respeito da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pela jurisprudência, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região já entendeu pela possibilidade, em situação que reconheceu a dificuldade do autor em produzir a prova:

DIFERENÇAS DE PRÊMIOS. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. Considerando as dificuldades para comprovação pelo autor dos critérios para pagamento dos prêmios, é forçoso convir que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, §§ 1º e 2º do CPC/2015), plenamente aplicável ao Processo do Trabalho (art. 3º, VII, da IN 39/2016 do C. TST), é mais consentânea com os princípios que norteiam a seara juslaboral. Diante desse panorama, o

¹⁴⁸ PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 602.

¹⁴⁹ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 109.

ônus de provar a ausência de diferenças de prêmios devidos recaiu sobre a ré, do qual não se desvencilhou a contento, pois inexistem nos autos documentos hábeis para a comprovação do pagamento escoreito das parcelas vindicadas¹⁵⁰.

Claramente as regras referentes à inversão do ônus da prova no processo trabalho assemelham-se aos demais processos cíveis, com atenção às peculiaridades inerentes a pontos costumeiramente debatidos na Justiça do Trabalho, inclusive o interesse em proteger a parte hipossuficiente da relação, a saber, o trabalhador. Com isso, compreende-se que a flexibilização das regras rígidas e imutáveis na condução do processo resulta em aproximação com o ideal esclarecimento dos fatos e realização da justiça.

Finalizando o estudo a respeito da forma como ocorre a inversão do ônus da prova nas áreas do Direito expostas acima (Direito Processual Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito do Trabalho), o segundo capítulo adentrará especificamente na análise da inversão do ônus da prova em matéria ambiental. Tem-se por objetivo verificar as peculiaridades da disciplina no que se refere à inversão probatória, notadamente quando comparada àquelas estudadas neste primeiro capítulo e, de forma ainda mais específica, a adequação dos critérios utilizados – ou a ausências deles – para inverter o ônus da prova e assegurar os direitos coletivos tutelados.

¹⁵⁰ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Quarta Turma). *Recurso Ordinário* 00121649620145030163. Relator: Maria Lucia Cardoso Magalhaes. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet>. Acesso em: 14 jul. 2020.

2

**A INVERSÃO
DO ÔNUS
DA PROVA
NO DIREITO
AMBIENTAL
BRASILEIRO**

Durante a elaboração do primeiro Capítulo desta dissertação, direcionou-se o estudo à compreensão do ônus da prova em algumas disciplinas do Direito, mais especificamente, Direito processual civil, Direito do consumidor, Direito administrativo e Direito do Trabalho. Naquele primeiro momento, foram analisadas quais as peculiaridades de cada disciplina no que tange à inversão da prova, a previsão legal e de como os Tribunais Superiores se posicionam a respeito.

Neste segundo Capítulo, será estudado tão somente o ônus da prova no processo ambiental, notadamente as possibilidades de aplicação da inversão probatória. O objetivo, neste momento, é o de identificar as alternativas colocadas à disposição do julgador para definir a responsabilidade pelo ônus da prova.

A princípio, ressalta-se que a tutela dos direitos ambientais costuma ser levada a juízo por meio de ações coletivas, visto que a vítima dificilmente se restringe a um único indivíduo, inclusive por conta do caráter indivisível do meio ambiente. Sobre as ações coletivas, Rennan Faria Kruger Thamay afirma que “trouxeram maior acesso ao Poder Judiciário a milhares de cidadãos que antes não chegavam ao Judiciário para buscar e proteger seus direitos”¹⁵¹.

Para melhor compreender a importância do processo coletivo para a efetivação dos direitos ambientais, recorre-se novamente à colocação de Rennan Faria Kruger Thamay, que define o processo coletivo como aquele cuja decisão poderá alcançar toda a coletividade ou um grupo determinado de pessoas. Este conceito compreende a proteção de direitos difusos, coletivos *strictu sensu* e individuais homogêneos.

Assim, poder-se-ia conceituar o processo civil coletivo como aquele que, utilizando das regras do processo civil individual como base, instaurado por ou em face de um legitimado

¹⁵¹ THAMAY, R. F. K. *O processo coletivo na teoria geral do processo civil: legitimidade e coisa julgada*. Revista de Direito, [S. l.], v. 5, n. 02, p. 161-215, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1446>. Acesso em: 3 nov. 2020.

autônomo, se postula um direito coletivo de onde será possível colher uma decisão judicial que atinja a toda a coletividade ou a um grupo determinado de pessoas. Nesta forma de conceituar o processo civil coletivo se compreende a proteção dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos coletivamente propostos. (THAMAY, 2013, p. 161)

Dessa forma, inicialmente serão expostos argumentos contrários e favoráveis à inversão probatória em demandas ambientais, com especial análise pelo aspecto processual, que se dá em razão da existência do microssistema processual coletivo, o qual possibilita a integração de diversas normas. Assim, a inversão probatória na Ação Civil Pública ambiental pode ser deferida, ou indeferida, com base no Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, serão expostos considerações e posicionamentos jurisprudenciais a respeito da inversão do ônus da prova com fundamento no princípio da precaução. Muito embora se trate de argumento material, serão feitas considerações a respeito da proximidade entre o mencionado princípio e os dispositivos legais previstos no microssistema processual coletivo e que autorizam a inversão do ônus da prova, ou seja, pela via processual.

Nesse sentido, levando em consideração as especificidades que envolvem o Direito ambiental – como exemplo, cita-se o fato de se tratar de demanda cuja vítima é a coletividade; portanto, dificilmente terá como ofendido um único indivíduo – será analisado se a inversão probatória está em conformidade às demais disciplinas do Direito ou se recebe tratamento diferenciado. Se constatado que às ações ambientais, por se tratarem de ações coletivas, aplicam-se entendimentos distintos, será mencionado em que consistiriam.

Por fim, importante mencionar que o estudo será realizado por meio da análise da jurisprudência, com maior enfoque aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, bem como da doutrina e da legislação aplicável.

A IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO AMBIENTAL: DA NÃO INCIDÊNCIA NORMATIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Utiliza-se o termo “meio ambiente” como referência a todo espaço em que se vive, para Celso Antônio Pacheco Fiorillo, “relaciona-se a tudo aquilo que nos circunda”. Na legislação brasileira, a Lei n. 6.938/1981 – dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente – trouxe o conceito no inciso I de seu art. 3º, o qual estabelece que se entende por meio ambiente “o conjunto de condições, leis influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”¹⁵².

Quanto a esse conceito, Luís Paulo Sirvinskaskas afirma que não é adequado, pois não alcança de forma ampla todos os bens jurídicos protegidos, pois tal como exposto na legislação, diz respeito apenas ao meio ambiente natural. Para Sirvinskaskas, o meio ambiente pode ser dividido em natural, cultural, artificial e do trabalho¹⁵³.

Explicando cada uma dessas divisões, expõe que o meio ambiente natural “integra a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna, a flora, a biodiversidade, o patrimônio genético e a zona costeira (art. 225 da CF)”. Já o meio ambiente cultural integra “os bens de natureza material e imaterial, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (arts. 215 e 216 da CF)”. Por sua

¹⁵² BRASIL, *Lei n. 6.938/1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 06/08/2020.

¹⁵³ SIRVINSKASKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 102.

vez, o meio ambiente artificial “integra os equipamentos urbanos, os edifícios comunitários (arquivo, registro, biblioteca, pinacoteca, museu e instalação científica ou similar) (arts. 21, XX, 182 e s. e 225 da CF)”. Por fim, o meio ambiente do trabalho abrange “a proteção do homem em seu local de trabalho, com observância às normas de segurança (arts. 7º, XXII, e 200, VII e VIII, ambos da CF)”¹⁵⁴.

Em relação aos danos ambientais, o inciso II do art. 3º da Lei n. 6.938/1981 dispõe que se entende por degradação da qualidade ambiental “a alteração adversa das características do meio ambiente”. Por sua vez, o inciso III conceitua poluição como “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: [...]” prejudiquem a população, as atividades sociais e econômicas, afetem a biota e as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente e lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões.

Além da legislação brasileira, também a doutrina buscou conceituar o “dano ambiental”, que, para Paulo de Bessa Antunes, consiste na “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”¹⁵⁵.

Luís Paulo Sirvinskas conceituou o dano ambiental como “toda agressão contra o meio ambiente causada por atividade econômica potencialmente poluidora, por ato comissivo praticado por qualquer pessoa ou por omissão voluntária decorrente de negligência”¹⁵⁶. Esclareceu ainda que constatada a ocorrência de um dano ambiental, surge para o responsável o dever de reparar ou ressarcir.

¹⁵⁴ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 102.

¹⁵⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 158.

¹⁵⁶ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 102.

José Afonso da Silva, por sua vez, refere-se ao meio ambiente como o conjunto que envolve os inúmeros elementos que possibilitam o desenvolvimento da vida, independentemente de serem naturais, culturais ou artificiais:

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico. O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. (SILVA, 2002, p. 20)

Apesar de a Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente ter sido promulgada em 1981, foi com a Constituição Federal de 1988 que a matéria ambiental recebeu verdadeira atenção quanto aos aspectos legais¹⁵⁷. A Carta Magna dedicou um Capítulo exclusivo ao meio ambiente e previu, expressamente, as obrigações do Poder Público e da sociedade diante do meio ambiente. No entanto, a prática de danos ambientais ainda é recorrente e exige do Direito posicionamento a respeito da reparação do prejuízo.

Nesse sentido, é válida a observância do art. 225 da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações¹⁵⁸.

¹⁵⁷ A Constituição Federal de 1988 recepcionou a Lei 6.938/1981 em quase todos os seus aspectos. Ainda, criou competências legislativas concorrentes, dando prosseguimento à Política Nacional de Defesa Ambiental (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 56 (e-book).

¹⁵⁸ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06/09/2020.

De acordo com Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, “os danos ambientais são resultado inevitável dos padrões de consumo nocivos, da produção linear de resíduos, da cultura de competição e dominação”¹⁵⁹. Por isso, entende que “promover a reparação dos danos causados ao meio ambiente é uma dessas importantes tarefas do Poder Público e da sociedade e sua consecução depende da adoção de regras processuais adequadas, razoáveis, eficientes”¹⁶⁰.

Neste sentido, o Direito Ambiental destina-se a reordenar a relação do homem com o ambiente em que vive, prevendo medidas de cunho educativo e também coercitivo, para que os impactos da degradação sejam amenizados e, também, o causador do dano seja responsabilizado. No que tange à responsabilização do agente, a legislação a imputou de forma objetiva, ou seja, a obrigação pela reparação do dano independe da demonstração de dolo ou culpa, bastando a ocorrência do prejuízo e o nexo de causalidade.

A respeito do nexo de causalidade, Édis Milare e Paulo Affonso Leme Machado afirmam que “é o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato que é fonte da obrigação de indenizar. É um elemento objetivo, pois alude a um vínculo externo entre o dano e o fato da pessoa ou da coisa.”¹⁶¹

Na legislação brasileira, a responsabilidade objetiva está expressamente prevista no art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981:

¹⁵⁹ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. *A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso*. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 18.

¹⁶⁰ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. *A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso*. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 19.

¹⁶¹ MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. v, 2011, ps. 43-48.

Art. 14. [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.¹⁶²

O dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal, que dispôs no § 3º do art. 225 que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”¹⁶³. Diante disso, o Superior Tribunal de Justiça adotou, em seus julgados, a Teoria do Risco Integral, a qual não admite nenhuma excludente de responsabilidade, pois basta a constatação de ação ou omissão, com resultado lesivo ao meio ambiente.

Ao explicarem a Teoria do Risco Integral, Édis Milare e Paulo Affonso Leme Machado afirmam que essa “legitimou a responsabilidade objetiva e proclama reparação do dano mesmo involuntário, responsabilizando-se o agente por todo ato do qual fosse a causa material, excetuando-se apenas os fatos exteriores ao homem”. Citando Caio Mário da Silva Pereira, pontuam que não se questiona o porquê, nem como aconteceu o dano, pois basta verificar se efetivamente aconteceu, para que a vítima seja compensada¹⁶⁴.

Por sua vez, ao lecionar sobre a teoria do risco, Sérgio Cavalieri Filho afirma que “todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido

¹⁶² BRASIL, *Lei n. 6.938* de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em 10/09/2020.

¹⁶³ BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 06/09/2020.

¹⁶⁴ MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. v, 2011, ps. 43-48.

com culpa”¹⁶⁵. Apesar de tal teoria afastar a verificação da culpa para que se possa responsabilizar o causador do dano, mantém como requisito a comprovação do nexo causal, portanto, é necessário apenas comprovar a relação entre a atividade praticada e o resultado lesivo.

Neste vértice, ao proferir decisão em Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento a recurso interposto por pessoa jurídica e manteve a decisão do Tribunal de Justiça de origem, que entendeu pela existência do dever de reparar dano ambiental. No julgado, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, consta que “é firme a jurisprudência do STJ no sentido de que, nos danos ambientais, incide a teoria do risco integral, advindo daí o caráter objetivo da responsabilidade [...] bastando, para tanto, a ocorrência do resultado prejudicial [...] advindo de uma ação ou omissão do responsável”¹⁶⁶.

A respeito da responsabilidade objetiva ao causador do dano ambiental, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira explica que a imputação de responsabilidade objetiva ao causador do dano ambiental é aplicada no sistema processual como garantia para a vítima, que não pode ter seus direitos fundamentais violados, a exemplo do Direito à vida, à saúde e à segurança. Prosseguindo, esclarece que em casos tais a sociedade é a vítima, portanto, aquele que assume postura lesiva ao meio ambiente com o intuito de se beneficiar, deve ser responsabilizado pelos danos a que der causa, mesmo que ocorram de forma acidental¹⁶⁷.

No entanto, Paulo de Bessa Antunes entende que a simples admissão de que existe o risco, afasta a possibilidade de determinada ati-

¹⁶⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 136.

¹⁶⁶ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *AgInt no AREsp 1515490/RJ*, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 17/12/2019, DJe 04/02/2020.

¹⁶⁷ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 20.

vidade acarretar danos ambientais de forma acidental. Isso porque, ao reconhecer o risco como pressuposto do dever de indenizar, reflexivamente a legislação admite que possíveis sinistros sejam previsíveis, portanto, reconhece a existência de uma “rotina de acidentes”:

O reconhecimento do risco como fundamento da culpa é a negação da teoria do acidente, do acaso, da área tão falada pelos especialistas. A partir do momento em que a legislação reconhece o risco como fundamento da indenização, está, concomitantemente, reconhecendo a existência de uma previsibilidade na ocorrência de sinistros, de uma inevitabilidade dos mesmos, de uma rotina de acidentes. Esse fato tem evidentes consequências econômicas decorrentes do aumento dos custos das atividades perigosas em face da necessidade de pagamento das indenizações às vítimas. (ANTUNES, 2019, p. 152)

Nesse mesmo sentido, Édis Milare e Paulo Affonso Leme Machado explicam que a responsabilidade objetiva tem como pressuposto a prática de atividade que ofereça risco à saúde e ao meio ambiente, imputando-se ao empreendedor o dever de evitá-lo, bem como incluí-lo em seu processo de produção. Tais obrigações consistem na aplicação do princípio da prevenção e princípio do poluidor-pagador¹⁶⁸.

Para responsabilização do causador do dano, parte-se do pressuposto de que aquele que exerce atividade que pode, de algum modo, oferecer prejuízos ao meio ambiente, deve antever tal possibilidade e, como consequência, aceitar os danos resultantes. Ao agir dessa forma, o agente posiciona-se como garantidor da preservação ambiental, obrigando-se em relação aos danos decorrentes¹⁶⁹.

Graziela de Oliveira Kohler justifica a aplicação da responsabilidade objetiva ao Direito ambiental no fato de a tecnologia e o consumo

¹⁶⁸ MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. v, 2011, ps. 43-48.

¹⁶⁹ MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Orgs.). *Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental: responsabilidade em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. v, 2011, ps. 43-48.

em massa demandarem intensa utilização de recursos naturais. Com isso, verifica-se substancial degradação do meio ambiente, com prejuízos à saúde e bem-estar da população:

A regulamentação ambiental no Direito pátrio consolidou o modelo da responsabilidade civil objetiva para a reparação de danos ao meio ambiente. Essa modalidade foi recepcionada pela legislação em razão das complexidades ambientais, pois a era tecnológica e o consumo em massa fazem com que os recursos naturais sejam objeto de intensa utilização, atos que degradam o meio ambiente, prejudicando a saúde e o bem-estar da população. (KÖHLER, 2009, p. 12)

Além das recorrentes intervenções no meio ambiente que acarretam danos e refletem diretamente na saúde da população, a adoção da teoria da responsabilidade objetiva mostrou-se viável diante da dificuldade em comprovar a culpa do causador do dano. Nesse contexto, afastando-se a necessidade de demonstrar a efetiva intenção do agente e, também, a existência de uma conduta acidental, bastava a ocorrência do dano e a relação de causalidade entre a conduta e a consequência, para que a responsabilização ocorresse¹⁷⁰.

Ocorre que, mesmo dispensada a demonstração da culpa, a responsabilização do causador do dano exige prova do nexo causal, ou seja, o prejuízo ao meio ambiente – e conseqüentemente à sociedade – deve, necessariamente, ser consequência da atividade praticada pelo agente. No entanto, “a maior causa do enfraquecimento da responsabilidade objetiva não é outra senão a impossibilidade de comprovação do liame de causalidade ente a atividade promovida pelo suposto poluidor e os danos ambientais verificados”¹⁷¹.

¹⁷⁰ SIRVINKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 211.

¹⁷¹ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. *A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso*. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglio (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 22.

Ao entender pela necessidade de facilitar a demonstração do nexo causal, Antônio Herman V. Benjamin, citado por Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, aponta alternativas favoráveis à sociedade, dentre as quais faz menção à inversão do ônus da prova, repassando ao demandado a possibilidade de eliminar a relação de causalidade entre sua conduta e a consequência¹⁷².

No entanto, não é unânime o entendimento de que a inversão do ônus da prova aplica-se ao Direito Ambiental, tendo em vista que a regra prevista no Código de Processo Civil dispõe de maneira diversa, nos termos do art. 373, I e II. De acordo com o dispositivo, que se utiliza da inversão estática do ônus da prova, cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu Direito e, ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do Direito requerido em juízo:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do Direito do autor.¹⁷³

Considerando a legislação *stricto sensu*, na condição de demandado de uma ação que tem por objetivo a apuração de dano ambiental, a vítima – muitas vezes a coletividade – é responsável pela produção da prova a respeito dos fatos que alega, notadamente no que diz respeito à efetiva prática de conduta lesiva pelo demandado e o vínculo entre essa e o resultado lesivo. Ao demandado, por sua vez, é atribuído o dever de comprovar a existência de fato que faça cair por terra a pretensão do demandante.

¹⁷² BENJAMIN, Antônio Herman V. *A responsabilidade civil pelo dano ambiental*. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 9, ano 3, p. 5-52, jan.-março, 1998.

¹⁷³ BRASIL, *Lei n. 13.105/2015* – Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 06/08/2020.

Recorda-se que, conforme já mencionado no primeiro Capítulo, o Novo Código de Processo Civil prevê, de forma excepcional, a aplicação dinâmica do ônus da prova, em conformidade com o § 1º do art. 373. Nos termos do referido dispositivo, a partir da análise do caso concreto, poderá o Magistrado modificar a distribuição do ônus da prova, quando constatar que uma das partes terá grande dificuldade para apresentar a prova que lhe incumbe, enquanto a parte contrária apresentaria maior facilidade¹⁷⁴.

Apesar de se tratar de uma inovação do Novo Código de Processo Civil, a modificação do ônus da prova já era defendida pela doutrina. Neste sentido, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira refere-se à distribuição dinâmica do ônus da prova como um mecanismo de esvaziamento das normas de Direito material, pois além de agravarem a questão da poluição, tornam o sistema ineficaz:

A atribuição do ônus da prova ao demandante no processo de responsabilização por danos ambientais é um dos principais mecanismos de esvaziamento das normas de Direito material, que resultam na ineficácia do sistema e no consequente agravamento do quadro de poluição. O Direito, nesse contexto, atua em sua dimensão simbólica, “sublimando a realidade da contaminação”. (LEITE *et al*, 2003, p. 26)

No entanto, destaca-se que o Código de Processo Civil, a Lei de Ação Civil Pública ou qualquer outra legislação aplicável aos feitos de ordem ambiental não preveem expressamente a possibilidade de inversão do ônus probatório, mas de modificação, conforme o caso concreto, lembrando que a distribuição dinâmica não se confunde com a inversão.

Na legislação brasileira, a possibilidade de inversão do ônus da prova consta expressamente no Código de Defesa do Consumidor no artigo 6º, inciso VIII, ou seja, trata-se de norma aplicável às relações de consumo. Assim, não configurada a relação consumerista entre

¹⁷⁴ BRASIL, *Lei n. 13.105/2015*. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 06/08/2020.

a vítima e o causador do dano ambiental, seria inaplicável o Código mencionado, já que sua finalidade é regulamentar exclusivamente a relação jurídica entre fornecedor e consumidor:

A jurisprudência e a doutrina sustentam não existir a figura do consumidor, bem como do fornecedor na relação de causa e efeito danosos ao meio ambiente e que reflitam na pessoa humana, não se estabelecendo relação de consumo. Assim, as ações decorrentes de danos ambientais deveriam seguir apenas as normas estabelecidas pelo artigo 333 do Código de Processo Civil. (RÖESLER, 2012, p. 74)

Dessa forma, ausentes os requisitos que caracterizam a relação de consumo, inaplicável a legislação específica. As alegações contrárias à inversão do ônus da prova em matéria ambiental sustentam que o processo civil não admite exceções, do mesmo modo que a relação entre causador do dano ambiental e vítima não possui equivalência, nem mesmo indireta, com as relações de consumo¹⁷⁵.

Utilizando esse mesmo argumento, em decisão proferida no dia 25 de novembro de .2002, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento ao Agravo de Instrumento n. 70004727350, em que o agravante se insurgiu contra a decisão que inverteu o ônus da prova em ação que apurava a prática de dano ecológico. Ao proferir seu voto, o Relator, Min. Mário Crespo Brum, afirmou que não é cabível a inversão do o ônus da prova quando as partes não se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor, previstos no Código Consumerista. Os demais desembargadores seguiram o voto do Relator e o recurso foi provido por unanimidade, com a seguinte ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. UNÂNIME. [...] sustenta a agravante tratar-se de ação indenizatória visando a quantificar danos materiais e

¹⁷⁵ RÖESLER, L.; AMARAL, V. *Inversão do ônus da prova no Direito ambiental brasileiro*. Revista Justiça do Direito, v. 21, n. 1, 4 jan. 2012, p. 74.

morais sofridos pelos agravados, não se enquadrando no conceito de relação de consumo¹⁷⁶.

No julgado transcrito, mesmo que a ação versasse sobre questão ambiental, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu não ser possível a inversão do ônus da prova por não se tratar de relação de consumo, tendo em vista que se tratava de ação indenizatória sem relação com situação de consumidor, cujos motivos do dano não eram decorrentes de serviços ou produtos fabricados pela parte agravada.

Outro argumento que ampara a negativa de aplicação da inversão probatória no Direito ambiental diz respeito à inadequada presunção de culpabilidade, quando, na verdade, vigora no Direito brasileiro o princípio da presunção de inocência. Os adeptos desse entendimento justificam que ao recair sobre o poluidor a obrigação de demonstrar que o dano não decorre de suas atividades, ou seja, que não há nexo de causalidade, estar-se-á atribuindo-lhe um ônus injusto¹⁷⁷:

Neste caso, quem ressarciria os custos da prova? O Estado, que permitiu a inversão e gerou um prejuízo à empresa? Uma possibilidade seria imputar tais custos ao autor, como sucumbência. Contudo, se a inversão já ocorreu por hipossuficiência econômica, também este não teria como suportar o custo do ônus sucumbencial. (RÖESLER et al, 2012, p. 74)

Denota-se que há preocupação com a atribuição da responsabilidade pela produção probatória ao demandado, pois, nesse caso, parte-se do pressuposto que foi o causador do dano e, por isso, recai sobre si o ônus de provar que não o fez. Além disso, torna-se o responsável por arcar com o pagamento das despesas

¹⁷⁶ A título jurisprudencial, ver: RIO GRANDE DO SUL - TJRS. *Agravo de Instrumento*, n. 70004727350, Segunda Câmara Especial Cível, Relator: Mário Crespo Brum, j. em: 25.11.2002. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70004727350&numero_processo_desktop=70004727350&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em 06/11/2020.

¹⁷⁷ RÖESLER, L.; AMARAL, V. Inversão do ônus da prova no Direito ambiental brasileiro. *Revista Justiça do Direito*, v. 21, n. 1, 4 jan. 2012, p. 74.

necessárias para comprovar não ser o autor – ao menos em tese – de uma prática que lhe está sendo imputada.

Especificamente sobre o dever de arcar com o adiantamento de despesas para produção de prova, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que não há previsão legal que imponha ao requerido o dever de arcar com as despesas de prova pericial. No julgado mencionou-se que não se confunde a inversão do ônus da prova com inversão do ônus de adiantar despesas¹⁷⁸.

Inclusive, a Súmula 232 do STJ permite que a Fazenda Pública efetue o pagamento das despesas do perito quanto necessário; portanto, o mesmo entendimento deve ser aplicado ao Ministério Público, na condição de autor de Ação Civil Pública. A decisão foi prolatada no julgamento do Recurso Especial n. 846529, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, ocorrido no dia 19.4.2007:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DAS DESPESAS NECESSÁRIAS À PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85. CPC, ART. 19.

1. Não existe, mesmo em se tratando de ação civil pública, qualquer previsão normativa que imponha ao demandado a obrigação de adiantar recursos necessários para custear a produção de prova requerida pela parte autora. Não se pode confundir inversão do ônus da prova (= ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais.

2. A teor da Súmula 232/STJ, “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”. O mesmo entendimento deve ser aplicado ao Ministério Público, nas demandas em que figura como autor, inclusive em ações civil públicas.

3. Recurso especial a que se nega provimento¹⁷⁹.

¹⁷⁸ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *REsp* 846.529/MS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19/04/2007, DJ 07/05/2007.

¹⁷⁹ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *REsp* 846.529/MS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 19/04/2007, DJ 07/05/2007.

O mesmo posicionamento foi adotado no julgamento do Recurso Especial n. 538807, também de relatoria do Des. Ministro Teori Albino Zavascki:

PROCESSUAL CIVIL. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. ÔNUS DA PROVA. ADIANTAMENTO DAS DESPESAS PROCESSUAIS.

[...]

5. Não se pode confundir ônus da prova com obrigação pelo pagamento ou adiantamento das despesas do processo. A questão do ônus da prova diz respeito ao julgamento da causa quando os fatos alegados não restaram provados. Todavia, independentemente de quem tenha o ônus de provar este ou aquele fato, cabe a cada parte prover as despesas dos atos que realiza ou requer no processo, antecipando-lhes o pagamento (CPC, art. 19), sendo que compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público (CPC, art. 19, § 2º).

6. Recursos especiais parcialmente providos¹⁸⁰.

O entendimento exposto no julgado é acompanhado por parte da doutrina, pois Hugo Nigro Mazzilli preconiza que, ao tempo que a dispensa do adiantamento de custas em ações que tutelam interesses coletivos facilita a proteção de direitos transindividuais, de outro lado, quando tal condição inviabilizar a tutela, deve a Fazenda Pública arcar com o custeio. Quando se trata de ação movida pelo Ministério Público, o responsável pelo pagamento das diligências é o ente público personalizado, ou seja, a União ou o respectivo Estado¹⁸¹.

¹⁸⁰ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *REsp* 538.807/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 03/10/2006, DJ 07/11/2006, p. 231.

¹⁸¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. Editora Saraiva. 18ª ed. São Paulo, 2005, pp. 511-512.

Para comprovar que o entendimento no sentido de que a inversão do ônus da prova não resulta em inversão da responsabilidade pelo custeio da prova pericial ainda prevalece na jurisprudência, expõe-se mais uma decisão proferida pelo STJ, desta vez em junho deste ano de 2020. No caso, que também versa sobre Direito ambiental, entendeu-se que o adiantamento de honorários periciais em Ação Civil Pública é de responsabilidade do Estado a que está vinculado o Ministério Público autor da demanda.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE DO ESTADO A QUE ESTIVER VINCULADO O MINISTÉRIO PÚBLICO, AUTOR DA AÇÃO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 232/STJ. INAPLICABILIDADE DO ART. 91 DO CPC/2015. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. No acórdão objeto do Recurso Ordinário, o Tribunal de origem denegou a ordem, em Mandado de Segurança, impetrado pelo Estado de São Paulo, contra decisão proferida nos autos de Ação Civil Pública em que se apuram danos ambientais, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que determinara que o impetrante efetuassem o adiantamento da verba honorária do perito.

2. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.253.844/SC (Rel.

Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 17/10/2013), submetido ao rito do art. 543-C do CPC/73 (art. 1.036 do CPC/2015), firmou o entendimento de que, em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público, o adiantamento dos honorários periciais ficará a cargo da Fazenda Pública a que está vinculado o Parquet, pois não é razoável obrigar o perito a exercer seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas, aplicando-se, por analogia, a orientação da Súmula 232/STJ, in verbis: “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”. [...]

3. Na forma da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “não se sustenta a tese de aplicação das disposições contidas no art. 91 do Novo CPC, as quais alteraram a responsabilidade pelo adiantamento dos honorários periciais; isto porque a Lei 7.347/1985 dispõe de regime especial de custas e despesas processuais, e, por conta de sua especialidade, a referida norma se aplica à Ação Civil Pública, derogadas, no caso concreto, as normas gerais do Código de Processo Civil” (STJ, RMS 55.476/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2017). Em igual sentido: STJ, AgInt no RMS 56.454/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 20/6/2018.

4. Agravo interno não provido¹⁸².

Em atenção à Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), prevê, em seu art. 21 que “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”¹⁸³. Aqueles que defendem a inversão do ônus da prova nas ações ambientais invocam a aplicação do dispositivo como justificativa; no entanto, a inversão do ônus da prova no Código Consumerista é regulamentada pelo art. 6º, inciso VIII, que não está inserido no mencionado Título III.

Diante do silêncio da Lei ao dispor sobre a aplicação do art. 6º, inciso VIII, quando trata da relação existente entre as ações regulamentadas pelo Código de Defesa do Consumidor e as Ações Cíveis Públicas, leva alguns autores ao entendimento de que não é possível presumir que assim seja feito.

Nesse sentido, situa-se o entendimento de Édis Milaré, para quem, em respeito ao princípio da legalidade, não é possível autorizar

¹⁸² A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *AgInt no RMS 61.512/SP*, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 22/06/2020, DJe 26/06/2020.

¹⁸³ BRASIL, *Lei n. 7.347/1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em 06/11/2020.

uma interpretação extensiva da lei prejudicial ao réu, vez que ao ser responsabilizado pela produção probatória seus direitos serão restringidos. De acordo com Milaré, para que assim seja feito, é preciso que seja editada norma específica nesse sentido¹⁸⁴.

Erica Rusch também entende que deveria a Lei determinar expressamente a inversão do ônus da prova em casos não regulamentados pelo Direito do Consumidor. Nas palavras da autora, “pensamos que se de fato pretendesse o legislador que as demais disposições processuais previstas no Código de Defesa do Consumidor se aplicassem à defesa dos direitos metaindividuais em geral, teria inserido no texto do art. 21 da Lei 7.347/1985 tal afirmação”¹⁸⁵.

Nesse sentido, entende que se o legislador não dispôs a respeito, não se pode dar à lei interpretação diversa, em respeito ao princípio da legalidade. Além disso, também afirma que a inversão do ônus da prova, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor, seria reflexo da relação material e processual existente nas relações de consumo e se destinaria a facilitar a defesa do consumidor em juízo. No entanto, nas demandas cujo interesse seja tutelado pela Lei n. 7.347/1985, não haveria desequilíbrio que justificasse a inversão probatória¹⁸⁶.

Percebe-se que um dos principais argumentos de quem defende a não aplicação da inversão do ônus da prova às demandas ambientais consiste na ausência de previsão legal na Lei da Ação Civil Pública e na necessidade de respeitar o princípio da legalidade. No entendimento de Édis Milare, “por mais justificável que seja, do ponto de vista filosófico, a inversão do ônus da prova em favor da defesa

¹⁸⁴ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 1.462.

¹⁸⁵ RUSCH, Erica. “*Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais*”. In: Revista de processo, v. 168, Fev/2009, p. 363.

¹⁸⁶ RUSCH, Erica. “*Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais*”. In: Revista de processo, v. 168, Fev/2009, p. 363.

dos valores ambientais, não se pode aplaudir qualquer violência aos cânones do Estado de Direito”¹⁸⁷.

Em consulta à jurisprudência, identificou-se que ao analisar o Recurso de Apelação n. 0005672-93.2014.8.19.001, interposto em face de decisão que tratou de indenização por danos ambientais, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entendeu pela impossibilidade de inverter o ônus da prova em razão da não comprovação de um dos requisitos previstos no art. 6º, VIII, do Código do Consumidor:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. VAZAMENTO DE ÓLEO NO CAMPO DO FRADE, BACIA DE CAMPOS, EM NOVEMBRO DE 2011. AÇÃO PROPOSTA POR SUPOSTOS PESCADORES ARTESANAIS DO SUL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE QUE OS AUTORES EXERCEM A ATIVIDADE PESQUEIRA, BEM COMO DOS DANOS ALEGADOS. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, MESMO QUANDO NÃO HÁ IDENTIDADE DE PARTES. [...] INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. PARTE AUTORA QUE SE MOSTRA VULNERÁVEL, MAS NÃO HIPOSSUFICIENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ. Apelação n. 0005672-93.2014.8.19.0001, Décima Oitava Câmara Cível, Rel. Desembargador Eduardo de Azevedo Paiva).

Entendimento semelhante foi adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em julgamento proferido no dia 28.6.2019, quando analisado Agravo de Instrumento interposto em Ação Civil Pública destinada à apuração de danos ambientais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MEIO AMBIENTE. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO EM CONCRETO. AUSÊNCIA DE VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. Para o deferimento da inversão do ônus da prova *ope judicis* é imprescindível a demonstração da verossimilhança da alegação

¹⁸⁷ MILARÉ, Edis. *Direito do Ambiente*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 1030 e 1301.

ou de sua hipossuficiência. A hipossuficiência, por sua vez, está ligada à situação de vulnerabilidade, que pode ser técnica, econômica, jurídica. 2. *In casu*, não há como considerar que o Ministério Público se trate de parte hipossuficiente ou vulnerável. De acordo com os documentos carreados nos autos, é possível inferir que o agravante possui corpo técnico composto de profissionais de alta capacitação, com conhecimento técnico e jurídico da matéria em debate. 3. Ausente a vulnerabilidade, inviável a inversão o ônus da prova. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA¹⁸⁸

Em ambos os julgados, entendeu-se pela impossibilidade de inverter o ônus da prova, sob o argumento de que não foram comprovados os requisitos exigidos pela legislação brasileira, a saber, a hipossuficiência da parte ou vulnerabilidade. É de se ressaltar que apesar de negada a inversão, o fundamento está relacionado ao Código de Defesa do Consumidor, cujos requisitos autorizadores, para que assim seja feito, consistem na comprovação de vulnerabilidade ou hipossuficiência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA CONTRA A MUNICIPALIDADE RECORRIDA EM FACE DE OCORRÊNCIA AMBIENTAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. A NATUREZA DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA EM FACE DE MATÉRIA AMBIENTAL NÃO AUTOMATIZA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, O QUE, INEQUIVOCADAMENTE ENSEJARIA A PRODUÇÃO DE PROVA NEGATIVA POR PARTE DO DEMANDADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Hipótese dos autos em que resta evidenciado, inclusive pela documentação carreada junto à inicial da ação civil pública, que o Ministério Público possui condições suficientes de produzir prova acerca de suas alegações, seja por sua estrutura institucional, como bem observado pelo Juízo a

¹⁸⁸ A título jurisprudencial, ver: RIO GRANDE DO SUL - TJRS. *Agravo de Instrumento*, n. 70081948531, Vigésima Segunda Câmara Cível. Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em: 28-06-2019. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&cliente=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70081948531&numero_processo_desktop=70081948531&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em 06/11/2020

quo, seja pelas peculiaridades que o próprio caso concreto apresenta. Ademais, o simples fato de tratar-se de questão ambiental, cuja natureza da responsabilidade civil é objetiva, não automatiza a inversão do ônus da prova, notadamente diante do fato de que tal sequer demanda prova de culpa. Sob esse prisma, atentando-se ao que preconiza o art. 333, I, do Código de Processo Civil, não merece acolhida a irresignação. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO¹⁸⁹.

Finalizando a exposição da sistemática contrária à autorização de inversão do ônus da prova, a decisão exposta acima, também proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, é bastante clara no sentido de que a inversão do ônus da prova não ocorre de forma automática. Nesse sentido, se o demandante tem condições de produzir provas – como é o caso do Ministério Público – não se mostra razoável a inversão probatória.

Em resumo, a possibilidade de inversão do ônus da prova em matéria ambiental não é unânime na doutrina e na jurisprudência brasileiras e a negativa para que seja aplicada fundamenta-se principalmente na ausência de previsão legal, o que resultaria em violação ao princípio da legalidade. Até mesmo quem defende a possibilidade de aplicar às demandas ambientais os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor depara-se com a inviabilidade de inverter a responsabilidade probatória diante da ausência dos requisitos legais.

Feitas tais considerações, no tópico seguinte serão analisados os argumentos contrários, ou seja, a respeito da efetiva possibilidade de inverter o ônus da prova em matéria ambiental, repassando ao causador do dano a obrigação de comprovar que a atividade que desenvolve não é lesiva ao meio ambiente.

¹⁸⁹ A título jurisprudencial, ver: RIO GRANDE DO SUL - TJRS. *Agravo de Instrumento*, n. 70050044320, Primeira Câmara Cível, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em: 21-11-2012. Disponível em https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index&combo_comarca=700&comarca=&numero_processo=70050044320&numero_processo_desktop=70050044320&CNJ=N&comarca=&nome_comarca=&uf_OAB=&OAB=&comarca=&nome_comarca=&nome_parte=. Acesso em 06/11/2020.

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO AMBIENTAL: DA INTEGRAÇÃO DO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

Ainda que parte da doutrina e da jurisprudência entenda não ser adequado inverter o ônus da prova em ações que apurem danos ao meio ambiente, seja por suposta ausência de previsão legal, seja pelo não preenchimento dos requisitos, a doutrina majoritária e a jurisprudência brasileiras vem se firmando em sentido contrário. Em uma busca às mais recentes decisões na matéria, percebe-se que os Tribunais Superiores têm se posicionado de forma favorável à inversão probatória no Direito Ambiental brasileiro.

Conforme exposto no tópico anterior, apesar de a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) não dispor expressamente sobre o ônus da prova nas demandas destinadas ao resguardo de interesses difusos e coletivos, tal possibilidade encontra fundamento no Código de Defesa do Consumidor. Isso ocorre porque o art. 21 da Lei n. 7.347/1985 dispõe expressamente que são aplicáveis à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais o disposto no Título III do Código de Defesa do Consumidor¹⁹⁰.

Sobre a definição de processo coletivo, Freddie Didier Jr. esclarece que “é aquele em que se postula um Direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou que se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, por ex.) de titularidade de um grupo de pessoas”¹⁹¹.

¹⁹⁰ BRASIL. *Lei n. 7.347/1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em 06/11/2020.

¹⁹¹ DIDIER Jr., Freddie. *CursodeDireitoProcessualCivil:processocoletivo*. v.4, 13ªed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 35-36.

Muito embora o citado título trate da “defesa do consumidor em juízo”, o que não engloba a regulamentação sobre a inversão do ônus da prova – previsto no art. 6º do Código –, entende-se que é plenamente possível sua aplicação, visto que está incluído no rol de direitos básicos do consumidor. Para o Superior Tribunal de Justiça, o disposto no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra processual, portanto, possível sua aplicação a demandas que, embora não versem necessariamente sobre relação de consumo, tratem de direitos difusos e coletivos.

Esse argumento está estampado em decisão publicada no dia 17.11.2016, referente ao julgamento do Recurso Especial n. 1235467 pela Segunda Turma, de relatoria do Ministro Herman Benjamin. O acórdão tratou sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova em matéria ambiental e fundamentou a possibilidade jurídica no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, mencionando que o dispositivo “contém comando normativo estritamente processual”, portanto, não limitado às ações que tratem de relações de consumo:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. DEGRADAÇÃO DA MATA ATLÂNTICA POR PASTAGEM DE ANIMAIS. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL, INCLUSIVE QUANDO A AÇÃO FOR PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública ambiental. Em saneamento, o juízo de primeiro grau, entre outras providências, determinou a inversão do ônus da prova, decisão reformada pelo Tribunal de origem.

[...] POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM QUALQUER MODALIDADE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA 3. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente

te processual, o que a põe sob o campo de incidência do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009). [...] ¹⁹².

Em outra decisão, publicada ainda no dia 18.5.2009 – o que comprova que não é de hoje que o Superior Tribunal de Justiça adotou esse posicionamento – igualmente se entendeu pela possibilidade de inverter o ônus da prova com fundamento no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. De acordo com o julgado, “aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva” ¹⁹³.

O entendimento jurisprudencial encontra amparo também na doutrina brasileira, como exemplo, faz-se menção à obra de Ricardo de Barros Leonel, o qual defende que apesar de a inversão do ônus da prova estar prevista no Código Consumerista, no rol de direitos materiais, não perdeu sua função de norma adjetiva. Para Leonel, a pretensão do legislador foi demonstrar que a norma processual de julgamento de modificação do ônus possui especial relevância, pois, além de seu aspecto procedimental, configura Direito fundamental do sistema de proteção do consumidor:

Quando o legislador afirma que às demandas coletivas com fundamento na Lei da Ação Civil Pública aplicam-se as normas do “Capítulo processual” do código do Consumidor, não faz referência meramente formal ou gramatical. Não apenas no “Capítulo processual” do Código identificam-se normas processuais. Exemplo típico disto é a norma sobre o ônus da prova. Não obstante a inversão do ônus da prova tenha sido capitulada no Código do Consumidor entre as regras de Direito material,

¹⁹² A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). REsp 1235467/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 20/08/2013, DJe 17/11/2016.

¹⁹³ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). REsp 1049822/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009.

como Direito básico do consumidor, não significa que tenha perdido seu caráter de norma adjetiva. (LEONEL, 2002, p. 341)

Ainda mais especificamente, explica que “a determinação de aplicação recíproca de normas do ‘Capítulo processual’ do Código do Consumidor à Lei de Ação Civil Pública implica a conclusão de que ‘as normas processuais’ daquele diploma são utilizáveis nas demandas coletivas, ainda que não fundadas em relações de consumo”¹⁹⁴. Dessa forma “toda e qualquer normal processual de cada um dos diplomas coletivos pode justificar providências e subsidiar soluções em demandas fundadas em diplomas distintos”¹⁹⁵.

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira tratou do assunto sob a mesma perspectiva, ao asseverar que ao se referir ao Título III do Código de Defesa do Consumidor como aplicável à defesa de interesses difusos e coletivos, o art. 117 da citada Lei não teve a pretensão de afastar as disposições constantes em outros tópicos, mas tão somente ressaltar a defesa do consumidor em juízo. Sobre a inserção de dispositivos aplicáveis às demandas coletivas em seções distintas, afirma que “foi o método utilizado pelo legislador na busca de clareza, objetividade e didática”¹⁹⁶.

A inversão do ônus da prova foi incluída no Código de Defesa do Consumidor no rol de direitos básicos (Título I, Capítulo III – Dos Direitos básicos do Consumidor); à vista disso, prescindível a repetição no título que trata especificamente das normas processuais (Título III), até mesmo porque é pertinente destacar sua condição de Direito básico do consumidor. Independentemente de ser um Direito básico, continua sendo uma norma processual:

¹⁹⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 341-342.

¹⁹⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 341-342.

¹⁹⁶ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 33.

Como Direito básico, a inversão do ônus da prova foi elencada no dispositivo pertinente segundo a sistemática do Código, que é o art. 6º, e sua repetição, no título III, é dispensável. Em outras palavras, há uma seção (título III) destinada às normas de caráter processual e outra (art. 6º) destinada aos direitos básicos do consumidor: a inversão do ônus da prova, que se ajusta a ambas as definições, foi inserida no art. 6º para que recebesse merecido destaque como Direito básico, fundamental. Nem por isso, contudo, deixa de possuir caráter processual, estando abrangida, portanto, pela definição legal. (LEITE *et al*, 2010, p. 34)

Não é diferente a interpretação de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, os quais esclarecem que mesmo previsto no Título I do Código de Defesa do Consumidor, o art. 6º, de fato, é norma processual; por esse motivo, aplica-se na defesa do consumidor em juízo. Por conseguinte, assim como os artigos relacionados no Título III, o dispositivo aplica-se à Lei da Ação Civil Pública na defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos¹⁹⁷.

Voltando-se apenas ao aspecto processual das demandas coletivas que versam sobre Direito ambiental, percebe-se que a inversão do ônus da prova, com fundamento nos dispositivos do Código Consumerista, justifica-se pela integração do sistema microprocessual coletivo, que admite a aplicação conjugada do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública. Reitera-se que essa possibilidade está relacionada unicamente às questões processuais, desconsiderando o Direito material.

Outra interessante lição a respeito do microsistema processual coletivo, que decorre da união dos diplomas legais mencionados acima, é apresentada por Marcelo Abelha:

[...] com o advento do CDC, criou-se uma umbilical ligação entre a LACP e aquele, de modo que qualquer tipo de ação é possível

¹⁹⁷ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual extravagante em vigor: atualizado até 22.02.2001*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 1565.

para defender os direitos difusos e coletivos que constituem o objeto de tutela da presente lei. Assim, qualquer modalidade de pedido poderá ser deduzida em juízo, sendo instrumentalizada por meio das mais diversas técnicas processuais, v.g., mandamental, condenatória, condenatória com execução lato sensu, declaratória ou constitutiva, para se atender a tutela dos bens protegidos pela Lei nº 7.347/85. (ABELHA, 2009, p. 18)

Nessa seara, compreende-se que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor também não se estende apenas ao Direito ambiental, mas a todas as áreas do Direito material que podem ser apuradas por meio de instrumentos processuais previstos nos diplomas que integram o microsistema de tutela dos interesses ou direitos coletivos. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, o microsistema processual coletivo é composto pelos seguintes diplomas legais: Lei da Ação Popular, Lei da Ação Civil Pública, Lei de Improbidade Administrativa, Mandado de Segurança Coletivo, Código de Defesa do Consumidor e Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁹⁸.

Júlio Camargo de Azevedo vai além e cita como Leis integrantes do microsistema: Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade); Lei n. 6.766/1979 (Parcelamento do Solo); Lei n. 11.428/2006 (Proteção do Bioma Mata Atlântica); Lei n. 11.105/2005 (Política Nacional de Biossegurança); dentre outras. Verifica-se, assim, que o referido microsistema não inclui apenas leis processuais, pois incluem também Leis que versam sobre Direito material.

Comprovando o entendimento de que os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se a disciplinas diversas, quando defendidas por meio dos diplomas que formam o microsistema processual coletivo, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a aplicação em ação de improbidade administrativa. Na decisão, afirmou que não há óbice à aplicação das normas consumeristas à

¹⁹⁸ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *AgInt no REsp 1733540/DF*, Rel. Ministro Gurgel de Faria, julgado em 25/11/2019, DJe 04/12/2019.

Ação Civil Pública, pois o princípio da integração tem como objetivo reforçar a efetiva tutela dos bens jurídicos coletivos¹⁹⁹.

Em suma, um microsistema legal consiste na integração de normas previstas em diplomas legais diversos, aplicáveis às mais variadas áreas do Direito material, tratando-se, portanto, de questão unicamente processual. Esse sistema foi esclarecido por Gregório Assagra de Almeida, nos seguintes termos:

Abandono da técnica legislativa de elaboração de comandos normativos genéricos e neutros; definição dos objetivos da política legislativa com finalidades próprias de um Estado promociional de valores e políticas públicas por meio do Direito; utilização de expressões setoriais com o abandono do caráter universal e precisão linguística das codificações clássicas; regulamentação exaustiva e extensa das matérias, de forma a abranger questões do Direito material, do Direito processual, do Direito material penal, do Direito administrativo, abrangendo vários ramos do Direito dentro de uma concepção multidisciplinar e transversal; reconhecimento de novos sujeitos dos direitos com a implementação de tutela jurídica de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (ALMEIDA, 2007, p. 05)

Tem-se, dessa forma, que o conjunto de leis que forma esse sistema aplica-se conjuntamente, permitindo que se subsidiem entre si. Para Júlio Camargo de Azevedo, os diplomas legais fundamentais do microsistema de processo coletivo são o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, as quais formam seu núcleo, “o centro valorativo”, isso porque, “suas normas não só servem para franquear a comunicação direta entre seus institutos (art. 21 da Lei de Ação Civil Pública e 90 do CDC), como também irradiam aplicabilidade a todos os outros diplomas legislativos que compõem o microsistema”²⁰⁰.

¹⁹⁹ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *REsp 1788797/MS*, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 05/11/2019, DJe 18/11/2019.

²⁰⁰ AZEVEDO, Júlio Camargo de; O Microsistema de Processo Coletivo Brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, v. 2, 2012, p. 111-130.

Em complemento, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, ao escrever a respeito da inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor, refere-se a esse diploma e à Lei da Ação Civil Pública como “leis gêmeas”. Silveira explica que ambas foram criadas em um mesmo contexto e com o propósito de “assegurar um tratamento difuso e coletivo a uma série de novos conflitos que não encontravam tutela no Direito existente, preso à bipolarização público/privado”²⁰¹.

Nesse contexto, a compreensão dos motivos que justificam a inversão do ônus da prova em ação que versa sobre Direito Ambiental, com fundamento em legislações diversas, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, está diretamente relacionada ao entendimento do microsistema processual coletivo. Conforme já mencionado, todo o Direito material cuja defesa se dá por meio de Ação Civil Pública admitiria a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Rodrigo Picon de Carvalho, ao estudar o microsistema processual coletivo, explica que alguns Direitos, a exemplo da saúde, educação, lazer, liberdade, segurança e a própria vida, pertencem à coletividade, portanto, quando um indivíduo sofre violação em relação a algum deles, não é o único afetado. Como exemplo, cita o transporte público que deixa de passar em uma determinada localidade, prejudicando o conjunto de indivíduos que o utiliza; todavia, não pode um único usuário demandar judicialmente o Direito de todos, já que o Código de Processo Civil não lhe autoriza defender Direito alheio²⁰².

Para o caso de violação de direitos de um conjunto de pessoas, viu-se a necessidade de identificar uma forma de defender o interesse de todos cujos interesses fossem violados, surgindo, assim, os direitos difusos e coletivos ou transindividuais. Para proteção desses, foi promulgada a Lei n. 7.347/1985, que inicialmente delimitou sua aplicação

²⁰¹ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 31.

²⁰² CARVALHO, Rodrigo Cesar Picon. *Direitos Difusos e Coletivos*. 2ª ed. 2019, p. 8.

aos direitos referentes ao patrimônio histórico e cultural e Direito do consumidor. Com a Constituição Federal de 1988, a proteção aos direitos difusos e coletivos tornou-se mais ampla e foi adotado o Código de Defesa do Consumidor²⁰³.

Posteriormente à Constituição Federal, novos diplomas legais foram surgindo, trazendo, cada um deles, assuntos específicos relativos aos direitos de uma determinada classe ou de toda a coletividade, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Estatuto da Igualdade Racial, Estatuto do Torcedor e Estatuto do Jovem. Desse modo, foi criada a conexão entre as diversas legislações, autorizando que dispositivos de uma Lei fossem aplicados à outra, desde que não houvesse contrariedade entre eles²⁰⁴.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela necessidade de reexame necessário de sentença de improcedência de Ação Civil Pública que versa sobre improbidade administrativa, por aplicação analógica do art. 19 da Lei n. 4.717/1965, vez que compõe o microsistema processual coletivo:

PROCESSO CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CAUSAS COM SUCUMBÊNCIA DA UNIÃO INFERIOR A 60 SALÁRIOS MÍNIMOS. MICROSSISTEMA DE DIREITOS COLETIVOS. PREVISÃO DE REMESSA OFICIAL NA LEI DE AÇÃO POPULAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA. CABIMENTO.

1. Trata-se de Ação de Improbidade Administrativa julgada improcedente, cuja sucumbência para União não ultrapassa o valor de 60 (sessenta salários mínimos).

2. É patente a possibilidade de utilização da lei de regência da Ação Popular (Lei 4.717/1965) como fonte do microsistema processual de tutela coletiva, prevalecendo, inclusive, sobre disposições gerais do Código de Processo Civil. A existência dos microsistemas processuais em nosso Ordenamento Jurídico é reconhecida em diversas searas de direitos coletivos,

²⁰³ CARVALHO, Rodrigo Cesar Picon. *Direitos Difusos e Coletivos*. 2ª ed. 2019, p. 8-9.

²⁰⁴ CARVALHO, Rodrigo Cesar Picon. *Direitos Difusos e Coletivos*. 2ª ed. 2019, p. 9.

de forma que os seus instrumentos podem ser utilizados com o escopo de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

2. Por aplicação analógica da primeira parte do art. 19 da Lei 4.717/1965, as sentenças de improcedência de Ação Civil Pública sujeitam-se indistintamente ao reexame necessário (REsp 1.108.542/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 29/5/2009).

3. Julgada improcedente Ação de Improbidade Administrativa, há necessidade de remessa oficial, independentemente do valor da sucumbência.

4. Agravo Interno a que se nega provimento²⁰⁵.

Da leitura do Acórdão na íntegra, extrai-se que, ao proferir seu voto, o Relator, Desembargador Ministro Herman Benjamin, fez menção à semelhança das funções a que se destinam a Ação Popular e a Ação Civil Pública, a saber, proteção do patrimônio público. Assim como fonte do microsistema processual coletivo – assim como é o Código de Defesa do Consumidor – aplicam-se os dispositivos da Lei da Ação Popular à Ação Civil Pública.

Retomando a análise das demandas ambientais, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira explica que os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis à Lei da Ação Civil Pública – instrumento utilizado para buscar judicialmente a defesa do Direito ambiental – facilitam a oferta de tratamento efetivo aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Afirma ainda que a integração entre os dispositivos tem a função de ampliar “o alcance dos instrumentos processuais comunitários, consolidando e harmonizando um sistema uniforme de tutela metaindividual”²⁰⁶, lembrando que sustenta ser inquestionável a aplicação do art. 6º do Código, mesmo previsto em seção diversa.

²⁰⁵ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *AgInt no REsp 1379659/DF*, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 28/03/2017, DJe 18/04/2017.

²⁰⁶ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 32-33.

Em decisão proferida em Ação Civil Pública, ajuizada para apurar a prática de dano ambiental, o Superior Tribunal de Justiça entendeu viável aplicar a inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor, porque a inversão, no caso, ocorreria em benefício da sociedade. Argumentou que aquele que assume o risco de causar danos ao meio ambiente possui a obrigação de reparar os danos a que efetivamente der causa, por isso, arca com a consequência de provar a ausência de lesividade em sua conduta:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

I - Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão.

II - Aquêle que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva.

III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o Direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85.

IV - Recurso improvido²⁰⁷.

Outro relevante julgado do Superior Tribunal de Justiça, que tratou da inversão do ônus da prova, foi proferido no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1636545/MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado recentemente em 4.6.2020. O recurso foi interposto pela empresa Samarco Mineração S/A, em

²⁰⁷ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). REsp 1049822/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, julgado em 23/04/2009, DJe 18/05/2009.

face de decisão proferida pelo Presidente do STJ, que não conheceu Recurso Especial anteriormente interposto.

A ação diz respeito ao desastre ambiental ocorrido no Município de Mariana-MG, após o rompimento de barragem. No caso em comento, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais determinou a inversão do ônus da prova em relação aos impactos dos rejeitos no solo, justificando que a Samarco S.A. teria melhores condições de produzir a prova, por conhecer a composição da lama que atingiu a propriedade rural. Após a análise, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso, mantendo-se, portanto, a decisão recorrida²⁰⁸.

Os argumentos até então apresentados justificam a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às demandas ambientais tão somente pelo fato de versarem sobre direitos coletivos, sendo desnecessária a caracterização da relação de consumo. No entanto, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira abordou também os casos em que o próprio dano ambiental caracteriza lesão ao consumidor²⁰⁹.

Para casos tais, explica Malinverni que não se mostra necessária a interpretação conjunta das leis que integram o microsistema processual coletivo, visto que a inversão do ônus da prova ocorreria de forma direta, mediante aplicação do art. 6º do Código Consumerista. Explica que quando há degradação ao meio ambiente com o objetivo de lucro pelo fornecedor, configura-se lesão do Direito ao meio ambiente sadio a que fazem jus os consumidores, os quais podem mover Ação Civil Pública para que ocorra a reparação do dano²¹⁰.

²⁰⁸ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *AgInt no AREsp 1636545/MG*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 01/06/2020, DJe 04/06/2020.

²⁰⁹ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 35.

²¹⁰ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 35.

Relacionando a atividade do fornecedor à possibilidade de o consumidor insurgir-se contra lesão ao meio ambiente, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira esclarece que mesmo que o produto fornecido não ofereça nenhum risco ao consumidor, se sua produção resultou em degradação ambiental, está caracterizado o dano ao consumidor. Justifica-se, dessa forma, a responsabilização do causador do dano, na condição de fornecedor de produto ou serviço que lesou Direito do consumidor²¹¹.

Aproveitando os esclarecimentos sobre a ofensa a Direito do consumidor, por meio da degradação ambiental, é relevante observar o preenchimento dos requisitos que autorizam a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, a saber, a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações. Quando se fala em hipossuficiência, os seguintes aspectos podem ser analisados: econômico, informativo, técnico, decorrente do caráter do interesse tutelado e, também, decorrente de lei. Já a verossimilhança refere-se à plausibilidade das alegações²¹².

Ao tempo que a hipossuficiência dispensa comprovação, por que inerente ao processo ambiental, exige-se a comprovação da verossimilhança, ainda que mínima, para que o feito tenha prosseguimento. Isso ocorre porque quando a alegação a respeito do dano não apresentar a necessária coerência, não é razoável prosseguir com a ação. Todavia, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira menciona que quanto maior a hipossuficiência, menor o grau de verossimilhança exigível:

Quanto mais fraco for o demandante, por motivos de hipossuficiência econômica, técnica, informativa, etc., e quanto mais grave e de mais difícil reparação for o dano aparente, menos se deve exigir da alegação, em termos de probabilidade ou similitude com a verdade (embora sempre se exija algo).

²¹¹ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 35-36.

²¹² DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 37-39.

Pertence ao demandado, a partir de então, o ônus da prova, para que comprove inexistência do nexos de causalidade que se lhe atribui entre ação e dano. Uma vez que o agente criou as condições (riscos) para que o dano ocorresse, nada mais lógico que a ele pertença tal encargo. O critério apontado satisfaz o objetivo fundamental do art. 6º, CDC, que é o de restabelecer a isonomia, a equidade, ou seja, a igualdade de condições entre partes no que tange à busca pela garantia dos seus Direitos, que a priori, restava prejudicada. (LEITE *et al*, 2010, p. 39)

Quando no primeiro Capítulo deste estudo fez-se menção ao padrão normativo do ônus da prova no Direito do consumidor, foi esclarecido que a inversão do ônus da prova em favor da parte considerada mais fraca – o consumidor – tem, como objetivo, colocar as partes em posição de igualdade. Com isso, o tratamento diferenciado justifica-se, visto que originariamente o fornecedor está em posição mais vantajosa, já que se está discutindo eventuais danos decorrentes do produto ou serviço que oferece.

Nesse contexto, percebe-se que no entendimento de Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, a mesma lógica é aplicada ao Direito ambiental. Quando se tratar de causa complexa, maior dificuldade terá o consumidor para demonstrar o dano que alega, tarefa que se torna ainda mais árdua para aquele cuja hipossuficiência salta aos olhos. Dessa forma, a fim de conferir à relação a efetividade que se espera da intervenção judicial, exige-se cautela na análise do requisito referente à verossimilhança da alegação.

Conforme exposto neste tópico, colocando em segundo plano as questões materiais que envolvem o Direito ambiental, tanto a jurisprudência quanto a doutrina entendem que é possível a inversão do ônus da prova unicamente sob o aspecto processual. Nesse contexto, são invocados os diplomas legais que compõem o microsistema processual coletivo para, em defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, buscar sua verdadeira efetivação.

De outro norte, o Direito material possui especial peculiaridade, qual seja, a aplicação do princípio da precaução. Em breve resumo, tal princípio tem como finalidade proteger o meio ambiente em controvérsias envolvendo incertezas científicas, portanto, é pertinente que seja estudado em relação à possibilidade de inversão do ônus probatório, notadamente se sua aplicação tem alguma influência em relação à prova a ser produzida.

Assim, encerra-se a análise da inversão do ônus da prova com fundamento no microssistema processual coletivo para, no item seguinte, averiguar-se de que forma o princípio da precaução é aplicado e se permite que se atribua ao causador do dano a responsabilidade pela produção da prova, bem como se possui reflexos do Direito processual.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO JUSTIFICATIVA À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO AMBIENTAL: PARA ALÉM DA INCIDÊNCIA NORMATIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O estudo do Direito, considerado em sua integralidade como ciência humana e social, encontra suas raízes no estudo dos princípios, definidos por José Cretella Júnior como “proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes”²¹³.

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios são o alicerce de um sistema e servem como critério para sua compreensão, portanto, “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer”, pois caracteriza ofensa a todo o sistema²¹⁴.

²¹³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, v. I, p. 129.

²¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26^ª ed. São Paulo: Malheiros: 2009, p. 948-949.

Corroborando, Otávio Balestra Neto defende a aplicação dos princípios para disciplinar casos concretos, pois entende que se tratam de normas jurídicas e não apenas fontes de integração²¹⁵.

Especificamente sobre o princípio da precaução, aplicado ao Direito ambiental e objeto de estudo deste tópico, Otávio Balestra Neto faz menção à ausência de uniformidade doutrinária sobre sua condição, porque, apesar de ser reconhecido, em alguma medida, como autônomo, para outros é considerado sinônimo do princípio da prevenção²¹⁶.

Para Édis Millare, “prevenção, pelo seu caráter genérico, engloba precaução, de caráter possivelmente específico”²¹⁷. Percebe-se assim que o princípio da prevenção é mais amplo, o que significa que distingue prevenção e precaução como princípios distintos. Celso Antônio Pacheco Fiorillo, por sua vez, aduz que “pretender desenvolver no plano constitucional brasileiro uma diferença entre prevenção e precaução seria, em nossa opinião, despicendo”²¹⁸.

Teresa Ancona Lopez defende que o princípio da precaução está inserido no princípio da prevenção e ambos são acolhidos pelo princípio da prudência. Para Lopez, ambos se assemelham, pois consistem em medidas que objetivam evitar a ocorrência do dano, no entanto, enquanto a precaução refere-se à potencialidade lesiva de determinada atividade, ou seja, sem comprovação do risco, a prevenção está relacionada ao risco já constatado:

A diferença entre elas vem da diferença entre risco potencial e risco provado. A precaução diz respeito aos riscos-poten-

²¹⁵ BALESTRA NETO, Otávio. O processo coletivo, o princípio da precaução e inversão do ônus da prova na responsabilidade civil por dano ambiental. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XVI, n. 25, p. 37-56, jan/jun. 2013.

²¹⁶ BALESTRA NETO, Otávio. O processo coletivo, o princípio da precaução e inversão do ônus da prova na responsabilidade civil por dano ambiental. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XVI, n. 25, p. 37-56, jan/jun. 2013.

²¹⁷ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: RT, 2005, p. 166.

²¹⁸ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

ciais, como, por exemplo, riscos à saúde com o consumo de alimentos geneticamente modificados; a prevenção a riscos constatados, como aqueles que vêm das instalações nucleares. Esses últimos são conhecidos e provados (...) no caso da precaução, trata-se da probabilidade de que a hipótese esteja certa; no caso da prevenção, o perigo é estabelecido e se trata de probabilidade de acidente. Os riscos potenciais, a despeito do seu caráter hipotético, podem ter uma probabilidade de realização elevada. (LOPEZ, 2010, p. 101).

Diferenciando o princípio da precaução e o princípio da prevenção, José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala preconizam que o primeiro se refere a um perigo concreto, ao tempo que o segundo – princípio da precaução – diz respeito a um perigo abstrato²¹⁹.

Semelhante colocação é feita por Édis Millare, quando explica que a prevenção trata dos riscos ao meio ambiente que já são de conhecimento da ciência, enquanto a precaução se destina à gerência de impactos ainda desconhecidos, isto é, “enquanto a prevenção trabalha com o risco certo, a precaução vai além e se preocupa com o risco incerto”²²⁰.

Sob esse aspecto, qual seja, o princípio da precaução como fonte para afastar o risco em si, conclui-se que sua finalidade é evitar a concretização da degradação ambiental. Nesse vértice, a precaução tem espaço em momento anterior à ocorrência do dano e sua aplicação deve garantir a eficácia das medidas ambientais, portanto, diante de uma atividade potencialmente lesiva, deve-se evitar ao máximo que o impacto ambiental se concretize. Desse modo, “precaução [...] sugere cuidados antecipados com o desconhecido, cautela para que uma atitude ou ação não venha a concretizar-se ou a resultar em efeitos indesejáveis”²²¹.

²¹⁹ LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1. ed., 2002, p. 62.

²²⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 823.

²²¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 5. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 766.

Ao explicar o princípio da precaução, Furlan e Fracassoli afirmam que “sua exegese impõe o benefício da dúvida em favor do meio ambiente quando exista qualquer incerteza sobre os efeitos de determinadas atividades”²²². Já Ana Flávia Barros Platiau, citada por Sirvinskas, aduz o seguinte, a respeito do mencionado princípio:

Foi consagrado no Direito internacional ambiental com a missão de dotar legisladores e líderes políticos de um instrumento de regulação internacional da inovação tecnológica e da atividade antrópica de uma maneira geral. Porém, foi criado dentro de um contexto jurídico que evolui lentamente em comparação ao progresso da biotecnologia e da demanda social por certeza científica sobre essas questões. (PLATAIU, 2018, p. 116)

De forma mais clara, Édis Milaré esclarece que o princípio da precaução deve ser aplicado diante da insuficiência de informações científicas ou quando essas forem inconclusivas ou incertas e exista indicativos sobre a potencialidade lesiva ao ambiente, à saúde das pessoas e animais e à proteção vegetal. Sua aplicação, costumeiramente, ocorre diante de questões como aquecimento global, engenharia genética, organismos geneticamente modificados, clonagem, entre outros²²³, ou seja, situações cujas consequências não são comprovadas em termos de danos a serem possivelmente causados.

Embora não vinculante aos Estados no Direito Internacional do Meio Ambiente, a positivação do mencionado princípio ocorreu pelo Princípio 15 da Declaração do Rio, nos seguintes termos:

Princípio 15. De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como

²²² FURLAN, Anderson; FRACALLOSSI, William. *Direito ambiental*. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 106.

²²³ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 824.

razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Além disso, está expressamente previsto no art. 1º da Lei n. 11.105/2005, que dispõe sobre a Lei de Biossegurança:

Art. 1º Esta Lei 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.

Neste sentido, quando há possibilidade de dano ambiental grave ou irreversível, a ausência de comprovação científica a respeito não pode justificar a prática da atividade potencialmente lesiva. Em outras palavras, não se trata de comprovar que determinada atividade pode gerar impactos negativos ao meio ambiente, até porque essa é função do princípio da prevenção, mas demonstrar que existe verdadeiro risco de causar danos e não pode o ambiente correr o risco, ou seja, *in dubio pro natura*.

Fazendo menção ao princípio *in dubio pro natura*, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu pela inversão do ônus da prova em ação ambiental, por meio da aplicação do princípio da precaução:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO REPARATÓRIA. DENÚNCIAÇÃO DA LIDE. ANTIGO PROPRIETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. BEM JURÍDICO DE CARÁTER COLETIVO. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a pretensão reparatória de dano ao meio ambiente é imprescritível, pois se trata de bem jurídico indisponível e fundamental.

2. Em ação civil de reparação de dano ambiental, apresenta-se inviável a denúncia da lide do antigo proprietário, na medida em que a responsabilidade civil ambiental é objetiva e a obrigação de reparar o dano é *propter rem*, não cabendo a discussão acerca da responsabilidade subjetiva do alienante do imóvel em face do atual proprietário.

3. Nas ações civis por danos ambientais, a inversão do ônus da prova não decorre da constatação da hipossuficiência da parte, mas sim do caráter coletivo do bem jurídico tutelado e do princípio da precaução. Precedentes no Superior Tribunal de Justiça.

4. O encargo de demonstrar a inexistência dos danos ambientais incumbe ao suposto causador do dano, haja vista o princípio do *in dubio pro natura*²²⁴.

No caso, a inversão do ônus da prova mostrou-se possível tanto porque o meio ambiente é Direito da coletividade, quanto em razão da aplicação do princípio da precaução. Sob esse segundo aspecto, ausente a certeza científica quanto a não ocorrência do dano, aplica-se o princípio da precaução, que tem como consequência processual a inversão do ônus da prova, transferindo-se ao responsável pela prática da atividade lesiva o dever de comprovar que não há riscos ao meio ambiente²²⁵:

Assim, quando há risco de dano ambiental, que poderá se caracterizar como de maior gravidade ou até mesmo irreversível,

²²⁴ A título jurisprudencial, ver: MINAS GERAIS - TJMG. *Agravo de Instrumento-Cy 1.0702.15.063533-3/003*, Relator(a): Des.(a) Bitencourt Marcondes, 1ª CÂMARA CIVEL, julgamento em 18/12/2018, publicação da súmula em 23/01/2019. Disponível em https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=10702150635333003&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=10702150635333003&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024. Acesso em 06/11/2020.

²²⁵ CUNHA, Guilherme Farias; PINTO, Catia Regina Carvalho; MARTINS, Sergio Roberto e CASTILHOS JR, Armando Borges de. *Princípio da precaução no Brasil após a Rio-92: impacto ambiental e saúde humana*. Ambient. soc. [online]. 2013, vol.16, n.3, pp.65-82. Disponível em www.scielo.br. Acesso em 06/10/2020.

a falta de comprovação científica do possível dano não poderá ser utilizada como argumento para aceitar as atividades que poderão ocasionar degradação ambiental. A aplicação do Princípio da Precaução deve ser considerada quando fica caracterizada a ausência de absoluta certeza científica da não ocorrência do dano ambiental, da impossibilidade de identificar perigo de dano grave ou irreversível, da intolerabilidade da agressão ambiental, e tem como consequência a inversão do ônus da prova no processo judicial, isto é, o autor do risco potencial deverá comprovar que sua conduta não produzirá danos ao ambiente. Ele se aplica bastando a dúvida ou incerteza de haver lesão ao meio ambiente. (CUNHA et al, 2013, p. 65)

De acordo com Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, para aplicação do princípio da precaução, não basta se avaliar os riscos para então decidir pela atitude mais adequada, isso porque, é necessário considerar o pior cenário possível, mesmo sem a comprovação dos riscos.

Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira afirma que “cabe aos potenciais poluidores (demandados, na ação civil pública ambiental) o ônus de demonstrar a inofensividade da atividade proposta, especialmente nos casos em que o eventual dano possa ser irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala”²²⁶. Assim, opera-se a inversão do ônus da prova, visto que os autores da ação não possuem mais a obrigação de comprovar a lesividade da atividade.

Exemplificando a aplicação do princípio da precaução como argumento para a inversão do ônus da prova, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida pela Primeira Turma, relatada pelo Ministro Gurgel de Faria, decidiu pelo não provimento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.373.360, em demanda ambiental. No caso, o tribunal de origem entendeu pela inversão do ônus da prova, o que resultou na insatisfação da empresa Engie Brasil S.A.

²²⁶ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglio (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 29.

Ao proferir seu voto, o relator explicou que o acórdão recorrido estava em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ao impor a inversão do ônus da prova em ação por dano ambiental, transferindo ao empreendedor o dever de comprovar que o empreendimento não é lesivo ao meio ambiente.

Insatisfeito, o agravante sustentou que não havia elementos que caracterizassem a inversão do ônus da prova, afirmando, inclusive, que se os impactos da atividade eram incertos, deveria a ação ser julgada extinta sem resolução do mérito. No entanto, é justamente a incerteza quanto ao caráter lesivo da atividade, por conta da ausência de comprovação científica nesse sentido, que justifica a aplicação do princípio da precaução:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. APLICAÇÃO. PRECEDENTES. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REQUISITOS. ANÁLISE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO.

[...] 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que o princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório. Precedentes.

[...] 5. Hipótese em que o Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas da causa, afirmou estarem presentes os requisitos para a inversão do ônus da prova.

6. A inclusão de novo fundamento para a reforma do acórdão em sede de agravo interno configura inovação recursal, incabível em razão da preclusão consumativa.

7. Agravo interno desprovido²²⁷.

O mesmo entendimento foi exposto na decisão proferida pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no dia 6 de novembro de

²²⁷ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *AgInt no AREsp 1373360/PR*, Rel. Ministro Gurgel de Faria, julgado em 14/10/2019, DJe 17/10/2019.

2012, que deu provimento ao Recurso Especial n. 1330027. Neste caso, pescadores da região de Panorama ingressaram com ação judicial perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, alegando que após o início da construção da Usina Hidrelétrica Sérgio Motta, em razão do impacto ambiental, ocorreu a redução de peixes do Rio Paraná. No entanto, por entender que não havia provas a respeito da responsabilidade da Ré em relação à redução de peixes, a ação foi julgada improcedente.

Ao entender pelo conhecimento e provimento do Recurso Especial, dentre outros argumentos, o relator, Ministro Ricardo Villa Bôas Cuevas, invocou a aplicação do princípio da precaução, afirmando 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 nexos causal entre determinada atividade e um efeito negativo”. Desse modo, não basta a ausência de comprovação sobre a responsabilidade da usina em relação à redução dos peixes, pois é seu dever comprovar o contrário, ou seja, que suas atividades não deram causa ao ocorrido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA. REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. DISSÍDIO NOTÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES.

[...] 4. A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que no caso é inconteste.

5. O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, aos pescadores da região.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte provido para determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento²²⁸.

Após análise de aplicação concreta do princípio em questão, retoma-se o estudo doutrinário, utilizando-se dos ensinamentos de Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira, que analisando a obra de Canotilho, explica em que situações pode ser caracterizada a dúvida que justifica a inversão do ônus da prova por conta da aplicação do princípio da precaução. Em síntese, são as seguintes: a) quando não constatados danos, mas há receio que ocorram em razão da não comprovação científica; b) quando os danos ocorreram, mas não há conhecimento sobre a causa originária; e, ainda, c) quando se verificam os danos, mas não há provas científicas sobre o nexo de causalidade entre a atividade e a efetiva degradação²²⁹.

Percebe-se que a dúvida a respeito da efetiva potencialidade lesiva de determinada atividade deve ser interpretada em favor do meio ambiente, transferindo-se, ao interessado, ou seja, ao empreendedor, o dever de comprovar que as atividades a serem exercidas não serão danosas. Tal situação foi considerada na Convenção sobre a Mudança do Clima, que, em seu art. 3º, estabeleceu que as partes devem adotar medidas de precaução para prever, minimizar ou evitar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Em legítima aplicação do princípio da precaução, também dispôs que “quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas” [...] ²³⁰.

²²⁸ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *REsp* 1330027/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 06/11/2012, DJe 09/11/2012.

²²⁹ DA SILVEIRA, Clóvis Eduardo Malinverni. A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental difuso. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos processuais do Direito ambiental*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 29.

²³⁰ BRASIL, *Decreto n. 2.652/1998*. Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1998/decreto-2652-1-julho-1998-400868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 06/11/2020.

Relevante esclarecimento a respeito da efetivação do princípio da precaução foi feito por Álvaro Luiz Valery Mirra, ao explicar que muitos casos exigem a cessação das atividades potencialmente lesivas, mesmo quando os riscos não forem cientificamente comprovados. Isso ocorre porque a partir do momento em que os efeitos negativos forem percebidos, e então comprovados, os danos decorrentes podem ser irreversíveis tanto para o meio ambiente quanto para a saúde e segurança da população:

O motivo para a adoção de um posicionamento dessa natureza é simples: em muitas situações, torna-se verdadeiramente imperativa a cessação de atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente, mesmo diante de controvérsias científicas em relação aos seus efeitos nocivos. Isso porque, segundo se entende, nessas hipóteses, o dia em que se puder ter certeza absoluta dos efeitos prejudiciais das atividades questionadas, os danos por elas provocados no meio ambiente e na saúde e segurança da população terão atingido tamanha amplitude e dimensão que não poderão mais ser revertidos ou reparados – serão já nessa ocasião irreversíveis. (MIRRA, 1996, p. 62)

O trecho transcrito, bem como o próprio princípio da precaução, está em consonância à Constituição Federal, que em seu art. 225, § 1º, inciso V, estabelece que para assegurar o Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é dever do Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”²³¹. O dispositivo da Carta Magna não exige a efetiva ocorrência do dano, visto que o simples risco deve ser afastado.

A partir do entendimento de que, pelo princípio da precaução, devem ser cessadas as atividades que não possuam comprovação científica sobre a ausência de lesividade, Otávio Balestra Neto explica a possibilidade de inversão do ônus da prova. Mesmo que seja

²³¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em 06/11/2020.

possível a inversão probatória pelo aspecto processual, recorrendo ao microsistema processual coletivo (art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor), nesse caso, se está considerando tão somente o aspecto material²³², qual seja, a potencialidade lesiva da atividade.

Sob essa ótica, Balestra Neto esclarece que quando o suposto causador do dano sustentar a inexistência de comprovação científica sobre a potencialidade lesiva de suas atividades ao meio ambiente, será então permitido ao Magistrado paralisar ou impedir sua atuação. Isso ocorre porque na busca pela efetivação das medidas de proteção ambiental, se o dano tornar-se concreto poderá ser irreparável, assim, nem mesmo o risco é admitido.

Ocorre que, em respeito ao devido processo legal, é possível oportunizar ao Requerido – no caso, o empreendedor – a possibilidade de comprovar a ausência de lesividade. Balestra Neto destaca que além de ter maior facilidade, por ser o verdadeiro conhecedor da atividade que exerce, é de interesse do empreendedor comprovar que seu empreendimento não oferece nenhum risco ao meio ambiente²³³.

Para facilitar a compreensão, traz-se, ao presente estudo, breve trecho da obra Herman Benjamin, a respeito da inversão do ônus da prova com fundamento no princípio da precaução:

[...] 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 do instrumentos filiados ao regime de simples prevenção (p. ex., o Estudo de Impacto Ambiental); por razões várias que não podem aqui

²³² BALESTRA NETO, Otávio. O processo coletivo, o princípio da precaução e inversão do ônus da prova na responsabilidade civil por dano ambiental. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XVI, n. 25, p. 37-56, jan./jun. 2013.

²³³ BALESTRA NETO, Otávio. O processo coletivo, o princípio da precaução e inversão do ônus da prova na responsabilidade civil por dano ambiental. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XVI, n. 25, p. 37-56, jan./jun. 2013.

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. Noutra 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. (BENJAMIN, 1998, 2017)

Em poucas palavras, o trecho doutrinário transcrito indica que não são as vítimas, ou seja, os titulares dos direitos lesados, que devem comprovar a ofensividade das atividades questionadas, mas os próprios degradadores é que precisam demonstrar a ausência de lesividade. Tal ideia parte do pressuposto de que existe o dever de não degradar o meio ambiente, portanto, o suposto causador do dano é que detém o ônus de comprovar o cumprimento de suas obrigações.

A respeito da inversão do ônus da prova, Robson Renault Godinho afirma que a análise exige bom senso, pois é preciso averiguar quando ao Autor é impossível ou muito difícil produzir a prova, enquanto ao Réu, a prova da inexistência torna-se mais fácil. Nesse contexto, a negativa à inversão do ônus probatório assemelha-se à própria negativa de jurisdição:

É necessário perceber que a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência. Não permitir, em determinadas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar a jurisdição. (CAMARGO, 2007, p. 306)

A colocação de Robson Renault Godinho, ainda que mantenha relação com o princípio da precaução, também traz semelhanças com

os aspectos processuais que justificam a distribuição dinâmica do ônus da prova e a inversão probatória, previstos tanto no Código de Processo Civil, quanto no Código de Defesa do Consumidor.

Quando o legislador positivou a distribuição dinâmica do ônus da prova, fê-lo para fortalecer o alcance de uma decisão justa e que atenda ao caso concreto, atribuindo à parte com melhores condições o dever pela produção probatória. O mesmo fundamento justifica a inversão do ônus da prova no Código Consumerista, que objetiva estabelecer uma relação igualitária entre as partes.

Identifica-se, destarte, que a inversão do ônus da prova em demandas ambientais, sob a perspectiva material, por meio da aplicação do princípio da precaução, possui reflexos processuais, já que as condições para aplicabilidade, bem como os motivos justificadores, assemelham-se àqueles exigidos ao Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, ao tratar da inversão do ônus da prova com fundamento nos princípios da prevenção e precaução, Marcos Paulo de Souza Miranda afirma que “a igualdade substancial implica proporcionar que as partes venham a juízo em paridade de armas”²³⁴, ou seja, mesmo motivo que se aplica às relações de consumo.

No que se refere ao ônus da prova em matéria ambiental, o Tribunal Regional Federal da 1ª Regional entendeu pela possibilidade de inversão do ônus da prova, fazendo menção à facilitação da defesa do meio ambiente e, também, à verossimilhança da alegação do Ministério Público. Novamente, percebe-se a presença dos aspectos aplicáveis ao Código de Defesa do Consumidor:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – HONORÁRIOS PERICIAIS – ADIANTAMENTO – POSSIBILIDADE

²³⁴ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A prova no processo coletivo ambiental. Necessidade de superação de velhos paradigmas para a efetiva tutela do meio ambiente. In: Eládio Lecey; Sílvia Capelli. (Org.). *Revista de Direito Ambiental*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, v. 57, p. 102-123.

– INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – CABIMENTO – I – A facilitação da defesa do meio ambiente, no processo civil, quando manifestamente verossímil a alegação do Parquet Federal, e pela própria afetação do meio ambiente, bem constitucionalmente protegido (art. 225, da Constituição Federal), impõe ao Poder Judiciário um proceder cauteloso, quando em análise tal relevante bem público. Portanto, a inversão do ônus da prova bem como a atribuição dos custos da perícia ao réu são mecanismos que podem ser utilizados pelo juiz, tanto em homenagem ao princípio do poluidor-pagador, da precaução e da prevenção, e à responsabilidade civil objetiva, como se considerada simplesmente a natureza do Direito protegido e potencialmente violado, e, com mais propriedade, diante das consequências da possível comprovação dos danos, mormente quando se tem, por experiência jurídica, patentes as desvantagens do Ministério Público, e dos demais legitimados, no ajuizamento de ações civis públicas, perante o possível degradador do meio ambiente. II – Agravo desprovido²³⁵.

Outro ponto que justifica o questionamento sobre o aspecto unicamente material do princípio da precaução é que sua invocação é costumeiramente relacionada ao art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, é o teor do julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, quando analisado o Recurso Especial n. 972.902, relatado pela Ministra Eliana Calmon e publicado em 25.8.2009:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET. MATÉRIA PREJUDICADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.

²³⁵ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Tribunal Regional Federal 1ª Região, AG 2006.01.00.035967-0, 6ª T, Rel. Des. Fed. Souza Prudente, DJ 04.06.2007. Disponível em <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200601000359670&pA=200601000359670&pN=375314820064010000>. Acesso em 06/11/2020.

2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.

3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.

4. Recurso especial parcialmente provido²³⁶.

Com isso, percebe-se que apesar de o princípio da precaução estar relacionado ao Direito ambiental, ou seja, ao aspecto material, sua aplicação traz reflexos processuais, pois assim como ocorre com a aplicação do microssistema processual coletivo, destina-se a facilitar a defesa do meio ambiente – ou seja, da coletividade – em juízo. Além disso, considera a condição favorável do responsável pelo dano para comprovar que a atividade questionada não seja capaz de causar danos ao meio ambiente.

²³⁶ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma) - REsp 972.902/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009.

AS CONTROVÉRSIAS PROCESSUAIS DECORRENTES DA AUTOMATICIDADE NA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO EM MATÉRIA DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA POR CRITÉRIOS ESTRITAMENTE MATERIAIS: REFLEXÕES A PARTIR DE UM CASO HIPOTÉTICO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Após o estudo das alternativas que possibilitam a inversão do ônus da prova em matéria ambiental, a saber, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e do princípio da precaução, percebe-se que ao tempo que a primeira possibilidade possui caráter processual, a segunda é puramente material. Em outras palavras, bastaria a constatação da situação fática para que fosse possível invocar o princípio da precaução, dispensando-se a presença de outros requisitos.

Neste sentido, considerando os motivos pelos quais se autoriza a inversão do ônus da prova em matéria ambiental, questiona-se se a ausência de pressupostos para aplicação do princípio da precaução é, de fato, medida acertada. Explica-se: o objetivo da inversão do ônus da prova é facilitar a defesa em favor do meio ambiente, direito da coletividade, mas não parece razoável afirmar que impor ao suposto causador do dano, independentemente do caso concreto, o dever de produzir a prova seja efetivamente favorável à coletividade, já que há risco de a prova não ser produzida a contento.

Para melhor compreender o questionamento, expõe-se controvérsia hipotética em que a ausência de requisitos para aplicar o princípio da precaução pode ir de encontro ao interesse da coletividade, que consiste justamente na proteção do meio ambiente.

Um pequeno produtor rural, proprietário de irrisória área de terra plantada, utiliza determinado agrotóxico para combater pragas e doenças e, com isso, otimizar sua produção para então obter lucros mais significativos. No caso aqui narrado, considere-se de que se trata de produtor com baixa instrução escolar e sem qualquer conhecimento científico a respeito da composição dos defensivos agrícolas e, como consequência, desconhece eventuais danos que pode causar ao meio ambiente.

A partir dessas explicações, considera-se que após alguns meses de uso frequente do defensivo, percebeu-se a morte de diversas espécies aquáticas em um riacho próximo à propriedade em que os produtos foram utilizados.

Ao tomar conhecimento dos fatos por meio de denúncia anônima, o Ministério Público instaurou Inquérito Civil para apurar possível dano ao meio ambiente, notadamente contaminação do solo. Notificado para prestar informações, suponha-se que o produtor rural não logrou êxito em demonstrar, no âmbito administrativo, que o produto utilizado não é capaz de causar danos ambientais e não foi o que resultou na morte dos animais.

Diante disso, o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente. Em juízo, constatou-se a ausência de comprovação científica no sentido de que o defensivo é incapaz de oferecer danos ao meio ambiente, já que estudos a respeito não são conclusivos quanto à potencialidade lesiva do produto.

Por isso, em respeito ao princípio da precaução, determinou-se a inversão do ônus da prova em favor da coletividade, o que significa dizer que o pequeno produtor rural, sem qualquer conhecimento científico, tornou-se o responsável pela produção da prova. Neste caso, na condição de causador do dano, deveria o requerido comprovar que a atividade que exerceu não fosse capaz de causar a morte dos peixes.

A partir da situação sugerida, percebe-se que apesar de a questão material justificar a aplicação do princípio da precaução, ao caso concreto, com suas peculiaridades, não se pode afirmar que a alternativa será efetivamente benéfica à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Em que pese ser, ao menos em tese, o causador do dano, o agricultor não detinha condições mínimas de produzir provas que comprovassem a ausência de lesividade em sua conduta, pois exigiria conhecimento técnico e informações científicas que não possuía.

Contribuindo às considerações a respeito da ausência de requisitos para aplicação do princípio da precaução, interessante a leitura de decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que deferiu a inversão do ônus da prova com base no princípio da precaução. No julgado, fica clara a não apreciação de qualquer outra condição que leve à conclusão de que a inversão probatória, de fato, seria a medida mais acertada:

PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL. INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - PERÍCIA - DANO AMBIENTAL - DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual.
2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.
4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é Direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para

comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.

5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano.

6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial²³⁷ (grifo nosso).

No bojo da decisão, ao proferir seu voto, a Relatora Ministra Eliana Calmon entendeu que apesar de, em regra, a inversão do ônus da prova fundar-se na legislação, nas demandas ambientais deveriam ser observados também os princípios aplicáveis à matéria. Especificamente sobre o ônus da prova por conta da aplicação do princípio da precaução, sustenta, a Ministra, que o benefício da dúvida a respeito da ocorrência, ou não, do dano, deve recair sobre o meio ambiente, assim incidindo 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 nexa causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo²³⁸.

Por sua vez, ao escrever sobre o princípio da precaução, o Ministro Herman Benjamin lembra que as ações que apuram a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente são orientadas por princípios específicos afetos ao Direito ambiental. Neste sentido, refere-se a este princípio como o responsável por inaugurar uma nova fase para o Direito ambiental, que não exige do titular do direito a comprovação de uma

²³⁷ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *REsp 1060753/SP*, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009.

²³⁸ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *REsp 1060753/SP*, Rel. Ministra Eliana Calmon, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009.

conduta lesiva ao meio ambiente, mas, em relação ao degradador, o dever de comprovar a inofensividade de suas atividades:

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. (BENJAMIN, 1998, p. 17)

Para casos tais, questiona-se a coerência de inverter o ônus da prova, a fim de que a parte, indubitavelmente mais frágil e tecnicamente hipossuficiente, comprove que os produtos agrotóxicos utilizados não sejam suficientes para contaminar o solo, sendo que não há estudos científicos neste sentido. É nesse sentido que se questiona a aplicação do princípio da precaução tão somente com base no Direito material, com a dispensa de pressupostos processuais.

Considerando que o presente tópico destina-se a questionar a viabilidade de aplicar o princípio da precaução em demandas ambientais a partir de critérios unicamente materiais, é válido registrar decisão proferida em caso que tramitou perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região e fundou-se no mencionado princípio. Trata-se da Ação Cautelar Inominada n. 1998.34.00027681-8, proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor em face da União Federal e da Monsanto do Brasil S.A.²³⁹.

²³⁹ A título jurisprudencial, ver: BRASIL – Justiça Federal da 1ª Região (TRF1) *Ação Cautelar Inominada 1998.34.00027681-8*. Classe 9200, onde figura como Requerentes Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e outros, e como Requeridos União Federal e outros.

Em síntese, o IDEC ingressou com Ação Civil Pública em face da União e da Monsanto do Brasil S.A., questionando o Parecer Técnico exarado pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), que aprovou a produção de soja geneticamente modificada *round up ready*, tornando o produto resistente ao princípio ativo “glifosato”. A ação fundou-se tanto na aplicação do princípio da precaução quanto do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, em 1999, a ação foi julgada procedente pela 6ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, que determinou que as Rés apresentassem estudo prévio de impacto ambiental como requisito para o plantio do produto em escala comercial. Posteriormente, ao julgar a Apelação, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirmou a sentença, ressaltando a efetiva necessidade de apresentar estudo prévio de impacto ambiental²⁴⁰.

Em um comparativo entre o caso hipotético anteriormente narrado – que tinha como réu um pequeno produtor rural – e a situação enfrentada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em que figuraram no polo passivo a União e empresa de grande porte, percebe-se a disparidade entre a posição dos Requeridos de uma e outra ação. No entanto, em ambos os casos, são utilizados os mesmos critérios para determinar a inversão do ônus da prova, a saber, a ausência de estudo científico a respeito da lesividade de atividades.

Marcelo Abelha Rodrigues escreveu a respeito da aplicação do princípio da precaução em ações de responsabilidade civil ambiental e afirma que, quando o caso concreto justificar a aplicação

²⁴⁰ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região (TRF1) – Brasília (DF). *Apelação Cível: AC 14661 DF 2000.01.00.014661-1*. Constitucional e Processual Civil - Ação Cautelar - Liberação do Plantio e Comercialização de Soja Geneticamente Modificada. Relatora: Juíza Assusete Magalhães. Data do Julgamento: 08 de agosto de 2000. Publicação: 15/03/2001. Disponível em <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200001000146611&pA=200001000146611&pN=97852120004010000>. Acesso em 06/11/2020.

do princípio da precaução, a inversão probatória em favor do meio ambiente seja obrigatória. Mais uma vez, chama-se a atenção para as dificuldades que possam ser repassadas ao suposto causador do dano, que, independentemente de suas condições pessoais, deverá assumir o dever de produzir a prova:

Com isso queremos dizer que é regra de Direito material, vinculado ao princípio da precaução a que determina que, em toda ação de responsabilidade civil ambiental onde a existência do dano esteja a uma incerteza científica (hipossuficiência científica) não são do suposto poluidor a este cabe, de modo que a dúvida é sempre em prol do meio ambiente. Não se trata de técnica processual de inversão, mas de regra principiológica do próprio Direito ambiental, e como tal já é conhecida pelo suposto poluidor desde que assumiu o risco da atividade. (RODRIGUES, 2010, p. 197)

O trecho doutrinário transcrito não permitiria questionamentos a respeito da efetiva condição do poluidor para se responsabilizar pela produção da prova, pois é cristalino ao mencionar que a inversão, em casos tais, seria aplicada a todas as demandas ambientais. Ademais, vê-se que presume que o poluidor soubesse de sua obrigação “desde que assumiu o risco da atividade”, o que poderia não ocorrer em situações como naquela narrada na hipótese que inaugurou este tópico.

Contribuindo à ideia de que a aplicação do princípio da precaução não se preocuparia com a condição do causador do dano, Michel Dexpax, citado por Marcelo Abelha Rodrigues, refere-se à hipossuficiência da coletividade diante do poluidor. Ocorre que, novamente, se está diante da presunção de que o poluidor é sempre dotado de condições técnicas ou financeiras para produzir a prova, o que nem sempre corresponde à realidade:

Se o encargo da prova é do sujeito lesionado, este se encontra em uma situação extremamente desfavorável, tanto mais porque, na quase totalidade dos casos, é evidente uma desigualdade econômica e financeira flagrante entre o poluidor e a vítima; se o

primeiro é, por exemplo, um estabelecimento industrial, dispõe de todos os meios financeiros, até políticos, para fazer valer o seu ponto de vista; e o segundo não é mais que um simples particular que não poderá fazer frente tendo em vista o custo das provas periciais, e, ademais será prejudicado pela lentidão do processo. (DEXPAX apud RODRIGUES, 2010, p. 195)

O questionamento a respeito da ausência de pressupostos processuais para aplicação do princípio ocorre porque há casos – como o idealizado neste tópico – que fogem à regra e o poluidor consiste em um simples particular. Ainda que a vítima seja a coletividade, quando judicialmente representada pelo Ministério Público, conta com equipe técnica, com informações técnicas e maior acesso a outros meios de provas, diferentemente do pequeno produtor rural, que, muitas vezes, sequer tinha conhecimento de que o ato praticado ofereceria riscos ao meio ambiente.

É nesse contexto que se questiona a ausência de pressupostos processuais para se determinar a inversão do ônus da prova com base no princípio da precaução. Isso porque, os estudos realizados indicam que não há nenhuma exigência processual para que seja aplicado, bastando que se verifique a não comprovação científica acerca da lesividade de uma atividade.

De forma diversa, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como legislação que compõe o microsistema processual coletivo, permite que sejam verificados alguns requisitos para que a inversão do ônus da prova seja possível. No caso hipotético apresentado no início deste item, a decisão acerca da inversão do ônus da prova prescinde da verificação de presença dos requisitos autorizadores, a saber, a hipossuficiência e verossimilhança.

Ainda que a inversão probatória seja comumente deferida em benefício da coletividade, exige-se a consideração do caso concreto. Na situação criada, a condição do pequeno produtor rural diante do Minis-

tério Público – mesmo que atuando em defesa da coletividade – precisa ser considerada antes de se decidir a respeito da inversão do ônus da prova, a fim de que o processo judicial tramite de forma equilibrada, sem imputar a uma das partes obrigação que não esteja ao seu alcance.

De modo diverso, a avaliação da hipossuficiência e da verossimilhança em relação às Rés da referida Ação Civil Pública n. 2000.01.00.014661-1²⁴¹ certamente levaria à conclusão diversa quanto a sua possibilidade de contribuir ao conjunto probatório no que se refere às suas atividades. Conclui-se, dessa forma, que a ausência de critérios processuais para aplicação do princípio da precaução não respeita a igualdade material e processual dos envolvidos, o que pode, de fato, resultar em obrigações jurídicas inviáveis à parte vulnerável.

PECULIARIDADES DO DIREITO AMBIENTAL EM RELAÇÃO À INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO BRASILEIRO

Após os argumentos expostos tanto no primeiro quanto no segundo Capítulo, finaliza-se com algumas considerações a respeito das peculiaridades do Direito ambiental no que diz respeito à inversão do ônus da prova no Direito brasileiro. Ao tempo em que determinadas situações admitem as regras aplicáveis a outras áreas do Direito, há outras em que se aplicam regramentos específicos do Direito ambiental, como ocorre quando se invoca o princípio da precaução.

²⁴¹ A título jurisprudencial, ver: BRASIL. Justiça Federal, 1ª Região (TRF1) – Brasília (DF). *Apelação Cível: AC 14661 DF 2000.01.00.014661-1*. Constitucional e Processual Civil - Ação Cautelar - Liberação do Plantio e Comercialização de Soja Geneticamente Modificada. Relatora: Juíza Assusete Magalhães. Data do Julgamento: 08 de agosto de 2000. Publicação: 15/03/2001. Disponível em <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=200001000146611&pA=200001000146611&pN=97852120004010000>. Acesso em 06/11/2020.

Em resumo, ações em matéria ambiental admitem a inversão probatória por meio da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como legislação que compõe o microsistema processual coletivo e, também, em razão do princípio da precaução. Ambos os casos versam sobre particularidades da matéria ambiental, pois não se aplicam a toda e qualquer controvérsia jurídica, ao menos não da mesma forma.

Sobre o Código Consumerista, prevê expressamente em seu art. 6º, inciso VIII, que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor é possível para facilitar sua defesa, pois é a parte mais vulnerável da relação. Para que assim seja feito, são analisados alguns requisitos – verossimilhança das alegações e hipossuficiência da parte – o que significa dizer que a inversão probatória não ocorre de forma automática, mas tão somente quando previstos os requisitos legais.

Conforme mencionado no primeiro Capítulo, a inversão probatória destina-se a igualar as partes, sendo que o consumidor será considerado, em regra geral, a parte vulnerável da relação, buscando um equilíbrio é que se aplica tal facilidade. Aliás, importante ressaltar que é justamente a natural fragilidade do consumidor perante o fornecedor que justifica a inversão.

Neste mesmo sentido, ou seja, com o intuito de facilitar a defesa da parte mais vulnerável, o Código Consumerista é aplicado, por analogia, ao Direito do Trabalho. Assim como o consumidor em uma relação de consumo, também o trabalhador costuma encontrar-se em posição desfavorável quando em uma demanda judicial, o que justifica a inversão do ônus da prova em matéria trabalhista.

É essencial ressaltar que nas relações trabalhistas os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor são aplicados como disciplina autônoma, uma vez que as partes envolvidas assemelham-se pela condição de vulnerabilidade. Como dito, é o fato de consumidor e trabalhador, em regra, não possuírem as mesmas condições que a parte oposta que se aplica uma forma de igualar a relação processual.

Outro exemplo válido para compreender as peculiaridades do Direito Ambiental em relação ao ônus da prova é a comparação com a relação entre o Direito do consumidor e o Direito administrativo. Conforme explica Bruno Miragem, a Administração Pública, no que tange ao Direito do consumidor, “vai ocupar-se precipuamente da disciplina do exercício do poder de polícia administrativo, fiscalização e controle das atividades dos fornecedores, assim como do exercício o poder regulamentar, de especificar condutas e critérios previstos em lei”²⁴².

Em resumo, a relação entre o Direito consumerista e o Direito administrativo está relacionada à forma como o Estado atua na defesa do consumidor, o que ocorre em diversas ocasiões. Como exemplo, cita-se o art. 55 do Código do Consumidor, de acordo com o qual “a União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços”²⁴³.

Igualmente, neste caso, percebe-se que é o próprio direito material que relaciona os dois ramos do Direito, pois para que se possa falar na efetividade da proteção ao consumidor, em diversas ocasiões, mostra-se necessária a intervenção estatal. Aliás, a própria Constituição Federal atribui ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor, nos termos do seu art. 5º, inciso XXXII²⁴⁴.

Já no que tange ao Direito ambiental, a relação com o Direito consumerista possui critérios processuais e decorre da aplicação do microsistema processual coletivo, que como já dito, consiste em um conjunto de leis que se complementam para regulamentar questões de interesse coletivo. O que se pretende salientar, neste

²⁴² MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. p. 128. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 84.

²⁴³ BRASIL. *Lei nº 8.078/1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

²⁴⁴ Art.5º. [...] XXXII. O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

momento, é que mesmo se assemelhando a outras disciplinas pelo fato de recorrer ao Código de Defesa do Consumidor para inverter o ônus da prova, os motivos pelos quais tal diploma legal se aplica às demandas ambientais são distintos.

A respeito do microsistema processual coletivo, tem-se que a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são considerados seu núcleo, muito embora outras legislações façam parte desse sistema. Conforme exposto, dispositivos de uma Lei são aplicados à outra, de forma complementar, por critérios puramente processuais, ou seja, não há necessidade de haver semelhança entre os pontos materiais.

Considerando que a Ação Civil Pública é a principal via para pleitear em juízo direitos ambientais pertencentes à coletividade, justifica-se a aplicação da Lei consumerista, com o propósito de facilitar a instrução probatória. Em complemento, relembra-se que a mencionada Lei prevê expressamente que se aplicam às demandas coletivas os dispositivos previstos no Código de Defesa do Consumidor e, mesmo que não faça menção expressa ao art. 6º, inciso VIII, sua aplicação é inconteste por se tratar de questão processual.

É de se ressaltar ainda que a defesa do Direito ambiental e do Direito do consumidor encontra grande semelhança porque ambos, em muitos casos, defendem interesses da coletividade, motivo pelo qual diversos são os estudos e dispositivos legais que tratam especificamente da defesa de interesses coletivos envolvidos em relações de consumo. Neste sentido, Bruno Miragem fez menção à importância da tutela coletiva no Direito do consumidor, por conta da conveniência de concentrar pretensões em um mesmo processo e para garantir a efetividade da proteção ao consumidor:

No Direito do consumidor, a importância da tutela coletiva de Direitos, desenvolvida e aprofundada pelo CDC, em movimento subsequente à Lei da Ação Civil Pública (de 1985), sustenta-se basicamente em dois argumentos. O primeiro, de conveniência

da concentração de um número imenso de pretensões em um mesmo processo. Por outro lado, tal possibilidade revela-se como condição de efetividade da proteção dos direitos dos consumidores. Como observa Marinoni, “instituir a possibilidade de tutela de direitos individuais de origens comuns, por meio de uma única ação deferida por ente idôneo e capaz, é fundamental para que o ordenamento jurídico (...) não se transforme em letra morta. (MIRAGEM, 2016, p. 82)

Em um segundo momento, Bruno Miragem afirma que há circunstâncias em que se torna difícil delimitar quem foi prejudicado por uma determinação violação de direitos, pois o Direito do consumidor não se satisfaz em proteger tão somente quem esteve envolvido em uma relação jurídica, mas se estende também a quem simplesmente foi exposto às práticas do mercado. Explica que não é preciso que o indivíduo estabeleça vínculo formal com o fornecedor para que seja alcançado pela proteção oferecida pelas demandas coletivas²⁴⁵.

Ao lecionar especificamente sobre a tutela coletiva no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública, Bruno Miragem explica que as normas previstas em ambas as legislações dialogam entre si. Assim, com a aplicação conjunta de ambas as legislações, passam a ser adotadas regras a respeito de situações em que a redação original da Lei até então era silente²⁴⁶.

As colocações expostas permitem identificar, com clareza, a semelhança entre o Direito do consumidor e o Direito ambiental. Obviamente, os pontos semelhantes não dizem respeito a questões materiais, mas aos efeitos causados pelas lesões ao meio ambiente e ao consumidor, no sentido de que dispensam a existência de uma relação jurídica para que a parte prejudicada tenha direito à proteção, que poderá ocorrer por meio de demandas coletivas proposta pelos órgãos legitimados.

²⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 82.

²⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 728.

Prosseguindo, a segunda particularidade do Direito ambiental refere-se à aplicação do princípio da precaução como justificativa para a inversão do ônus da prova. Diferentemente do que ocorre quando a inversão se dá por meio do microsistema processual coletivo, neste caso, os critérios para que assim seja feito são de ordem material, sem qualquer fundamento processual.

Apesar de esclarecimentos iniciais terem sido realizados, pretende-se agora ressaltar as especificidades da inversão do ônus da prova em matéria ambiental. Neste sentido, tem-se que a inversão do ônus da prova dispensa atualmente qualquer pressuposto de ordem processual para que seja aplicado, pois se presentes os requisitos materiais, seria dever do causador do dano produzir a prova a fim de comprovar que sua atividade não fosse capaz de causar danos ao meio ambiente.

Quando se fala em ausência de requisitos processuais, significa dizer que as particularidades do caso concreto não têm sido consideradas. No caso do princípio da precaução, a justificativa para que resultasse na inversão probatória seria justamente a ausência de comprovação científica acerca do efetivo potencial lesivo da atividade; portanto, seja qual for a condição das partes, verificando-se a questão material, a inversão probatória é a regra.

Veja-se que, neste caso, dispensa-se a análise de qualquer outra condição, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, por meio do microsistema processual coletivo. Neste caso, a legislação define requisitos de ordem processual que devem estar presentes, quais sejam, verossimilhança das alegações e hipossuficiência.

Ainda que no caso de danos ambientais considere-se a coletividade como vítima, é de se considerar que as condições pessoais do causador do dano podem não ser adequadas para que se atribua a ele o dever de produzir a prova. No item anterior, comparou-se um caso hipoté-

tico a uma situação verídica enfrentada pelo Poder Judiciário, sendo que, em ambos casos, a aplicação do princípio da precaução tem ocorrido da mesma forma, ou seja, sem qualquer análise de ordem processual.

Retoma-se o caso hipotético já exposto, em que um pequeno agricultor fora demandado pelo Ministério Público na Ação para apurar possíveis danos ao meio ambiente, e, conseqüentemente, em desfavor da coletividade. Do mesmo modo que pode o pequeno produtor rural, sem instrução e desprovido de meios para apresentar sua defesa, figurar no polo passivo da demanda, o mesmo lugar poderia ser ocupado por uma grande empresa.

A partir do momento em que se percebe que não há nenhum requisito para que o princípio da precaução seja aplicado, e isso pode ser verificado acima na jurisprudência analisada, passa-se a questionar se a ausência de pressupostos processuais realmente levará a um resultado justo e, mais do que isso, benéfico à tutela jurídica do meio ambiente e à coletividade. Faz-se tal questionamento considerando que o principal interesse da demanda é particularmente reparar os danos causados; no entanto, é bastante lógico que cada situação concreta apresentará suas peculiaridades.

Reforçando, considere-se que, no lugar do produtor rural, figurasse, no polo passivo da Ação movida pelo Ministério Público, uma empresa que realizasse estudos ambientais e tivesse, em seu quadro de funcionários, profissionais das áreas de biologia, engenharia florestal e engenharia ambiental. Considere-se que se está imputando a esta empresa a prática de ações lesivas ao meio ambiente em razão de suas instalações.

Não há dúvidas de que o simples fato de se tratar de empresa cujos funcionários que compõe seu quadro possuírem conhecimento na área, terão melhores condições de enfrentar a ação e, principalmente, produzir provas que apontem para a inexistência de danos ao meio ambiente, em razão das atividades que exerce. Neste segundo exemplo, nem mesmo

é necessário se tratar de uma grande empresa, pois o conhecimento técnico dos funcionários já os coloca em melhor situação que aquela que enfrentaria o pequeno agricultor, mencionado no exemplo anterior.

Os exemplos expostos têm como finalidade ressaltar a preocupação com a ausência de critérios processuais para determinação da inversão do ônus da prova em razão da aplicação do princípio da precaução, ao qual se recorre quando não há comprovação científica a respeito da lesividade de determinada conduta. Questiona-se a razoabilidade desta possibilidade, já que as diversas demandas ambientais envolvem partes com diferentes níveis de conhecimento e aptidão para estar em juízo, o que pode não apenas sobrecarregar a parte envolvida, mas resultar na ineficácia da resposta processual. Em alguma extensão, considerado o caso concreto, isso precisa ser levado em conta juridicamente sob pena de produzir resultados juridicamente desfavoráveis à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por oportuno, interessante destacar que, não raras vezes, o polo passivo de uma Ação Civil Pública é formado por indivíduos leigos no assunto. Trata-se de agricultores que desconhecem a necessidade de respeitar Áreas de Preservação Permanente, que não conhecem a lesividade dos produtos que utilizam para otimizar suas plantações, que não têm conhecimento acerca dos malefícios causados pelo desmatamento ou pela caça, entre outras inúmeras situações.

Nos exemplos mencionados no parágrafo anterior, é possível e provável que, em algum momento, irão se deparar com ações judiciais propostas por um órgão de natureza pública – como é o caso do Ministério Público –, que possui servidores altamente capacitados para discutir questões jurídicas, assessorados por especialistas em diversas esferas relacionadas ao meio ambiente. Quando, em qualquer desses casos, ocorrer a inversão do ônus da prova, tão somente por questão material, como no caso do princípio da precaução, não se pode afastar a possibilidade de injustiças e até mesmo de erros processuais.

Como consequência lógica, depara-se ainda com a possível ocorrência de pouca efetividade à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, já que se está diante de um caso em que não há comprovação científica a respeito da lesividade, ou não, da atividade, somada a uma prova substancialmente frágil, pois produzida por um indivíduo sem as mínimas condições para fazê-lo. Salienta-se que o quadro poderia apresentar resultado diverso se a partir do caso concreto fosse o ônus da prova distribuído de acordo com a aptidão das partes em litígio.

Conclui-se, assim, o presente estudo com a indagação a respeito da correta aplicação do princípio da precaução, com base tão somente no direito material, sem avaliar a presença de pressupostos processuais. Por derradeiro, entende-se pertinente avaliar também se os resultados obtidos nas demandas ambientais coletivas, mesmo quando procedentes, são efetivas à proteção e reparação dos danos ambientais, especialmente quando o conjunto probatório seja formado principalmente pelo causador do dano, em decorrência da aplicação do princípio da precaução.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se por um lado os critérios utilizados para determinar a inversão do ônus da prova em demandas ambientais são aceitos e pouco – ou nada – questionados pelos aplicadores da Lei, o presente estudo despertou certa preocupação com a efetividade deste procedimento. O interesse maior está relacionado à aplicação do princípio da precaução, que dispensa a presença de qualquer pressuposto processual e é o motivo que levou ao questionamento a respeito da regularidade de sua aplicação, tal como ocorre atualmente.

Observou-se que às demandas ambientais aplica-se a inversão do ônus da prova tanto por meio do microssistema processual coletivo, invocando-se o Código de Defesa do Consumidor, quanto pela aplicação do princípio da precaução. Ao tempo que o primeiro depende da presença dos requisitos indicados no art. 6º, inciso VIII, do Código Consumerista, a saber, hipossuficiência e verossimilhança das alegações, o princípio da precaução prescinde de qualquer análise com viés processual.

Foi possível observar, especialmente a partir da análise de julgados que versam sobre o assunto, que quando identificada a ausência de comprovação científica acerca da lesividade, ou não, de determinada atividade, recorre-se ao princípio da precaução, independentemente de quais sejam as partes envolvidas no litígio. Desse modo, considerando que o polo passivo pode ser ocupado tanto por grandes empresas quanto por pequenos produtores rurais, em juízo serão estes colocados lado a lado.

Quando comparadas as situações que justificam a inversão probatória em demandas ambientais – aplicação do Código de Defesa do Consumidor, como Lei integrante do microssistema processual coletivo e aplicação do princípio da precaução – é possível afirmar que são

contraditórias. Isso porque o primeiro tem como um de seus requisitos a verificação de hipossuficiência da parte lesada – no caso, a coletividade – enquanto no segundo (princípio da precaução) a hipossuficiência pode ser justamente o motivo que levará à pouca efetividade da demanda e a uma possível injustiça e desigualdade processual.

Quando o princípio da precaução dispensa a verificação de requisitos processuais para sua aplicação, permite que partes que se encontrem em posições totalmente diversas assumam obrigações semelhantes. Explica-se, retomando a análise dos casos expostos no estudo e das ocasiões em que é possível verificar a ocorrência de dano ambiental, não raras vezes um indivíduo totalmente leigo e financeiramente hipossuficiente deparar-se-á com uma ação coletiva proposta em seu desfavor e será surpreendido com o dever de demonstrar a ausência de lesividade das atividades que praticou. Do mesmo modo, uma grande empresa poderá enfrentar a mesma situação.

O que ocorre é que a condição das partes pouco importa para que o princípio da precaução seja utilizado para orientar o rumo do processo, pois o critério é um só: a ausência de comprovação científica sobre a inexistência do dano. Percebe-se, portanto, que se trata de critério puramente material, que coloca em jogo não apenas a igualdade no litígio, mas o resultado da demanda, pois é possível que a parte responsável pela produção da prova não consiga produzi-la a contento e, com isso, o desfecho da ação também ficará comprometido.

Enfim, com o estudo da evolução das normas processuais percebeu-se que há interesse em zelar pela igualdade das partes envolvidas em uma ação judicial, até mesmo para atender aos objetivos de um Estado Democrático de Direito e para que o resultado da ação seja eficiente. Todavia, as contradições entre os métodos adotados no Direito Ambiental são notórias.

Quando analisados os pontos referentes ao Direito do Consumidor, percebeu-se que a vulnerabilidade do consumidor é o que justifica a própria regulamentação da disciplina, visto que pelo fato de possuir conhecimento do produto ou serviço que oferece, o fornecedor tem melhores condições de comprovar os fatos postos em juízo. No entanto, apesar das semelhanças que mantém com o Direito Ambiental, é substantiva a diversidade com que a vulnerabilidade das partes é considerada.

Mesmo que em ambas as disciplinas a coletividade seja considerada a parte prejudicada, é necessário reconhecer que o fornecedor, como causador do dano, nem sempre poderá ser equiparado ao responsável pela ocorrência de um dano ambiental. É evidente que seja qual for sua condição financeira ou a estrutura de seu estabelecimento, o fornecedor precisa conhecer o produto que produziu ou o serviço que presta, mas o causador do dano ambiental muitas vezes desconhece as consequências de seus atos.

Por oportuno, menciona-se o Direito Processual Civil, que conta com a recente inovação referente à distribuição dinâmica do ônus da prova, de modo que a obrigação das partes seja dividida de acordo com suas condições perante a demanda. Além de atribuir ao demandante e ao demandado obrigações condizentes com sua posição, permite-se que a ação tenha melhores condições de ter um desfecho justo.

Tais reflexões mostram-se relevantes para ressaltar a disparidade entre os critérios – ou a ausências deles – que autorizam a inversão probatória em demandas ambientais.

Quando o Direito Ambiental é comparado ao Direito do Consumidor, por exemplo, tem-se que em ambos os casos a vulnerabilidade está presente, sendo que quando aplicado o microsistema processual coletivo, é o que justifica a inversão probatória. Por outro lado, quando a inversão probatória ocorre

em razão do princípio da precaução, é a não observação da vulnerabilidade que poderá comprometer os resultados obtidos.

Desse modo, conclui-se que a inversão do ônus da prova em demandas ambientais é possível, inclusive a jurisprudência é unânime neste sentido, como demonstram os julgados expostos, que demonstram tanto a aplicação do microssistema processual coletivo quanto do princípio da precaução. No entanto, em relação ao último caso, compreende-se que a ausência de critérios processuais pode, de fato, comprometer a efetividade do direito tutelado.

Para finalizar, deixa-se o questionamento a respeito da ausência de critérios processuais para aplicar o princípio da precaução, pois se percebeu que não raras vezes a parte demandada pode ser prejudicada em juízo, além de evidenciar a não observação do princípio da igualdade. Como consequência, a própria coletividade e o meio ambiente, que deveriam ser beneficiados, poderão não obter um resultado efetivamente favorável.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 25. ed. São Paulo: Método, 2017.

BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. Ltr, 2016.

BELLINI JÚNIOR, Antonio Carlos. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Campinas: Servanda, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del5452.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8078.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *AgRg no Ag 1355226/RJ*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 18 de setembro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1178074&num_registro=201001814620&data=20120926&formato=PDF. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *AgInt no AREsp 1370593/SP*. Relator Ministro Raul Araújo, 27 de agosto de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1857206&num_registro=201802499893&data=20190912&formato=PDF. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *AgInt no AREsp 1581973/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 10 de março de 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1921615&num_registro=201902701264&data=20200317&formato=PDF. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial 1773438/MG*. Relator: Ministro Herman Benjamin, 19 de março de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?>

componente=ITA&sequencial=1804372&num_registro=201802678969&data=20190531&formato=PDF Acesso em: 14/07/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial 1364707/PE*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1301696&num_registro=201300188484&data=20140310&formato=PDF Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Quarta Turma). *Recurso Ordinário 00121649620145030163*. Relator: Maria Lucia Cardoso Magalhaes. Disponível em: <https://portal.trt3.jus.br/internet>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. *Recurso Ordinário nº 01146-2007-010-12-00-9*, 3 de novembro 2008. Disponível em: <https://portal.trt12.jus.br/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (5ª Turma). *Recurso de Revista 77300-97.2009.5.17.0010*. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, 18 de novembro de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/9e35c981a0f3c756ac18ac03aa2c935f..> Acesso em: 14 jul. 2020.

CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARPES, Artur Thompsen. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FIGUEIRA, Divalte Garcia. *História*. São Paulo: Ática, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Direitos do consumidor*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor*. 13. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GIACOMINI FILHO, Gino. *Consumidor versus propaganda*. 5. ed. São Paulo: Summus, 2008.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 33-41, abril/junho, 1995.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: processo de conhecimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: Direito material e processo coletivo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

HIGINO NETO, Vicente. *Ônus da prova: teorias da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas compartilhadas*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito processual do trabalho*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEIRELES, Edilton. Inversão do ônus da prova no processo trabalhista. *Revista Juris Plenum*, Caxias do Sul (RS), v. 2, Plenum, 2005. CD-ROM.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2018.

MELLO, Sônia Maria Vieira. *O Direito do consumidor na era da globalização: a descoberta da cidadania*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MONTESQUIEU. *Do espírito das Leis*. São Paulo: Abril Cultura, 1973.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Novas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 135-149, abr./jun. 1997.

NETO, Francisco Ferreira Jorge. Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. *Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no Direito do consumidor*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do consumidor*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: MÉTODO, 2017.

PEREIRA, Leone. *Manual de Processo do Trabalho*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEYRANO, Jorge W. *Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*. Cargas probatórias dinâmicas. 1. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Terceira Turma Recursal Cível). *Recurso Cível 71000533554*. Relatora: Des. Maria de Lourdes Galvão Braccini de Gonzalez, 13 de julho de 2004. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/proc.html?tb=proc>. Acesso em: 14 jul. 2020.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 2. ed. Vol. 1. São Paulo: Max Limonad, 1953.

SCHIAVI, Mauro. *A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. 1. ed. São Paulo: LTr Editora, 2017.

SARAIVA, Rafael. SOUTO, Rafael Tonassi. *Direito do Trabalho*. 20. ed. Salvador: Juspodvim, 2018.

SOUZA, Sylvio Capanema; WERNER José Guilherme Vasi; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito do Consumidor*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TALAYA, Agueda Esteban *et al.* *Princípios de Marketing*. 3. ed. Madrid: ESIC Editorial, 2008.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do consumidor: Direito material e processual*. 9. ed. São Paulo: MÉTODO, 2020.

THAMAY, R. F. K. *O processo coletivo na teoria geral do processo civil: legitimidade e coisa julgada*. Revista de Direito, [S. l.], v. 5, n. 02, p. 161-215, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1446>. Acesso em: 3 nov. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SOBRE O AUTOR

Clóvis Dias de Souza

Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Educação pela Universidade de Caxias do Sul. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Caxias do Sul. Mestre em Educação pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, em Direito Processual Penal e Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e em Língua Portuguesa pela Universidade Salgado de Oliveira/RJ. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. E-mail: cdsouza2@ucs.br



ÍNDICE REMISSIVO

A

aplicação 9, 10, 12, 16, 17, 31, 33, 38, 39, 43, 44, 55, 56, 58, 60, 67, 69, 74, 78, 79, 81, 90, 91, 92, 94, 95, 98, 100, 104, 106, 109, 111, 115, 116, 121, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 131, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 147, 149, 150, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170

C

Código de Defesa do Consumidor 11, 13, 44, 59, 64, 66, 68, 69, 99, 109, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 145, 147, 148, 150, 155, 157, 159, 161, 162, 163, 167, 171, 173, 174

conflitos 18, 23, 26, 28, 86, 127

Constituição 27, 29, 52, 53, 56, 76, 82, 86, 93, 102, 104, 128, 134, 144, 148, 160, 171

Constituição Federal 29, 52, 53, 56, 82, 93, 102, 104, 128, 144, 148, 160

consumidor 9, 12, 13, 17, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 83, 91, 98, 110, 111, 115, 116, 120, 121, 122, 123, 124, 128, 131, 132, 133, 159, 160, 161, 162, 169, 171, 172, 173, 174, 175

D

direito 9, 10, 18, 19, 22, 69, 99, 150, 153, 160, 162, 166, 170

Direito Administrativo 12, 17, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 96, 134, 171, 172, 173, 174, 175

Direito Ambiental 11, 12, 13, 45, 100, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 120, 127, 135, 145, 147, 154, 160, 168, 169, 176

Direito Brasileiro 16, 30, 31, 33

Direito do Consumidor 12, 13, 17, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 56, 58, 59, 61, 68, 69, 91, 96, 116, 160, 162, 169, 172, 173, 174, 175

Direito Processual 11, 12, 17, 18, 24, 35, 40, 42, 43, 44, 65, 91, 96, 120, 169, 176

E

emprego 25, 69, 84, 93, 94, 144

Estado 19, 21, 23, 24, 25, 26, 28, 32, 40, 41, 45, 48, 49, 52, 54, 55, 56, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 82, 85, 86, 111, 113, 114, 117, 126, 135, 142, 145, 160, 168

J

jurisprudência 11, 38, 43, 79, 80, 95, 99, 105, 110, 114, 115, 117, 119, 120, 133, 136, 137, 139, 141, 164, 170

O

ônus 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 54, 56, 57, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 80, 81, 82, 83, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 103, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 165, 166, 167, 169, 170, 171, 173, 174

P

Poder Judiciário 30, 52, 79, 98, 145, 148, 154, 164
política 21, 26, 63, 89, 126
posicionamento 33, 37, 43, 48, 59, 67, 69, 81, 85, 102, 113, 122, 144, 152
Processo Civil 11, 18, 20, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 34, 36, 39, 41, 44, 57, 77, 89, 108, 109, 110, 115, 119, 124, 127, 128, 147, 172, 173, 174
processo coletivo 19, 45, 98, 120, 126, 135, 145, 147, 173, 175
processo judicial 16, 140, 158
prova 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 41, 42, 43, 44, 54, 56, 57, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 80, 81, 82, 83, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 103, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 129,

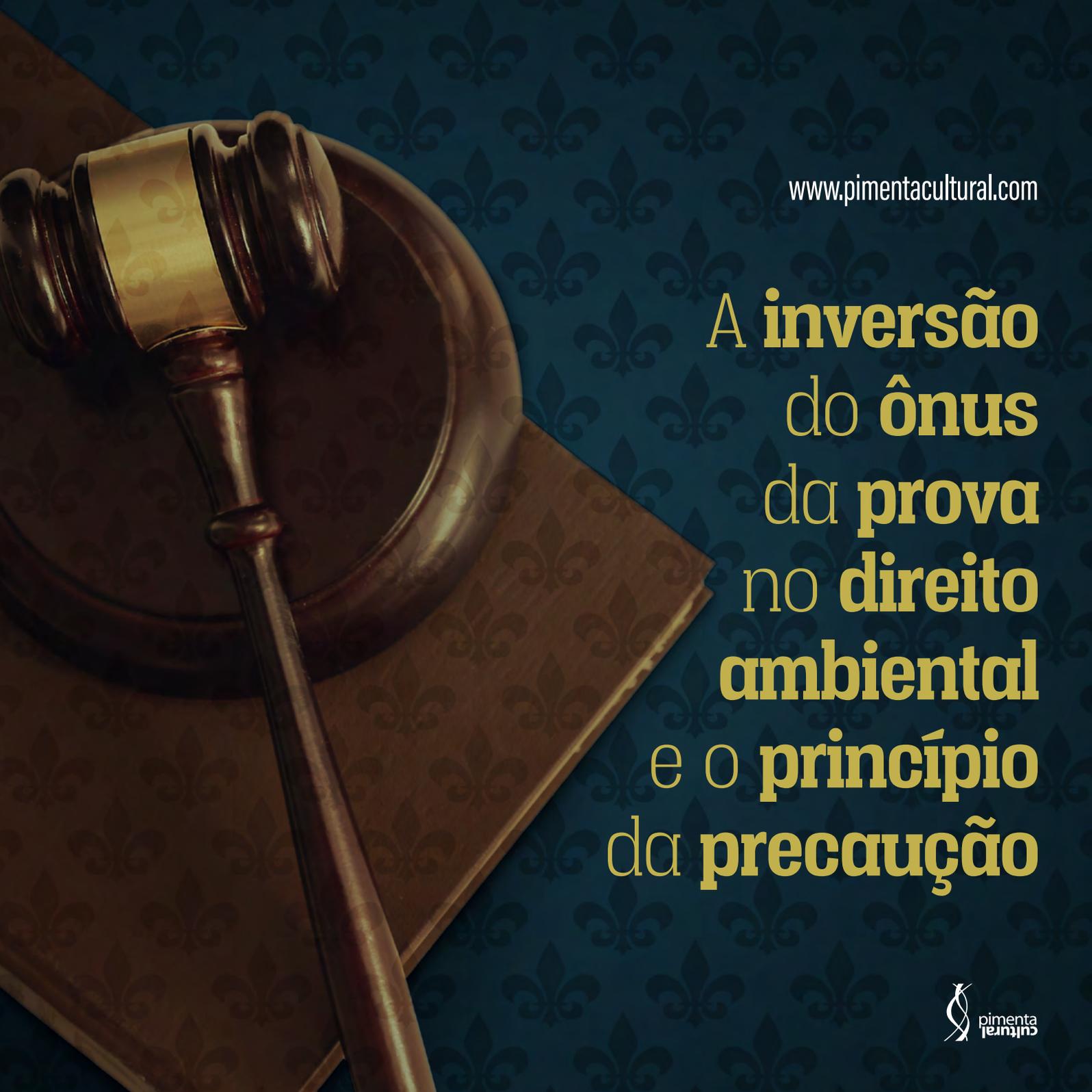
130, 131, 132, 133, 134, 135, 138, 139, 140, 141, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 173, 174

S

serviço 52, 58, 61, 62, 64, 66, 93, 132, 133, 169

T

teoria 19, 26, 31, 33, 37, 38, 39, 74, 91, 94, 95, 98, 104, 105, 106, 107, 175
trabalho 9, 41, 47, 48, 49, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 100, 101, 173, 174



www.pimentacultural.com

A **inversão**
do **ônus**
da **prova**
no **direito**
ambiental
e o **princípio**
da **precaução**