

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PREVENTIVA DE DANO AMBIENTAL

1 INTRODUÇÃO

Em um cenário mundial de constante atenção voltada às questões ambientais, emerge, de forma destacada, o direito ambiental como disciplina jurídica autônoma. Nesse passo, impõe-se uma reflexão sobre seus institutos e particularidades, seja para consolidá-lo como ramo jurídico, seja para torná-lo eficaz aos objetivos que se propõe alcançar.

Ao se constatar a invariável conflituosidade de interesses proporcionada pela temática ambiental e o progressivo aumento da judicialização destes conflitos, relacionados ao dano ambiental, quer sob a ótica da prevenção, quer da restauração, a questão processual assume especial relevância.

O enfrentamento desta dimensão é o que aqui se propõe, delimitando o tema na análise da distribuição e inversão do ônus da prova e, em novo recorte, analisando tal questão no âmbito da demanda ambiental que tenha por objetivo a prevenção do dano.

O estudo da distribuição do ônus da prova e, mais especificamente, a possibilidade de inversão de tal ônus, é um tema instigante relacionado ao direito ambiental adjetivo, sendo a possibilidade de inversão do *onus probandi*, inclusive, aceito majoritariamente no campo doutrinário e já com eco na seara jurisprudencial. Não obstante, nota-se que esta inversão em litígios ambientais tem sido fundamentada em argumentos diversos, que são, no mais das vezes, empregados isoladamente.

Pretende-se, assim, analisar a amplitude da aplicação da inversão do ônus da prova na ação civil pública que tenha por objetivo evitar o dano ao meio ambiente, analisando as interpretações desenvolvidos sobre o tema, buscando pontos em comum e apresentando proposta de aplicação simultânea dos argumentos.

2 O DUPLO ESCOPO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL: REFLEXO NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O sistema processual brasileiro conta com importantes instrumentos para a tutela do meio ambiente (FREITAS, p. 35), destacando-se a ação civil pública, instituída pela Lei 7.347/1985, aplicável, ainda, para a tutela de outros interesses difusos e coletivos.

A Lei da Ação Civil Pública (LACP) prevê dois enfoques de atuação para as questões ambientais: na forma do artigo 1º, inciso I, serve de instrumento para ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente; em outro sentido, há previsão no seu artigo 4º para a possibilidade de se ajuizar ação civil pública de natureza cautelar, visando a evitar o dano ao meio ambiente¹.

Assim, a ação civil pública pode ter um duplo escopo: servir à reparação do dano ao meio ambiente ou, cautelarmente, evitar que esse dano se produza. No primeiro caso, o objeto é o dano; no segundo, o risco de dano.

Esse duplo caráter, que evidencia a natureza distinta da tutela a ser prestada, tem implicações processuais de monta, com diferentes modos de abordagem e de distribuição de incumbências entre as partes, uma vez que há institutos do processo que

¹ É possível, porém, que na própria ação principal seja formulado pedido de medida cautelar, por força do princípio da fungibilidade das medidas de urgência, incorporado ao Código de Processo Civil pela Lei 10.444/2002, inserindo o § 7º ao artigo 273, sendo o diploma adjetivo aplicável subsidiariamente à Ação Civil Pública, na forma do artigo 19 da Lei 7.347/1985.

merecem ser tratados com especial atenção quando a ação civil pública tiver caráter preventivo, o que não ocorre quando a demanda for meramente reparatória.

Exemplificativamente, pode-se apontar a necessidade de concessão de medida liminar acautelatória, dependendo dos requisitos, para garantir que o dano não será causado ao longo do trâmite da demanda, visando, assim, resguardar tanto o bem ambiental quanto o próprio objeto do processo (ABELHA, p. 151). Esta particularidade, em princípio, não será um imperativo quando a ação civil pública tiver escopo reparatório de um dano, posto que estar-se-á tratando de uma situação já ocorrida².

A par disso, outro instituto do processo que merece ser tratado com especial atenção é o que toca à distribuição do ônus da prova.

Quando o caso for de reparação de dano, as incumbências dos litigantes são estabelecidas de forma menos onerosa aos autores, posto que o ordenamento brasileiro adota a responsabilização por danos ambientais independente de culpa e pelo simples fato da atividade, uma vez que, por força do art. 225, § 3º da Constituição Federal de 1988, bem como do disposto na Lei nº. 6.938/1981, em seu artigo 14, § 1º, foi estabelecida a responsabilidade objetiva do poluidor pelos danos ambientais (STEIGLEDER, p. 235).

Corolário da responsabilização objetiva é a imposição ao demandado do ônus de provar as excludentes da responsabilidade, forma por meio da qual “a situação se equilibrará, pois é possível ao réu fazer prova de que nenhuma responsabilidade teve” (FREITAS, p. 179). Neste caso, não há sequer que se falar em inversão do ônus da prova, mas de mero *onus probandi* imposto ao demandado, regra geral do ordenamento, na forma do artigo 333 do CPC.

Conclui-se que a responsabilidade objetiva tende a facilitar³ a atuação em defesa do meio ambiente quando o caráter for reparatório, o que não exclui a questão, no mais das vezes tortuosa, da demonstração do dano e do nexo de causalidade. O que ora está sendo sustentado é que, neste caso, uma vez “evidenciado o liame entre a causa e efeito do dano ambiental, o agente responde por sua obrigação” (LEITE, p. 202).

Deveras distinta, porém, será a situação preventiva ou precaucional, uma vez que a atuação judicial será mais difícil ao demandante, por diversas razões.

Primeiro porque o ordenamento pátrio não prevê de forma expressa a possibilidade de inversão do ônus da prova em tais situações, prevalecendo a regra de que compete a quem alega o ônus de provar suas alegações.

Uma segunda razão decorre de, no mais das vezes, o autor de uma ação civil pública estar em condição de inferioridade, técnica e econômica, diante do demandado, provável causador do dano, o que, naturalmente, dificulta a realização da prova.

Por fim, há situações de atividades que para serem realizadas dependem de prévio licenciamento ambiental. Logo, a presunção é de que havendo licença concedida pelos órgãos ambientais competentes, os danos já foram antevistos e as medidas compensatórias, previamente definidas. Neste caso, o responsável pela atividade já teria cumprido, na seara administrativa, o encargo de provar que seu empreendimento não é lesivo ou, sendo, que tomou medidas compensatórias ou, ainda, que dentre as

² Salvo, naturalmente, se diante de um dano já ocorrido, se pretender evitar que o mesmo perpetue-se ou que seus efeitos estendam-se.

³ A afirmativa de que a responsabilidade objetiva implica na facilitação na atuação judicial em favor do meio ambiente está assentada na noção de que “a adoção da teoria do risco da atividade, da qual decorre a responsabilidade objetiva, traz como conseqüências principais para que haja o dever de indenizar: a) a prescindibilidade de investigação da culpa; b) a irrelevância da licitude da atividade; c) a inaplicação das causas de exclusão da responsabilidade civil” (MILARÉ, p. 834).

possibilidades de implantação, optou pela menos danosa. Tarefa hercúlea, pois, a de questionar uma atividade que, *a priori*, estaria de acordo com as exigências legais.

Neste contexto, para facilitar a atuação em juízo em favor do meio ambiente, visando a proteger e preservar o bem ambiental, tem-se recorrido, para inverter o ônus da prova, a esforços hermenêuticos.

3 FUNDAMENTOS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL

São três as linhas de argumentação que objetivam fundamentar a inversão do ônus da prova em demandas ambientais. O que as diferencia é o enfoque interpretativo: à luz dos princípios da prevenção e da precaução; do princípio do poluidor-pagador; ou, por fim, com base na aplicação, na ação civil pública, de todas as regras processuais do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o que importa na análise sistemática e teleológica do ordenamento.

Cumpra desde logo manifestar posicionamento sobre as fundamentações a seguir expostas. O argumento central para a inversão do ônus da prova na ação civil pública ambiental é o desenvolvido com amparo no princípio do poluidor pagador. Quando a demanda tiver natureza preventiva de dano, necessário recorrer aos princípios da precaução e da prevenção, de forma complementar, cujas perspectivas estão perfeitamente de acordo com a tutela preventiva. Contudo, tais princípios não podem ser tidos com o fundamento principal para a inversão do ônus da prova. Por fim, quanto à aplicação de todas as regras processuais do CDC na ação civil pública, parece não ser este um entendimento adequado. A seguir serão expostos os fundamentos para se realizar a inversão do ônus da prova e, quando for o caso, desenvolvida a devida crítica.

3.1 O PRINCÍPIO DO POLUIDOR-PAGADOR E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

O argumento no sentido de se inverter o ônus da prova com fulcro no princípio do poluidor-pagador decorre da proposição referente à internalização dos custos da atividade, isto é, cumpre àquele cuja atividade é poluente ou degradante, ainda que potencialmente, prevenir, ressarcir e reprimir os danos do empreendimento, o que implicaria, via de consequência, em provar que promoveu esta internalização.

Marchesan e Steigleder, em trabalho dedicado à análise dos argumentos jurídicos para a inversão do ônus da prova, analisam o tema pela perspectiva do princípio do poluidor-pagador, ocasião em que sustentam que “a internalização dos custos da atividade deve ser o mais abrangente possível, de molde a também comportar o custeio de provas a serem produzidas nas demandas sofridas pelo poluidor” (p. 23).

Em trabalho individual, Steigleder defende que a aplicação do princípio do poluidor-pagador teria inicialmente papel destacado ao impor ao empreendedor todos os ônus da elaboração do EIA-RIMA, sendo que o “mesmo raciocínio vem sendo desenvolvido para justificar a inversão do ônus da prova ainda na fase investigatória do inquérito civil e na fase judicial, quando já ajuizada a ação civil pública” (p. 191).

À luz do referido princípio, transfere-se ao empreendedor o papel de garante da incolumidade da atividade, logo, evitar que externalize os custos, uma vez que o princípio do poluidor-pagador age com amparo na “teoria econômica de que os custos sociais externos que acompanham o processo produtivo precisam ser internalizados, vale dizer, que os agentes econômicos devem levá-los em conta ao elaborar os custos de produção e, conseqüentemente, assumi-los” (MILARÉ, p. 163-164).

Desta forma, extrai-se do argumento supra apresentado que a inversão do ônus da prova estaria vinculada à imposição ao responsável pela atividade potencialmente lesiva, que assumisse, igualmente, dentro da idéia de internalização, o encargo de demonstrar que sua atividade não é lesiva ou, sendo, que adotou todas as medidas preventivas, reparatória ou compensatórias.

3.2 OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

De outra banda, abalizada doutrina vem sustentando a possibilidade de inversão do ônus da prova a partir da aplicação dos princípios da prevenção e da precaução.

Segundo Mirra, a inversão do ônus da prova é uma potencialidade da aplicação na seara processual do princípio da precaução, como reflexo da substituição do critério da certeza pelo critério da probabilidade, consagrado por este princípio, de modo que tem também essa outra consequência na esfera judicial: “acarretar a *inversão do ônus da prova*, impondo ao degradador o encargo de provar, sem sombra de dúvida, que a sua atividade questionada não é efetiva ou potencialmente degradadora da qualidade ambiental. Do contrário, a conclusão será no sentido de considerar caracterizada a degradação ambiental” (p. 252).

Marchesan e Steigleder, em obra já referida, defendem que a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção são o principal argumento a viabilizar a inversão do ônus da prova, inclusive dos custos da prova. Sustentam para tanto que, diante de poucas informações científicas acerca de uma atividade, bem como da existência de riscos gerados pela mesma, quando tal atividade for judicialmente questionada, pela via da ação civil pública, não há que se impor ao autor, geralmente hipossuficiente técnica e economicamente, o ônus de provar os malefícios da atividade, mas sim ao demandado, que é quem se aproveita da situação de incerteza (p. 22-23).

Conclui-se, desta forma, que o argumento favorável à inversão do ônus da prova em demandas ambientais, com amparo nos princípios da precaução e da prevenção, decorre da imposição ao demandado do ônus relacionado à incerteza acerca do caráter lesivo de sua atividade. Frisa-se: pela inversão do *onus probandi* pretende-se impor o encargo da prova àquele cuja atuação implica em efeitos ambientalmente incertos.

3.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Uma terceira orientação sobre a temática da inversão do ônus da prova na ação civil pública ambiental é sustentada não tanto por jusambientalistas, mas especialmente por processualistas. Para melhor apresentar esta perspectiva, inicialmente será apresentada a problemática e, após, o modo interpretativo que visa a superá-la. No final deste tópico se formulará a crítica pois, como já dito anteriormente, parece não ser este um fundamento adequado.

Ocorre que a Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), conferiu nova redação ao artigo 21 da LACP, determinado a aplicação do seu Título III, que trata de questões processuais, à ação civil pública.

O diploma consumeirista, porém, traz regra de inversão do ônus para facilitar a defesa do direito do consumidor no processo civil, quando for verossímil sua alegação ou quando for hipossuficiente, mas esta regra não está prevista no Título III, aplicável, como dito, à LACP, mas sim no Título I, artigo 6º, inciso VIII.

Desta forma, a rigor, está delimitada qual a parte do CDC que se aplica, quando cabível, à ação civil pública e, como visto, o dispositivo que trata da inversão do ônus da prova não está incluído na parte que se aplica subsidiariamente à LACP.

Não obstante a ausência de previsão expressa de aplicação do art. 6º, inciso VIII, há doutrina empenhando esforços para estender a possibilidade de inversão do ônus da prova a todas as hipóteses de cabimento da ação civil pública, na forma do artigo 1º da LACP. Segundo Leonel, a aplicação de todas as regras processuais previstas no CDC à LACP, inclusive a regra da inversão do ônus da prova, decorre da superação da mera interpretação formal ou gramatical do ordenamento, aplicando-se uma interpretação sistemática e teleológica da regra posta, para concluir que o legislador quis estender à LACP todas as regras processuais previstas no CDC o que, ao fim e ao cabo, estaria de acordo com a constatação de que “ultimamente o labor legislativo tem sido voltado à otimização e ampliação da tutela coletiva” (p. 340-341).

Conclui-se, assim, que o conjunto dos regramentos referentes à tutela dos interesses difusos e coletivos deveria ser interpretado como um todo, quer dizer, estaríamos diante de uma sistemática processual própria que valeria para todas as situações que envolvessem interesses dessa natureza.

Posto o argumento, faz-se a crítica.

A primeira linha de oposição à aplicação de todas as regras processuais do CDC à ação civil pública parte da constatação de que não há previsão expressa na LACP para a aplicação do dispositivo do CDC referente à inversão do ônus da prova.

Tal exclusão, ademais, está de acordo com a sistemática. O CDC, ao dispor sobre regras de direito processual, claramente diferencia a tutela individual da tutela coletiva. O Título III do CDC trata preponderantemente⁴ de regras processuais para demandas coletivas, sendo justamente por esta razão que se aplicam subsidiariamente à LACP, que, vale destacar, é uma ação própria para interesses difusos e coletivos. A exclusão da regra de inversão do ônus da prova, portanto, tem uma lógica própria.

Em outro viés, há proposta de extensão fundamentada na necessidade de se atribuir facilidades processuais à parte fraca da relação, com o que também não se pode concordar, pois existem mecanismos mais aptos para se aplicar a inversão do ônus da prova na ação civil pública ambiental.

Desnecessário, pois, forçar uma interpretação – e incluir o que está excluído – quando há na sistemática ambiental um princípio que, com precisão, serve de fundamento para, no âmbito processual, autorizar a inversão do ônus da prova na ação civil pública ambiental. Como já destacado, o princípio do poluidor-pagador.

Refuta-se, desta forma, a exegese proposta, seja porque busca incluir o que, com lógica, foi excluído; seja porque, se o objetivo for facilitar a atuação em juízo, há mecanismo mais adequado para tanto.

4 DIFERENCIAÇÃO DOS FUNDAMENTOS : APLICAÇÃO SIMULTÂNEA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PREVENTIVA DE DANO AMBIENTAL

⁴ Artigo 81: distingue a defesa do consumidor a título individual ou coletivo. No § único estão as hipóteses de defesa coletiva. Artigo 82: define os legitimados para propor a ação coletiva. Artigo 87: isenta os legitimados ativos para ações coletivas de antecipação de recolhimento de custas e despesas processuais, bem como de condenação, em caso de sucumbência, em honorários, custas e despesas processuais. Capítulo II do Título III, denominado: Das Ações Coletivas para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos. Artigo 102: legitimados a propor ação coletiva. Título III, Capítulo III: trata da Coisa Julgada e, ao relativizar este instituto, o faz apenas para as ações coletivas.

Constata-se que a doutrina tem buscado fundamentos isolados para concluir pela possibilidade de inversão do ônus da prova em demandas ambientais. Pelas razões anteriormente apresentadas, para os fins deste trabalho opta-se por prosseguir considerando apenas duas delas.

Aos que advogam estar o fundamento no princípio do poluidor-pagador, a idéia de internalização; para os que sustentam estar o embasamento nos princípios da precaução e da prevenção, destaca-se o elemento incerteza.

Ocorre que os entendimentos e interpretações apresentados não agem isoladamente, especialmente quando se pretende tratar da inversão do ônus da prova na ação civil pública preventiva de dano ambiental.

Nesta perspectiva, apropriado concluir pela necessidade de integração dos argumentos apresentados, porquanto atuam em situações e momentos complementares. Quer dizer, a aplicação isolada de cada um dos argumentos não será capaz de dar fundamento à finalidade do instituto na ação civil pública preventiva de dano ambiental. A inversão do ônus da prova em casos com tal perfil impõe seja fundamentada tanto no princípio do poluidor-pagador (como argumento central) quanto nos princípios da precaução e da prevenção (de forma complementar), porquanto os referidos princípios irão operacionalizar em momentos distintos.

Com efeito, não há que se falar em aplicação dos princípios da precaução e da prevenção se a demanda for meramente reparatória, já que, naturalmente, neste caso não se está falando em evitar, mas em reparar. Contudo, tais princípios são perfeitamente aplicáveis quando o objetivo da demanda for preventivo.

Já o princípio do poluidor-pagador, em razão de sua larga amplitude, ajusta-se perfeitamente a ambos os casos. Contudo, quando se tratar de demanda preventiva, será potencializado quando articulado aos princípios da precaução e da prevenção. Em outras palavras: é com amparo no princípio do poluidor-pagador que se pode pretender transferir ao potencial poluidor o dever de arcar com as conseqüências da incerteza de sua atividade, quer dizer, adequar-se aos princípios da precaução e da prevenção.

Assim, é de se concluir: em demandas ambientais preventivas de dano ambiental o lastro para decretar a inversão do ônus da prova está na aplicação, como argumento central, do princípio do poluidor-pagador, de acordo com a proposição de internalização de todos os custos da atividade; e, para otimizar este fundamento, especialmente quando se tratar de tutela preventiva, recorre-se aos princípios da precaução e da prevenção, uma vez que os mesmos relacionam-se com o elemento incerteza.

Postos os fundamentos para a inversão do ônus da prova, necessário perquirir sobre o significado, o modo e a amplitude desta inversão.

5 SIGNIFICADO DO ÔNUS DA PROVA E CONSEQÜÊNCIAS DE SUA INVERSÃO

A expressão ônus é entendida como o ato que, quando praticado, trará proveito àquele que o fez. Não o fazendo, a conseqüência será apenas não gerar a situação proveitosa que pretendia. Diferencia-se das expressões obrigação e dever, pois nestes casos, quando não atendidos um ou outro, haverá conseqüências perante terceiros isto é, do dever não cumprido, uma sanção; da obrigação não cumprida, a imposição para que o faça ou arque com as conseqüências do inadimplemento.

Por estas razões, fala-se em ônus da prova e não em dever ou obrigação de provar. O cumprimento do ônus de provar trará proveito à parte; o não cumprimento, conseqüências apenas a este, isto é, não afetará a mais ninguém.

Assim, ônus da prova é conceituado como “a conduta que se espera da parte, para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as conseqüências jurídicas pertinentes ao caso”. Como a parte é a única interessada em provar a (sua) verdade e, daí, alcançar uma sentença favorável, “o ônus da prova significa o interesse da parte em produzir a prova que lhe traga conseqüências favoráveis” (WAMBIER, ALMEIDA e TALAMINI, p. 446).

Fala-se em ônus da prova em dois sentidos: objetivo e subjetivo. Segundo Tesheiner, “em sentido objetivo, ônus da prova é regra de julgamento, tendo por destinatário o juiz”, lhe dizendo “como julgar, quando não há prova alguma, ou quando em dúvida invencível quantos aos fatos essenciais” (p. 356). Tem, de outra banda, sentido subjetivo, quando a regra do ônus da prova é tida como dirigida às partes, visando dar-lhes ciência de quais fatos lhes incumbe provar (MARINONI e ARENAHRT, p. 271).

Não obstante tal distinção, relevante ter a regra do ônus da prova em seu sentido objetivo, dirigida ao juiz, servindo, portanto, “como regra de julgamento para o juiz que, no momento de julgar, se encontra diante de um quadro de incerteza (ALVES, p. 204). Assim, quando o magistrado se deparar com elementos suficientes no processo, não terá que recorrer à regra sobre o ônus da prova para decidir, mas, diante da ausência de provas, sendo vedado o *non liquet*, verificará quem tinha o ônus de produzir a prova e, portanto, julgará contra aquele que não se desincumbiu de tal ônus.

Quando se está tratando apenas do ônus da prova, não assume maior relevância seu significado subjetivo. Tal faceta, como dito, visa dar a cada uma das partes ciência de como deve proceder em matéria probatória, sendo que tal ciência ocorre previamente. Com efeito, há inúmeras regras legais dispondo sobre quem deve provar em tal ou qual sentido⁵, quer dizer, a disposição das regras sobre ônus da prova é *ope legis*, logo, os litigantes têm prévio conhecimento de tal ônus.

A matéria tocante ao ônus da prova ganha novos contornos quando se passa a enfrentá-la pela perspectiva de sua inversão, especialmente porque sua aplicação será, então, *ope judicis*.

Segundo Alves, “inverter o ônus da prova significa liberar o encargo probatório da parte-autora em menoscabo da parte-ré” que então assumirá o ônus extraordinário de fazer prova constitutiva negativa, isto é, provar a não ocorrência do fato constitutivo alegado pelo autor e, cumulativamente, mantendo o ônus que já tinha, de demonstrar a ocorrência de algum fato impeditivo, extintivo ou modificativo (p. 209).

A inversão do ônus da prova justifica-se, segundo Marinoni e Arenhart, por se tratar de uma maneira de “adequar a convicção do juiz e o processo às particularidades do direito material” (p. 276). Deve ser aplicada, segundo Alves, a “direitos acomodados de forma excepcional”, quando se deixará “de aplicar o procedimento geral em função do direito protegido” (p. 209).

Este reconhecimento de particularidades e especial relevância a certos direitos, ocorre de forma expressa no CDC. Não obstante, considerando-se que a “inversão do ônus da prova é condicionada às peculiaridades do direito material e serve como instrumento concretizador do direito fundamental de acesso à justiça, [não poderá] ficar limitada às relações de consumo” (GODINHO, p. 305).⁶

⁵ Assim, dentre outros: CPC, artigos 333, 337, 372; CDC, artigos 12, §3º e 14, §3º.

⁶ Daí se falar em aplicação no processo do trabalho e, como visto neste estudo, no processo ambiental. Quanto à particularidade e relevância do bem ambiental, tautológico tecer maiores comentários. Apenas

Como dito anteriormente, é de pouca relevância saber se o ônus da prova tem significado subjetivo ou objetivo ou, de outro modo, se é regra de procedimento ou de julgamento, porquanto o ônus está previamente distribuído no ordenamento.

Isso porém não ocorre quando se está falando em inversão do ônus da prova. Aqui a regra se opera *ope judicis*. É o magistrado quem decidirá se é cabível ou não a inversão. O artigo 6º, inciso VIII, inclusive, apenas faculta ao juiz inverter o ônus da prova quando presentes os pressupostos. Somente haverá inversão se o juiz se convencer de que o consumidor é hipossuficiente ou que sua alegação é verossímil. Da mesma forma, por inexistir previsão para inversão do ônus da prova em outros casos além do CDC, admitindo-se, como se vem defendendo neste trabalho, especialmente em matéria ambiental, também aqui tal inversão ocorrerá *ope judicis*. Primeiro o juiz se convencerá de ser apropriada a inversão, por qualquer um dos fundamentos antes apresentados ou a partir de outra construção exegetica; e, então, se será oportuno inverter o ônus da prova diante do caso concreto apreciado.

Nessas hipótese, fundamental saber se a inversão do ônus da prova é regra de procedimento ou regra de julgamento, porquanto influirá em definir o momento para se decretar a inversão do *onus probandi*.

Alves, tratando especificamente do momento de inversão com amparo no CDC, destaca que a questão é controvertida, contudo, adota posição no sentido de que “o magistrado deve se pronunciar, no curso da relação processual, em momento anterior à instrução, respeitando assim o princípio do contraditório” (p. 211).

Em sentido contrário há julgado do Tribunal Regional da Terceira Região, citado por Tesheiner (p. 359), entendo que a inversão deve ocorrer apenas no momento da sentença, evitando o *non liquet*.

As posições opostas sobre a matéria parecem carregar uma contradição. O ônus da prova tem um duplo significado, conforme anteriormente destacado: subjetivo e objetivo. Assim, o ônus não será subjetivo ou objetivo, nem tampouco será regra de procedimento ou regra de julgamento. A distribuição do ônus da prova, inclusive por meio da inversão, tem dupla função. Quando se fala apenas em ônus da prova, a faceta subjetiva é pouco relevante, como já destacado, mas ganhará relevo no caso de inversão, já que, neste caso, as partes não estarão previamente cientes de seu ônus, pois neste caso, frisa-se, a regra operará *ope judicis*.

Daí que o fato de o juiz pronunciar-se previamente, antes da instrução, não faz a regra se tornar meramente de procedimento. Poderá o magistrado recorrer à regra da inversão novamente, na sentença, utilizando-a então como regra de julgamento, caso aquele a que foi deslocado o ônus não tenha feito a prova.

A contradição em tomar uma posição está no fato de que, desta forma, haverá a negação do outro significado da regra de inversão. Posicionando-se a favor de apenas um significado, ocorrerá a restrição do outro alcance da inversão do ônus da prova.

Nada obsta, portanto, compreender a inversão do ônus da prova como regra de julgamento. Necessário se faz apenas que as partes sejam previamente comunicadas, para evitar surpresas e direcionarem a forma de atuação no processo, garantido-se a ampla defesa no caso de inversão. Se a parte não proceder de acordo com o ônus que lhe foi transferido, em razão da inversão, decidirá o juiz contra aquele que tinha o ônus, estava ciente e não se desincumbiu.

ilustrativamente faz-se referência ao artigo 225 da Constituição Federal e à vasta literatura sobre o tema, inclusive aquelas citadas nas referências utilizadas neste trabalho.

No que toca especialmente ao tema do presente estudo, conclui-se que, no final da demanda, havendo dúvida, especialmente no que toca à constatação de possibilidade de dano ao meio ambiente, há que se decidir de forma contrária àquele que tinha o ônus de provar. Por força da inversão do *onus probandi*, decide-se contra a dúvida, o que se alinha sobremaneira aos princípios da precaução e da prevenção.

6 CONCLUSÕES ARTICULADAS

6.1 A ação civil pública ambiental pode objetivar tanto a reparação quanto a prevenção de dano ao meio ambiente, sendo o caráter preventivo de maior relevância, por estar de acordo com os princípios da precaução e da prevenção;

6.2 A inversão do ônus da prova na ação civil pública ambiental é instrumento de alta relevância para se proteger o bem ambiental, destacadamente quando a tutela for preventiva;

6.3 Tem sido admitida a inversão do ônus da prova em matéria ambiental. O princípio do poluidor-pagador é o argumento central, sendo que, nas demandas preventivas, deve agir simultaneamente com os princípios da precaução e da prevenção;

6.4 A inversão do ônus da prova em demandas ambientais preventivas deve ser utilizada como regra de julgamento, contudo, por apreço aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a inversão deve ser comunicada à parte demandada antes de ser iniciada a instrução do processo;

6.5 Tais proposições levarão o julgador a impor ao demandado o ônus de provar a adequação de sua atividade aos preceitos ambientais, o que se ajusta à idéia de internalização, própria do princípio do poluidor-pagador;

6.6 Caso o demandado não se desincumba do ônus, restando o magistrado em situação de dúvida, deverá decidir em favor do meio ambiente, de acordo com a noção de incerteza, relacionada aos princípios da prevenção e da precaução.

7 REFERÊNCIAS

- ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- ALVES, Maristela da Silva. *Esboço sobre o significado do ônus da prova no processo civil*. In KNIJNIK, Danilo (coord.). *Prova judiciária : estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.
- GODINHO, Robson Renault. *A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais*. In CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). *Leituras complementares de direito constitucional : direitos fundamentais*. Salvador : Jus Podivm, 2007.
- FREITAS, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental : do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Anelise. *Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais*. Revista da Ajuris n. 90. Porto Alegre: AJURIS, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENAHRT, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente : doutrina, jurisprudência e glosário*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2002.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. *Responsabilidade civil ambiental : as dimensões do dano ambiental no Direito Brasileiro*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Sobre o ônus da prova*. In MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil : homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 1 : teoria geral do processo e processo de conhecimento*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.