

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DA ESCOLA
INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS E
ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Rodrigo Caldeira Grava Brazil

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS
PROPOSTAS EM DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE
ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**

Belo Horizonte

2019

Rodrigo Caldeira Grava Brazil

Distribuição dinâmica do ônus da prova em ações civis públicas propostas em defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Institucional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais e à Escola Superior Dom Helder Câmara, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* – Especialização em Direito Ambiental e Sustentabilidade: teoria e prática.

Orientador: Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida

Belo Horizonte

2019

CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL DA ESCOLA
INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS E
ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Rodrigo Caldeira Grava Brazil

**Distribuição dinâmica do ônus da prova em ações civis públicas propostas em defesa do
direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao
Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da
Escola Institucional do Ministério Público do
Estado de Minas Gerais e à Escola Superior Dom
Helder Câmara, como exigência parcial para
aprovação no Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* –
Especialização em Direito Ambiental e
Sustentabilidade: teoria e prática.

Data de aprovação: ____/____/____.

Nota: ____.

Dr. Gregório Assagra de Almeida – Orientador

Dr. Jairo Cruz Moreira – Membro da Banca

Dr. Rodrigo Iennaco de Moraes – Membro da Banca

Belo Horizonte

2019

À Fernanda, por todo amor, companheirismo e compreensão.

Ao Leo, legítimo representante das gerações futuras, renovada fonte de
inspiração na contínua busca por um futuro melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Ministério Público do Estado de Minas Gerais e à Escola Superior Dom Helder Câmara, que, juntos, tornaram realidade o aperfeiçoamento funcional em uma área tão sensível à sociedade contemporânea, oferecendo relevantes lições jurídicas e de cidadania.

Agradeço, também, ao Dr. Gregório Assagra de Almeida pela orientação, pelos valorosos conselhos, pelas lições de vida trazidas em suas aulas e por ser um exemplo para todos aqueles que acreditam na relevância da atuação ministerial como caminho para a efetiva transformação da realidade social. Sua visão de mundo é contagiante.

Agradeço, ainda, aos professores e colegas de pós-graduação, pois o tempo e as experiências compartilhadas possibilitaram meu crescimento pessoal.

E, por fim, agradeço aos novos amigos, que fizeram todo o processo mais leve.

A obrigação de suportar nos dá o direito de saber.

Jean Rostand

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como objetivo compreender a distribuição do ônus da prova em ações civis públicas propostas em defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para tanto, em um primeiro momento será brevemente traçada a evolução do entendimento conferido pelo ser humano ao ambiente, até sua percepção de indissociabilidade ao pleno gozo do direito à vida e, por consequência, reconhecimento de sua natureza de direito fundamental. Na sequência, será analisado o tratamento constitucional do meio ambiente natural, em especial aquele previsto no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que dá ensejo às concepções de desenvolvimento sustentável e direito intergeracional. Estabelecidos a importância e o dever de tutela desse direito fundamental, serão apresentados a legitimidade da atuação do Ministério Público e os instrumentos para tanto, notadamente o inquérito civil, o termo de compromisso e ajustamento de conduta e a ação civil pública. A partir de então o enfoque será voltado para questões processuais relevantes, como a imprescindível interpretação constitucional do direito processual civil e a adequada garantia de acesso à justiça, inclusive sob a ótica de direitos coletivos *lato sensu*. O passo seguinte consistirá no exame da distribuição da carga probatória no processo civil clássico (distribuição estática) e nas possibilidades de distribuição dinâmica por meio de decisão judicial e negócio jurídico processual celebrado entre as partes. Em complementação, esse estudo será levado para o âmbito das ações civis públicas ambientais, que, pela natureza do direito tutelado, admitirá a inversão do ônus da prova com fundamento em três teorias distintas e independentes, todavia todas suficientemente legítimas para a tomada da providência, a saber: aplicação de regras próprias do microssistema do processo coletivo (Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor); incidência dos princípios da precaução e *in dubio pro natura* em matéria ambiental; e máxima eficácia dos direitos fundamentais. Por fim, será realizada sucinta explanação a respeito do valor probante dos elementos de convicção amealhados no curso de inquéritos civis e da atual posição jurisprudencial quanto à inversão do ônus da prova em matéria ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Meio ambiente ecologicamente equilibrado. Direito Fundamental. Ministério Público. Acesso à justiça. Ação civil pública. Inversão do ônus da prova.

RESUMEN

El presente trabajo de conclusión de curso tiene como objetivo comprender la distribución de la carga de la prueba en acciones civiles públicas propuestas en defensa del derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado. Para ello, en un primer momento será brevemente trazada la evolución del entendimiento conferido por el ser humano al ambiente, hasta su percepción de indisociación al pleno goce del derecho a la vida y, por consiguiente, reconocimiento de su naturaleza de derecho fundamental. En consecuencia, se analizará el tratamiento constitucional del medio ambiente natural, en especial el previsto en el artículo 225, *caput*, de la Constitución Federal de 1988, que da lugar a las concepciones de desarrollo sostenible y derecho intergeneracional. Establecidos la importancia y el deber de tutela de ese derecho fundamental, se presentarán la legitimidad de la actuación del Ministerio Público y los instrumentos para ello, especialmente la investigación civil, el término de compromiso y ajuste de conducta y la acción civil pública. A partir de entonces el enfoque se centrará en cuestiones procesales relevantes, como la imprescindible interpretación constitucional del derecho procesal civil y la adecuada garantía de acceso a la justicia, incluso bajo la óptica de derechos colectivos *lato sensu*. El paso siguiente consistirá en el examen de la distribución de la carga probatoria en el proceso civil clásico (distribución estática) y en las posibilidades de distribución dinámica por medio de decisión judicial y negocio jurídico procesal celebrado entre las partes. En complementación, ese estudio será llevado al ámbito de las acciones civiles públicas ambientales, que, por la naturaleza del derecho tutelado, admitirá la inversión de la carga de la prueba con base en tres teorías distintas e independientes, pero todas suficientemente legítimas para la toma de la providencia, a saber: aplicación de reglas propias del microsistema del proceso colectivo (Ley de la Acción Civil Pública y Código de Defensa del Consumidor); incidencia de los principios de precaución e *in dubio pro natura* en materia ambiental; y la máxima eficacia de los derechos fundamentales. Por fin, será hecho una breve explicación sobre el valor probatorio de los elementos de convicción amalgados en el curso de acciones civiles y de la actual posición jurisprudencial en cuanto a la inversión de la carga de la prueba en materia ambiental.

PALABRAS CLAVE: Medio ambiente ecológicamente equilibrado. Derecho Fundamental. Ministerio Público. Acceso a la justicia. Acción civil pública. Inversión de la carga de la prueba.

Sumário

Introdução.....	10
Capítulo 1 – Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental.....	15
1.1. Percepção e consciência ambientais.....	15
1.2. O meio ambiente como direito fundamental.....	20
1.3. Tutela constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado.....	26
Capítulo 2 – O Ministério Público e a tutela do direito ao meio ambiente ecológica- mente equilibrado: legitimidade e instrumentos materiais de atuação.....	36
2.1. Legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa do meio ambiente eco- logicamente equilibrado.....	36
2.2. Instrumentos materiais de atuação ministerial.....	40
2.2.1. Inquérito civil.....	41
2.2.2. Termo de compromisso e ajustamento de conduta.....	44
2.2.3. Ação civil pública.....	48
Capítulo 3 – Processo civil: visão contemporânea e acesso à justiça.....	54
3.1. Necessária contextualização do processo civil.....	55
3.2. Processo civil contemporâneo.....	58
3.3. Breves anotações sobre a função social do processo.....	63
3.4. Direito de ação: acesso à justiça como direito fundamental.....	64
3.5. Acesso à justiça em matéria ambiental.....	71
Capítulo 4 – Dinâmica probatória no processo civil.....	76
4.1. Prova no processo civil participativo-colaborativo.....	76
4.2. O ônus da prova no processo civil clássico.....	82
4.3. A distribuição convencional do ônus da prova.....	87
Capítulo 5 – Ônus da prova em ações civis públicas ambientais.....	91

5.1. A inversão do ônus da prova com base no microssistema processual coletivo.....	92
5.2. A inversão do ônus da prova a partir dos princípios da precaução e do <i>in dubio pro natura</i>	97
5.3. A inversão do ônus da prova como consectário lógico da garantia fundamental de acesso à justiça em matéria ambiental.....	103
5.4. Os elementos de convicção colhidos pelo Ministério Público no inquérito civil e sua aptidão de convencimento.....	107
5.5. A consolidação da jurisprudência a respeito do tema.....	109
Conclusão.....	113
Referências bibliográficas.....	118

Introdução

O homem possui impulso que favorece a cooperação e a associação, razão pela qual a vida em sociedade sempre esteve no bojo de sua história. Vale dizer, o ser humano busca o aperfeiçoamento da vida em sociedade, evoluindo historicamente dos pequenos grupos nômades da idade antiga até a criação do Estado de Direito.

Há grande complexidade no debate acerca das razões que levaram o ser humano a viver em sociedade, preponderando as teorias do naturalismo e do contratualismo. Suscintamente, a primeira reza que o homem busca a vida social de forma espontânea, pois, possuindo razão e noção do justo, tem por inato relacionar e cooperar com seus semelhantes; enquanto a segunda prega que a associação entre os seres humanos ocorre em decorrência de pura necessidade, uma vez que no estado natural não há limite entre as liberdades individuais dos homens, fato que resultaria em frequentes ofensas.

Sem nenhuma pretensão de exaurir o árduo tema, destaca-se, apenas em caráter ilustrativo, que Aristóteles e São Tomás de Aquino foram pensadores adeptos da teoria do naturalismo, que, segundo Dallari (2011), tem por base a sociedade ser fato natural, determinado pela necessidade que o homem tem de cooperação de seus semelhantes para a consecução dos fins de sua existência. O referido autor explica que:

Essa necessidade não é apenas de ordem material, uma vez que, mesmo provido de todos os bens materiais suficientes à sua sobrevivência, o ser humano continua a necessitar do convívio com os semelhantes. Além disso, é importante considerar que a existência desse impulso associativo natural não elimina a participação da vontade humana. Consciente de que necessita da vida social, o homem a deseja e procura favorecê-la, o que não ocorre com os irracionais, que se agrupam por mero instinto e, em consequência, de maneira sempre uniforme, não havendo aperfeiçoamento” (DALLARI, 2011, p. 13/14)

Por outro lado, ainda em caráter meramente explicativo, tem-se que Thomas Hobbes, John Lock e Jean-Jacques Rousseau eram adeptos da teoria do contratualismo, pela qual o ser humano celebra um acordo social com o Estado, transferindo a este certas obrigações e, concomitantemente, abrindo mão de certas liberdades individuais, de modo que se torna possível regular a vida em sociedade.

E é justamente da vida em sociedade, situação de convivência permanente, que nasce a necessidade de se criar o Estado e, conseqüentemente, regras para regulamentar o convívio de forma harmoniosa.

Com o passar dos anos, o ser humano passou a enxergar o mundo de formas diversas, adaptando-se às necessidades de seu tempo, aprimorando as técnicas disponíveis à época e, cada vez mais, diminuindo a distância entre os povos e estreitando as relações comerciais. Logo, o Estado também sofreu modificações e de forma contínua e permanente adapta-se às necessidades do povo.

Essa constante evolução, como não poderia deixar de ser, alterou a forma do ser humano se relacionar com a natureza, que passou a ser enxergada, mormente após a revolução industrial, como meio para se atingir os desideratos daquela sociedade, nomeadamente os de cunho econômicos. Assim, a partir do século XVIII, os avanços tecnológicos e dos meios de produção resultaram no início daquilo que posteriormente se definiu como crise ambiental, pois as conseqüências dos atos humanos para o ambiente não estava na pauta do dia.

De fato, a regra é que, independentemente de qual seja a forma de governo instituída, normas são criadas para regular o comportamento das pessoas e tornar o convívio em sociedade viável. A esse respeito, Mello pontua que:

Homem não é um produto simples da natureza, mas o resultado do convívio com outros homens. Por isso, apesar de sua sociabilidade, há nele, sempre, algo de próprio, tipicamente individual, que não se dissolve no social e nem se torna comum. Assim, não é possível negar que o homem jamais se despe, por completo, de seus instintos egoístas, motivo pelo qual não se consegue apagar, nem mesmo superar, a sua inclinação, muito natural, de fazer prevalecer os seus interesses quando em confronto com os seus semelhantes. Além disso, todo o arcabouço social, respaldado no aparato de meios que visam a adaptá-lo, não consegue suprimir ou reduzir seu livre-arbitrário na escolha de como comportar-se. Parece indiscutível, no entanto, que se a cada qual fosse permitido conduzir-se socialmente como bem lhe aprouvesse, deixando-se governar pelo seu egoísmo e ambição, tendo como medida de ação o seu poder e a fraqueza do outro, a vida em comunidade seria intolerável e praticamente impossível o avanço para formas superiores de civilização. (MELLO, 2010, p. 4)

Os valores e a moral de cada pessoa não bastam para gozar de uma vida organizada em sociedade, haja vista que a pessoa tende a defender seus interesses individuais quando postos em detrimento da valoração da necessidade alheia. E, naquela época, o meio ambiente não consistia preocupação individual ou coletiva, motivo pelo qual sua tutela fora relegada para segundo plano.

A realidade enfrentada nos anos seguintes manteve a questão do meio ambiente fora de pauta, principalmente com a ocorrência das duas grandes guerras da primeira metade do século XX. Nada obstante, passado esse período e tendo ocorrido alguns acontecimentos de significativa repercussão ambiental, acompanhados de escritos de relevância sobre o tema, um movimento ecológico ganhou corpo e culminou com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, sediada em Estocolmo. A partir de então, a comunidade internacional não mais se olvidou do tema, tendo, inclusive, constatado que o direito à vida em sua plenitude estava diretamente relacionado com o ambiente.

O Brasil fora influenciado por essa mudança de paradigma, de sorte que o legislador originário dispensou tratamento singular ao meio ambiente, conferindo-lhe natureza de direito fundamental de terceira dimensão e vinculando, taxativamente, as gerações atuais às necessidades das futuras gerações. O texto do artigo 225 da Constituição Federal é emblemático e norteia todo ordenamento jurídico nacional.

Ocorre que os direitos, mesmo os fundamentais, carecem de efetividade se não forem tomadas medidas para sua implementação no mundo dos fatos. Dessa forma, o Ministério Público, erigido à qualidade de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis pela Constituição Federal de 1988, passou a ter papel de destaque na incessante busca pela efetivação do querer constitucional, utilizando, para tanto, ferramentas próprias, como a ação civil pública.

Sob a égide do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário tem o dever de solucionar os conflitos dentre os cidadãos. Normas foram criadas para regular a vida em sociedade, depreendendo-se o regramento da conduta humana consistente em direitos e obrigações que o homem social deve observar para gozar de sua liberdade sem interferir na de outrem. Destarte, quando provocado, impõe-se que o Estado-juiz forneça resposta rápida, eficaz e justa, de forma não apenas a resolver o problema criado entre aqueles litigantes, mas também desencorajar que demais conflitos surjam em sequência.

Em que pese esse poder-dever, é sabido que a efetividade da prestação jurisdicional tem sido um desafio impar para o Estado-juiz. Está em evidência a ideia de que a tutela judicial deve ser justa e efetiva, incumbindo ao magistrado, ao colocar termo em determinada lide, fazê-lo de modo a solucionar o problema levado ao seu conhecimento de forma concreta, definitiva e em tempo hábil, o que nem sempre tem se mostrado possível.

A interpretação contemporânea do processo não o enxerga somente como o instrumento pelo qual se exerce o direito constitucional de ação e se busca a jurisdição. De fato o é, mas também se deve pensar no processo como forma de acesso à ordem jurídica justa, eis que é ferramenta não apenas garantidora do citado princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas, também, da atuação da ordem judiciária em sua excelência.

O debate ganha ainda mais relevo quando se está diante de direitos fundamentais difusos – como o meio ambiente –, uma vez que o conflito extrapola os sujeitos do processo e atinge toda a sociedade em seus valores mais caros. Logo, há necessidade dessa espécie de demanda receber tratamento diferenciado, próprio à sua importância e por meio de regras que potencializem a realização do direito substantivo.

Nesse cenário, o presente trabalho de conclusão de curso, a partir de levantamento doutrinário, pesquisa de jurisprudência e análise de leis, valendo-se do método dialético, pretende enfrentar ponto nevrálgico para a efetivação da tutela ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a distribuição do ônus da prova nas ações civis públicas.

Com efeito, não basta que o direito de ação seja garantido apenas de modo formal; há necessidade de que exista caminho para a plenitude desse direito fundamental, que, em última instância, catalisa os predicados de sociedade livre, justa e solidária. Tampouco é suficiente a aplicação das regras do processo civil clássico, concebido para lides individuais, na jurisdição coletiva.

Dessa forma, a hipótese levantada é a de que a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas ambientais, por representar efetivo acesso à justiça, conferir eficácia ampla ao direito material e indicar a correta compreensão do ordenamento jurídico a partir dos valores constitucionais e da natureza do direito substantivo, deve ser aplicada no processo civil brasileiro.

A via a ser percorrida para confirmar a proposição se inicia com a análise do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, da alteração da percepção do ser humano sobre sua importância, ao reconhecimento de seu *status* fundamental até o tratamento conferido pela Constituição Federal de 1988. Na sequência, o papel do Ministério Público será verificado, partindo-se da sua legitimidade para atuar na esfera extrapenal em matéria de direitos difusos e passando pelos instrumentos que têm à sua disposição para tanto, com maior ênfase no inquérito civil, no termo de compromisso e ajustamento de conduta e na ação civil pública.

A evolução do direito processual civil igualmente será trabalhada, porque sua adequada interpretação depende de uma exegese com raízes constitucionais, sem as quais não é possível bem definir conceitos básicos, como direito de ação, jurisdição e processo. Aliás, o acesso à justiça será tratado como garantia fundamental e haverá campo para trabalhar as especificidades desse direito em matéria ambiental, conjugando-se o microssistema de processo coletivo.

A dinâmica probatória no processo civil ocupará espaço próprio, por meio do qual se pretende envolver a relevância da prova no modelo de processo participativo-colaborativo, estabelecer as dimensões subjetiva e objetiva do ônus probante e examinar as distribuições estática, como regra, e dinâmica, como exceção, inclusive sob a ótica negocial.

A partir do desenvolvimento dos capítulos anteriores, o ônus da prova em ações civis públicas ambientais, notadamente a pertinência de sua inversão, será estudado por três perspectivas distintas, independentes entre si, quais sejam, aplicação de regras próprias do microssistema da jurisdição coletiva; incidência dos princípios materiais da precaução e *in dubio pro natura* na seara procedimental; e máxima eficácia dos direitos fundamentais. Em complementação, pretende-se realizar sucinta explanação a respeito do valor probante dos elementos de convicção amealhados no curso de inquéritos civis e de sua capacidade para afastar a dúvida do julgador.

Por derradeiro, concluir-se-á o trabalho colacionando-se a jurisprudência mais atual a respeito do tema, a qual poderá confirmar a hipótese e as linhas argumentativas defendidas.

Capítulo 1 – Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

1.1. Percepção e consciência ambientais

A preocupação do ser humano com o meio ambiente natural não é recente, todavia nem sempre se enxergou a questão ecológica com a consciência contemporânea, voltada para o desenvolvimento sustentável e cômico de que os recursos são finitos e, portanto, sua exploração indiscriminada poderá colocar em risco a própria estabilidade da vida.

No passado mais distante, a subsistência era a maior preocupação do indivíduo, de modo que a natureza era encarada como um meio necessário para possibilitar a existência da raça humana. A água era extraída diretamente das fontes, dos rios e das nascentes e os alimentos eram plantados ou caçados.

Com o passar do tempo, percebeu-se que os recursos naturais poderiam também ser utilizados para facilitar as condições de vida, servindo, por exemplo, os rios como vias de transporte de pessoas e mercadorias. Nesse sentido, o Rio Nilo é considerado fundamental para o desenvolvimento do povo egípcio e os Rios Tigre e Eufrates foram igualmente imprescindíveis para os mesopotâmios, ambos de reconhecida importância na história da civilização mundial. Outrossim, como bem pontua Trennepohl (2010), expressivas cidades da atualidade foram estabelecidas e desenvolvidas próximas a rios, como Londres, Paris, Roma e São Paulo.

Desse modo, o ser humano passou, cada vez mais, a utilizar-se de recursos naturais em seu benefício, ao mesmo tempo em que o desenvolvimento possibilitou a escalada das atividades produtivas e de consumo. Assim, arraigada em um pensamento eminentemente antropocêntrico¹, a raça humana deixou de se preocupar com as consequências da exploração do meio, tratando a natureza apenas como um caminho para alcançar seus objetivos, nomeadamente os de ordem econômica.

Essa exploração desenfreada deu ensejo à chamada crise ambiental, porque, segundo explica Milaré (2014, p. 52), “num prazo muito curto – e que se torna sempre mais curto – são

¹ A teoria antropocêntrica não considera o ambiente como um fim em si mesmo, mas apenas um meio para satisfação das necessidades humanas. Milaré (2014, p. 106) indica que o “antropocentrismo é uma concepção genérica que, em síntese, faz do Homem o centro do Universo, ou seja a referência máxima e absoluta de valores (verdade, bem, destino último, norma última e definitiva etc.), de modo que ao redor desse centro gravitem todos os demais seres por força de um determinismo fatal”.

dilapidados pela humanidade patrimônios formados lentamente no decorrer dos tempos geológicos e biológicos, cujos processos não voltarão mais”.

Eventos relativamente recentes e de significativa importância na história da humanidade, como a revolução industrial e as duas grandes guerras mundiais, não contribuíram para a causa ambiental; ao revés, tinham foco distinto e a preservação do meio ambiente encontrava-se em segundo plano, inclusive no período imediatamente posterior ao pós-guerra, uma vez que a maior preocupação era a recuperação econômica dos países afetados pelo conflito.

A respeito das sensíveis mudanças experimentadas após a revolução industrial, Trennepohl afirma que:

A Revolução Industrial veio á tona durante o século XVIII e daí em diante não houve só um acréscimo populacional, mas também uma convergência para os grandes centros urbanos.

O desenvolvimento tecnológico daí advindo trouxe a erradicação de algumas epidemias, a cura de doenças, a descoberta de mecanismos de prolongamento da vida humana, alargando as fronteiras do conhecimento, e proporcionou uma explosão demográfica sem parâmetros na história. Isso fez com que o homem tivesse um domínio quase ilimitado da natureza, o que resultou na chegada de um problema chamado degradação ambiental. [...]

Os limites do desenvolvimento sustentável não foram respeitados e os efeitos rapidamente puderam ser sentidos. Claramente ficou para trás o respeito á natureza, e o homem se firmou com o progresso científico de conhecimento, buscando evoluir, sempre na crença de que os recursos naturais eram infinitos. (TRENNEPOHL, 2010, p. 30/31)

No mesmo diapasão é a visão de Almeida:

Por um longo período, o ser humano acreditava que os recursos naturais eram inesgotáveis; foi precisamente com os problemas decorrentes da sociedade massificada a qual tem como causa a Revolução Industrial do século XVIII, que a sociedade, por intermédio dos seus corpos intermediários (associações e outras entidades), começou a tomar consciência da necessidade da tutela ambiental e tratou de se movimentar.

Mais precisamente após a Segunda Grande Guerra Mundial é que essa consciência ecológica começa a se intensificar, provocando a tomada de medidas pelas autoridades competentes rumo á tutela jurídica do ambiente. (ALMEIDA, 2008, p. 500)

Foi somente na segunda metade de século XX, após a ocorrência de episódios de grande repercussão ambiental, que as vozes de alerta para a questão do meio ambiente natural começaram a emergir. Logo, acidentes graves e obras publicadas pela academia científica formaram o ponto de partida para a organização internacional, que, ainda que de modo

elementar, passou a colocar a necessidade de se impor limites para a exploração econômica na ordem do dia.

A realidade é que, mesmo nessas sociedades em que houve maior movimento, a atenção para as questões ambientais decorreu de sucessivos acidentes ecológicos de grandes proporções, tais como a contaminação de pescadores por mercúrio, em Minamata, no Japão, nos anos 1950/1970², e os danos causados nas costas inglesa e francesa, em razão do naufrágio do petroleiro *Torrey Canyon*, ocorrido em 1967³. Nesse sentido, Costa (2016, p. 42) expressa que “foi necessária a ocorrência de tragédias para que os seres humanos percebessem os resultados de sua criação que incide sobre a natureza e retorna para seus criadores, como um bumerangue jogado ao vento”.

Ademais, houve publicação e ampla divulgação de obras emblemáticas, como *Primavera Silenciosa* (*Silent Spring*), de Rachel Carson, e *A Tragédia dos Comuns* (*The Tragedy of Commons*), de Garrett Hardin. Esses e outros textos veiculados naquela época sugeriam mudanças mais radicais no comportamento humano, ou seja, desde profundas alterações nos padrões de produção e consumo até a noção de crescimento zero. Apenas para ilustrar o impacto dos referidos ensaios, fora a partir das constatações da bióloga Rachel Carson que os Estados Unidos da América passaram a travar um sério debate a respeito da indiscriminada utilização de pesticidas, o qual culminou com a proibição do uso de vários produtos considerados nocivos para o ser humano e para o meio ambiente, dentre eles o diclorodifeniltricloroetano (DDT).

Esse movimento ecológico ganhou maior ênfase em âmbito internacional, especialmente após a criação do Clube de Roma e a realização da Convenção das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente Humano, em 1972, sediada em Estocolmo e da qual participaram representantes de 113 (cento e treze) países e mais de 400 (quatrocentas) instituições governamentais e não governamentais. Em sua cerimônia de abertura, ocorrida em

² Costa (2016, p. 43/44) explica que “sinais de que algo errado estava acontecendo em Minamata começaram a aparecer em 1950, quando peixes mortos cobriram a baía da cidade. Mas somente em 1956 ocorreu sua primeira vítima: uma criança deu entrada no hospital da fábrica Chisso Minamata com sintomas de danos cerebrais [...] O grupo de médicos chegou à conclusão de que a causa da doença era envenenamento grave por metais em decorrência da ingestão de peixes e mariscos da baía de Minamata [...] Em princípio de 1975, a Chisso já havia pago uma quantia estimada de 80 milhões de dólares às 785 vítimas confirmadas de Minamata. Mas pesquisadores acreditam que o número de pessoas afetadas poderia chegar a 10 mil.”

³ Heck (2012, p. 197) informa que “o acidente ocorrido em 18 de março de 1967 com o petroleiro liberiano *Torrey Canyon*, de 121.143 toneladas brutas e que transportava 119.328 toneladas de petróleo bruto, foi, sem dúvida, um evento que acarretou mudanças significativas no tratamento jurídico da questão da poluição marítima accidental”.

04 de junho daquele ano, o Secretário-Geral Maurice Strong declarou, emblematicamente, que se lançava “a new liberation movement to free men from the threat of their thralldom to environmental perils of their own making”⁴.

Aliás, fora justamente na Declaração da Convenção das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente Humano que se proclamou que os aspectos do meio ambiente natural e artificial são essenciais para a fruição dos direitos fundamentais:

O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma. (ONU, 1972)

A esse respeito, Sarlet e Fensterseifer (2017) destacam que ambos os aspectos do ambiente – o natural e o artificial – apresentam-se como primordiais para o gozo do direito à vida propriamente dita, a qual não se resume simplesmente a existir, mas deve ser compreendida como uma vida condigna e saudável.

Igualmente, o princípio 1 da referida Declaração de Estocolmo expressamente dispôs que “o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras” (ONU, 1972), bem como o princípio 4 estabeleceu, ainda que incipientemente, a concepção de desenvolvimento sustentável por meio da necessidade de se compatibilizar o desenvolvimento econômico e a conservação da natureza:

O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio da flora e da fauna silvestres e seu habitat, que se encontram atualmente, em grave perigo, devido a uma combinação de fatores adversos. Consequentemente, ao planificar o desenvolvimento econômico deve-se atribuir importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres. (ONU, 1972)

O ideal de desenvolvimento sustentável ganhou corpo com o Relatório Brundtland, também denominado Nosso Futuro Comum (*Our Common Future*), apresentado em 1987 em

⁴ Em tradução livre: “um novo movimento de libertação, para livrar o homem da ameaça de sua escravidão diante dos perigos que ele próprio criou para o meio ambiente”.

decorrência de estudos elaborados pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, a qual fora presidida pela ex-primeira ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland. O referido estudo indicou, com propriedade, que o desenvolvimento sustentável não apenas deve ser um princípio central para a Organização das Nações Unidas, governos e instituições privadas, como também estabeleceu que o processo de tomada de decisões deve passar por questões econômicas e ambientais:

Believing that sustainable development, which implies meeting the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs, should become a central guiding principle of the United Nations, Governments and private institutions, organizations and enterprises [...] Concurs with the Commission that the critical objectives for environment and development policies which follow from the need for sustainable development must include preserving peace, reviving growth and changing its quality, remedying the problems of poverty and satisfying human needs, addressing the problems of population growth and of conserving and enhancing the resource base, reorienting technology and managing risk, and merging environment and economics in decision-making. (ONU, 1987)⁵

Nota-se do inserto acima reproduzido que a definição de desenvolvimento sustentável como aquele que “satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades”, bastante empregada até os dias atuais, fora extraída do Relatório Brundtland. Em acréscimo, a premissa de que questões ambientais devem ser consideradas nos processos de tomada de decisões, segundo Milaré (2014), constitui um princípio fundante do Direito Ambiental.

Por conseguinte, não há dúvida de que a Conferência de Estocolmo permitiu elevar o patamar de discussão da temática ambiental a um nível antes inimaginável, criando a base sobre a qual se desenvolveu um processo de negociação que atingiu tal importância e tamanho grau de complexidade que, à época, nenhum governo podia dimensionar.

A doutrina versa sobre a importância da Convenção das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente Humano para redirecionar o tratamento até então conferido à matéria:

⁵ Em tradução livre: “acreditando que o desenvolvimento sustentável, que implica atender às necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender suas próprias necessidades, deve se tornar um princípio orientador central das Nações Unidas, governos e instituições privadas, organizações e empresas [...] Concorde com a Comissão em que os objetivos essenciais das políticas de ambiente e desenvolvimento decorrentes da necessidade de um desenvolvimento sustentável devem incluir a preservação da paz, o relançamento do crescimento e a sua qualidade, a resolução dos problemas da pobreza e a satisfação das necessidades humanas, a resolução dos problemas de crescimento demográfico e de conservar e melhorar a base de recursos, reorientando a tecnologia e gerenciando riscos, e unindo ambiente e economia na tomada de decisões”.

Nesse contexto e já no âmbito da consagração normativa da proteção ambiental como direito humano e fundamental, a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano (1972) apresenta-se como o marco histórico-normativo inicial da proteção ambiental, projetando pela primeira vez no horizonte jurídico, especialmente no âmbito internacional, a ideia em torno de um direito humano a viver em um ambiente equilibrado e saudável, tomando a qualidade do ambiente como elemento essencial para uma vida humana com dignidade e bem-estar. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 55/56)

Mazzuoli (p. 128, 2010) também faz um paralelo entre o antes e o depois, pontuando que “antes da Conferência de Estocolmo, o meio ambiente era tratado, em plano mundial, como algo dissociado da humanidade. A Declaração de Estocolmo de 1972 conseguiu, portanto, modificar o foco do pensamento ambiental do planeta”.

Como desiderato, importantes avanços no cenário internacional seguiram a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente Humano, como o mencionado Relatório Brundtland e a realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – RIO 92. No âmbito interno do Brasil, os debates travados em Estocolmo influenciaram diretamente o legislador constituinte, que erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de direito fundamental, o que conferiu legitimidade para a estruturação do ordenamento jurídico a partir dessa nova perspectiva.

Aliás, Costa, Reis e Oliveira (2016, p. 123/124) recordam que internamente desdobramentos da Convenção de Estocolmo foram percebidos logo em 1973, com a criação da Secretaria Especial do Meio Ambiente na esfera do Ministério do Interior, bem como em anos seguintes, com a edição, dentre outras, das Leis nºs. 6.938/81 e 7.347/85, que estabeleceram, respectivamente, a Política Nacional de Meio Ambiente e o regramento da ação civil pública, tratando-se de diplomas normativos que serviriam de “abertura para constitucionalização da proteção do meio ambiente em 1988”.

1.2. O meio ambiente como direito fundamental

Em uma visão contemporânea, pode-se dizer que os direitos fundamentais são aqueles voltados à proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões, motivo pelo qual foram erguidos ao mais alto patamar de um ordenamento jurídico e possuem incumbência de orientar a forma de ser e atuar do Estado.

Historicamente, o ser humano sofreu variadas formas de agressão à sua dignidade, de sorte que as espécies de direitos fundamentais foram evoluindo e se complementando com o passar do tempo, conforme as necessidades de cada época, não se tratando, portanto, de fórmula estanque.

A esse respeito, Araujo e Nunes Júnior bem explicam o constante caminhar:

Com efeito, essa natureza poliédrica, voltada à proteção da dignidade humana em suas diversas dimensões, rende homenagens a um quadro histórico, pautado por uma evolução do ordenamento jurídico, que, antepondo-se a agressões variadas à dignidade humana do ser humano (escravidão, tortura, imposições religiosas, miséria etc.) foi respondendo com a criação de novas instâncias de alforria do cidadão, com novos círculos de proteção, que, a toda evidência, em uma relação de interação e tensão dialética, vieram a ressignificar o próprio quadro das relações econômicas e sociais (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 111)

Assim, os direitos fundamentais surgiram em um primeiro momento com o propósito de resguardar a liberdade do ser humano, progrediram para abrigar as suas necessidades sociais e, em um terceiro ato, voltaram-se para a solidariedade e a própria preservação da vida. Tratam-se das chamadas gerações – ou dimensões⁶ – dos direitos fundamentais.

Em síntese, os direitos de primeira geração, também referidos como direitos individuais ou civis, são aqueles que atribuem aos cidadãos direitos de liberdade, limitando o campo de atuação do Estado e afastando seu arbítrio. Como regra, preceituam ao poder público um dever de abstenção (direito negativo ou liberdade pública negativa), sem interferência nas relações pessoais e sociais. Os exemplos clássicos desta dimensão de direitos fundamentais são os direitos à vida, à intimidade e à propriedade.

Os direitos de segunda geração, ou direitos sociais, estão voltados para a satisfação das necessidades mínimas do ser humano para que possa alcançar uma vida digna. Diferentemente daqueles de primeira dimensão, estes preconizam uma atividade prestacional do Estado (direitos positivos), que deve minorar os problemas sociais e garantir materialmente condições de apropriada existência. Ilustram essa classe de direitos os direitos à saúde, à educação e ao trabalho.

⁶ Há quem prefira empregar o vocábulo dimensão ao revés de geração, pois este poderia conduzir à equivocada conclusão que o surgimento de uma nova classe de direitos fundamentais resultaria na supressão da antecedente. Mas, como explicam Araujo e Nunes Júnior (2010, p. 115), os direitos fundamentais “constituíram um processo expansivo de acumulação de níveis de proteção de esferas da dignidade da pessoa humana”.

A distinção entre a primeira e a segunda dimensão é bem pontuada pela doutrina:

Se os direitos fundamentais de primeira geração tinham como preocupação a liberdade contra o arbítrio estatal, os de segunda geração partem de um patamar mais evoluído: o homem, liberto do julgo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana. A posição inicial (Estado apenas como policial das liberdades negativas) recebe novo enfoque. Essa nova forma de alforria coloca o Estado em uma posição diametralmente oposta àquela em que foi posicionado com relação aos direitos fundamentais de primeira geração. Se o objetivo dos direitos aqui estudados é o de dotar o ser humano das condições materiais minimamente necessárias ao exercício de uma vida digna, o Estado, em vez de se abster, deve fazer-se presente, mediante prestações que venham a imunizar o ser humano de injunções dessas necessidades mínimas que pudessem tolher a dignidade de sua vida. (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 117)

Os direitos fundamentais de terceira geração, por seu turno, estão associados aos ideais de solidariedade e fraternidade, portanto voltados à essência do ser humano e ao destino da própria humanidade. São exemplos os direitos à paz, à comunicação, ao desenvolvimento econômico dos povos e à preservação do meio ambiente.

Em julgado de relatoria do ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal fez oportuna explanação a respeito das três dimensões de direitos fundamentais:

[...] enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (STF, Pleno, MS 22164, Relator: Celso de Mello, 1995)

Em breve retrospectiva, é possível identificar que os direitos fundamentais de primeira dimensão apareceram já no ano 1215, com a proclamação da Carta Magna na Inglaterra, merecendo destaque também a Declaração de Direitos inglesa de 1689 (*Bill of Rights*) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; os de segunda geração surgiram após a revolução industrial, mais precisamente no início do século XX, com a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919; e os de terceira dimensão passaram a repercutir a partir da segunda metade do século XX, com a consciência de valores como o humanismo e a universalidade.

Apesar de ainda existir divergência a respeito do tema, alguns autores tratam também de direitos fundamentais de quarta e quinta gerações, sendo aqueles introduzidos a partir da globalização política e estes em decorrência da evolução da engenharia genética e do biodireito, ou, sob outro enfoque, estando aqueles atrelados aos chamados novos direitos e estes às tecnologias da informação.⁷

Destarte, como bem pontuado por Araujo e Nunes Júnior (2010), os níveis de proteção fundamental constituem produtos de conquistas humanitárias alcançadas ao longo de sua história e que, depois de atingidas, foram reconhecidas pelos ordenamentos jurídicos e constitucionalizadas. Logo, não se trata de direito decorrente de singelo pensar legislativo; pelo contrário, primeiro a importância da questão fora identificada e introjetada em uma dada sociedade, para só então ser positivada.

Nesse contexto, o meio ambiente ecologicamente equilibrado se apresenta como direito fundamental de terceira geração, íntimo do predicado da fraternidade e intrinsecamente ligado ao direito à vida, que deve ser compreendido não apenas com a prerrogativa de existir, mas também de gozar de dignidade. Moraes relata a dupla acepção do referido direito fundamental:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

A constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência (MORAES, 2009, p. 36/37)

Igualmente, Nalini (2008, p. 57) esclarece que o direito alemão há muito trata o direito à vida como direito à vida digna e à vida saudável, ou, valendo-se de sua expressão, à “vida boa”.

Ainda nessa esteira, Milaré (2016, p. 260) ratifica que “o reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o

⁷ Conforme explicam Costa, Reis e Oliveira (2016, p. 80/82), “a existência e o conteúdo de uma quarta dimensão de direitos e garantias fundamentais não são pacíficos na doutrina. Entretanto, pode-se claramente observar novos direitos, garantias e deveres nas relações entre os povos da sociedade internacional [...] assim como a quarta dimensão, a existência de uma quinta dimensão de direitos, garantias e deveres fundamentais também não é pacífica na doutrina. Contudo, os avanços da engenharia genética trouxeram para o plano dos direitos, garantias e deveres fundamentais a questão do chamado Biodireito”. Por seu turno, Almeida (2008, p. 327/331), após reconhecer a divergência doutrinária para além das dimensões clássicas, indica que “os direitos de quarta dimensão estão relacionados com a biotecnologia, bioética e regulamentação da engenharia genética e encontram-se inseridos nos denominados novos direitos”, ao passo que “os direitos de quinta dimensão dizem respeito às denominadas tecnologias de informação no caso a *internet*, com o ciberespaço e com a realidade virtual em geral”.

enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência”.

Estabelecida a adequada compreensão do direito à vida, recorda-se que os já citados preâmbulo e princípio 1 da Declaração da Convenção das Nações Unidas Sobre o Meio Ambiente Humano vinculam o meio ambiente como essencial para o bem-estar e a vida digna. Portanto, trata-se de direito fundamental imprescindível para que outros direitos de mesma grandeza – a vida em seu significado mais completo e a própria saúde – possam ser efetivamente desfrutados.

A lição de Milaré sobre o assunto é precisa:

[...] o direito à vida deve iluminar os caminhos trilhados pelos criadores e aplicadores da lei: deve ser a meta maior a ser atingida, na concretização dos demais direitos. No entanto, o Constituinte de 1988 transcende o próprio direito à vida: do conjunto das normas constitucionais depreende-se que o indivíduo tem direito não a simplesmente à vida, mas a qualidade de vida, em ordem a possibilitar a realização da plena personalidade humana.

Há pressupostos para isso; há requisitos mínimos para que o homem possa viver com dignidade, em um ambiente saudável. Nesse sentido, não existe qualidade de vida sem qualidade ambiental, e é exatamente esse liame indissociável entre os dois conceitos que erige o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito humano fundamental e, mais que isso, a uma das espécies dos chamados direitos personalíssimos.

Assim, é possível afirmar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é pressuposto lógico e inafastável para a realização do direito à “sadia qualidade de vida” e, em termos, à própria vida. (MILARÉ, 2014, p. 122/123)

Sarlet e Fensterseifer não destoam da premissa de que um ambiente natural saudável e equilibrado é primordial não apenas para o desenvolvimento da raça humana, mas também para o pleno exercício do direito à vida:

A vida e a saúde humanas (ou como refere o caput do art. 225 da CF/1988, conjugando tais valores, a sadia qualidade de vida) só estão asseguradas no âmbito de determinados padrões ecológicos. O ambiente está presente nas questões mais vitais e elementares da condição humana, além de ser essencial à sobrevivência do ser humano como espécie natural. De tal sorte, o próprio conceito de vida hoje se desenvolve para além de uma concepção estritamente biológica ou física, uma vez que os adjetivos “digna” e “saudável” acabam por implicar um conceito mais amplo, que guarda sintonia com a noção de um pleno desenvolvimento da personalidade humana, para o qual a qualidade do ambiente passa a ser um componente nuclear. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 58)

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ocorrida no Rio de Janeiro em 1992, consolidou em sua Declaração a visão de que a qualidade

de vida e o meio ambiente natural são indissociáveis, ao preconizar, logo em seu princípio 1, que “os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza” (ONU, 1992).

Em âmbito interno, não há dúvida de que a Constituição Federal de 1988 conferiu especial tratamento à temática ambiental, adjudicando-lhe *status* de direito fundamental, em sentido formal e material, como é possível depreender da redação atribuída ao *caput* de seu artigo 225⁸. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do precedente acima mencionado, reconheceu expressamente a condição de direito fundamental de terceira geração ao meio ambiente ecologicamente equilibrado:

[...] a questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – direito de terceira geração – princípio da solidariedade – o direito a integridade do meio ambiente – típico direito de terceira geração – constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social [...] os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] um típico direito de terceira geração, que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação – que incumbe ao Estado e à própria coletividade – de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e das futuras gerações, evitando-se, desse modo, que irrompam, no seio da comunhão social, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade na proteção da integridade desse bem essencial de uso comum de todos quantos compõem o grupo social. (STF, Pleno, MS 22164, Relator: Celso de Mello, 1995)

Para além do aresto transcrito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é farta ao reconhecer o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, podendo-se citar, a título ilustrativo, os seguintes julgados: STF, Pleno, ADI 4066, Relatora: Rosa Webber, 2017; STF, Segunda Turma, ARE 955846 AgR, Relator: Gilmar Mendes, 2017; STF, Pleno, RE 835558, Relator: Luiz Fux, 2017; STF, Pleno, ADI 1856, Relator: Celso de Mello, 2011; STF, Pleno, ADPF 101, Relatora: Cármen Lúcia, 2009; e STF, Pleno, ADI 3540 MC, Relator: Celso e Mello, 2005.

⁸ “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 gerações.”

1.3. Tutela constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado

A Constituição Federal de 1988 representou, em domínio interno, significativo avanço no trato legislativo da temática ambiental, pois foi a primeira a versar especificamente sobre o meio ambiente, conferindo-lhe, em consonância com o movimento ecológico que se percebia internacionalmente, posição de destaque.

Machado (2017) informa que fora a primeira Constituição brasileira a utilizar a expressão *meio ambiente* em seu texto e Silva explicita o ineditismo da situação:

As constituições brasileiras anteriores à de 1988 não traziam nada especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como o Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e de Pesca.

A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira, entre nós, a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título da ordem social. Mas a questão permeia todo seu texto, correlacionada com os temas fundamentais da ordem constitucional. (SILVA, 2010, p. 111)

Ao abordar a questão ambiental, a Constituição Federal o fez em quatro frentes distintas, quais sejam, natural, urbano ou artificial, cultural e do trabalho. Isto é, a tutela constitucional fora ampla, não se restringindo à natureza *stricto sensu*.

O meio ambiente natural está atrelado, como a própria nomenclatura indica, à natureza, mais especificamente à fauna, à flora e também às diversas formas de inteiração do ser humano com os recursos naturais e outras expressões de vida. Nas palavras de Trennepohl (2010, p. 34), “o meio ambiente natural envolve, além de flora e fauna, atmosfera, água, solo, subsolo, os elementos da biosfera, bem como os recursos minerais. Enfim, toda forma de vida é considerada integrante do meio ambiente, em suas diversas formas de manifestação”.

O meio ambiente urbano ou artificial está voltado às cidades, ao bem estar de seus habitantes e aos objetivos da política de desenvolvimento urbano; o meio ambiente cultural busca reconhecer e preservar a identidade e a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, ou seja, tutelar o patrimônio cultural nacional em suas mais diversas formas de expressão (desde modos de viver até conjuntos urbanos ou mesmo espaços paisagísticos); e o meio ambiente do trabalho está entrelaçado diretamente com as relações de labor e segurança da pessoa no local de trabalho.

Ao versar sobre meio ambiente natural – enfoque primordial deste estudo –, a Constituição Federal de 1988 dispôs no *caput* de seu artigo 225 que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Logo, percebe-se da simples leitura do texto que o legislador originário dispensou tratamento singular ao meio ambiente, conferindo-lhe natureza de direito fundamental de terceira dimensão e vinculando, taxativamente, as gerações atuais às necessidades das futuras.

Houve, assim, incorporação ao ordenamento jurídico nacional, em seu nível mais elevado, das coevas ideias que floresceram no âmbito externo, como o reconhecimento da condição de direito fundamental do meio ambiente e do predicado do desenvolvimento sustentável. Aliás, o *caput* do artigo 225 acima transcrito é designado por Silva (2010) como a norma matriz da tutela ambiental, porque revela de maneira substancial que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de toda a coletividade, isto é, representa direito difuso indisponível desta geração e daquelas do porvir.

Sobre a natureza difusa do direito em espeque, Machado (2017, p. 158) disserta que “o direito ao meio ambiente equilibrado é de cada um, como pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, raça, sexo, idade, estado de saúde, profissão, renda ou residência”. Por conseguinte, ao prever que o ambiente é direito de todos, o texto constitucional criou um direito subjetivo transindividual, que não se esgota em uma única pessoa; pelo contrário, é de cada sujeito e oponível *erga omnes*.

Mostra-se oportuno recordar que o predicado da solidariedade, característica intrínseca dos direitos fundamentais de terceira geração, fora erigido a objetivo fundamental do Brasil logo no inciso I do artigo 3º da Constituição Federal. Desse modo, a tutela conferida ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pelo citado artigo 225 está em perfeita consonância com aquilo que se espera do País e de seu povo.

Sarlet e Fensterseifer elucidam a solidariedade em matéria ambiental:

[...] os princípios da liberdade e da igualdade, como os marcos normativos, respectivamente, do Estado Liberal e do Estado Social (de Direito), não deram conta de, por si só, assegurar uma vida digna e saudável a todos os integrantes da comunidade humana, deixando para os juristas contemporâneos uma obra normativa ainda inacabada. O princípio da solidariedade aparece, nesse cenário, como mais uma tentativa histórica de realizar na integralidade o projeto da modernidade, concluindo o

ciclo dos três princípios revolucionários. A solidariedade expressa a necessidade (e, na forma jurídica, o dever) fundamental de coexistência (e cooperação) do ser humano com o corpo social, formatando a teia de relações intersubjetivas e sociais que se traçam no espaço da comunidade estatal. Só que aqui, para além de uma obrigação ou dever unicamente moral de solidariedade, há que se trazer para o plano jurídico-normativo tal compreensão. Na perspectiva ecológica, a solidariedade – e os deveres a ela inerentes – projeta-se também em face dos habitantes de outras nações, das futuras gerações e mesmo dos animais não humanos e da Natureza em geral, implicando um conjunto de deveres em matéria socioambiental. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 65)

A doutrina de Mirra atesta a importância do reconhecimento desse direito fundamental de terceira dimensão pelo ordenamento jurídico nacional:

Essa consagração do direito fundamental ao meio ambiente entre nós é de extrema importância.

Em primeiro lugar, porque reconhecer um determinado valor como um direito fundamental significa considerar a sua proteção como indisponível à vida e à dignidade das pessoas – núcleo essencial dos direitos fundamentais. E ninguém contesta hoje em dia que o atual quadro de destruição ambiental no mundo compromete a possibilidade de uma existência digna para a humanidade e põe em risco a própria vida humana. O texto constitucional diz, inclusive, enfaticamente, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é “essencial à sadia qualidade de vida”.

Em segundo lugar, porque proclamar um direito fundamental, qualquer que seja, implica erigir o valor por ele abrangido em elemento básico e essencial do modelo democrático que se pretende seja instaurado no país [...] Nesses termos, não se pode alar em verdadeira democracia no Brasil, sem que se garanta a preservação desse direito de todos ao meio ambiente sadio e equilibrado. (MIRRA, 2002, p. 53/54)

Também é possível depreender da leitura do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 que o legislador originário vinculou as presentes gerações às futuras em termos de proteção ambiental, criando no ordenamento jurídico nacional o primeiro direito expressamente intergeracional. Conforme declara Nalini (2008), o tratamento conferido ao tema foi avançado e pioneiro, porque, ao explicitar o primitivo direito intergeracional, estabeleceu que o ambiente, para além de um bem da vida essencial, é necessário para que de fato exista vida no futuro.

Ainda de acordo com Nalini (2008, p. 56), a dignidade da pessoa humana constitui um princípio fundamental que deve nortear a atuação do Estado e da cidadania, e “assegurar à humanidade condições para continuar a existir neste frágil planeta corresponde a uma exigência ética, positivada de maneira muito explícita na Constituição de 1988”.

A especial característica desse direito, de acordo com Milaré (2014), leva ao que se pode chamar de solidariedade intergeracional, uma vez que os recursos naturais são finitos e a forma de exploração pelos seres humanos presentes repercutirá na viabilidade e na qualidade da

vida nos anos vindouros. Trata-se, portanto, de um nítido dever de cooperação das gerações contemporâneas com aquelas que as sucederem.

Para Machado, que se refere à temática como princípio da responsabilidade ambiental entre gerações, o balanceamento dos interesses das gerações é providência de rigor:

A Constituição estabelece as presentes e futuras gerações como destinatárias da defesa e da preservação ao meio ambiente. O relacionamento das gerações com o meio ambiente não poderá ser levado a efeito de forma separada, como se a presença humana no planeta não fosse uma cadeia de elos sucessivos. O art. 225 consagra a ética da solidariedade entre as gerações, pois as gerações presentes não podem usar o meio ambiente fabricando a escassez e a debilidade para as gerações vindouras. [...] não se pode negar o merecimento de um mandamento constitucional que não permitirá mais a ausência de um balanceamento dos interesses das gerações, onde num prato da balança estará a geração dos que, por não poderem falar ou votar, nem por isso são menos amados ou menos importantes. (MACHADO, 2017, p. 165/167)

Esclarecida a premissa de que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui também um compromisso destas gerações com as futuras, o princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso vem como forma de materializar o aludido pacto, porquanto a desenfreada degradação ambiental repercutirá na qualidade de vida daqueles porvir.

Sobre o tema, Moraes indica que:

O meio ambiente deve, portanto, ser considerado patrimônio comum de toda a humanidade para garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras, direcionando todas as condutas do Poder Público estatal no sentido de integral proteção legislativa interna e adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual. (MORAES, 2009, p. 840)

A bem da verdade, a proposta de não retrocesso em matéria de direitos fundamentais está umbilicalmente ligada à ideia de que a proteção jurídica de tais bens – sabidamente direitos humanos –, por sua importância e natureza, não pode encolher; pelo contrario, o ordenamento jurídico somente pode hipertrofiar a tutela preexistente. O parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição Federal⁹, que estabelece as cláusulas pétreas, constitui exemplo de restrição ao poder constituinte derivado em benefício a direitos e garantias elevadas à condição de irrenunciáveis pelo constituinte originário.

⁹ “§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

Especificamente a respeito do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sua natureza intergeracional empresta ainda maior ênfase à vedação ao retrocesso, pois, como estabelecido acima, os patamares de preservação a serem observados pelas presentes gerações não podem ser diminuídos em detrimento das futuras, ou seja, é defeso àquelas entregarem parâmetros de proteção ambiental inferiores àqueles existentes quanto da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Milaré (2014, p. 278) explica que “a proibição do retrocesso em matéria ambiental vem exatamente no sentido de garantir que no evoluir do tempo, e da edição de novas normas e de sua aplicação, também se mantenha o piso de garantias constitucionalmente postas ou se avance na proteção”. Desse modo, parece cristalino que leis ordinárias editadas pela União, pelos Estados ou ainda pelos Municípios não podem solapar os direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal, em especial o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sob pena de flagrante inconstitucionalidade material, uma vez que o constituinte originário quis garantir que as futuras gerações recebessem o meio ambiente e os serviços ambientais, no mínimo, nas mesmas condições que as atuais gerações usufruem.

Sarlet e Fensterseifer bem resumem a compreensão acerca de vedação ao retrocesso legislativo em matéria ambiental:

Outra questão relevante, especialmente diante do atual cenário político-jurídico de “flexibilizações” da legislação ambiental diz respeito à garantia constitucional da proibição de retrocesso ou regressividade (sócio)ambiental, que, assim como verificado na proibição do retrocesso social, apresenta-se como uma garantia constitucional implícita, com base nos princípios da segurança jurídica e da confiança, objetivando “blindar” as conquistas legislativas – e em certa medida, também as administrativas – no âmbito dos direitos fundamentais socioambientais contra retrocessos que venham a comprometer o gozo e o desfrute de tais direitos. Tal garantia evidencia o processo evolutivo e cumulativo que subjaz ao reconhecimento dos direitos fundamentais ao longo da trajetória histórico-constitucional, de modo a implicar uma cada vez mais ampla e intensa tutela da dignidade da pessoa humana [...] que em matéria de realização (eficácia social) dos direitos socioambientais se registra um dever de progressividade, ou seja, a adoção de medidas legislativas – e administrativas – que busquem sempre uma melhoria ou aprimoramento dos direitos fundamentais (sócio)ambientais. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 82/83)

Em acréscimo, infere-se do *caput* do artigo 225 que o princípio do desenvolvimento sustentável, presente no Relatório Brundtland, fora efetivamente internalizado pelo Direito pátrio. Esse pensamento somente ganhou corpo com a realização da Conferência das Nações

Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, organizada no Rio de Janeiro em junho de 1992.

Diversos dos princípios estabelecidos pela chamada Declaração do Rio de Janeiro tratam da necessidade de se compatibilizar a atividade produtiva e a preservação ambiental, inclusive sob o aspecto social. Dentre eles, destacam-se o princípio 3, que situa que “o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras” e o princípio 5, segundo o qual “para todos os Estados e todos os indivíduos, como requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável, irão cooperar na tarefa essencial de erradicar a pobreza, a fim de reduzir as disparidades de padrões de vida e melhor atender às necessidades da maioria da população do mundo” (ONU, 1992).

A base do desenvolvimento sustentável ganha ainda maior ênfase quando analisadas as disposições constitucionais acerca da ordem econômica e financeira, eis que a proteção ao meio ambiente fora expressamente inserida no rol de princípios da atividade econômica (artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal de 1988¹⁰). Em outras palavras, o desenvolvimento econômico não pode se sobrepujar à adequada tutela ambiental, mas devem caminhar em harmonia entre si.

Dessa forma, de acordo com a coetânea exegese sobre o tema, é possível dizer que o desenvolvimento sustentável está fundado em três pilares primordiais, quais sejam, o desenvolvimento econômico, a preservação ambiental e a busca pela justiça social. Segundo Terennpohl (2010), o princípio do desenvolvimento sustentável representa a busca pelos anseios das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras, tendo como requisitos necessários à compatibilização das estratégias de desenvolvimento com a proteção do meio ambiente, bem como a cooperação para reduzir as disparidades sociais e erradicar a pobreza.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de lavra do ministro Celso de Mello, reconheceu expressamente a vigência do princípio do desenvolvimento sustentável e a

¹⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...]”

necessidade de serem observados critérios de preservação ambiental para se aferir a pertinência da exploração econômica:

[...] A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral [...] O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. (STF, Pleno, ADI 3540 MC, Relator: Celso de Mello, 2005)

Igualmente, em julgado de relatoria da ministra Cármen Lúcia (STF, Pleno, ADPF 101, Relatora: Cármen Lúcia, 2009), o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a constitucionalidade de atos normativos proibitivos da importação de pneus usados, compreendeu que o crescimento econômico deve ser realizado “com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras” e que, portanto, os princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio devem ser “interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável”. Como consequência, naquela ocasião decidiu-se que era possível impor restrições à importação dos citados produtos em razão da “ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente”.

Por conseguinte, mostra-se absolutamente lícita a assertiva de que o princípio do desenvolvimento sustentável está afeto à concepção de direito intergeracional, porquanto ambos ficam raízes no ideal de solidariedade e estão votados para o futuro.

Na sequência do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, o parágrafo 1º do referido dispositivo apresenta incumbências para que aquela tutela possa ser materializada, de sorte que o legislador originário também ergueu ao patamar máximo do ordenamento

jurídico medidas e instrumentos para garantir que a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não seja apenas retórica. Vale dizer, determinadas medidas, por seu significado, não foram deixadas a cargo do legislador infraconstitucional, preferindo o constituinte vincular os passos seguintes no próprio texto fundante.

Para Silva, tratam-se de instrumentos de garantias e efetividade do direito ambiental material:

O dispositivo compreende, esquematicamente falando, três conjuntos de normas [...] o segundo encontra-se no § 1º, com seus incisos, que estatui sobre os instrumentos de garantia e efetividade do direito enunciado no caput do artigo. Mas não se trata de normas simplesmente processuais, meramente formais. Nelas aspectos normativos integradores do princípio revelado no caput se manifestam por meio de sua instrumentalidade. São normas-instrumentos da eficácia do princípio, mas também são normas que outorgam direitos e impõem deveres relativamente ao setor ou ao recurso ambiental que lhes é objeto. Nelas se conferem ao Poder Público os princípios e os instrumentos fundamentais de sua atuação para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (SILVA, 2010, p. 112)

Esses instrumentos de índole constitucional podem ser resumidos em preservação e restauração de processos ecológicos essenciais, bem como manejo ecológico de espécies e ecossistemas (inciso I); preservação da diversidade e da integridade do patrimônio genético (inciso II); definição de espaços territoriais ambientalmente protegidos, com alteração e supressão permitida apenas por meio de lei (inciso III); exigência de estudo prévio de impacto ambiental para obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental (inciso IV); controle de técnicas, métodos e substâncias que importem em risco para a vida e o meio ambiente (inciso V); promoção da educação ambiental (inciso VI); e proteção da fauna e da flora, vedando-se práticas que coloquem em risco a função ecológica, a espécie ou submetam animais a crueldade (inciso VII).¹¹

¹¹ “§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.”

Como desdobramento dessas diretrizes, foram criados inúmeros diplomas jurídicos que conferiram concretude ao comando constitucional, citando-se, apenas a título ilustrativo, as Leis nºs. 9.605/98, que estipulou sanções penais e administrativas a condutas lesivas ao meio ambiente, 9.795/99, que estabeleceu a Política Nacional de Educação Ambiental, e 9.985/2006, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

Já os parágrafos 2º a 6º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988¹² trouxeram determinações voltadas para estipulados objetos e setores, cujas características requereram “imediata proteção e direta regulamentação constitucional, a fim de que sua utilização, necessária talvez ao progresso, se faça sem prejuízo ao meio ambiente” e também porque consistiam em “áreas e situações de elevado conteúdo ecológico” (SILVA, 2010, p. 112), merecendo destaque a tríplice responsabilidade pela degradação ambiental – esferas administrativa, civil e penal, inclusive para as pessoas jurídicas – e a elevação da Floresta Amazônica, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Mato-Grossense e da Zona Costeira à condição de patrimônio nacional.

Por outro lado, o parágrafo 7º do dispositivo em questão¹³, acrescido pela emenda constitucional nº. 96, datada de 06 de junho de 2017, divorcia-se de todo escopo de proteção ambiental e fora elaborado com fito específico, qual seja, permitir que a vaquejada – prática dita esportiva, por meio da qual dois vaqueiros montados a cavalo devem perseguir e derrubar um boi, puxando-o pelo rabo, entre duas faixas previamente demarcadas na área de competição –, reconhecida como maus tratos pelo Supremo Tribunal Federal, fosse preservada.¹⁴

¹² “§ 2º. Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei. § 3º. 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. § 4º. A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. § 5º. São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais. § 6º. As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.”

¹³ “§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.”

¹⁴ Em 06 de outubro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional Lei nº. 15.299/13 do Estado do Ceará, que regulamentava a prática da vaquejada, entendendo-a como ato de maus tratos aos animais e, portanto, incompatível com o disposto no inciso VII do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988 (STF, Pleno, ADI 4983, Relator: Marco Aurélio, 2016). Após a promulgação da dita emenda constitucional, o então Procurador-Geral da República propôs ação direta de inconstitucionalidade contra o parágrafo 7º do citado

Assim, com a ressalva do citado parágrafo 7º e recordando-se que a tutela ambiental espalha-se ainda por inúmeros outros dispositivos do texto constitucional que não o versado artigo 225, pode-se concluir, cunhando-se no verbo de Nalini (2008, p. 56), que “assegurar a humanidade condições para continuar a existir neste frágil planeta corresponde a uma exigência ética, positivada de maneira muito explícita na Constituição de 1988”.

Consequentemente, afirma-se que, inspirado no avanço da proteção ambiental forjada pelo direito internacional, o Brasil erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado à condição de direito fundamental e consagrou o princípio do desenvolvimento sustentável como uma bússola para se atingir o progresso econômico sem se olvidar da preservação ambiental para estas e para as futuras gerações, sem se olvidar, no entanto, da incessante busca por alcançar patamares mais justos de igualdade social.

artigo 225, a qual recebeu o rito abreviado do artigo 12 da Lei nº. 9.868/99, todavia ainda se encontra pendente de julgamento (STF, ADI 5772, Relator: Roberto Barroso).

Capítulo 2 – O Ministério Público e a tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: legitimidade e instrumentos materiais de atuação

2.1. Legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado

O Ministério Público ganhou relevante *status* com o advento da Constituição Federal de 1998, consolidando-se como instituição que, para além da titularidade da ação penal, é responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses coletivos em sentido lato e individuais indisponíveis. O *caput* do artigo 127 fora literal nesse sentido¹⁵, externando a visão do constituinte originário que, ainda influenciado pelo sentimento da recente redemocratização, conferiu ao órgão ministerial incumbências ímpares.

A doutrina versa a respeito da nova roupagem constitucional conferida ao *Parquet*:

A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal pública quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e da moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública. (MORAES, 2009, p. 607)

Milaré (2016, p. 1380/1381) igualmente celebra a transformação institucional, compreendendo que o texto fundante “colocou o Brasil como um dos países pioneiros no mundo de uma nova função do Ministério Público, e fez com que este se firmasse como a instituição mais bem credenciada para a tutela dos interesses sociais, difusos e coletivos, na ordem civil”.

De fato, o Ministério Público acrescentou ao já conhecido protagonismo na esfera penal outros encargos igualmente relevantes, passando a ser visto como verdadeiro agente de transformação da realidade social, mormente quando considerados os objetivos fundamentais do País esculpidos no artigo 3º da Constituição Federal¹⁶.

¹⁵ “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

¹⁶ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Nessa nova conjuntura, o próprio texto constitucional, em seu artigo 129¹⁷, cuidou de estabelecer algumas¹⁸ das mais relevantes funções institucionais do Ministério Público, dentre as quais se destaca, para fins deste trabalho, a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Assim, nota-se que a legitimidade do *Parquet* para atuar na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado decorre da própria natureza do bem jurídico tutelado – direito fundamental de terceira dimensão, difuso e indisponível –, mas também de expressa previsão constante da redação original da Constituição Federal de 1988, inexistindo, portanto, espaço para interpretação restritiva.

Em âmbito infraconstitucional, a Lei nº. 7.347/85, antecedente à Constituição Federal e contemporânea ao já mencionado processo de redemocratização, conferiu legitimidade ativa ao Ministério Público para a propositura de ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente (artigo 1º, inciso I, combinado com artigo 5, inciso I)¹⁹. Ademais, o regramento institucional advindo do texto constitucional reafirmou a incumbência de o órgão ministerial zelar por direitos difusos, dentre os quais o meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme se depreende da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (artigos 1º e 25, inciso IV, alínea *a*, ambos da Lei nº. 8.625/93)²⁰.

¹⁷ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

¹⁸ O rol do artigo 129 da Constituição Federal de 1988 é meramente exemplificativo, sendo possível que o *Parquet* exerça “outras funções que lhe foram conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade constitucional” (MORAES, 2009, p. 607).

¹⁹ “Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; [...] Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; [...]”

²⁰ “Art. 1º. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: I - propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em face à Constituição Estadual; II - promover a representação de inconstitucionalidade para efeito de intervenção do Estado nos Municípios; III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; IV -

Convém, ainda, ressaltar que na esfera do Estado de Minas Gerais, tanto a Constituição Estadual²¹ quanto a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Lei Complementar nº. 34/94)²² trouxeram dispositivos bastante simétricos aos de nível federal.

A respeito da legitimidade ativa do *Parquet* para a defesa de direitos difusos e coletivos, o Supremo Tribunal Federal, no agora distante ano de 1997, reconheceu a pertinência e a importância da atuação do Ministério Público ao analisar recurso extraordinário que versava sobre mensalidades escolares abusivas:

[...] A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). [...] 6. A ação civil pública, regulada pela Lei 7.347, de 24.7.1985, recebeu status constitucional no artigo 129 da Lei Magna de 1988, ao determinar que entre as funções institucionais do Ministério Público se insere a de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. 7. Deixando de lado o exame histórico do aparecimento no ordenamento jurídico nacional da proteção estatal sobre esses direitos, verifico que a partir da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os direitos difusos e coletivos passaram a integrar o complexo das funções do Ministério Público, como na hipótese dessa lei que assegurou ao Parquet, em seu artigo 1º, a respectiva defesa por meio desse rito processual, ao proclamar o inciso V desse dispositivo a viabilidade do procedimento “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. 8. Posteriormente, com o advento da nova ordem constitucional, ficou expresso que dentre as competências do Ministério Público estariam aquelas pertinentes à promoção do “inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. (CF, artigo 129, inciso III). (STF, Pleno, RE 163231, Relator: Maurício Corrêa, 1997)

O Superior Tribunal de Justiça, por inúmeras vezes, perfilhou a legitimidade ativa do Ministério Público para propor ações civis públicas ambientais, como, por exemplo, no

promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei: a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; [...].”

²¹ “Art. 119. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, a que incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Art. 120. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III – promover inquérito civil e ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...].”

²² “Art. 1º. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. [...] Art. 66. Além das funções previstas na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Constituição Estadual e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...] VI – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para: a) proteção, prevenção e reparação de danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e aos direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos; [...].”

recurso especial nº. 216269/MG, cuja ementa recebeu a seguinte redação: “Ação civil pública. Meio ambiente. Interesse Difuso. Ministério Público. Legitimidade ativa *ad causam*. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos” (STJ, Primeira Turma, REsp 216269, Relator: Humberto Gomes de Barros, 2000). Destacam-se, na mesma linha, os seguintes arestos: STJ, Segunda Turma, REsp 1.479.316/SE, Relator: Humberto Martins, 2015; STJ, Primeira Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.186.995/SP, Relator: Benedito Gonçalves, 2014; STJ, Segunda Turma, AgRg no AREsp 139.216/SP, Relator: Og Fernandes, 2013; STJ, Segunda Turma, REsp 1.197.654/MG, Relator: Herman Benjamin, 2012; e STJ, Segunda Turma, AgRg no Ag 1.309.313/SP, Relatora: Eliana Calmon, 2010.

Dessa forma, pode-se dizer, como acentuado por Machado (2017), que a tutela do ambiente recebeu significativo suporte com o robusto desenho constitucional definido ao Ministério Público. Em acréscimo, o mesmo autor afirma que:

Ganha muito o meio ambiente em ter como um dos tores da ação civil pública um Ministério Público bem-preparado, munido de poderes para uma atuação eficiente e independente. O inquérito civil, atribuição constitucional do Ministério Público, servirá para uma apurada colheita de provas para embasar a ação judicial. Aponte-se que essa Instituição vem propondo uma grande quantidade de ações civis públicas ambientais em que no polo passivo estão os Governos Federal ou Estaduais, além de poderosas empresas públicas ou privadas. (MACHADO, 2017, p. 170)

Milaré compartilha da relevância da atuação do *Parquet* na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado:

Hoje, com a propositura de milhares de ações, vê-se que a tutela jurisdicional do meio ambiente deixou de ser questão meramente acadêmica para converter-se em realidade de inegável alcance social.

O incremento numérico foi acompanhado de uma diversificação qualitativa. As ações civis públicas propostas pelo Ministério Público atingem tanto a proteção e uma única árvore quanto a salvação de todo um ecossistema ameaçado; abarcam desde a circunscrita poluição gerada por uma pequena indústria até a que afeta uma cidade inteira; envolvem não só a contaminação de um pequeno curso d’água por esgotos, como igualmente a reparação dos danos causados por gigantescos derrames de petróleo no mar [...]

Desse modo, é possível que outros países em desenvolvimento, e mesmo as nações mais desenvolvidas, ainda que pertencentes a sistemas jurídicos diversos, possam obter valiosos subsídios do modelo brasileiro de Ministério Público, como corresponsável pela qualidade de vida do país e, por extensão, do Planeta, com vistas à preservação do ambiente para as presentes e futuras gerações. (MILARÉ, 2016, p. 1381/1383)

Por fim, registra-se apenas que a legitimidade ativa para a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado não é exclusiva do Ministério Público, como previsto no parágrafo 1º do artigo 129 da Constituição Federal²³ e no artigo 5º da Lei nº. 7.347/85²⁴, consistindo em hipótese de legitimação concorrente e disjuntiva, porque as medidas judiciais podem ser tomadas por cada um dos legitimados e não há necessidade de litisconsórcio.

Mazzilli explica as características dessa legitimação extraordinária:

É concorrente e disjuntiva a legitimação ativa para a propositura de ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos colegitimados pode ajuizar essas ações, que litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É concorrente, porque qualquer um dos colegitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC pode agir em defesa de interesses transindividuais; é disjuntiva porque não precisam comparecer em litisconsórcio. (MAZZILLI, 2015, p. 384)

No entanto, caso o *Parquet* não seja o autor da ação civil pública em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado – ou qualquer outro direito transindividual –, deverá nela intervir como fiscal da ordem jurídica e, em caso de desistência infundada ou abandono, assumir a titularidade ativa, tudo nos termos dos parágrafos 1º e 3º do artigo 5º da Lei nº. 7.347/85²⁵.

2.2. Instrumentos materiais de atuação ministerial

Ao conferir ao Ministério Público atribuições tão relevantes, o legislador também preconizou instrumentos próprios para equipar a atuação ministerial e, por consequência, conferir concretude à tutela material de direitos difusos e individuais homogêneos. Dentre os principais meios criados, sobressaem-se o inquérito civil, o termo de compromisso e ajustamento de conduta e a ação civil pública.

²³ “§ 1º. A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.”

²⁴ “Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

²⁵ “§ 1º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. [...] § 3º. Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.”

2.2.1. Inquérito civil

O inquérito civil constitui procedimento administrativo, de caráter investigatório, privativo do *Parquet* e voltado para a apuração de ofensas a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Presta-se, basicamente, à coleta de elementos eventualmente necessários à elaboração e à assinatura de um termo de compromisso e ajustamento de conduta ou mesmo à propositura de uma ação civil pública.

A doutrina tem conceituação bastante próxima, porque compreende o inquérito civil como “um procedimento administrativo – portanto extrajudicial – investigatório, vinculado à atuação do Ministério Público para o cumprimento de suas funções institucionais de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (MIRRA, 2002, p. 142).

A importância do inquérito civil é celebrada por Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 376/377), que o tem como “importante mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos ambientais, inclusive oportunizando a celebração de termos de ajustamento de conduta”.

O gênese do inquérito civil está no artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei nº. 7.347/85, que previu que o órgão de execução ministerial, de posse de informações que lhe são destinadas, pode instaurar referido procedimento para melhor apurar os fatos levados ao seu conhecimento²⁶. Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público igualmente colocaram dentre as atribuições do *Parquet* promover o inquérito civil para proteção de interesses difusos e coletivos, como visto no tópico anterior.

Mazzilli bem resume o propósito do inquérito civil:

Criado na Lei n. 7.347/85 e logo depois consagrado na Constituição de 1988, o inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública; subsidiariamente, serve ainda para que o Ministério Público: a) prepare a tomada de compromissos de ajustamento de condutas ou realize audiências públicas e expeça recomendações dentro de suas atribuições; b) colha elementos necessários para o exercício de qualquer ação pública ou para se aparelhar para o exercício de qualquer outra forma de atuação a seu cargo.

²⁶ “Art. 8º. Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1º. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.”

Com o fito de determinar a materialidade e a autoria de fatos que possam ensejar o ajuizamento do processo coletivo pelo Ministério Público, por meio do inquérito civil podem-se promover diligências, requisitar documentos, informações, exames e perícias, expedir notificações, toma depoimentos, proceder a vistorias e inspeções. (MAZZILLI, 2015, p. 511/512)

Ainda sobre o inquérito civil como procedimento preparatório para a ação civil pública, mostra-se oportuna a análise feita por Celso de Mello, então Assessor do Gabinete Civil da Presidência da República, ao projeto que resultou na Lei nº. 7.347/85:

O projeto de lei que dispõe sobre a ação civil pública institui, de modo inovador, a figura do inquérito civil. Trata-se de procedimento meramente administrativo, de caráter pré-processual, que se realiza extrajudicialmente. O inquérito civil, de instauração facultativa, desempenha relevante função instrumental. Constitui meio destinado a coligir provas e quaisquer outros elementos de convicção, que possam fundamentar a atuação processual do Ministério Público. O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública. Com ele, frustra-se a possibilidade, sempre eventual, de instauração de lides temerárias.” (MELLO, 1985, *apud* MEIRELES; WALD; MENDES, 2009, p. 199/200)

O inquérito civil é atualmente regulamentado pela Resolução nº. 23/07 do Conselho Nacional do Ministério Público, que também o conceitua logo em seu artigo 1º, *caput* e parágrafo 1º:

Art. 1º. O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.
Parágrafo único. O inquérito civil não é condição de procedibilidade para o ajuizamento das ações a cargo do Ministério Público, nem para a realização das demais medidas de sua atribuição própria. (CNMP, 2007)

O expediente em questão configura, portanto, mero procedimento investigatório – e, como tal, de natureza inquisitorial –, não promovendo nenhuma acusação. É, na verdade, instrumento preparatório voltado para formação da cognição do membro do Ministério Público que, ao final, caso compreenda presentes elementos suficientes do ilícito reportado e ausente a possibilidade de resolução extrajudicial, proporá a competente ação civil pública.

O caráter facultativo do inquérito civil decorre de sua prescindibilidade, porquanto o *Parquet* pode valer-se de medidas judiciais independentemente da prévia instauração do procedimento quando, por exemplo, já tiver em mãos elementos de informação suficientes para

a formação de sua convicção²⁷. Por outro lado, em que pese parte da doutrina listar a informalidade como uma característica própria desse instrumento (Mazzilli, 2015), a realidade é que os órgãos de controle, notadamente o Conselho Nacional do Ministério Público e as Corregedorias locais, estão buscando regulamentar e padronizar seu procedimento, como se depreende, por exemplo, da citada Resolução nº. 23/07 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Outra característica própria do inquérito civil é que, diante de sua natureza administrativa e inquisitória, o contraditório e a ampla defesa ficam mitigados, não estando seu rito emaranhando no formalismo das ações judiciais. Em outras palavras, por não apresentar nenhum litígio ou acusação em seu seio, as garantias individuais asseguradas pelo artigo 5º, incisos LIV e LV²⁸, da Constituição Federal podem ser flexibilizadas, ainda que existam determinadas restrições a respeito²⁹.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal, ao afastar eventuais ilegalidades em inquérito civil, fundamentou aresto de lavra do Ministro Dias Toffoli na concepção de que o procedimento tem caráter assessorio e, destarte, guarda “diferenças em relação ao processo judicial, sobretudo quando se fala das garantias processuais e da declaração de nulidades” (STF, Segunda Turma, ARE 990647 AgR, Relator: Dias Toffoli, 2017). De igual sorte, julgado de relatoria da Ministra Cármen Lúcia recebeu a seguinte ementa: “Embargos de declaração no recurso extraordinário. Conversão em agravo regimental. Administrativo. Desnecessidade de observância no inquérito civil do contraditório e da ampla defesa. Precedentes” (STF, RE 481955 ED, Relatora: Cármen Lúcia, 2011).

²⁷ A jurisprudência entende, acertadamente, que a instauração do inquérito civil como antecedente à propositura da ação civil pública pelo Ministério Público é facultativa (STJ, Segunda Turma, REsp nº. 476.660-MG, Relatora: Eliana Calmon, 2003).

²⁸ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”

²⁹ Por exemplo, o parágrafo 11 do artigo 6º da Resolução CNMP 23/07, cuja redação fora dada pela Resolução CNMP 161/17, estabeleceu que “o defensor constituído nos autos poderá assistir o investigado durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do seu depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos”, ou seja, criou-se hipótese em que a não observância do contraditório e da ampla defesa acarreta em nulidade de atos praticados (CNMP, 2007).

Desse modo, após amearhar elementos de convicção suficientes é que o órgão de execução decidirá se a hipótese comportará arquivamento³⁰, oferecimento de composição mediante termo de compromisso e ajustamento de conduta ou a propositura de ação civil pública.

2.2.2. Termo de compromisso e ajustamento de conduta

Como sabido, nas ações civis públicas os legitimados para demandar em juízo não agem, como regra, em busca de direito ou interesse próprio; ao revés, atuam visando à tutela de direito transindividual – ou mesmo individual indisponível, pertencente a terceiro, como, por exemplo, no caso de processos envolvendo acesso a insumos de saúde –, de sorte que não detêm disponibilidade acerca do conteúdo material da lide. Dessa forma, o legitimado extraordinário aparentemente não possui a faculdade de transacionar sobre direito do qual não é titular.

Nada obstante essa premissa, que no passado fora tida como absoluta, a realidade impôs a mitigação da indisponibilidade da ação civil pública, passando-se a aceitar a composição em hipóteses nas quais não exista renúncia ao direito material tutelado, mas apenas flexibilização acerca da forma e do prazo de sua consecução. Em outras palavras, o órgão legitimado, por não ser detentor do bem da vida, não pode dele dispor, todavia possui espaço para firmar acordo acerca do modo que a obrigação principal deve ser cumprida, evitando-se, assim, desnecessária judicialização exacerbada de demandas.

A esse respeito, Mazzilli (2015) recorda que o precedente data de meados da década de 1980, quando o Ministério Público do Estado de São Paulo firmou transação no bojo de uma ação civil pública movida contra o prefeito de um município do interior paulista, que havia feito um churrasco para seus correligionários com cerca de cinco mil passarinhos³¹. Na ocasião, apesar de o *Parquet* não ter abdicado da indenização reconhecida judicialmente, aceitou que o pagamento fosse dividido em parcelas, diferentemente daquilo que fora preconizado no título executivo original. O Poder Judiciário, mesmo sem existir legislação a respeito da matéria naquela época, concordou em homologar a referida disposição de vontades.

³⁰ O ato de arquivamento do inquérito civil está sujeito à homologação da instância interna superior, nos termos do artigo 9º da Lei nº. 7.347/85.

³¹ Segundo o doutrinador, o caso ganhou repercussão e ficou popularmente conhecido como a “passarinhada de Embu” (MAZZILLI, 2015, p. 456).

Posteriormente, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº. 8.069/90), reconhecendo a pertinência de se abrandar o rigor do princípio da indisponibilidade, previu, em seu artigo 211, que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial”. Pouco tempo depois, a Lei nº. 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, acrescentou o parágrafo 6º ao artigo 5º da Lei nº. 7.347/85, a qual passou a provisionar, expressamente, que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

A mitigação, apesar de constituir inovação legislativa em termos de tutela de direitos difusos e coletivos, acompanhou a evolução do pensamento jurídico, que vinha compreendendo que, muitas vezes, a viabilidade de acordo é mais benéfica ao interesse público do que intermináveis ações judiciais. Nessa esteira, a própria Constituição Federal de 1988 já havia previsto a possibilidade de transações em sede de infrações penais de menor potencial ofensivo³² e, na atualidade, a matéria vem avançando cada vez mais, como se percebe, por exemplo, da aceitação de compromisso de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa e da regulamentação do acordo de não persecução penal pelo Conselho Nacional do Ministério Público³³.

Dessa forma, o termo de compromisso e ajustamento de conduta pode ser definido como o acordo firmado entre o Ministério Público, ou outro órgão legitimado para a propositura de ação civil pública, com o responsável pela ameaça ou violação de direito difuso ou coletivo, com o escopo de evitar a prática do ato lesivo, adequar a conduta aos parâmetros próprios ou ainda reparar o dano causado, sem prejuízo da necessária indenização pelos prejuízos materiais e morais aferidos.

³² “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumário, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; [...]” A Lei nº. 9.099/95 criou os juizados especiais e instituiu, em âmbito criminal, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

³³ O parágrafo 2º do artigo 1º da Resolução CNMP 179/17 dispõe que “é cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”, ao passo que o artigo 18 da Resolução CNMP 181/17 cria o acordo de não persecução penal e estabelece requisitos para sua celebração.

O Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº. 179/17, regulamentou o termo de compromisso e ajustamento de conduta e o definiu, logo em seu artigo 1º, da seguinte forma:

Art. 1º. O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração. (CNMP, 2017)

Em consonância com a digressão feita acima, o parágrafo 1º do transcrito artigo 1º fora específico a respeito dos limites da transação, vedando renúncia ao direito material que se deve tutelar e restringindo a possibilidade de composição a questões assessórias:

§ 1º Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados. (CNMP, 2017)

Ainda quanto às restrições acerca da composição em estudo, oportuno destacar que a abalizada doutrina pontua que o órgão público que a toma não pode assumir obrigações que onerem, salvo a de não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já fora reconhecido no próprio termo:

Assim, é o compromisso de ajustamento de conduta um ato administrativo negocial, por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação e conhecimento para pedir aquilo que já está reconhecido no título. Mas mesmo isto não é verdadeira concessão, porque, ainda que o órgão público a nada quisesse obrigar-se, e assim propusesse ação e conhecimento, vê-la-ia trancada por carência, pois lhe faltaria interesse processual em formular um pedido de conhecimento, se já se tem o título executivo. (MAZZILLI, 2015, p. 468)

A natureza do termo de compromisso e ajustamento de conduta é de título executivo extrajudicial, como literalmente previsto no artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 5º, parágrafo 6º, da Lei nº. 7.347/85, sendo que sua celebração e consequente

homologação pelo órgão revisor do *Parquet* constitui ato jurídico perfeito e, por consequência, atrai a proteção do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal³⁴.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a vigência do novo Código Florestal (Lei nº. 12.651/12) não pode retroagir para alterar cláusulas de termos de compromisso e ajustamento de conduta firmados sob a égide e de acordo com parâmetros da Lei nº. 4.771/65, justamente porque aquele instrumento tem natureza de ato jurídico perfeito:

AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. REVISÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TAC. SUPERVENIÊNCIA DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL. REDUÇÃO DA MULTA COMINATÓRIA. SÚMULAS 5, 7 E 83/STJ. Trata-se, na origem, de Embargos à Execução de título extrajudicial ajuizado pelas partes recorrentes contra o MPE/SP, pretendendo o reconhecimento da nulidade do título executivo em razão da edição da Lei 12.651/2012 e o enquadramento do termo de ajustamento de conduta à referida norma ambiental, com pedido subsidiário para a redução da multa cominatória. [...] Ademais, o STJ consolidou o entendimento de que o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, os direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da incumbência do Estado de garantir a preservação e a restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I); AgInt no AREsp 1.211.974/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 23/4/2018; AgInt no REsp 1.597.589/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/2/2018, DJe 26/2/2018; REsp 1.680.699/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 19/12/2017; AgInt no AgInt no AREsp 850.994/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19.12.2016; EDcl no REsp 1.389.942/MS, Rel. Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 28.9.2017; AgRg no AREsp 364.256/MS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 21.9.2017. Recurso Especial conhecido em parte e, nessa parte, não provido. (STJ, Segunda Turma, REsp 1.718.894/SP, Relator: Herman Benjamin, 2018)

O termo de compromisso e ajustamento de conduta que versa sobre direito coletivo *lato sensu* serve como ferramenta de tutela do bem da vida lesado, razão pela qual pode ser executado por qualquer um dos legitimados para a propositura da competente ação civil pública e não apenas pelo órgão que efetivamente firmou o título. Segundo explica Mazzilli (2015, p. 469), “o compromisso de ajustamento de conduta gera um título executivo em favor do grupo lesado, e não em favor do órgão público que o toma. Assim, se necessário, poderá ser executado por qualquer colegitimado à ação civil pública ou coletiva”.

³⁴ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...]”

Sobre o tema, o artigo 12 da mencionada Resolução nº. 179/17 do Conselho Nacional do Ministério Público estabelece que o *Parquet* “tem legitimidade para executar compromisso de ajustamento de conduta firmado por outro órgão público, no caso de sua omissão frente ao descumprimento das obrigações assumidas”.

Registra-se, ainda, que se tem admitido a celebração de termo de compromisso e ajustamento de conduta preliminar, por meio do qual não se trata do direito material propriamente dito, mas de providências indispensáveis para o avanço da investigação empreendida no bojo do inquérito civil. Exemplo clássico que ilustra a situação é o acordo que prevê a responsabilidade de o suposto infrator custear perícia técnica para que, assim, o órgão de execução ministerial possa formar sua convicção a respeito da existência de efetivo dano ambiental.

Por derradeiro, destaca-se que a celebração de termos de compromisso e ajustamento de conduta representa genuína atuação resolutiva do Ministério Público, que não apenas deixa de transferir o desfecho de relevantes questões para o Poder Judiciário, assenhorando-se de suas competências constitucionais, como também confere maior celeridade para se alcançar a tutela pretendida. Nas palavras de Valera, “o termo de ajustamento de conduta tem se mostrado muito mais célere e eficiente na composição dos problemas ambientais e como corolário se elegendo em importante instrumento para a concretização do direito fundamental ao meio ambiente” (VALERA, 2013, p. 24).

Aliás, as negociações que antecedem o acordo criam um canal de diálogo com a população, aproximando o membro do *Parquet* da comunidade na qual está inserido, bem como revelam uma feição pedagógica da atuação ministerial, porque, segundo ressalta Valera (2013, p. 29), permite que o interlocutor “seja orientado e informado, transformando sua realidade social, uma vez que, além de cumprir suas obrigações ambientais, passa a difundir as informações recebidas”.

2.2.3. Ação civil pública

A ação civil pública é o instrumento clássico pelo qual os legitimados para a proteção de direitos transindividuais e individuais homogêneos postulam em juízo na defesa da tutela material desses bens, ou, segundo a literatura de Meirelles, Wald e Mendes (2009, p.

183/184), constitui o meio “processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infrações da ordem econômica, protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade”.

Ela é disciplinada pela Lei nº. 7.347/85 e encontra expressa guarida constitucional, porquanto, como visto, o texto fundante previu, dentre as atribuições do Ministério Público, a função de “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (artigo 129, inciso III).

Como bem lembra Rodrigues (2011), o embrião da ação civil pública repousa no direito ambiental, uma vez que o projeto que deu origem à Lei nº. 7.347/85 surgiu da necessidade de se regulamentar o parágrafo 1º do artigo 14 da Lei nº. 6.938/81, que, por sua vez, reconheceu a legitimidade do *Parquet* para propor ação de responsabilidade civil por danos ao meio ambiente³⁵. Assim, apesar de a ação civil pública ter sido posta como função institucional do Ministério Público pela Lei Complementar nº. 40/81, não havia nenhuma disciplina a respeito³⁶.

Por conseguinte, fora em decorrência da necessidade de se estabelecer regras para esse pouco explorado mecanismo de tutela de interesses transindividuais e ampliar o escopo exclusivamente ambiental originalmente preconizado na citada Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, bem como difundir o leque de legitimados para tal desiderato, que o anteprojeto de lei ganhou corpo.

Ao menos foram essas as principais justificativas apresentadas formalmente pelo então Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel ao submeter ao escrutínio do Presidente da República a proposta legislativa:

[...] o anteprojeto parte do princípio de que há um titular dos direitos subjetivos perfeitamente identificado, e que esse titular é quem tem a legitimidade processual para

³⁵ “Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: [...] § 1º. Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

³⁶ “Art. 3º. São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover a ação civil pública, nos termos da lei.”

defender, em juízo, os seus direitos. Mas existem outros interesses que não são individualizados, pois correspondem a um grupo, a uma comunidade ou à sociedade. Nesses casos, não se vislumbra claramente quem é que poderia, em seu próprio nome, defender esses interesses não individuais. Ao Ministério Público como defensor natural do interesse público deve caber, preferencialmente, a titularidade ativa daqueles interesses não individuais, indisponíveis da sociedade, com a consequência de poder provocar a atividade jurisdicional, na conformidade, aliás, da Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981 (Lei Orgânica do Ministério Público) que trata da ação civil pública como função institucional do Ministério Público. Este, portanto, o suposto da sua legitimação processual.

A ação civil pública para defesa de interesses coletivos encontra-se regulada apenas na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que disciplinou a política nacional do meio ambiente (art. 14, § 19). A lei, porém, só regulamenta a proteção jurisdicional do meio ambiente, deixando de lado os demais interesses difusos, e concedendo exclusividade ao Ministério Público como titular da ação. Estendendo-se a legitimação a outras entidades, aqueles interesses serão de fendidos com a eficiência exigida pela sua importância. Parece não haver discrepância em torno dessa exigência. (Brasil, 1985)

Mirra contextualiza com precisão o nascedouro da Lei nº. 7.347/85:

No direito brasileiro, após a verificação da insuficiência dos institutos tradicionais da ação e do processo civil clássicos para a tutela dos denominados interesses ou direitos difusos – entre os quais e inclui o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – optou-se pela criação, por via legislativa, de uma modalidade específica de ação – a ação civil pública da Lei n. 7.347/85 – que trouxe uma série de inovações às concepções tradicionais até então prevalentes. A criação dessa ação civil pública se inscreve no movimento mundial de acesso à Justiça, por meio do qual se busca tornar efetivos os mais diversos direitos – individuais e coletivos – formalmente reconhecidos. (MIRRA, 2002, p. 115)

A Lei nº. 7.347/85 trouxe importantes avanços no âmbito da tutela de direitos difusos e coletivos, e, combinada com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), são a base do denominado microssistema de processo coletivo, o qual tem o propósito de adequar determinadas normas procedimentais clássicas, que foram forjadas para ações individuais, à tutela de bens e direitos transindividuais.

Aspectos significativos foram a consolidação da legitimidade do *Parquet* para atuar também na esfera cível, na defesa de direitos fundamentais e coletivos *lato sensu*, e a ampliação do rol de legitimados para outros órgãos públicos e até mesmo entidades privadas com pertinência temática (artigo 5º da Lei nº. 7.347/85)³⁷, tudo com os objetivos de otimizar o controle e facilitar a defesa de valores caros à sociedade brasileira.

Dentre as regras próprias do processo coletivo, merecem ênfase, resumidamente, a competência pelo local do dano (artigo 2º da Lei nº. 7.347/85 e artigo 93 do Código de Defesa

³⁷ Vide nota de rodapé nº. 24.

do Consumidor)³⁸, a compatibilidade entre pedidos indenizatório e de tutela específica (artigo 3º da Lei nº. 7.347/85)³⁹, a possibilidade de a ação civil pública ser proposta em caráter cautelar, isto é, antes da ocorrência do ilícito (artigo 4º da Lei nº. 7.347/85)⁴⁰, a criação de um fundo específico para que as condenações em dinheiro sejam posteriormente revertidas à recuperação dos bens lesados (artigo 13 da Lei nº. 7.347/85)⁴¹ e os limites próprios da coisa julgada (artigo 16 da Lei nº. 7.347/85 e artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor)⁴².

Especificamente quanto ao Ministério Público, pela relevância dos interesses em jogo, a Lei nº. 7.347/85 preconizou que quando ele não for parte autora, deverá intervir em todos os atos do processo como fiscal da ordem jurídica e, em caso de desistência infundada ou abandono, deverá assumir a titularidade da *class action*⁴³, bem como promover a execução da decisão transitada em julgado se, passados sessenta dias do manto da imutabilidade, a associação autora não o fizer⁴⁴.

³⁸ “Art. 2º. As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.” e “Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II - no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.”

³⁹ “Art. 3º. A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”

⁴⁰ “Art. 4º. Poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta Lei, objetivando, inclusive, evitar dano ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, à ordem urbanística ou aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.”

⁴¹ “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

⁴² “Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” e “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º. Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º. Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º. Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.”

⁴³ Vide nota de rodapé nº. 17.

⁴⁴ “Art. 15. Decorridos sessenta dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.”

À vista dessas disposições específicas, a doutrina entende que, apesar da incontestada legitimidade concorrente e disjuntiva, o *Parquet* goza de primazia implícita para a propositura de ações civis públicas:

A prioridade do Ministério Público para a propositura da ação e das medidas cautelares convenientes está implícita na própria lei, quando estabelece que “qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção” (art. 6º). A mesma lei determina, ainda, que os juízes e Tribunais que, no exercício de suas funções, “tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis (art. 7º), e finaliza concedendo ao Ministério Público a faculdade de “instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis” (art. 8º, § 1º). (MEIRELLES; WALD; MENDES, 2009, p. 199/200)

Fora também a partir do marco normativo em evidência que a qualidade da parte – órgão público – deixou de ser critério para caracterizar uma ação civil pública, que passou a ser compreendida e definida de acordo com a qualidade do interesse público perseguido. Como avalia Mirra (2002, p. 134), o padrão deslocou do enfoque subjetivo para o objetivo, na medida em que a ação “é pública porque por seu intermédio se persegue a satisfação de um interesse público, no sentido amplo, ou seja, não individual, abrangendo o interesse difuso, pouco importando se quem a exerce é órgão ou entidade estatal ou ente privado”.

Não obstante as introduções realizadas pela Lei nº. 7.347/85, convém frisar que sua natureza é eminentemente adjetiva – isto é, processual –, de sorte que os direitos nela mencionados devem encontrar arrimo material próprio, seja em base principiológica extraída do texto constitucional, seja em ato normativo de cunho substantivo (Meirelles, Wald e Mendes, 2009).

A respeito da ação civil pública ambiental, mister salientar sua imprescritibilidade, porque, como salientado, o meio ambiente é considerado direito fundamental, difuso, intergeracional, inalienável e indisponível, razão pela qual não se aplica a disciplina própria da prescrição, que é voltada eminentemente para interesses patrimoniais e disponíveis. O Superior Tribunal de Justiça firmou posição nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO. [...] 1. Trata-se de Ação Civil Pública que visa não só discutir a obrigação de reparação do dano, mas a de não degradação de área de preservação. O pedido inicial abrange não só a cessação dos

atos, mas a elaboração de plano de recuperação e sua execução, após a demolição do empreendimento existente no imóvel situado à área de proteção. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que as infrações ao meio ambiente são de caráter continuado, motivo pelo qual as ações de pretensão de cessação dos danos ambientais são imprescritíveis. [...]” (STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.421.163/SP, Relator: Humberto Martins, 2014)

De teor semelhante são os seguintes julgados: STJ, Segunda Turma, REsp 1.644.195/SC, Relator: Herman Benjamin, 2017; STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.466.096/RS, Relator: Mauro Campbell Marques, 2015; STJ, Segunda Turma, AgRg no REsp 1.150.479/RS, Relator: Humberto Martins, 2011; e STJ, Segunda Turma, REsp 1.120.117/AC, Relatora: Eliana Calmon, 2009.

Capítulo 3 – Processo civil: visão contemporânea e acesso à justiça

Não há dúvida de que o Estado é o responsável final pela solução dos conflitos instaurados na sociedade. De acordo com a teoria da tripartição de poderes, adotada expressamente no artigo 2º da Constituição Federal de 1988⁴⁵, é incumbência do Poder Judiciário apresentar desfecho aos embates levados à sua apreciação.

No entanto, essa missão de origem constitucional não constitui mero poder, porque composta de características de dever e de função, de sorte que o Estado-juiz, quando devidamente provocado, tem a obrigação de imiscuir-se no conflito e aplicar ao caso concreto o direito regrado pelas normas vigentes. Em outras palavras, o Poder Judiciário não detém a faculdade de abster-se de decidir, uma vez que a obtenção de provimento jurisdicional é reflexo lógico da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

O agente público⁴⁶ incumbido de aplicar o direito é o magistrado, que obra como representante do Estado e exerce jurisdição. Logo, induz-se que jurisdição é a função desempenhada pelo Estado-juiz na resolução dos variados conflitos de interesses intersubjetivos, que só pode ser compreendida a partir do instrumento de sua manifestação, que é o processo.

Percebe-se, portanto, que o direito constitucional de ação, a jurisdição e o processo são conceitos básicos para compreensão do direito processual civil, ganhando maior destaque em época em que são debatidos intensamente os limites da atuação do juiz – não há incerteza de que o ativismo judicial é questão que aflora com significativo peso na contemporaneidade – e na qual se busca, cada vez mais, meios para tornar a tutela jurisdicional efetiva.

Não se pode olvidar, porém, que os referidos conceitos devem ser compreendidos a partir da concepção de Estado Democrático de Direito, ou seja, de acordo com o mandamento constitucional e tendo em vista os objetivos fundamentais da República. Atualmente, prevalece

⁴⁵ “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

⁴⁶ Não se pretende, neste trabalho de conclusão de curso, adentrar na discussão doutrinária que atinge o Direito Administrativo a respeito da classificação dos juízes no quadro de agentes públicos. Diante da particularidade da atividade desenvolvida e das garantias diferenciadas dos magistrados, alguns sustentam que devem ser considerados agentes políticos, enquanto outros suportam tratá-los de funcionários públicos em regime especial. Para o Direito Processual Civil, a classificação do Direito Administrativo não tem maior relevância, até porque, independentemente do rótulo emprestado, é certo que o regime jurídico que rege a carreira de tais agentes públicos encontra regramento próprio na própria Constituição Federal de 1988 e na LOMAN (Lei Complementar nº. 35/79), não havendo controvérsia quanto a isto.

a ideia de que o processo civil, assim como os demais ramos do Direito, hão de ser interpretados desde a Constituição Federal, norte de todo ordenamento jurídico vigente.

3.1. Necessária contextualização do processo civil

Ao longo do tempo a concepção de processo vem enfrentando mutações de conceitos e regras para que possa se adaptar à visão e aos anseios da sociedade, que igualmente se renova. Nada mais natural, afinal o direito processual não é outra coisa senão ramo do Direito, o qual está em constante evolução.

Em um primeiro momento histórico, conforme explicam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, (2017), o processo possuía feição nitidamente privatística, porque dependia de consenso entre as partes, que acordavam entre si se iriam se submeter a uma solução jurídica elaborada por terceiro, não necessariamente membro do Estado. Tratava-se, basicamente, de um contrato procedimental entre particulares.

Na sequência, com o Estado invocando para si a incumbência de decidir os conflitos – e, por consequência, a sujeição das partes à sua jurisdição –, o caráter eminentemente privado do processo fora colocado de lado e o instituto passou a ser concebido como um fenômeno estritamente técnico, cuja função era servir de acessório ao direito material. Em outras palavras, o processo, apesar de seu caráter público recém-adquirido, era encarado como simples procedimento, sem método ou propósito próprios, existindo unicamente como secundário às normas substantivas, sem as quais sequer sobreviveria, como bem relata Dinamarco:

Os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era visto apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes (contraditório). (DINAMARCO, 2003, p. 255)

Assim, o processo não era considerado como um ramo autônomo do Direito; pelo contrário, tinha característica de direito estritamente adjetivo, atuando apenas quando ligado ao direito material, que era considerado direito de natureza substantiva. Nesse período,

denominado sincrético, o processo era *procedura* e ainda não se falava em direito processual civil.

O conceito de relação jurídica processual nasceu com o processualismo, teoria por meio da qual referida relação passou a ser tratada como ciência. O processo deixou de ser mero apêndice, convertendo-se na abstrata relação jurídica que obedece a pressupostos próprios de existência e validade.

A obra de Oskar Bülow – Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias, de 1868 – é considerada por Dinamarco (2003, p. 258) como o marco histórico da emancipação do estudo científico dessa nova ciência, referindo-se a ela como “a certidão de nascimento do direito processual civil”. Como explicam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, fora a partir dela que se passou a emprestar maior atenção ao direito processual, tendo como objeto precípua justamente o estudo da atividade jurisdicional, do exercício do direito de ação e do processo em si, o que resultou na sua ascensão ao *status* de disciplina autônoma de direito público:

A separação do direito processual e do direito material e a definição da sua natureza pública, além de umbilicalmente ligadas à teorização do conceito de ação, exigiram a elaboração dogmática do conceito de processo. [...] Como a relação jurídica material estaria na lide ou no objeto litigioso a ser elucidado, essa relação não poderia se confundir com a relação travada entre as partes e o juiz, até mesmo porque o reconhecimento da inexistência do direito material não implicaria na negação da relação jurídica processual e o reconhecimento do vício na relação jurídica processual deixaria intacta a relação jurídica material. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 431/432)

Diante da nova perspectiva, o enfoque no direito processual permitiu a criação de institutos de relevante importância, que até a presente data são conceitos essenciais ao processo contemporâneo, tais quais atos processuais, litispendência e coisa julgada. Segundo Bueno, uma das principais características dessa fase de alforria fora a autodeterminação do processo como disciplina própria:

O que caracteriza o pensamento do processualista civil desta fase é o alto grau de autonomia (por isto, ‘fase autonomista’, às vezes chamada de ‘fase científica’) entre o ‘direito processual civil’ e as demais normas jurídicas. A separação entre os planos material e processual permite que o estudioso do direito processual civil desta fase consiga ver, com clareza, o que caracteriza e justifica, como tal, o direito processual civil e o que são normas de direito material que, controvertidas, impõem a atuação do Estado-juiz. (BUENO, 2007, p. 41)

Embora se reconheça a significativa importância da quebra da dependência do direito processual para com o direito material, é certo que, num primeiro momento, houve uma exacerbada abstração da ciência adjetiva, que acabou por isolá-la por completo dos demais ramos do Direito. Olvidou-se, por determinado período, denominado de autonomista, que o processo tem como escopo fundamental a aplicação do direito substantivo ao caso concreto e, por consequência, distribuir o que cada parte litigante faz jus diante das regras materiais.

Bedaque reconhece a transformação e externa crítica à excessiva autonomia que o ramo processual adquiriu:

O direito processual passou a ser estudado cientificamente a partir da polêmica iniciada em 1856, entre Windscheid e Muther, a respeito do direito de ação, bem como da obra de von Bülow (1868). Encerrou-se a fase sincrética, em que o processo era tratado como mero apêndice do direito material, iniciando-se a fase autonomista, marcada pela ideia separatista. Aqui, a grande preocupação dos estudiosos do novo ramo do Direito era determinar seus fundamentos e princípios. A técnica passou a imperar, e era considerada valor quase absoluto, acima até mesmo do próprio direito material, que foi relegado a plano inferior. A observância das regras processuais era mais importante que a solução da questão substancial. (BEDAQUE, 2006, p. 36)

Visando unir as ciências material e processual surge a perspectiva instrumentalista, para a qual o processo, não obstante possuir princípios e regras próprios, deve ser entendido como instrumento para a aplicação do direito material e, em última instância, consecução dos desejos constitucionais. Vale dizer, a disciplina processual, apesar de autônoma, não poderia ser considerada um fim em si mesmo.

Mitidiero apresenta essa concepção intermediária:

O direito processual civil, sem se descuidar de sua dogmática, já conquistada, deve ser encarado, precipuamente, como um instrumento do direito material, atento às necessidades sociais e políticas de seu tempo. Exsurge, portanto, a perspectiva instrumentalista do direito processual civil. [...] A perspectiva instrumentalista do processo assume o processo civil como um sistema que tem escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, rompendo com a ideia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno. (MITIDIERO, 2009, p. 34/35)

O pensamento contemporâneo a respeito do direito processual civil indica que existem finalidades exteriores ao processo que devem ser alcançadas. Isto é, o direito processual deixa de ser exclusivamente conceitual e passa a ser finalístico, atuando como meio para tutelar direitos de ordem material.

A instrumentalidade do processo apresenta-se, destarte, como a concepção de que o direito processual civil como um todo, mormente o processo em si, atua como instrumento do direito material, no sentido de servir como ferramenta de exercício de poder pelo próprio Estado, cuja finalidade é a apropriada resolução dos conflitos postos para sua apreciação. Nessa esteira, Bueno (2007, p. 44) afirma que “a relação entre os planos material e processual é de verdadeiro conteúdo e continente: o direito material (substancial) é veiculado pelo direito processual civil para o Estado-juiz para que as relações por ele regidas sejam adequadamente compostas e realizadas”.

Entretanto, mais do que buscar evitar os extremos das fases anteriores, com o conceito de que tanto o direito material quanto o processual merecem uma visão conjunta, o direito processual recente almeja contemplar a efetividade da prestação jurisdicional, de forma que o Estado cumpra seu mister de entregar uma tutela justa e efetiva.

3.2. Processo civil contemporâneo

Afastadas as fases extremistas – processo como apêndice do direito material, de um lado; e processo autônomo, sem nenhuma relação com o direito material, de outro – passou-se a vislumbrar meio termo que atende melhor aos anseios daqueles que necessitam da proteção estatal por meio da intervenção do Poder Judiciário.

Por meio do processo instrumental, começou-se a entender que o processo e o direito processual estão voltados para a realização do direito material, sem, todavia, embaralharem-se entre si. Atualmente, é clara a concepção de que a relação jurídica processual não se confunde com a relação subjacente, mas existe exatamente para concretizá-la no mundo dos fatos.

Contudo, o modelo de processo não deve se restringir a mero meio para a identificação do direito material violado. A melhor hermenêutica processual não se satisfaz com a concepção de que basta ao Estado-juiz declarar o direito para esgotar sua função; há mais a ser alcançado, na medida em que o processo deve ser caminho para a efetivação da tutela jurisdicional.

Nessa conjuntura, contemporaneamente, não mais se admite que excessos de formalismo obstem a proteção estatal ao direito material ou que o juiz simplesmente declare o direito material sem se importar com a repercussão, efetividade ou justiça de sua decisão.

Pela ótica constitucional, entende-se que o processo deve ter como fim a pacificação social, por meio da realização da dignidade da pessoa humana e da proteção aos direitos fundamentais. Em suma, o propósito último do Direito – e do processo como conteúdo deste – é a efetivação dos fundamentos do País, cuja previsão encontra-se no artigo 3º da Constituição Federal de 1988⁴⁷.

A doutrina faz exatamente essa mesma linha de raciocínio:

A jurisdição no Estado Constitucional caracteriza-se a partir do dever estatal de dar tutela aos direitos. Como é evidente, a ideia de proteção dos direitos não tem a ver com a antiga e remota concepção e tutela dos direitos privados, própria à época anterior à afirmação da autonomia do direito processual. O Estado Constitucional tem o dever de proteger os direitos fundamentais, seja através de normas, atividades fáticas administrativas ou da jurisdição. Além disso, a jurisdição, no Estado contemporâneo, tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, com isso se querendo evidenciar que o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de também compreendê-la a partir dos direitos fundamentais, no caso concreto. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 443)

A inteligência é que o direito constitucional ao provimento jurisdicional não abrange apenas a garantia a uma decisão por parte do Estado a respeito de determinada lide, mas também uma proteção judicial efetiva e justa em sua essência. Em uma releitura do processo civil a partir da Constituição Federal, denota-se que a finalidade central do processo contemporâneo é alcançar a justiça no caso concreto, refutando-se decisões que lhe ponham termo sem, contudo, resolver satisfatoriamente o litígio.

Seguindo esse pensamento, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ao tratarem do processo justo como um direito fundamental, preconizam que:

O processo não pode ser alheio ao seu produto, isto é, à legitimidade da decisão. O processo deve produzir decisões legítimas e justas, ou seja, decisões adequadas aos direitos fundamentais, além de formar precedentes capazes de orientar o Poder Judiciário e à sociedade civil como um todo. [...] A legislação infraconstitucional constitui um meio de densificação do direito ao processo justo pelo legislador. É a forma pela qual esse cumpre com o seu dever de organizar um processo idôneo à tutela dos direitos. As leis processuais não são nada mais nada menos do que concretizações do direito ao processo justo. [...] O Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos. Se essa proteção depende do processo, ela só pode ocorrer

⁴⁷ Vide nota de rodapé nº. 16.

mediante processo justo. No Estado Constitucional, o processo só pode ser compreendido como o meio pelo qual se tutela os direitos na dimensão da Constituição. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 492/497)

Parece correta a percepção de que decisões que encerram processos em razão de excessivo formalismo não fazem bem ao Direito, assim como também de nada adiantam pronunciamentos outros que aplicam o direito material sem preocupação em realizar justiça ou permitir a concretização daquilo que fora decidido. Tanto em um caso como no outro não há real solução do conflito primitivo, de modo que as partes voltarão ao Poder Judiciário buscando nova decisão ou resolverão a divergência instalada por seus próprios meios, alheios à tutela do Estado-juiz.

A dedução é que, nas hipóteses levantadas, tais decisões farão um desfavor à sociedade. A uma, porque não distribuem justiça; a duas, porque os conflitos voltarão a bater nas portas do Estado, que terá mais trabalho em sua já sobrecarregada máquina; e, a três, porque caminham diretamente de encontro aos propósitos do Direito, qual seja, garantir a dignidade da pessoa humana e alcançar a pacificação social.

Por isso, a doutrina insiste na necessidade de uma acepção constitucional do processo:

A pauta do direito contemporâneo é a juridicidade, que aponta automaticamente à ideia de justiça, a qual forma o substrato material, ao lado da constitucionalidade e dos direitos fundamentais, do Estado Constitucional. Ao juiz não é dado conformar-se com eventuais soluções injustas ditas pela legislação infraconstitucional, a pretexto de estar simplesmente a cumprir a lei, circunstância que diz respeito tanto ao direito material como ao direito processual. (MITIDIERO, 2009, p. 40)

Sublinha-se que o pensamento hodierno a respeito do Direito como um todo, fundado na interpretação do sistema a partir da norma constitucional, leva à necessária reflexão sobre o direito processual, haja vista que os direitos fundamentais passam a interagir com o processo, integrando o ordenamento jurídico de forma vertical e obrigando uma exegese que parta diretamente dos princípios constitucionais.

Nesse sentido, passa-se a vislumbrar a efetividade da jurisdição como direito fundamental, de modo que a observância do simples processo legal cede às exigências do devido processo constitucional. Consoante exemplifica Bueno, não basta mais que sejam respeitados os formalismos das normas processuais, mas cobra-se que os atos sejam conduzidos de modo a concretizar os mandamentos constitucionais:

Se a ênfase do constitucionalismo atual é justamente o asseguramento dos direitos fundamentais (na Constituição brasileira, vale o destaque dos arts. 1º, III e 3º), do direito processual civil como um todo e, em particular, o próprio processo, como mecanismo de atuação do próprio Estado Democrático e de Direito, não podem ficar aquém deste desiderato constitucional. É dizer de forma bem direta: o direito processual civil e todos os seus institutos devem ser compreendidos de maneira a realizar os direitos fundamentais tais quais assegurados no plano constitucional. (BUENO, 2007, p. 56)

De acordo com tal concepção, avaliar que cada um tenha aquilo que lhe pertence por direito – não necessariamente bens materiais, mas proteção à esfera jurídica da pessoa de forma integral – significa dar concreção ao mandamento constitucional. Em termos mais simples, garantir a dignidade da pessoa humana e dar cumprimento aos objetivos fundamentais da República, que no escopo processual traduz garantir um processo justo e que logre entregar, ao seu final, a tutela jurisdicional àquele que efetivamente a possua.

Nessa ordem de conceitos, o formalismo processual perde espaço para os fins constitucionais do processo. O que se busca atualmente é o chamado processo verdadeiramente justo, que, segundo Mitidiero (2009, p. 47), deve ser regido pelos valores “justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação”.

Pode-se dizer que a coeva compreensão aduz que o processo instrumental há de ser visto pela ótica constitucional, que consagra a perseverança dos direitos fundamentais não apenas como fim do processo, mas, por óbvio, como caminho a ser trilhado até seu desfecho. Para que o resultado final seja justo e efetivo, intuitivo que a vereda a ser percorrida tenha sido compreendida a partir dos mesmos valores.

O artigo 8º do vigente Código de Processo Civil aparentemente teve por desígnio formalizar todo esse plano processual ao estabelecer que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Ao comentar referido dispositivo, Carneiro rememora:

O processo não representa um fim em si mesmo, mas sim um meio, um instrumento para permitir a justa composição do litígio, ou seja, a resolução da questão de direito material objeto do conflito, visando alcançar o seu escopo social e jurídico de pacificar com justiça. [...] A dignidade da pessoa humana sob o enfoque processual pode ter dois

significados: o primeiro, reconhecer às partes um direito de atuação efetiva, uma participação paritária e respeitosa, ao invés ad posição de meros coadjuvantes; o segundo se refere à própria prestação jurisdicional, a qual deve ter duração razoável, bem como ser justa e eficaz (WAMBIER *et al*, 2015, p. 75)

Dentre as características mais marcantes desse formalismo-valorativo estão a material participação e a necessária colaboração entre os sujeitos da lide, como forma de realizar as proposições do próprio processo constitucional. O processo participativo-colaborativo é justamente aquele com fundo constitucional, pautado no discurso, observância e promoção dos direitos fundamentais, ou, nas palavras da doutrina, “modelo de processo que corresponde ao processo cooperativo, pautado pelo diálogo judiciário, pela colaboração e pela lealdade entre as pessoas que participam do processo” (MITIDIERO, 2009, p. 17).

Os caminhos do direito processual contemporâneo levam a um ponto de convergência, qual seja, o estudo do processo – e dos demais conceitos básicos da área de conhecimento, mormente direito constitucional de ação e jurisdição – deve ter como fim a tutela do próprio ser humano e dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, não se justificando mais o estudo da forma pela forma. Mais uma vez Bueno se manifesta nesse sentido:

Não há como deixar de lado a noção de que a função jurisdicional é (também) mecanismo de concretização, isto é, de realização concreta dos valores idealizados pela própria Constituição Federal para busca, em última análise, de melhor vida em sociedade para todos. Com este deslocamento metodológico, o estudo do direito processual civil passa a servir, em última análise, ao próprio homem inserido na sua vida social, no seu Estado, e não mais ao ‘direito em si mesmo considerado’. (BUENO, 2007, p. 59)

Assevera-se, por conseguinte, que o processo constitucional é o modelo ideal a ser adotado contemporaneamente. O direito processual está voltado à tutela da humanidade, de seus direitos e também de seus valores, que, afinal, são a razão do estudo do próprio Direito, em qualquer de suas áreas de conhecimento.

Em um processo justo, o magistrado há de observar o diálogo entre as partes, garantir o contraditório, aplicar corretamente a normas processuais e materiais, enfim, atuar em identidade com os preceitos fundamentais, tendo como meta a rematação do conflito pela adequada distribuição do direito material. Por outro lado, o processo efetivo, além de justo, deve ser suficiente para concretizar seu resultado fora do mundo jurídico, entregando o que de direito a quem de direito, e, tudo isso, no momento oportuno.

3.3. Breves anotações sobre a função social do processo

Na teoria, se faz perfeitamente possível compreender os institutos da ação – ou direito constitucional de ação, que consiste basicamente na garantia de se pedir ao Estado-juiz proteção contra lesão ou ameaça de direito – e da jurisdição, mas não fosse o processo a prática seria impossível de ser implementada.

Tendo em vista que jurisdição, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 83), deve ser compreendida como “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a atuação da vontade do direito objetivo que rege a lide que lhe é apresentada em concreto para ser solucionada”, impõe-se que exista um meio pelo qual o Poder Judiciário possa atuar organizadamente, observando as garantias constitucionais dos litigantes. Tal é o processo, que, segundo os referidos autores, nada mais é senão “o instrumento através do qual a jurisdição opera” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 247).

O processo é arte de atuação do Estado-juiz, no sentido que perfaz técnica de colocar lado a lado a autoridade estatal, representada na figura do magistrado, e os destinatários diretos e indiretos do ato a ser praticado, ou, na apropriada lição de Bedaque (2006, p. 36), “nada mais é, pois, que um método de trabalho desenvolvido pelo Estado para permitir a solução de litígios”.

Nessa esteira, o processo surge como o instrumento pelo qual a parte exerce seu direito constitucional de ação e, por consequência, meio pelo qual a jurisdição atua. Em outro verso, é exatamente pelo processo que a parte exerce seu direito de pleitear em juízo a reparação da violação ou a proteção de seu direito, bem como o Estado-juiz desempenha sua função de por fim ao litígio, entregando a tutela material a quem de rigor.

Dessa forma, deve-se pensar no processo como forma de acesso à ordem jurídica justa e eficaz, eis que ferramenta materializadora do princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas, também, da atuação judiciária em sua excelência. Isto é, acrescenta-se ao conceito instrumental de processo a ideia de que ele passa a ser dotado de função social.

Com efeito, dizer que o processo tem função social significa conferir-lhe o propósito da efetiva entrega da tutela jurisdicional ao caso concreto, emprestando credibilidade à atuação

do Poder Judiciário e, mediatamente, contribuindo para o respeito às normas e relações jurídicas contraídas. Assim como o direito constitucional de ação e a jurisdição, o processo é instrumento que deve ser manejado como base para se alcançar os objetivos fundamentais da República.

Pelo exposto, pode-se perceber que o direito de ação, a jurisdição e o processo formam um trinômio intrinsecamente ligado, pois o acesso à justiça, amplamente garantido pelo legislador constituinte, se materializa na forma de processo, quando se apresenta ao Estado a controvérsia existente e este, em razão de sua função designada jurisdição, tem o condão de construir uma solução que ponha fim àquele problema concreto. Segundo Santos (1977, p. 125), essa correlação é “o trinômio que enfeixa o fenômeno da resolução de conflitos de interesses; a ação provoca a jurisdição, que se exerce através de um complexo de atos, que é o processo”.

Nessa mesma linha, Greco Filho (1996, p. 79) assevera que “a ação é o direito subjetivo público, autônomo e abstrato de pleitear do Poder Judiciário decisão sobre uma pretensão, conexo a ela, para a atuação da jurisdição e por intermédio do processo”, que, como enfatizado, a partir da leitura constitucional, só tem razão de ser se efetivamente cumprir sua função social, qual seja, permitir a consecução do direito substantivo no caso em concreto e, mediatamente, a realização de uma sociedade mais justa e solidária.

3.4. Direito de ação: acesso à justiça como direito fundamental

Nos modernos sistemas processuais, como o brasileiro, o direito de recorrer ao Poder Judiciário para correção das lesões ou ameaças de lesões aos direitos tornou-se garantia de magnitude constitucional. A Constituição Federal de 1988 edificou o direito de ação ao patamar de garantia constitucional ao prever, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De acordo com a sistemática constitucional, constitui direito de todo cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, ou estrangeiro residente no país, bem como das pessoas jurídicas e entes despersonalizados, o acesso à justiça, ou seja, o respaldo do direito, em tese, violado ou ameaçado, mediante intervenção do Estado⁴⁸.

⁴⁸ Como bem esclarece Almeida (2010, p. 171), o acesso à justiça “não representa apenas o acesso ao Judiciário, mas o acesso a todo meio legítimo de proteção e efetivação do Direito, tais como o Ministério Público, a Arbitragem, a Defensoria Pública etc.”, todavia, ao se falar em direito de ação, uma das faces do dito acesso à justiça, se está tratando de busca pelo Poder Judiciário.

Esse direito de acesso ao Poder Judiciário, porque garantido constitucionalmente, é tido como direito constitucional de ação, mas também pode ser referido como princípio da inafastabilidade da jurisdição, direito ao processo ou, ainda, direito de acesso à jurisdição. As expressões são sinônimas e a doutrina costuma adotá-las alternadamente.

Antes de adentrar no direito constitucional de ação propriamente dito, é importante estabelecer a relevância a ele atribuída pelo constituinte originário. Com efeito, além de constar da redação original da Constituição Federal de 1988, a inafastabilidade da jurisdição ação fora incluído no seio do artigo 5º, que trouxe os direitos e garantias fundamentais da pessoa.

A posição topográfica não apenas demonstra o relevo da garantia em questão, como também indica tratar de cláusula pétrea, protegida pelo artigo 60, parágrafo 4º, da própria Constituição Federal de 1988⁴⁹. Vale dizer, o princípio da inafastabilidade da jurisdição não pode ser retirado do ordenamento jurídico, nem mesmo por meio de emenda constitucional, de modo que qualquer proposta tendente a vetar a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito pelo Poder Judiciário será considerada inconstitucional.

Feita a observação pertinente, tem-se que o direito constitucional de ação é compreendido como o direito a uma prestação jurisdicional do Estado, ou seja, é pelo seu exercício que aquele que teve seu direito violado ou ameaçado tem acesso à proteção ofertada pelo Estado-juiz no caso concreto.

Aliás, a doutrina clássica, antes mesmo da promulgação a Constituição Federal de 1988, já tratava do direito subjetivo de se exigir do Poder Público uma prestação jurisdicional, como se depreende da lição de Santos:

Dada a ocorrência do conflito, vedada a autodefesa a não ser em casos especialíssimos e previstos em lei, e dado que o Estado resolveu para si, como um de seus poderes, a função jurisdicional, surge para o prejudicado o direito de fazer valer aquela pretensão por via do próprio Estado, ou seja, o direito de exigir-lhe a prestação jurisdicional, fazendo atuar a vontade da lei. Há, pois, um direito de exigir do Estado, do seu órgão jurisdicional, a declaração, quando necessário, da vontade da lei e de fazê-la realizada, direito que assiste a todos os indivíduos sempre que assim o reclamam seus interesses. Esse direito subjetivo, de caráter público, pois diz respeito ao exercício e uma função pública e tem por sujeito passivo o próprio Estado, é o direito de ação. (SANTOS, 1977, p. 136)

A ilação revela que é justamente por meio do direito constitucional de ação que a parte tem assegurado o acesso ao Poder Judiciário, que, dentre os poderes do Estado, é o

⁴⁹ Vide nota de rodapé nº. 9.

competente para dirimir os conflitos insurgidos. Em outras palavras, é pela referida garantia constitucional que todos têm afiançado o direito de expor as controvérsias em que se veem inseridos, provocando o Estado-juiz a se manifestar e apresentar solução de acordo com o ordenamento jurídico.

O sistema é lógico. Como o Estado reservou para si a competência de solucionar os conflitos surgidos no corpo social, de modo pacífico e de acordo com as normas constantes do ordenamento jurídico, não poderia afastar a possibilidade de se buscar tal guarida, afinal não fosse garantido o acesso ao Poder Judiciário estar-se-ia esvaziando a concepção de Estado Democrático de Direito e as pessoas, diante do hiato estatal, poderiam achar-se legitimadas a satisfazer seus desejos por desforço próprio.

Araujo e Nunes Júnior reconhecem o direito constitucional de ação como forma de buscar solução de conflitos por meio da intervenção do Estado, único competente para tanto:

Sob a dicção de que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito’, a Constituição da República empalmou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que, em síntese, de um lado, outorga ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição e, de outro, faculta ao indivíduo o direito de ação, ou seja, o direito de provocação daquele. (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2007, p. 178)

Analisando a conjuntura apresentada, mostra-se legítimo afirmar que a inafastabilidade da jurisdição possui natureza de direito fundamental, porque somente por meio do seu exercício que os cidadãos e a sociedade efetivamente terão os direitos materiais – inclusive aqueles constitucionalmente previstos – assegurados. Realmente, de nada adiantaria a Constituição Federal elencar uma série de direitos humanos se não estabelecesse caminho para buscar sua consecução.

Ora, se o ordenamento jurídico optou por fixar o Estado-juiz como o detentor da incumbência de distribuir o direito material, por certo que o acesso a ele possui significativa relevância, pois, caso contrário, haveria intransponível distanciamento entre o dever ser e o mundo físico. Portanto, apesar de o processo ser o instrumento concebido para reclamar a tutela do bem da vida ameaçado ou violado, o direito de ação é a porta de entrada, a garantia de se fazer ouvir.

A partir dessa percepção, Marinoni, Arenhart e Mitidiero bem resumem a natureza da inafastabilidade da jurisdição:

O direito de ação é um direito fundamental processual e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, é imprescindível à efetiva concreção de todos eles.

O direito de ação aparece exatamente no momento em que o Estado proíbe a tutela privada ou o uso da força privada para a realização e a proteção dos direitos. A partir daí o Estado assume o monopólio da solução dos conflitos e da tutela dos direitos e, por consequência lógica, dá ao privado o direito de acudir a ele. Esse último direito, antes denominado de direito de agir e agora chamado de direito de ação, é a contrapartida ad proibição da realização privada dos direitos e, portanto, é devido ao cidadão como um direito à proteção de todos e quaisquer direitos. Ou seja, é um direito fundamental não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas à proteção de todos os direitos. (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2017, p. 243)

Mirra também contextualiza a essencialidade do acesso à justiça como modo de concretizar outros direitos:

[...] a simples titularidade de direitos pelo cidadão comum não tem sentido verdadeiro se não vier acompanhada de instrumentos adequados que permitam a sua reivindicação e a sua proteção integral, de nada servindo, com efeito, o reconhecimento e a proclamação de direitos no plano formal se não forem ao mesmo tempo assegurados e implementados mecanismos para a sua efetivação.

Foi sob essa ótica, então, que se passou a encarar o acesso à Justiça, incluído entre os mais elementares direitos do homem, em qualquer sistema jurídico verdadeiramente igualitário, que pretenda garantir efetivamente, e não apenas proclamar, os direitos ou uma mera promessa generosa do Estado contemporâneo, mas, sobretudo, como um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito no mundo moderno, sem o qual a democracia não se realiza concretamente. (MIRRA, 2002, p. 116)

Com igual propriedade, Sarlet e Fensterseifer discorrem sobre a natureza fundamental dos direitos procedimentais:

O olhar dos juristas contemporâneos está focado mais do que nunca nos mecanismos necessários à transposição dos direitos proclamados nos textos legais para o “mundo da vida”. Os denominados direitos procedimentais cumprem justamente tal função, operando no sentido da efetivação dos direitos ditos materiais.

Ocorre que, de tão importante que são para o exercício dos direitos materiais, ou seja, para lhes conferir efetividade, os direitos procedimentais também alcançam status fundamental, sendo incorporados ao núcleo do regime constitucional. O instrumento-procedimento revela-se, nesse sentido, quase tão importante quanto o direito material em si, ou seja, o fim a que ele visa conferir proteção. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 337)

Um dos consectários dessa compreensão é que a jurisdição torna-se inafastável, ou seja, não é apenas o poder de dizer o direito, mas também o dever e a função de fazê-lo, não podendo o Estado se negar a dar uma resposta aos seus cidadãos.

Assim, o princípio da vedação ao *non liquet* apresenta-se como significativo desdobramento do direito constitucional de ação. De fato, se é garantia constitucional da parte

solicitar uma decisão judicial e se é monopólio do Estado exercer a função jurisdicional, por óbvio que este não pode deixar de atuar, sob pena de esvaziamento do mandamento constitucional.

Couture é taxativo no sentido de que a expressão *poder* é insuficiente para conceituar jurisdição, pois sua ideia acompanha obrigatoriamente uma atribuição que o Estado não pode deixar de exercer. Em suas palavras, “*la noción de jurisdicción como poder es insuficiente porque la jurisdicción es un poder-deber. Junto a la facultad de juzgar, el juez tiene el deber administrativo de hacerlo*” (COUTURE, 2005, p. 25)⁵⁰.

Nery Junior também caminha nesse sentido:

O direito de ação é um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. O dever de o magistrado fazer atuar a jurisdição é de tal modo rigoroso que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial. (NERY JUNIOR, 2017, p. 217)

A legislação infraconstitucional reforça esse sentimento, uma vez que tanto o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº. 4.657/42)⁵¹ quanto o artigo 140 do Código de Processo Civil⁵² externam a impossibilidade de o magistrado deixar de decidir por omissão ou lacuna legal.

Notadamente diante do princípio da dignidade da pessoa humana e do desafio de pacificação social, que é objetivo fundamental do Brasil, não há como agasalhar ideia distinta daquela que disciplina competir ao Estado atuar com efetividade na função jurisdicional para viabilizar o direito material prometido. Por consequência, denota-se que o direito constitucional de ação e a jurisdição estão intimamente relacionados, porquanto a garantia do cidadão de voltar-se ao Estado-juiz em busca de um desfecho à lide em que se encontra encaixa-se com perfeição na atuação deste, que tem a obrigação de dizer o direito e o poder de fazer suas decisões imperarem.

Por outro lado, a inafastabilidade da jurisdição deve ser tratada como uma faculdade para aquele que teve direito lesado ou sofre ameaça de lesão. Vale dizer, o particular somente

⁵⁰ Em tradução livre: “a noção de jurisdição como poder é insuficiente porque a jurisdição é um poder-dever. Junto com a faculdade de julgar, o juiz tem o dever administrativo de fazê-lo”.

⁵¹ “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

⁵² “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

provocará o Estado-juiz a intervir em seu conflito caso deseje, sendo vedada a intromissão deste sem prévia provocação, inclusive como forma de regradar a atuação do Poder Público e preservar as liberdades individuais conquistadas.⁵³

Nessa esteira, a lei processual estabeleceu que a jurisdição é inerte e não pode agir sem provocação.⁵⁴ Isto é, compete ao titular do direito lesado ou ameaçado invocar a proteção do Estado e, em assim fazendo, estará exercendo o direito constitucional de ação.

Seguindo o raciocínio apresentado, é possível concluir que o direito constitucional de ação não é exercido contra aquele em face de quem se demanda, mas sim contra o próprio Estado-juiz, porque o que se faz, ao menos em um primeiro momento, é buscar o direito de se obter uma decisão sobre determinado pedido. Destarte, a inafastabilidade da jurisdição é um direito subjetivo público, que se exerce contra o Poder Judiciário e pelo qual se exige uma decisão sobre uma pretensão.

Logo, enquanto o direito constitucional de ação é dirigido contra o Estado, a pretensão, compreendida como o bem jurídico que o autor deseja obter em juízo, é voltada contra aquele que é demandado, pois os efeitos da tutela jurisdicional buscada atingirão diretamente a esfera de direitos materiais deste.⁵⁵

Como consequência, apesar de o direito constitucional de ação ser, conforme prelecionam Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 213), “direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício)”, não se pode afirmar que a parte que o exerce terá provimento judicial conforme aos seus interesses, haja vista que aquele não se confunde com direito à tutela jurisdicional favorável.

⁵³ Essa regra se aplica aos interesses particulares e disponíveis. O Ministério Público, por exemplo, ao se deparar com violação de direito difuso, coletivo ou individual indisponível não pode manter-se inerte; ao revés, tem o dever jurídico de agir e, caso inviabilizada solução extrajudicial, provocar o Poder Judiciário em busca da tutela do direito material lesado ou ameaçado. Nesse sentido, Mazzilli (2015, p. 93), ao comentar a respeito do princípio da obrigatoriedade da ação civil pública, diz que “para o Ministério Público, há antes dever que direito de agir. Por isso é que se afirma a obrigatoriedade e a consequente indisponibilidade da ação pelo Ministério Público. Essa obrigatoriedade deve ser bem compreendida. Não se admite que o Ministério Público, identificando uma hipótese em que deva agir, se recuse a fazê-lo: nesse sentido sua ação é um dever.” Mesmo assim, adotando-se o pensamento resolutivo como aquele mais adequado ao *Parquet* coevo, a judicialização somente deverá ser empregada em *ultima ratio*, uma vez que, em havendo viabilidade, a primazia será da resolução por meio de mecanismos extrajudiciais.

⁵⁴ O artigo 2º do Código de Processo Civil recebeu a seguinte redação: “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

⁵⁵ Em contraponto ao direito constitucional de ação, fala-se no direito de defesa como espelho daquele, que atribui paridade de armas às partes litigantes. Se a qualquer pessoa é garantida a possibilidade de pedir ao Estado que lhe outorgue tutela material, certamente aquele contra quem se volta a pretensão deve ter igual abonação de ser ouvido, como modo de garantir a isonomia material entre as partes e, inclusive, de materialização do constitucional princípio do contraditório.

Enquanto o direito constitucional de ação é garantido a todos indistintamente, caracterizado por ser direito subjetivo público de alguém dirigir-se à parcela judiciária do Estado para pedir proteção concreta a um direito seu, supostamente lesado ou ameaçado, a tutela jurisdicional material será entregue apenas àquele que, dentre os litigantes, demonstrar que o direito substantivo lhe assiste. Em suma, a tutela jurisdicional efetiva não se confunde com o acesso ao poder judiciário, porque aquela, como direito ao pronunciamento favorável do Estado-juiz, será conferida no caso concreto de acordo com os fatos, provas e direito material envolvidos.

A inafastabilidade da jurisdição como direito a expor uma pretensão ao Estado, independentemente de futuro provimento judicial favorável, é assim compreendida por Couture:

Entendemos, pues, por acción no ya el derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales. [...] Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el 'que és la acción') debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Ese derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción. (COUTURE, 2005, p. 50/58)⁵⁶

Por conseguinte, tem-se que o direito constitucional de ação ou o direito a um provimento judicial não se confunde com tutela jurisdicional, pois esta se caracteriza por ser manifestação favorável por parte do Estado-juiz com o intuito de concretizar o direito material.

Uma vez mais se cita a compreensão de Marinoni, Arenhart e Mitidiero sobre o tema:

É um direito de natureza processual totalmente abstrato e independente da efetiva existência do direito material alegado em juízo. [...] É correto dizer que, no caso de improcedência, não se presta tutela jurisdicional ao direito material – uma vez que esse não é reconhecido. Mas a sentença de improcedência constitui resposta ao pedido de tutela jurisdicional do autor. Caso o direito à tutela jurisdicional dependesse do reconhecimento do direito material, ele seria um direito concreto. Ou melhor, agora a ação seria abstrata, mas o direito à tutela jurisdicional concreto. Contudo, as mesmas razões que conferem natureza abstrata à ação impõem natureza abstrata ao direito à tutela jurisdicional. Vale dizer: o autor tem direito à tutela jurisdicional efetiva ainda

⁵⁶ Em tradução livre: “Entendemos, pois, por ação não o direito material do demandante nem sua reivindicação de que esse direito seja protegido pela jurisdição, mas seu poder legal de comparecer perante os órgãos jurisdicionais. [...] Uma teoria que trate de explicar a natureza jurídica da ação (o 'que é a ação') deve começar da compreensão necessária que qualquer sujeito tem o direito de o órgão jurisdiccional competente considere sua pretensão exposta como estabelecido pelas formas dadas pelo direito processual. Esse direito é a parte mínima indiscutível de todo esse fenômeno: o direito de ação.”

que o seu direito material não exista ou não seja reconhecido (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 217/219)

Portanto, o exercício do direito constitucional de ação é garantido a todos. Nada obstante, para que o Estado-juiz reconheça a pertinência da provocação estatal e tenha por legítima sua intervenção no conflito, se faz necessário o preenchimento de certos requisitos mínimos pelo demandante – as chamadas condições da ação –, sem os quais se entende que não há real interesse na atuação do Poder Público e, destarte, este sequer adentrará no mérito daquilo que se pretende debater.

3.5. Acesso à justiça em matéria ambiental

O princípio da inafastabilidade da jurisdição é aplicável a qualquer ramo do Direito – da simples indenização pelo descumprimento de uma cláusula contratual à busca por procedimento médico que pode representar a diferença entre a vida e a morte –, constituindo direito fundamental procedimental, porque, como mencionado, é por meio do exercício da ação que o cidadão pode alcançar o direito material que lhe é assegurado pelo ordenamento jurídico. Portanto, a garantia de acesso ao Estado-juiz não se mostra diferente em termos de direito ambiental, que, apesar de suas peculiaridades, também faz parte do mosaico protegido pela mencionada garantia constitucional.

De forma bastante objetiva, Machado (2018, p. 167) resume que “se não houvesse direito ao processo judicial ambiental, o art. 225 da CF estaria morto, ou restaria como uma ideia digna mas sem concretude”.

Aliás, parte da doutrina entende que o direito de ação tem ainda mais razão de ser quando o bem da vida almejado possui natureza de direito fundamental, porque, dentre os objetos jurídicos previstos em um dado ordenamento, estes seriam os mais relevantes. Especificamente a respeito da inafastabilidade da jurisdição em matéria ambiental destaca-se o entendimento de Rodrigues:

[...] tanto pelo aspecto objetivo, quanto pelo aspecto subjetivo, o acesso à viabilidade do pleno acesso à justiça para a tutela do meio ambiente é muito importante. Isso porque, além da titularidade difusa, o objeto do direito ambiental está ligado à proteção da vida de todos os seres do Planeta, e, por isso, deve-se pensar no acesso à justiça não só como fator de legitimação do próprio direito ao meio ambiente, mas especialmente para permitir que tal direito seja efetivamente tutelado. Quanto mais se abrirem portas

de acesso, mais se terão a proteção e a efetivação deste direito sagrado a todos os seres que habitam este Planeta. Por isso, toda interpretação a ser feita em relação à utilização das técnicas ambientais relativas ao acesso à justiça, especialmente as relacionadas com o poder de agir e de requerer a tutela jurisdicional ao longo da cadeia processual, deve ser vista sob o postulado de que, nas lides ambientais, o acesso à justiça deve ser alargado e jamais restringido. (RODRIGUES, 2011, p. 92)

Como destacado alhures, o direito constitucional de ação somente será exercido com efetividade se houver instrumentos para tanto, como o processo. No entanto, constituindo o meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito difuso, as regras típicas do Código de Processo Civil não são suficientes para atender suas necessidades, porquanto feitas eminentemente para lides individuais.

Isto porque, conforme alerta Almeida, o novo modelo de Direito não comporta mais a antiga divisão entre direito público e direito privado, fazendo-se necessário que o sistema, para concretizar direitos constitucionalmente previstos, reconheça a separação entre direito individual e direito coletivo:

No plano do direito processual, só existem dois tipos de processos: processo de tutela jurídica de direito individual e processo de tutela jurídica de direito coletivo. Em verdade, isso ocorre porque somente existem dois grandes blocos do Direito: Direito Individual e Direito Coletivo.

Ora, se as formas e os meios de proteção e de efetivação dos Direitos ou são coletivas ou são individuais, impõe-se um novo modelo de *summa divisio* superador do modelo clássico Direito Público e Direito Privado, o qual não leva em conta o plano da proteção ou da efetivação do Direito, mas outros valores que não são legítimos para um sistema constitucional democrático e servem apenas como boqueio na construção de novos modelos que possibilitem ao Direito tornar-se realmente instrumento de transformação da realidade social [...]

A aplicabilidade imediata dos direitos e garantias constitucionais fundamentais é garantia constitucional fundamental e, portanto, cláusula pétrea, sendo-lhe incompatível interpretação restritiva. A aplicabilidade imediata tem incidência tanto em relação aos direitos e garantias constitucionais fundamentais individuais, quanto coletivos.

Considerou-se essas diretrizes na sistematização da nova *summa divisio*, bem como, para a fixação das regras e princípios de interpretação e aplicação do Direito Material Coletivo, em suas diversas dimensões. (ALMEIDA, 2010, 173/174)⁵⁷

Nesse panorama, foram criadas normas próprias para tratar dos conflitos das massas, perfazendo a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor as principais

⁵⁷ A respeito da proposta da nova *summa divisio*, vide ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

delas. Em conjunto, elas constituem o eixo daquilo que se convencionou chamar de microssistema processual coletivo.

Fiorillo resume o assunto com propriedade:

[...] falar em devido processo legal em sede de direitos coletivos *lato sensu* é fazer menção a outro plexo de normas e não do tradicional Código de Processo civil, sob pena de assim violarmos a Constituição, impedindo o efetivo acesso à justiça. Esse outro plexo de normas inova o ordenamento jurídico, instituindo o que passaremos a chamar de jurisdição civil coletiva. Esta é formada basicamente por dois diplomas legais: o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) e a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Dessa forma, a jurisdição civil apresenta-nos dois sistemas de tutela processual: um destinado às lides individuais, cujo instrumento adequado e idôneo é o Código de Processo Civil, e um outro voltado para a tutela coletiva, que se vale da aplicação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. (FIORILLO, 2018, p. 666)

Raciocínio semelhante é apresentado por Rodrigues, que compreende que a eventual falta de um sistema próprio para a tutela dos direitos difusos e coletivos equivaleria a violar a própria garantia constitucional de acesso à justiça:

[...] com o advento da nova temática, originada na rebelião das massas, não há mais falar sequer na possibilidade de se usar o ortodoxo sistema liberal individualista do Código de Processo Civil e normas afins, para dirimir conflitos de massa. Portanto, a não se aplicar um tratamento adequado (processual/coletivo) a esses “novos” direitos que reclamar um tratamento diferenciado, ter-se-ia, por certo, uma hedionda forma de inconstitucionalidade, na medida em que isso impediria o acesso efetivo à justiça, ferindo, pois, o direito processual do devido processo legal. [...] Assim toda demanda coletiva deverá ter tratamento direto e primário das normas procedimentais previstas na jurisdição civil coletiva (CDC + LACP), e só de forma secundária deverão ser aplicados os demais diplomas. (RODRIGUES, 2011, p. 88/89)

Apesar de o direito de ação consistir em um direito público subjetivo, essa característica, como aponta Nery Junior (2017), não se insere nos casos de direitos difusos e coletivos, uma vez que os titulares são, respetivamente, indetermináveis e indeterminados. Nada obstante, a apontada particularidade em nada afeta a garantia de acesso à justiça, pois há a possibilidade da ação popular ou mesmo de ação civil pública, constituindo esta nítida hipótese de legitimidade extraordinária.

A respeito dos legitimados para a ação civil pública, convém notar que a interpretação do rol esculpido no artigo 5º da Lei nº. 7.347/85⁵⁸ deve ser extensiva, mormente quanto a eventual flexibilização do requisito temporal para as associações civis, na medida em

⁵⁸ Vide nota de rodapé nº. 24.

que as garantias fundamentais e os direitos de mesma natureza “devem ser interpretados *ad amplianda* – contrariamente aos demais preceitos constitucionais, que se interpretam *ad restringenda* –, não se pode dar a lei interpretação que impeça ou dificulte o exercício da garantia constitucional do direito de ação” (NERY JUNIOR, 2017, p. 2015).

Nessa esteira, o parágrafo 4º do referido artigo 5º, incluído pelo Código de Defesa do Consumidor, positivou essa flexibilização ao prever que “o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

Em acréscimo à viabilidade de dispensa do requisito de pré-constituição, Fiorillo (2018) aponta como aspectos facilitadores do aceso à justiça na jurisdição coletiva, dentre outros, a possibilidade de os legitimados valerem-se de toda espécie de ação e não apenas as de conhecimento, a previsão de tutela antecipada *ex officio*, a fixação de instrumentos para a execução específica das obrigações e a dispensa de adiantamento de custas, emolumentos e honorários periciais.

Outro ponto defendido pela doutrina é que as ações ambientais coletivas devem gozar de prioridade de tramitação, porquanto, para além da natureza do direito fundamental em debate, as consequências da sua violação representam efeitos nocivos difusos e, invariavelmente, de difícil, senão impossível, reversão:

Há a necessidade de se dar prioridade de trâmite às demandas coletivas ambientais sobre qualquer outra demanda em curso. É que a tutela jurisdicional do ambiente tem precedência sobre qualquer outra, pois ela lida com a proteção e todas as formas de vida, os bens ambientais são essenciais à saúde de todos (art. 225, caput, CF/1988), além o que os danos ou ilícitos ambientais são altamente nocivos, prejudiciais e irreversíveis ao meio ambiente, exigindo, pois, uma urgência de tramitação dos feitos ambientais. (RODRIGUES, 2011, p. 93)

Por fim, oportuno recuperar que a inafastabilidade da jurisdição é apenas um dos aspectos da garantia constitucional de acesso à justiça em matéria de direitos coletivos *lato sensu*⁵⁹, de sorte que Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 333/334), valendo-se de expressão cunhada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, fazem referência aos chamados direitos procedimentais ambientais como uma nova onda renovatória de acesso à justiça, cujo escopo maior reside “na efetivação da legislação ambiental por meio de uma participação mais ativa da sociedade,

⁵⁹ Vide nota de rodapé nº. 57.

exercendo maior controle sobre as práticas poluidoras (ou potencialmente poluidoras) do ambiente perpetradas por agentes públicos e privados”.

Desse modo, reconhecendo o gênesis dos direitos procedimentais ambientais no princípio 10 da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento⁶⁰ e destacando a importância da Convenção de Aarhus sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental⁶¹, os referidos autores cunharam a tríade dos direitos ambientais procedimentais: acesso à informação, participação pública na tomada de decisão e acesso à justiça propriamente dito (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

⁶⁰ “Princípio 10. A melhor maneira de tratar questões ambientais e assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.”

⁶¹ A Convenção de Aarhus foi firmada no âmbito da Comunidade Europeia – atual União Europeia – no ano de 1998 e se encontra em vigor de 2001, tendo como principal propósito “garantir a concessão dos direitos de acesso à informação, à participação do público no processo de tomada de decisões e à justiça no domínio do ambiente”.

Capítulo 4 – Dinâmica probatória no processo civil

4.1. Prova no processo civil participativo-colaborativo

A Constituição Federal de 1988 tratou o acesso à justiça como direito fundamental, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, inciso XXXV). Todavia, como versado anteriormente, a inafastabilidade da jurisdição assegura o direito de se submeter determinada questão à apreciação do Estado-juiz, não significando garantia de se obter um provimento jurisdicional favorável ao término do processo.

Isto porque, o direito de ação tem seu contraponto no direito de defesa, de modo que à parte demandada igualmente é garantido expressar sua versão dos fatos e apresentar os fundamentos jurídicos que entende aplicáveis ao caso concreto, para que, devidamente informado, o magistrado possa decidir.

Couture tece oportunas considerações a respeito do direito de defesa:

El tema de la excepción es, dentro de una concepción sistemática del proceso, virtualmente paralelo al de la acción. La acción, como derecho a atacar, tiene una especie de réplica en el derecho del demandado a defenderse. Toda demanda es una forma de ataque; la excepción es la defensa contra ese ataque, por parte del demandado. Se la acción es, como decíamos, el sustitutivo civilizado de la venganza, la excepción es el sustitutivo civilizado de la defensa. La diferencia que existe entre acción y excepción, entre ataque y defensa, es que en tanto el actor tiene la iniciativa del litigio, el demandado no la tiene y debe soportar, a su pesar, las consecuencias de la iniciativa del demandante. Existe para él una verdadera *necessitas defensionis*. El derecho de defensa en juicio se nos aparece, entonces, como un derecho paralelo a la acción en justicia. Si se quiere, como la acción de demandado. El actor pide justicia reclamando algo contra el demandado y éste pide justicia solicitando el rechazo de la demanda. [...] Si la acción es un puro derecho a la jurisdicción, que compete aun a aquellos que carecen de un derecho material efectivo que justifique una sentencia que haga lugar a la demanda, también debemos admitir que disponen de la excepción todos aquellos que han sido demandados en el juicio y que a él son llamados para defenderse. Para poder oponerse a una demanda no se necesita tener razón. [...] El demandado, con razón o sin ella, reclama del juez que se le absuelva de la demanda; nadie puede privarle de esse derecho (COUTURE, 2005, p. 74/78)⁶²

⁶² Em tradução livre: “A questão da exceção é, dentro de uma concepção sistemática do processo, virtualmente paralela à ação. A ação, como direito de ataque, tem uma espécie de réplica no direito do réu de se defender. Toda demanda é uma forma de ataque; a exceção é a defesa contra esse ataque, por parte do réu. A ação é, como dissemos, o substituto civilizado da vingança, a exceção é o substituto civilizado da defesa. A diferença entre ação e exceção, entre ataque e defesa é que, enquanto o ator tem a iniciativa da disputa, o réu não tem e deve suportar, apesar das consequências da iniciativa do requerente. Há para ele uma verdadeira *necessitas defensionis*. O direito de defesa nos tribunais nos aparece, então, como um direito paralelo à ação na justiça. Se preferir, como a ação do réu. O ator pede justiça alegando algo contra o réu e este pede justiça solicitando a rejeição da reivindicação. [...]”

O Estado Democrático de Direito somente se aproximará de seus objetivos se as decisões judiciais forem adequadas – justas e proferidas em tempo razoável –, não servindo simples alegação de violação de direito material como justificativa para se forjar um pronunciamento descolado da realidade.

Aliás, a própria Constituição Federal estabeleceu que todas as decisões oriundas do Poder Judiciário, sob pena de nulidade, devem ser fundamentadas⁶³, justamente com os propósitos de conferir transparência e evidenciar a imparcialidade da atividade jurisdicional.

A regra constitucional fora positivada na norma infraconstitucional, na dimensão em que o artigo 371 do Código de Processo Civil preconiza que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, ou seja, a legislação, ao exigir que o julgador expresse os motivos de sua persuasão, nada mais faz senão estabelecer que as decisões judiciais devem ser concretamente fundamentadas. A ideia da fundamentação *in concreto* ganhou ainda mais corpo com a redação do parágrafo 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil⁶⁴, que literalmente coibiu a infeliz prática de utilização de decisões padronizadas, apenas formalmente fundamentadas, como forma de se atender ao requisito de validade constitucional.

Esse pensamento é externado por Ferreira quando faz breve comparação da atual normativa ao sistema do livre convencimento motivado adotado pelo Código de Processo civil de 1973:

Se a ação é um puro direito de jurisdição, que compete àqueles que carecem do direito material efetivo que justifique uma sentença, também temos de admitir que todos aqueles que são demandados em juízo dispõem de uma forma de defesa. Para poder se opor a uma demanda, você não precisa estar certo. [...] O réu, com ou sem razão, reivindica do juiz que ele seja absolvido; ninguém pode privá-lo desse direito.”

⁶³ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]”

⁶⁴ “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

No disposto no art. 371 exclui-se o vocábulo “livre” e determina a consideração judicial das provas constantes dos autos e a indicação das razões da formação de seu convencimento que impõe um cuidado redobrado do julgar para apresentar efetivamente os elementos dos autos que levaram a um determinado posicionamento. Não há liberdade no ato de julgamento, há um dever de fundamentar a posição tomada, que deve ter como pauta de conduta a preocupação em buscar convencer as partes acerca da correção do posicionamento judicial (persuasão racional das partes). Isto é uma mudança revolucionária na normatização do ato de julgar, porque a decisão não é propriamente imposta, mas disposta para convencer. [...] fica evidente que são inadmissíveis declarações genéricas que em nada individualizam o julgamento da causa ou o correlacionem com precisão à prova constante dos autos. (WAMBIER *et al*, 2015, p. 1001)

Dessa forma, é de suma importância que, na condução do processo, o juiz consiga compreender os fatos colocados à sua apreciação e, por consequência, identificar qual norma de direito material deve ser aplicada ao caso concreto. Além dos argumentos deduzidos e das normas jurídicas invocadas pelas partes, são justamente os elementos de convicção apresentados durante o tramite da ação que nortearão a atividade judicante e determinarão o encaminhamento do provimento jurisdicional final.

No modelo constitucional de processo, a participação e a colaboração estão intimamente atreladas ao comportamento ético das partes e do juiz, que devem percorrer um caminho cujo ponto de chegada seja a concretização do direito material como fim imediato e a preservação do querer da Constituição Federal como fim mediato. Destarte, a atuação dos sujeitos processuais ganha relevância para a formação da cognição judicial.

Já no século passado Dinamarco discorria a respeito da importância do comportamento participativo-colaborativo dos sujeitos do processo como caminho para uma ordem jurídica mais justa:

É no processo, portanto, e mediante o exercício e cumprimento das situações jurídicas ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual, que se dá a cooperação entre o agente do Estado (o juiz, sujeito impessoal e imparcial) e os sujeitos interessados no provimento favorável. A experiência mostra que, embora o juiz deva reconhecer o direito (*jura novit curia*) e crescentes os seus poderes quanto à investigação da verdade dos fatos, essa cooperação dos interessados (participação, cooperação comprometida com o interesse de cada um) é fator relevantíssimo para o aprimoramento da própria jurisdição com função pública e, consequentemente, para obtenção do acesso à ordem jurídica justa. (DINAMARCO, 2000, p. 110)

Por meio da participação qualificada e da cooperação no processo se vislumbra uma ampliação do alcance da atividade jurisdicional como um todo, porque facilitará a compreensão do magistrado acerca da realidade da controvérsia posta em julgamento, bem como as partes

terão melhores condições de perceber a motivação e os fundamentos dos pronunciamentos judiciais. É exatamente por meio do diálogo entre os sujeitos que se amplia o quadro de análise, constrange o cotejo de argumentos diversos, atenua o perigo de opiniões pré-concebidas e favorece a formação de uma decisão mais aberta e ponderada.

Não por outra razão a colaboração no processo civil já vinha sendo entendida, antes mesmo da vigência do novo Código de Processo Civil, como uma releitura do princípio do contraditório:

A doutrina brasileira mais recente, fortemente influenciada pela estrangeira, já começa a falar em ‘princípio da cooperação’, uma específica faceta – quiçá uma (necessária) ‘atualização’ – do princípio do contraditório, entendendo tal princípio como um necessário e constante diálogo entre o juiz e as partes, preocupados, todos, com o proferimento de uma melhor decisão sobre a lide. Neste sentido, o princípio da ‘cooperação’ pode ser entendido como o princípio do contraditório, inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta. (BUENO, 2007, p. 109)

Em um processo verdadeiramente participativo, abandona-se a premissa de que imparcialidade é sinônimo de absoluto distanciamento, adotando-se a proposição de que o julgador deve verdadeiramente tomar conhecimento daquilo que é debatido e das consequências de sua decisão. A importância dessa quebra de paradigma é colocada por Bueno (2007, p. 72), para quem a superação da “figura de um juiz que conhece e aprende os fatos quase que intuitivamente, no sentido de que ele detecta sua existência mas tem pouca ou nenhuma percepção de suas reais consequências e efeitos no próprio mundo fático” acarreta em pronunciamentos mais robustos e socialmente aceitáveis.

Pode-se dizer, portanto, que a imparcialidade não está no afastamento dos sujeitos processuais, mas sim em promover sua integração, tratando as partes de modo isonômico e garantindo-lhes acesso à participação na formação do convencimento do julgador. Ora, quando um juiz recebe pela primeira vez determinados autos de um processo, apesar de ter em mãos um conflito de interesses consolidado, não possui nenhuma opinião formada a respeito; sua cognição será construída com o desenrolar do feito, de acordo com os fatos apresentados e provas realizadas⁶⁵.

⁶⁵ Ressalva-se, por certo, aquelas situações em que o julgamento deve ocorrer conforme paradigmas, técnica originada da *common law* e cada vez mais adotada pelo ordenamento jurídico nacional. No entanto, mesmo nessas

Uma decisão que fora precedida da manifestação das partes quanto ao *thema decidendum* e em seu corpo tenha verdadeiramente abordado aquilo que fora trazido ao processo transmite maior credibilidade do que outro pronunciamento que não envereda pelas veias do debate apresentado pelas partes, ou que, apesar de consagrar profunda reflexão jurídica, é rasa quanto às particularidades do caso concreto⁶⁶.

É incontestado que o juiz conhece o Direito, passagem largamente difundida pelo brocardo *jura novit curia*, de sorte que basta a ele compreender com retidão os fatos e a essência do conflito para que sua decisão final seja justa. Assim, tendo em vista que os motivos que engendrarão a convicção do Estado-juiz serão esculpidos ao longo do trâmite processual, a atividade probante mostra-se imbuída de particular estima.

Em outras palavras, a prova, compreendida como aquilo que atesta a veracidade de uma dada situação ou a autenticidade de um estado de coisa, possui significativo contorno no escopo de convencimento do julgador. Marinoni, Arenhart e Mitidiero bem sintetizam o argumento:

[...] o juiz, na atividade cognitiva do processo, tradicionalmente é visto como alguém que tem por função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre esses a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo; feito esse juízo de concreção da regra aos fatos – também chamado de juízo de subsunção –, extrai-se a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma como preconizada pelo legislador.

A verdade dos fatos, a realidade, nessa perspectiva, tem papel fundamental para legitimar a própria decisão judicial. Supondo o Direito como um dado, e sabendo que os fatos aconteceram dessa ou daquela maneira, ter-se-ia a certeza de que a decisão não é fruto de arbítrio judicial, mas da manifestação soberana do legislador, ligada a um dado objetivo: a realidade. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2018, p. 254/255)

Pela relevância do tema, os citados autores entendem que “nada mais natural do que eleger, como um dos princípios essenciais do processo – senão a principal função do processo –,

hipóteses, deve o julgador atentar-se aos argumentos das partes, para aferir se o caso sob exame efetivamente se amolda ao precedente.

⁶⁶ Pode-se argumentar, mesmo em um modelo de processo participativo-colaborativo, que a parte cuja decisão for desfavorável nunca estará satisfeita e sempre buscará a reforma por meio de recursos. Todavia, uma decisão fundamentada em fatos e provas específicos demonstra que o juiz bem conhece o caso a ele apresentado, e, apesar de não agradar mais ou menos a parte derrotada, certamente transmitirá à sociedade sentimento de confiança na função jurisdicional. Em um Estado Democrático de Direito é possível conviver com posições jurídicas diversas – até porque o Direito não é ciência exata, sendo legitimado pelo debate e encontro de opiniões –, mas não se aceita que o próprio Estado-juiz imponha decisões sem tomar conhecimento daquilo que está julgando. Logo, clareia o argumento apresentado de que o processo colaborativo, marcado pelo diálogo e participação de seus sujeitos, legitima as decisões judiciais, ainda que não agrade ao vencido no caso concreto.

a busca da verdade” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2018, p. 254/255). Com efeito, somente será possível falar em decisão efetivamente justa – e, portanto, consecução do objetivo último do Poder Judiciário – se o julgador lograr compreender e interpretar corretamente a demanda levada a ele.

A partir da argumentação tecida, não se pode ignorar que a produção de prova, além de um dever das partes litigantes, constitui antes um direito materializador do já invocado princípio de inafastabilidade da jurisdição. De fato, de nada adiantaria o ordenamento jurídico garantir o acesso à justiça como direito fundamental se tolhesse a oportunidade dos sujeitos do processo comprovarem suas alegações. Na hipótese, ter-se-ia o esvaziamento dos predicados esculpidos no artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal de 1988⁶⁷.

Valendo-se da expressão de Cambi (2000, p. 147), “não haveria sentido em se procurar obter decisões justas, se o mecanismo processual não estivesse voltado à correta reconstrução das questões de fato que integram o processo”.

Mais uma vez vale-se da lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero para ilustrar o raciocínio:

Não deve haver dúvida de que o direito de produzir prova no processo constitui um direito constitucional, apoiado tanto na garantia de acesso à Justiça (art. 5º. XXXV, ad CF) como nos direitos ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV, CF). Em termos mais gerais, pode-se dizer que esse direito constitui elemento indissociável do direito ao processo justo, que constitui toda a estrutura do nosso direito processual civil. De fato, supor que o direito de acesso à tutela jurisdicional pode restringir-se ao simples direito de reclamar perante o Judiciário – sem que, junto com isso, haja o direito de provar as suas alegações pelos modos necessários – é sem dúvida erro fundamental. Em um sistema processual, como o nacional, e que o magistrado deve convencer-se para decidir a partir das provas constantes dos autos (art. 371), é conclusão básica a de que só poderá ter sucesso uma pretensão ou uma defesa no processo – ao menos em relação a fatos – se ela estiver apoiada em provas para a sua confirmação. Por outras palavras, alegar sem provar, no processo civil brasileiro, tende a gerar a mesma consequência que sequer alegar. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2018, p. 264/265)

Portanto, em um processo legitimado pela participação e pela colaboração, a prova ganha contornos de extrema relevância, porque, se o magistrado está preocupado em compreender a dinâmica dos fatos e proferir uma decisão adequada, que atenda não apenas a

⁶⁷ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...]LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”

necessidade do caso concreto, mas também esteja em conformidade com as diretrizes fundamentais da República, será por intermédio dela – ou de sua ausência – que a inteligência será formada e a tutela jurisdicional definida.

4.2. O ônus da prova no processo civil clássico

Partindo-se da nova *summo divisio* proposta por Almeida⁶⁸, o processo civil clássico é aquele que trata dos litígios individuais – em contrapartida ao processo coletivo, que se incube dos conflitos das massas – e, portanto, tem como seu principal instrumento de regência o Código de Processo Civil, que, exatamente por estabelecer regras para a organização do exercício do direito fundamental de acesso à justiça, dispõe também sobre a distribuição da carga probatória, ou, em outras palavras, o ônus probante.

Antes de adentrar especificamente na divisão do encargo probatório, apresenta-se de rigor registrar importante avanço formalizado pelo Código de Processo Civil de 2015, que, em seu artigo 369⁶⁹, estabeleceu que o Estado-juiz não é mais o único destinatário das provas, porquanto as partes também o são. Vale dizer, o ideal de processo participativo-colaborativo, pouco versado no bojo do Código de Processo Civil de 1973, ganhou corpo no novo diploma, inclusive em matéria probante.

A esse respeito cita-se Ferreira:

Há uma regulamentação didática e expressa do contraditório-influência que é uma marca do CPC/2015, descrita na parte geral introdutória e especificada aqui para o plano probatório. Esta mudança impacta efetivamente a produção de provas. Embora a interpretação do CPC/1973 à luz das garantias constitucionais (especialmente do contraditório e da ampla defesa) já indicava que o Estado-juiz não poderia mais ser considerado titular da prova, isto é agora lançado com todas as letras no art. 369. Rigorosamente, o juiz é fundamental no Estado de Direito, a ela caberá o julgamento, contudo, a existência ou ausência de provas não o atingirá, mas sim às partes, que terão seus destinos marcados definitivamente. [...] O acesso à ordem jurídica justa (art. 5º, XXXV, da CF) não significa o direito a uma decisão, mas a um modelo de processo em que as partes possam ser efetivos atores principais, em que suas postulações probatórias sejam vistas como admissíveis como regra, e restringíveis, mediante exhaustiva precaução, apenas voltadas a evitar manipulações indevidas ou dilação claramente descabida. (WAMBIER *et al*, 2015, p. 995/996)

⁶⁸ Vide nota de rodapé nº. 57.

⁶⁹ “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

Feita a ponderação pertinente, a regra matriz sobre a distribuição da carga probatória está posta no *caput* do artigo 373 do Código de Processo Civil⁷⁰, que estabelece, em síntese, que incumbe ao autor da ação provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele. Portanto, não há dúvida de que a disciplina ordinária confere à parte requerente o ônus de comprovar sua narrativa para que o direito material invocado lhe seja assegurado⁷¹.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero são bastante objetivos sobre o tema:

De acordo com o art. 373 do CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra, que distribui o ônus da prova entre o autor e o réu, aparentemente se funda na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, mas não a inexistência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção. [...]

Assim, a regra do ônus da proa destina-se – tal qual a regra que impõe deveres instrutórios às partes – a dirigir o comportamento das partes no que tange ao risco da ausência de prova e iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para as partes a respeito de quem pode se prejudicar com o estado de dúvida judicial e para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2018, p. 271)

Apesar de o artigo 378 do Código de Processo Civil dispor que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”, estabelecendo nítida regra de atividade para as partes, a qual é absolutamente compatível com o processo constitucional e seu viés participativo-colaborativo, a doutrina ainda compreende que a carga probatória em seu viés objetivo constitui regra de julgamento, uma vez que, caso persista dúvida na cabeça do Estado-juiz, este deverá se socorrer do ônus da prova para decidir, evitando, a todo custo, o *non liquet*. Dessa feita, pode-se dizer que o artigo 373 do Código de Processo Civil contém uma advertência às partes acerca da regra do jogo (dimensão subjetiva) e da consequência de sua inobservância (dimensão objetiva), pois a falha em demonstrar aquilo que se argumenta resultará em um julgamento segundo a distribuição estática do ônus da prova.

⁷⁰ “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.”

⁷¹ A prova deve recair sobre os fatos levados à apreciação do Estado-juiz. Salvo exceções expressamente previstas na legislação de regência (artigo 376 do Código de Processo Civil), não se deve fazer prova da norma jurídica – do direito –, na medida em que o magistrado é dela conhecedora e deve aplicá-la ao caso concreto, consoante bem resumem os brocados *iuria novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*.

A respeito das dimensões subjetiva e objetiva acima citadas, Macêdo e Peixoto dizem que:

A regra do ônus da prova não trata só de regra para a decisão do juiz, mas, outrossim, de norma com desígnio de que as partes produzam as provas dos fatos, ao impulso de seu interesse, para convencer o magistrado.

Nesse sentido, a doutrina reparte a regra da carga probatória sob duas perspectivas. A primeira, serve como meio de pressão à atividade processual das partes, portanto regra procedimental, subjetiva, que, de antemão, dá ciência da alçada da responsabilidade probatória de cada sujeito em referência aos fatos probandos *sub judice*, imperativos para convencer o julgador, fazendo-se válidas suas pretensões. A segunda é regra de julgamento, objetiva, que se dirige ao magistrado como mecanismo indispensável à solução justa de suas dúvidas no momento de pôr fim à lide, assim, tendo a atividade instrutória sido insuficiente para certificar os fatos jurídicos, o juiz utilizará a regra do ônus da prova para formar um juízo positivo ou negativo da pretensão sob exame. (MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 87)

A doutrina de Ferreira caminha nessa mesma esteira a respeito da dimensão objetiva, ou seja, ônus probante como regra de julgamento:

Os deveres poderes instrutórios do juiz não devem ser confundidos com ônus da prova (art. 373), pois este, como regra de julgamento, é solução para evitar os casos em que o juiz não tem como decidir acerca dos fatos, pela debilidade do quaro probatório, é um caminho “forçado” para evitar o *non liquet* instrutório e permitir a solução do conflito de interesses ainda que o fato probando relevante não tenha sido aclarado. [...]

Diante de um conjunto probatório que não permite a solução por julgamento acerca dos fatos, a lei previamente estipula qual das partes arcará com as consequências da não demonstração. Parte considerável a doutrina denomina de aspecto objetivo da prova. Sob esta perspectiva, o ônus da prova é uma regra de julgamento. O ônus da prova é de aplicação subsidiária quando não é possível ao juiz decidir com base no seu convencimento motivado. (WAMBIER *et al*, 2015, p. 999/1005)

Essa regra geral de julgamento tem também a atribuição de informar aos litigantes qual será a base da futura decisão judicial em caso de dúvida por parte do magistrado, razão pela qual aqueles não podem suscitar surpresa a respeito das consequências da insuficiência probatória ao término da ação, porque o comportamento do Estado-juiz decorre da lei processual, que, desnecessário dizer, é de conhecimento prévio. Logo, se não houve nenhuma deliberação no curso do processo a respeito da dinamização da regra posta no *caput* do artigo 373 do Código de Processo Civil, indiscutível que prevalecerá a distribuição estática ordinariamente prevista.

Um aspecto de interesse repousa no fato de que o ônus da prova somente ganha contorno de regra de julgamento quando a hipótese for de efetiva e intransponível dúvida ao cabo da fase instrutória. Assim, considerando que a exigência de convencimento do magistrado

pode variar conforme o direito substancial em debate, há hipóteses em que a verossimilhança pode bastar para a tomada da decisão, haja vista que “o juiz que decide com base em verossimilhança não está em estado de dúvida; ao contrário, ele está convencido e que a verossimilhança basta diante das circunstâncias do caso concreto” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2018, p. 274).

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 272) recordam que o julgamento favorável a uma determinada parte pode se basear em provas produzidas por outro litigante ou mesmo de ofício, porém sublinham a importância do conhecimento prévio acerca da dinâmica probatória, pois “ainda que a omissão da parte não redunde necessariamente em seu prejuízo, não há como negar que a parte deve ter ciência prévia daquilo que lhe cabe fazer para estar em posição de receber um julgamento favorável”.

Em sequência, o parágrafo 1º do artigo 373 do Código de Processo Civil⁷² trata exatamente da distribuição dinâmica do ônus da prova, uma vez que permite ao magistrado, diante das particularidades do caso concreto e observados os requisitos legais, atribuir a carga probatória de modo diverso da regra geral.

A doutrina reconhece a importância dessa norma como forma de conferir substrato ao direito constitucional de inafastabilidade da jurisdição:

O dispositivo do art. 373, § 1º, do CPC/2015 tem como fundamento constitucional o princípio do acesso à justiça, evitando que a parte tenha sua demanda apenas formalmente recebida pelo Judiciário. É que de pouco adiantaria viabilizar o ingresso da demanda se não há técnica processual adequada para a tutela de situações jurídicas específicas. Sobre tudo a situações probatórias, eis que não há procedência da demanda, ou improcedência, se não há possibilidade de viabilizar a comprovação das alegações fáticas. [...] A dinamização do ônus da prova permite ao litigante em situação peculiar um tratamento diferenciado, adequado à complexidade probatória que sua causa traz. (MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 142)

Para a aplicação dessa exceção, devem ser observados os requisitos trazidos no próprio regramento legal, notadamente a impossibilidade ou excessiva dificuldade em cumprir o encargo e a maior facilidade da contraparte obter a prova do fato contrário. Em que pese não constar expressamente da redação do citado dispositivo, parece cristalino que a dinamização não

⁷² “§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

poderá levar o sujeito onerado a um tributo impossível ou de excessiva dificuldade, porquanto, nessa circunstância, a própria razão de ser da norma flexibilizadora estaria sendo violada.

Como consequência, nas situações em que a produção da prova for igualmente árdua para ambas as partes, deve prevalecer a regra e não a exceção:

Haverá casos, porém, em que a modificação do ônus da prova não decorre do fato de que a prova é mais fácil para uma parte do que para outra ou de que a sua produção seja difícil ou impossível para uma ou para outra. Nesses casos, em que a produção da prova é árdua às duas partes, não é possível aplicar-se a modificação do regime do ônus da prova, mesmo porque ela implicaria simplesmente na transferência de uma situação insuperável, e uma parte para a outra. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2018, p. 279)

A dinamização do ônus da prova somente produzirá os efeitos desejados se dois importantes pontos forem observados, quais sejam, a determinação prévia dos fatos probandos e a real possibilidade de a parte onerada desincumbir-se da responsabilidade que lhe fora transferida. Logo, a inversão realizada no bojo da sentença, como ocorrida sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, não se mostra legítima, devendo ela ser necessariamente prévia ao julgamento da causa e, por consequência, ampliar o contraditório participativo e evitar indesejáveis surpresas.

Nesse sentido, o vigente Código de Processo Civil determinou que o momento do saneamento do processo é a oportunidade na qual o juiz deve delimitar as questões de fato sobre as quais recairão a atividade probatória e definir a distribuição do ônus da prova⁷³, primando pelo direito de informação das partes, otimizado sua participação e conferindo segurança aos desdobramentos porvir. Realmente, mesmo diante do dever de colaboração voltado para o descobrimento da verdade, não se afigura razoável que o sujeito processual seja surpreendido com a designação de um encargo na sentença, momento em que não mais poderá dele se desincumbir.

Não obstante o avanço legislativo em clarear as regras do procedimento, Ferreira ainda critica a fixação de momento único para a distribuição da dinâmica probatória, ao argumento de que “será durante a instrução que muito provavelmente se evidenciarão os requisitos para a distribuição, serão apontadas as condições e até a falta de colaboração”

⁷³ “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.”

(WAMBIER *et al*, 2015, p. 1010). De fato, é possível que a necessidade de dinamização surja no correr da fase instrutória, hipótese em que não se vislumbra óbice para a tomada da providência, desde que observados os requisitos legais e oportunizado novo contraditório a respeito da inovação procedimental.

Apesar das ponderações feitas a respeito da regra de julgamento, salienta-se que o magistrado não está adstrito às provas apresentadas ou requeridas pelas partes, podendo ele também determinar sua realização *ex officio*, a teor do artigo 370 do Código de Processo Civil⁷⁴. Assim, o juiz, que detém a função constitucional de aplicar o direito ao caso concreto e deve ser cômico da primazia do desfecho de mérito das ações, possui o poder-dever, em um processo participativo, de determinar as providências necessárias para se alcançar o adequado desfecho da demanda, inclusive eventual adequação posterior sobre o encargo probante.

A esse respeito Ferreira preleciona que:

A determinação de uma prova, mesmo que não requerida pela parte, não representa um ato de parcialidade, porque o juiz quando determina uma prova necessária (art. 370, caput) o faz como diligência para melhor decidir, o seu objetivo está voltado ao julgamento que precisará proferir, e cujo convencimento deverá ser demonstrado (art. 371). Portanto, uma prova não deixa de ser “necessária” porque uma parte não a requer. [...] O juiz pode ser tão ou mais parcial ao não determinar uma prova, do que ao determinar, até porque nos países de Civil Law o juiz tem um compromisso com uma decisão justa (art. 6º), nesta compreendida a melhor resposta à luz dos fatos e do ordenamento jurídico. (WAMBIER *et al*, 2015, p. 999)

4.3. A distribuição convencional do ônus da prova

A novel legislação inovou ao prever a possibilidade de as partes firmarem negócio jurídico processual, compreendido como o acordo firmado com o escopo de ajustar o procedimento às especificidades do direito substantivo ou ao rito pretendido, podendo abranger ônus, poderes, faculdades e deveres adjetivos. Esse é o sentido do artigo 190 do Código de Processo Civil, que dispõe que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”.

⁷⁴ “Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

Nogueira define negócio processual como “o ato jurídico em cujo suporte fático está conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais” (WAMBIER *et al*, 2015, p. 591).

A amplitude conferida ao objeto da negociação constitui novidade, porque até então os negócios jurídicos somente eram celebrados no campo do direito material e a convenção a respeito de ritos procedimentais tinha espaço apenas nas convenções de arbitragem. Em âmbito processual, cuja norma possui natureza de direito público, a viabilidade de dispor de forma diversa da preconizada legalmente era extremamente restrita, residindo em caso pontuais e expressamente previstos em lei, como a suspensão do processo e a distribuição do ônus da prova.

Analizando a cláusula geral trazida pelo citado artigo 190 do Código de Processo Civil, Nogueira destaca sua dimensão:

O art. 190, caput, do novo CPC representa uma grande novidade no direito brasileiro: conferiu-se a faculdade às partes e aos sujeitos em geral, disciplinares, por meio de convenção, de maneira ampla, sobre processo. Os negócios processuais já existiam sob a égide das codificações anteriores [...] mas nunca se teve tamanho espaço de participação dos litigantes no desenrolar da atividade jurisdicional, a ponto de possibilitar que as partes construam, negocialmente, o próprio procedimento. O dispositivo é resultado do uso da técnica legislativa da cláusula geral, caracterizada por revelar disposições normativas que utilizam em sua linguagem uma tessitura aberta. (WAMBIER *et al*, 2015, p. 592)

O modelo de processo colaborativo-participativo, que já vinha sendo preconizado e fora adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, mostra-se compatível com a inovação, que confere ainda mais autonomia e gerência às partes sobre o resultado da ação. Nada obstante, o magistrado mantém relevante papel no controle da legalidade dessa composição, podendo recusar sua aplicação nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão ou, ainda, se alguma das partes se encontram em manifesta situação de vulnerabilidade, conforme ressalva o parágrafo único do dispositivo em comento⁷⁵.

⁷⁵ “Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

Destarte, a singela exegese dessa cláusula geral leva à conclusão de que as partes podem transacionar sobre a distribuição da carga probatória, a qual, por certo, vincula o Estado-juiz. Sobre essa possibilidade, Macêdo e Peixoto indicam que:

As convenções acerca do ônus ad prova são negócios processuais que tem por objeto a distribuição específica e diferenciada da carga probatória, colocando-a de maneira distinta da regulada previamente em lei. Os sujeitos definem, de acordo com sua vontade, quem deve provar determinados fatos e, portanto, qual deles assumirá as consequências da ausência de prova sobre eles. (MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 121)

Todavia, para não haver dúvida alguma, o legislador optou por inserir no *codex* dispositivo específico a respeito dessa faculdade, fazendo-o justamente no seio do artigo que rege o ônus da prova.

Assim, o parágrafo 3º do artigo 373 do Código de Processo Civil rege que “a distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”. Por conseguinte, é livre a composição a respeito desse ônus processual, aplicando-se, apenas, as restrições gerais do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil, cuja incidência recai sobre qualquer negócio jurídico processual, e as específicas acima transcritas.

No que tange às limitações próprias do negócio jurídico probante, a primeira está intimamente ligada à natureza do próprio direito material, pois se a parte não pode abrir mão dele, igualmente não deve transformar as regras processuais originalmente criadas para sua consecução; e a segunda tem por escopo impedir o vilipêndio da *mens legis* que construiu o sistema de dinâmica probatória, eis que impor a alguém, ainda que por acordo de vontades, a obrigação de produzir prova diabólica equivaleria a extrair-lhe o próprio direito material, não se prestando normas de natureza processual a essa finalidade eminentemente substantiva.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 285) ainda ressaltam que “não admitem modificação do ônus da prova as situações em que normas ditadas no interesse público (e, portanto, e caráter cogente) atribuem o ônus de certa prova a alguém”, pois “como se está aqui diante de regra de conteúdo impositivo (inafastável pela vontade das partes), obviamente não terá cabimento a modificação convencional do ônus da prova nesses casos”.

A esse respeito, salienta-se, apenas, que as alterações devem ser defesas quando prejudiquem a consecução do direito público ou indisponível, inexistindo, via de consequência,

fundamento jurídico válido para se obstar a convenção que facilite a tutela do direito cuja norma pretende proteger. Apenas a título exemplificativo, ilustra-se que não parece razoável ter por ilícito negócio jurídico processual firmado pelo Ministério Público com particular que transfere a este, no bojo de ação civil pública, o ônus de comprovar que sua atividade não é poluidora.

Macêdo e Peixoto (2016, 123) compartilham dessa visão, enfatizando que “a previsão não impede a inversão convencional nos processos que tratam de direitos indisponíveis, mas tão somente a inversão nesses casos contra o titular do direito em questão”.

Rememora-se, aliás, que sobre indisponibilidade de direito material e pertinência da composição há leitura coeva, de fundo constitucional, que tem admitido o acordo desde que, por certo, preservado o interesse público.

Capítulo 5 – Ônus da prova em ações civis públicas ambientais

A dinâmica probatória evoluiu com a edição e a vigência do Código de Processo Civil de 2015, ganhando uma roupagem mais moderna e conforme o processo civil contemporâneo, que tem os deveres de colaboração e participação entre seus alicerces. Trata-se, sem dúvida, de um direito processual mais próximo daquilo que preconiza a Constituição Federal, um efeito concreto da constitucionalização do processo, que, até então, estava restrita a novas formas de interpretação da técnica e alterações legislativas pontuais.

Nada obstante seus predicados, essa novel legislação processual continua eminentemente voltada para os conflitos individuais, ou seja, não atende aos anseios do processo coletivo, resultante da massificação da sociedade hodierna. Dessa forma, mais uma vez valendo-se da nova *summo divisio* proposta por Almeida (2008), as regras procedimentais ordinárias simplesmente não são suficientes para resolver questões próprias do direito coletivo *lato sensu*, que, por sua natureza e origem – eminentemente difusa, fundamental e indisponível –, carecem de regras próprias que possam maximizar a efetividade da garantia de acesso à justiça e, em última instância, a consecução dos objetivos da República, notadamente uma sociedade mais justa e igualitária.

Por essa razão, o processo coletivo continua a se valer de instrumentos da jurisdição coletiva e do seu microsistema processual, que, como visto, é composto basicamente pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor. Todavia, ainda mais à frente encontram-se as ações ambientais, porque, por versar sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, tratam, a um só tempo, de direito fundamental, difuso e essencial ao pleno gozo da própria vida.

Destarte, ao se falar em ação civil pública ambiental, além do microsistema de processo coletivo, que é particular a todos os direitos de natureza coletiva *lato sensu*, faz-se de rigor compreender e implementar no mundo real instrumentos precisos a esse direito fundamental, os quais, quando analisados de forma acurada, levam à conclusão de que a tutela constitucional substantiva ao meio ambiente ecologicamente equilibrado repercute, necessariamente, em sua tutela procedimental, que deve ser maximizada.

E, dentre todos os reflexos processuais da natureza do direito em voga, talvez o mais relevante seja exatamente aquele relacionado à distribuição da carga probatória nas ações civis públicas e sua correta interpretação por parte do Estado-juiz.

5.1. A inversão do ônus da prova com base no microssistema processual coletivo

Como visto anteriormente, o inciso III do artigo 357 do Código de Processo Civil estabelece que o magistrado, ao sanear o processo, deve “definir a distribuição do ônus da prova”. Dessa forma, considerando a matéria posta em debate em ações civis públicas ambientais, faz-se de rigor que o Estado-juiz estabeleça a carga probatória em conformidade com o microssistema do processo coletivo.

Com efeito, não há dúvida de que as demandas que versem sobre direitos difusos devem ser regidas de acordo com suas particularidades, uma vez que as disposições do Código de Processo Civil foram forjadas primordialmente para lides de natureza individual, não alcançando as necessidades dos conflitos de massa. Portanto, ao analisar uma ação civil pública proposta em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o julgador deve, como premissa básica, aplicar as diretrizes processuais trazidas pela Lei nº. 7.347/85 e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Valendo-se das palavras de Rodrigues, recorda-se raciocínio já exposto no corpo deste trabalho:

Falar em devido processo legal em sede de direitos coletivos *lato sensu* é, inexoravelmente, fazer menção ao sistema integrado de tutela processual trazido pelo CDC e pela LACP (Lei 7.347/1985). Assim, hoje, em sede de jurisdição civil, há a existência de dois sistemas de tutela processual: um destinado às lides individuais, cujo instrumento adequado e idôneo é o CPC, e outro destinado à tutela coletiva, na exata acepção trazida pelo art. 81, parágrafo único, do CDC.

Quando se fizer uso de qualquer ação coletiva para defender direitos coletivos *lato sensu*, é condição *sine qua non* que se utilizem as regras de direito processual estabelecidas pela Lei 7.347 em sua atuação conjunta com o CDC, dada a perfeita interação-integração entre ambos os diplomas, respeitada a regra de que a lei especial tem privilégio de aplicação sobre a lei geral, ou seja, se determinada demanda coletiva tiver uma lei especial que regule seu procedimento, tal como a ação de improbidade e a ação popular, deve-se primeiro utilizar, respectivamente, a Lei 8.429/1992 e a Lei 4.717/1965. (RODRIGUES, 2011, p. 88/89)

No que se refere especificamente à distribuição do ônus da prova, Fiorillo igualmente fala da pertinência das normas de jurisdição coletiva:

Verificando o art. 373 do Novo Código de Processo Civil, percebemos ser possível a convenção sobre o ônus da prova, permitindo, dessa feita, a sua inversão. No entanto, não se pode perder de vista que o aludido diploma aplica-se ao processo civil individual, de modo que, ao falarmos em tutela de bens coletivos lato sensu, outro plexo de normas regerá a matéria, qual seja, a Lei da Ação Civil Pública, combinada com o Código de Defesa do Consumidor, os quais compõem a jurisdição civil coletiva. (FIORILLO, 2018, p. 692/693)

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, uma das duas principais normas que compõem o microssistema de processo coletivo, possui disposição específica a respeito, ao estabelecer, em seu artigo 6º, inciso VIII, que constitui direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

A principal questão sobre a aplicabilidade dessa regra às ações coletivas tange à sua posição topográfica, porquanto inserida no Título I, Capítulo III, da Lei nº. 8.078/90, que versa sobre os direitos próprios do consumidor, e não dentre as normas tipicamente processuais, que foram incluídas no Título III do Código de Defesa do Consumidor (artigo 81 e seguintes). A redação do artigo 21 da Lei nº. 7.347/85 aparenta restringir a incidência dessa norma, pois, ao estabelecer a interação entre os referidos diplomas legislativos, faz menção literal aos “dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”⁷⁶.

Ocorre que, como não poderia deixar de ser, as adequadas compreensão e interpretação do microssistema de processo coletivo devem ser sistemáticas e harmônicas, não se admitindo, em uma concepção processual que parte da própria Constituição Federal de 1988 e, portanto, deve ser coadunada com os objetivos da República e voltada para a consecução dos direitos fundamentais, que determinada regra de eminente natureza processual tenha seus efeitos obstados simplesmente em razão de sua posição topográfica. Em outras palavras, o que deve definir a integração da norma à jurisdição coletiva é sua natureza, de sorte que a correta leitura do artigo 21 da Lei nº. 7.347/85 é aquela que remete a defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos a todas as normas de conteúdo processual previstas no Código de Defesa do Consumidor.

⁷⁶ “Art. 21. 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.”

Isto porque, restringir o citado microsistema aos artigos constantes do Título III da Lei nº. 8.078/90 significaria emprestar exegese inflexível em detrimento das hermenêuticas ontológica e teleológica do processo civil, muito mais condizentes com os aspectos constitucional e contemporâneo que as normas de natureza adjetiva têm recebido.

É exatamente nesse sentido a doutrina de Mazzilli:

“Admite-se a inversão do ônus da prova na defesa de outros interesses transindividuais que não apenas os do consumidor?

Como sabemos, o art. 6º, VIII, do CDC permite expressamente a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. A norma tem evidente caráter processual, ainda que não inserida no Título III do CDC. Ora, a mens legis consiste em integrar por completo as regras processuais de defesa de interesses transindividuais, fazendo da LACP e do CDC como que um só estatuto. Dessa forma, a inversão pode ser aplicada, analogicamente, à defesa judicial de quaisquer interesses transindividuais.” (MAZZILLI, 2015, p. 682)

A crítica do artigo 21 da Lei nº. 7.347/85 feita por Fiorillo segue o mesmo raciocínio:

Primeiramente, cumpre-nos questionar se a regra constante do art. 8º, VIII, aplica-se na defesa de direitos e bens ambientais, uma vez que dispõe o *caput* do artigo acerca de direitos básicos do consumidor. Ora, esse questionamento encontra-se parcialmente resolvido pela disposição do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública [...]

A análise do presente artigo demonstra-nos que na defesa dos direitos coletivos *lato sensu* devem-se aplicar as normas processuais previstas no Código de Defesa do Consumidor, em especial as do seu Título III, que tratou da matéria. Por outro lado, observa-se que nem todas estão lá previstas, uma vez que a norma que possibilita ao magistrado a inversão do ônus da prova encontra-se entre os princípios gerais das relações de consumo (arts. 1º a 7º), e esse comando é de natureza inegavelmente processual.

Assim, em que pese se encontrar entre os direitos básicos do consumidor, sendo norma processual, é inafastável a sua aplicação na defesa de direitos coletivos *lato sensu*, como determina o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública. (FIORILLO, 2018, p. 694/695)

O Superior Tribunal de Justiça tem precedente admitindo a inversão do ônus da prova com base na conjugação do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor com o artigo 21 da Lei nº. 7.347/85 em ação civil pública ambiental movida pelo *Parquet* em face de empreendimento potencialmente poluidor:

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 - Aquele que cria ou assume o risco de danos ambientais tem o dever de reparar os danos causados e, em tal contexto, transfere-se a ele todo o encargo de provar que sua conduta não foi lesiva. III - Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente - artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85. IV - Recurso improvido. (STJ, Primeira Turma, REsp 1.049.822/RS, Relator: Francisco Falcão, 2009)

Estabelecida a possibilidade de inversão do ônus da prova pela aplicação da regra do microssistema coletivo, nota-se que o debatido inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor optou por determinar a providência *ope judicis*, porque a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência da parte deve partir da análise das circunstâncias do caso concreto pelo magistrado. Isto é, segundo a dicção legal, não é o simples fato de a ação versar sobre direito difuso ou coletivo que acarretará, automaticamente, a alteração da carga probatória. No entanto, uma vez presente a verossimilhança das alegações ou constatada a hipossuficiência da parte, a inversão do ônus da prova é mister, não constituindo mera faculdade do julgador.

A verossimilhança das alegações está diretamente relacionada com a probabilidade da narrativa delineada pela parte, ou seja, nada mais é senão um juízo de valoração que leva o Estado-juiz a crer que aquilo que lhe fora apresentado parece ser verdadeiro e que, em cotejo com a norma jurídica adequada à espécie, conduzirá a um pronunciamento judicial favorável. Apenas em caráter exemplificativo, pode-se dizer que há verossimilhança da alegação quando se sustenta que um determinado empreendimento minerário operando de forma irregular está causando degradação ambiental, não se fazendo necessária a prova efetiva desse dano por parte do autor da ação civil pública, porque inato à referida atividade.

Por seu turno, o requisito da hipossuficiência merece interpretação adequada ao microssistema de processo coletivo, de sorte que o vocábulo consumidor deve ser compreendido como qualquer pessoa titular do direito material violado ou ameaçado. Nesse contexto, a hipossuficiência nas ações civis públicas ambientais não recai sobre uma pessoa determinada, porquanto o direito é difuso, pertencente à coletividade.

Fiorillo bem esclarece o assunto:

[...] ao aludir o vocábulo consumidor, não o faz somente enquanto individualmente concebido, que vai a juízo pleitear em seu próprio nome a tutela jurisdicional, mas também como diretamente afetado pela coisa julgada, *erga omnes* ou *ultra partes*, titular do direito material, mas não titular do direito de ação, esta reservada para o

legitimado autônomo condutor do processo. Nessa colocação, ao se falar em ação coletiva para a tutela do meio ambiente, a hipossuficiência de que se trata, regra geral, é a da coletividade perante aquele que se afigura como parte mais forte na relação jurídica, que é o poluidor. (FIORILLO, 2018, p. 695/696)

Ademais, evidencia-se igualmente incorreta a prática de se esquadriñar a hipossuficiência a partir da parte integrante do polo ativo da ação civil pública, porque, como regra, se está diante de legitimação extraordinária e, portanto, o órgão demandante não é o titular do direito material. Ora, quando o *Parquet* propõe uma ação civil pública visando à tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado não o faz em interesse próprio, mas em nome da sociedade, que se encontra representada em substituição processual.

Por conseguinte, decisões judiciais que indeferem a inversão do ônus da prova a partir do fundamento de que o Ministério Público possui condições de elaborar prova pericial por sua conta divorciam-se desse pressuposto básico da jurisdição coletiva, que é a hipossuficiência atrelada ao titular do direito material e não à parte processualmente legitimada para falar em juízo.

Corroborar o pensamento excerto extraído do corpo do precedente do Superior Tribunal de Justiça *susum* citado:

[...] 13. Assim, deve-se recorrer, por analogia, ao artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz, tendo o magistrado o "poder-dever" de, no caso concreto, inverter o ônus da prova, não em prol do autor, mas da sociedade que tem o direito de saber se há, ou não, danos ao meio ambiente, bem como ver reparada, compensada e/ou indenizada possível prática lesiva ao meio ambiente. 14. Denota-se que a existência de "hipossuficiência do consumidor", argüida pelo recorrente como necessária para possibilitar a inversão da prova, não refere-se, no caso, ao Ministério Público, mas sim, alude a coletividade perante aquele que se afigura como parte mais forte na relação jurídica, que é o poluidor. (STJ, Primeira Turma, REsp 1.049.822/RS, Relator: Francisco Falcão, 2009)

Em emblemático julgado de relatoria do ministro Herman Benjamin, o Superior Tribunal de Justiça cuidou, a um só tempo, da aplicabilidade ao artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor às ações que versam sobre direitos coletivos outros que não aqueles atrelados às relações de consumo, e também da impertinência da descaracterização da hipossuficiência pelo simples fato de ser o *Parquet* o autor da demanda:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. DEGRADAÇÃO DA MATA ATLÂNTICA POR PASTAGEM DE ANIMAIS. [...] 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. 2. Para o acórdão recorrido, não é possível a inversão do ônus da prova nas ações ambientais e, se o for, exige-se a comprovação de hipossuficiência do autor, o que, de pronto, a afasta nas demandas em que for demandante o Ministério Público. Esse entendimento opõe-se ao esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, seja no particular âmbito das Ações Cíveis Públicas ambientais, seja, mais amplamente, na perspectiva da aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova. 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 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 [...] CONCEITO E ABRANGÊNCIA SUBJETIVA DE HIPOSSUFICIÊNCIA 6. Equivocado, nos litígios coletivos ou difusos, reduzir a hipossuficiência exclusivamente ao “necessitado” de recursos financeiros, pressuposto para a assistência judiciária, mas não para a inversão do ônus da prova. Na litigiosidade supraindividual, hipossuficiente é tanto o pobre (= carente material) como aquele que, “segundo as regras ordinárias de experiência” e as circunstâncias do caso concreto, não dispõe de mecanismos aptos a fazer valer seu direito (= carente processual). Um e outro encontram-se, com base em transcendente valor de isonomia real, abrigados e protegidos pelo regime solidarista dos arts. 6º, VIII, e 117 do Código de Defesa do Consumidor. 7. Na relação jurídica em que há substituição processual, a hipossuficiência deve ser analisada na perspectiva do substituto processual ou dos sujeitos-titulares do bem jurídico primário, qualquer uma das duas hipóteses bastando para legitimar a inversão do ônus da prova. 8. Recurso Especial provido. (STJ, Segunda Turma, REsp 1235467/RS, Relator: Herman Benjamin, 2013)

Portanto, a inversão dos ônus da prova em *class actions* ambientais encontra arrimo no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que tem conteúdo de norma processual e, conseqüentemente, deve permear toda jurisdição coletiva.

5.2. A inversão do ônus da prova a partir dos princípios da precaução e do *in dubio pro natura*

Outro relevante argumento a favor da inversão do ônus da prova nas ações cíveis públicas ambientais reside na própria natureza do direito que se busca tutelar – meio ambiente ecologicamente equilibrado –, que possui natureza difusa, fundamental e indisponível. O artigo 225 da Constituição Federal de 1988 conferiu tratamento ímpar a esse bem, de sorte que a

legislação infraconstitucional somente ganha significado se compreendida a partir dessa regra matriz do ordenamento jurídico nacional.

Em outras palavras, a Constituição Federal inaugurou em âmbito interno uma nova forma de disciplina desse direito fundamental de terceira dimensão, em harmonia com os debates existentes na comunidade internacional, que há pouco havia compreendido que o meio ambiente é corolário indissociável do próprio direito à vida em sua acepção mais digna. Portanto, o rico texto do mencionado artigo 225 estabeleceu valores e diretrizes que conferiram arrimo à construção, ao desenvolvimento e à interpretação do direito ambiental brasileiro em seus aspectos material e procedimental.

Como ciência jurídica, o direito ambiental se estrutura em uma série de princípios próprios, que têm permitido o aprimoramento e um melhor entendimento desse ramo do conhecimento. Importa, para fins de se alcançar uma apropriada distribuição do ônus da prova em ações civis públicas ambientais, trabalhar com dois preceitos básicos e inseparáveis do direito ambiental, quais sejam, a precaução e o *in dubio pro natura*.

O princípio da precaução está estruturado na ideia de que o meio ambiente, por suas características, merece tratamento diferenciado, não admitindo que os riscos de uma determinada atividade ou obra sejam indistintamente socializados enquanto os ganhos ficam concentrados na pessoa do empreendedor. Desse modo, em caso de dúvida a respeito das consequências de uma dada conduta, deve-se, antes de executá-la, perquirir a respeito de sua compatibilidade com o ideal de desenvolvimento sustentável – desenvolvimento econômico, preservação ambiental e busca pela justiça social – e consequente viabilidade.

Apesar de o princípio da precaução estar previsto no ordenamento jurídico alemão desde a década de 1970, foi apenas na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento que ele ganhou copo internacionalmente (MACHADO, 2018). De fato, a Declaração do Rio de Janeiro consagrou, em seu princípio 15, aquilo que fora difundido como princípio da precaução no direito brasileiro:

Princípio 15. De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (ONU, 1992)

Para além da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o Brasil também assinou, ratificou e promulgou outras convenções internacionais que tratam, de alguma forma, do princípio da precaução, não havendo espaço para dúvida a respeito de sua incidência no ordenamento jurídico interno⁷⁷.

Uma noção presente dessa norma matriz preconiza, conforme explica Machado (2018, p. 96), que “a precaução caracteriza-se pela ação antecipada diante do risco ou do perigo”. Vale dizer, em caso de dúvida objetiva e fundada – ou seja, incerteza do dano ambiental –, deve-se optar por não desenvolver a atividade ou obra potencialmente degradadora, ou, se iniciada, de imediato estabelecer e implementar as medidas de prevenção e mitigação pertinentes.

Nesse mesmo sentido é o pensamento de Mirra:

Em termos práticos, o princípio da precaução significa a rejeição da orientação política e da visão empresarial que durante muito tempo prevaleceram, segundo as quais atividades e substâncias potencialmente degradadoras somente deveriam ser proibidas quando houvesse prova científica absoluta de que, de fato, representariam perigo ou apresentariam nocividade para o homem ou para o meio ambiente.

Com a sua consagração, diversamente, a orientação que passou a ser seguida é a de que, mesmo diante de controvérsias no plano científico com relação aos efeitos nocivos de determinada atividade ou substâncias sobre o meio ambiente, presente o perigo de dano grave ou irreversível, a atividade ou substância em questão deverá ser evitada ou rigorosamente controlada. (MIRRA, 2002, p. 248)

Milaré igualmente bem elucida o princípio da precaução:

A invocação do princípio da precaução é uma decisão a ser tomada quando a informação científica é insuficiente, inconclusiva ou incerta e haja indicações de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido.

A bem ver, tal princípio enfrenta a incerteza dos saberes científicos em si mesmos. Sua aplicação observa argumentos de ordem hipotética, situados no campo das

⁷⁷ A convenção da Diversidade Biológica, ratificada pelo Decreto nº. 2.519/98, traz em seu preâmbulo que “quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça”, ao passo que a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança Climática, promulgada pelo Decreto nº. 2.652/98, estabelece como um de seus princípios que “as Partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos sócioeconômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima”.

possibilidades, e não necessariamente de posicionamento científicos claros e conclusivos. Procura instituir procedimentos capazes de embasar uma decisão racional na fase de incertezas e controvérsias, de forma a diminuir os custos da experimentação. (MILARÉ, 2014, p. 266)

Por oportuno, diferencia-se o princípio da prevenção do princípio da precaução, porque, enquanto este atua no campo da incerteza – o perigo de dano é abstrato –, aquele busca evitar consequências já sabidas, conhecidas. Nas palavras de Trennepohl (2010, p. 52), “no princípio da prevenção já existem elementos seguros para afirmar se a atividade é efetivamente perigosa, não se podendo falar, nesta fase, de um perigo em abstrato, visto que deixou de ser potencial para ser real”.

O princípio *in dubio pro natura* – ou, valendo-se de outra expressão igualmente utilizada, *in dubio pro ambiente* – consiste na interpretação da norma ou da lacuna legislativa em favor do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Quer dizer que, em havendo mais de um significado possível ou se a situação for de dúvida, a decisão correta será aquela que atribuir maior grau de proteção ao direito em voga.

Trata-se, na realidade, de singelo entendimento do ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988, segundo o qual os objetivos do País e os direitos e garantias fundamentais devem orientar não apenas a atividade legiferante, mas também a administração pública e o aplicador do Direito em seu processo de tomada de decisões. Em suma, a dúvida deve ser resolvida em prol dos valores mais caros à construção do Estado brasileiro, que são justamente aqueles que inspiraram o constituinte originário a estabelecer a busca por uma sociedade livre, justa e solidária.

Dessa forma, considerando que as normas ambientais devem servir aos fins a que se destinam, de rigor que sua hermenêutica seja feita *in dubio pro natura*. O ministro Herman Benjamin bem explica o campo de incidência desse princípio:

[...] ao juiz, diante das normas de Direito Ambiental, recheadas que são de conteúdo ético intergeracional atrelado às presentes e futuras gerações, incumbe levar em conta o comando do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que, ao se aplicar a lei, deve-se atender “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Corolário dessa regra é a constatação de que, em caso de dúvida ou outra anomalia técnico-redacional, a norma ambiental demanda interpretação e integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*. Assim é precisamente porque, convém lembrar, toda a legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos há sempre de ser compreendida da maneira que lhes seja mais proveitosa e melhor possa viabilizar, na perspectiva dos resultados práticos, a

prestação jurisdicional e a *ratio essendi* da norma. (STJ, Segunda Turma, REsp 1.255.127/MG, Relator: Herman Benjamin, 2016)

Aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente reconhecido o princípio hermenêutico *in dubio pro natura* como fonte válida para a solução de conflitos ambientais:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONDENAÇÃO A DANO EXTRAPATRIMONIAL OU DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. [...] 4. As normas ambientais devem atender aos fins sociais a que se destinam, ou seja, necessária a interpretação e a integração de acordo com o princípio hermenêutico *in dubio pro natura*. Recurso especial improvido. (STJ, Segunda Turma, REsp 1.367.923/RJ, Relator: Humberto Martins, 2013)

Na mesma esteira são os seguintes arestos: STJ, Segunda Turma, REsp 1.669.185/RS, Relator: Herman Benjamin, 2017; STJ, Terceira Turma, REsp 1.356.207/SP, Relator: Paulo de Tarso Sanseverino, 2015; e STJ, Segunda Turma, REsp 1.269.494/MG, Relatora: Eliana Calmon, 2013.

Como consequência desses predicados do direito ambiental – princípios da precaução e *in dubio pro natura* –, a premissa a ser adotada reside na ideia de que a dúvida deve ser sempre interpretada em favor do meio ambiente, porquanto o juízo de certeza científica é substituído pelo critério da probabilidade. Desse modo, naquilo que tange ao ônus da prova, a inversão se mostra imperativa na medida em que eventual incerteza deve acarretar em decisão favorável à tutela ambiental.

A doutrina trata da inversão no ônus da prova nas ações civis públicas ambientais:

Como decorrência da substituição do critério de certeza pelo critério da probabilidade, consagrado com o advento do princípio da precaução, pode-se dizer que, nas ações ambientais, para o autor da demanda basta a demonstração de elementos concretos e com base científica, que levem a conclusão quanto à probabilidade da caracterização da degradação, cabendo, então, ao réu a comprovação de que a sua conduta ou atividade, com absoluta segurança, não provoca ou não provocará a alega ou temida lesão ao meio ambiente.

Assim, o princípio da precaução tem também essa outra relevantíssima consequência na esfera judicial: acarretar a inversão do ônus da prova, impondo ao degradador o encargo de provar, sem sombra de dúvida, que a sua atividade questionada não é efetiva ou potencialmente degradadora da qualidade ambiental. Do contrário, a conclusão será no sentido de considerar caracterizada a degradação ambiental. (MIRRA, 2002, p. 252)

O Superior Tribunal de Justiça, em precedente versando sobre operação de usina hidrelétrica, estabeleceu que “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, para os pescadores da região” (STJ, Terceira Turma, AgRg no AREsp 183.202/SP, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 2015).

Outrossim, conjugando as regras do microsistema do processo coletivo e o princípio da precaução em matéria ambiental, a ministra Eliana Calmon proclamou que a inversão do ônus da prova se faz necessária exatamente em razão da natureza do direito que se busca tutelar:

[...] Vê-se que há uma interdisciplinariedade entre as normas de proteção ao consumidor e às referentes à defesa dos direitos coletivos. No caso das ações civis ambientais, entendo que o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado – e não a eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu –, nos leva à conclusão de que alguns dos direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, afinal essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar!) o patrimônio público de uso coletivo, consubstanciado no meio ambiente.

A essas normas agrega-se o Princípio da Precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo. Incentiva-se, assim, a antecipação de ação preventiva, ainda que não se tenha certeza sobre a sua necessidade e, por outro lado, proíbe-se as atuações potencialmente lesivas, mesmo que essa potencialidade não seja cientificamente indubitável.

Além desse conteúdo substantivo, entendo que o Princípio da Precaução tem ainda uma importante concretização adjetiva: a inversão do ônus da prova. (STJ, Segunda Turma, REsp 972.902/RS, Relatora: Eliana Calmon, 2009)

Dessa forma, se a regra da dinâmica probatória delineada no artigo 373 do Código de Processo Civil, quando voltada para o Estado-juiz, assume feição de regra de julgamento e tem o condão de evitar o *non liquet* em caso de persistência de dúvida ao término da instrução processual, a natureza do direito material objetivado e a compreensão do processo civil constitucional exigem que, em se tratando de ação civil pública para proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a incerteza favoreça o referido direito fundamental. Como consequência, qualquer decisão que interprete a hesitação da prova em desfavor do ambiente será, inexoravelmente, proferida contra *societate* e, forçosamente, inconstitucional.

Por fim, consigna-se, apenas, que o fundamento para a inversão do ônus da prova a partir dos princípios da precaução e *in dubio pro natura* repousa em normas de direito material,

que independem do regramento processual próprio da jurisdição coletiva. Portanto, trata-se de reflexo procedimental autoaplicável, que dispensa a existência de norma adjetiva, porque resultado da proteção substantiva conferida ao direito fundamental pelo constituinte originário.

5.3. A inversão do ônus da prova como consectário lógico da garantia fundamental de acesso à justiça em matéria ambiental

Um terceiro enfoque a respeito da inversão do ônus da prova nas ações civis públicas ambientais repousa naquilo que Sarlet e Fensterseifer (2017) convencionaram chamar de *a dimensão procedimental do direito fundamental ao meio ambiente*. Em resumo, diante de uma crescente preocupação com a efetivação dos direitos materiais, em especial aqueles de grandeza constitucional, evidenciou-se a necessidade de os ordenamentos jurídicos projetarem instrumentos para garantir a sua implementação, não bastando a singela proclamação em textos legislativos.

De fato, a simples previsão de direitos fundamentais, apesar de sua reconhecida importância, nomeadamente em um texto constitucional como o brasileiro, elaborado quando o País saía de um regime de exceção e readquiria sua democracia, não é suficiente para afiançar sua realização no plano fático. Diante dessa percepção, mecanismos aptos a emprestar concretude à visão externada pelo constituinte originário se mostram imprescindíveis, sob pena de se perpetuar o distanciamento da realidade do dever ser.

Por essa razão, como bem pontuam os citados doutrinadores, “o olhar do jurista contemporâneo está focado mais do que nunca nos mecanismos necessários à transposição dos direitos proclamados nos textos legais para o mundo da vida” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 337). Nesse cenário, os procedimentos são essenciais, porque possibilitam ao cidadão e à sociedade, organizada ou por meio de seus representantes, buscarem o desiderato constitucional de forma concreta.

Permitindo-se um paralelo com o direito constitucional de ação e o processo, em que este é o instrumento para o exercício daquele, os demais direitos fundamentais igualmente carecem de ferramentas para a sua efetivação. A distinção, todavia, reside na circunstância de que para o alcance da inafastabilidade da jurisdição, ao menos formalmente, basta direcionar-se

ao Estado-juiz, ao passo que outros valores de grandeza constitucional, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, demandam mais que isso.

Em uma situação ideal, não haveria necessidade de se prever instrumentos para o conseguimento dos direitos fundamentais, pois eles seriam implementados pela simples diretriz constitucional. Nesse modelo de sociedade, o acesso à saúde seria a todos garantido, o meio ambiente seria protegido na medida adequada, a segurança pública não seria uma preocupação constante, a educação de qualidade seria acessível à coletividade; enfim, o predicado da dignidade da pessoa e o direito à vida plena seriam eficazmente respeitados.

Nada obstante, como cediço, a realidade não corresponde à hipótese utópica, razão pela qual se percebeu que dados direitos e garantias somente seriam efetivados se fossem buscados, e, para tanto, constatou-se a necessidade de mecanismos próprios. Assim, diante dessa percepção, que é cada vez mais acentuada com o passar do tempo e o insistente distanciamento dos objetivos da República, houve a compreensão de que esses instrumentos, porquanto imprescindíveis ao exercício dos direitos fundamentais, são igualmente dotados dessa natureza fundamental.

Sarlet e Fensterseifer explicam o raciocínio:

Ocorre que, de tão importantes que são para o exercício dos direitos materiais, ou seja, para lhes conferir efetividade, os direitos procedimentais também alcançam *status jusfundamental*, sendo incorporados ao núcleo do regime constitucional. O instrumento-procedimento revela-se, nesse sentido, quase tão importante quanto o direito material em si, ou seja, o fim a que ele visa conferir proteção. Esse é, por exemplo, o caso do direito fundamental à assistência jurídica (ou, num sentido mais amplo, do acesso à justiça). Num mundo ideal onde o exercício dos direitos (sobretudo os de natureza fundamental) é pleno, a razão de existir dos direitos procedimentais desaparece. Todavia, no mundo real, as violações de direitos fundamentais são constantes, inclusive no que diz respeito àqueles mais básicos e elementares ao desfrute de uma vida minimamente digna, entre os quais o direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 337)

De tal modo, os direitos procedimentais fundamentais servem à realização dos próprios direitos fundamentais materiais, motivo pelo qual merecem tratamento à altura, não podendo ser dissociados dos predicados substantivos. Reitera-se: “o direito ao procedimento, judicial e administrativo, opera como projeção do próprio direito material, já que busca conferir ao mesmo uma tutela integral na busca pela sua efetividade” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 365).

O princípio 10 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento⁷⁸, dentre outras relevantes contribuições, dispôs que deverá ser proporcionado efetivo acesso a mecanismos judiciais em questões ambientais, de sorte que não basta a previsão da possibilidade de se demandar em juízo; há necessidade de mais, de garantir que essas ações servirão à tutela do direito material de forma apropriada. Em decorrência, pode-se afirmar que, no âmbito do direito ambiental, a ação civil pública, como um dos artefatos previstos para a tutela do aludido direito⁷⁹, deve gozar de interpretação conforme seu *status*.

Almeida defende que a ação civil pública, ao deixar o âmbito exclusivamente infraconstitucional para ser tratada diretamente pela Constituição Federal de 1988, ganhou condição de garantia constitucional:

A ação civil pública, no plano do direito constitucional, tem natureza jurídica de garantia constitucional, estando prevista expressamente na CF/1988, art. 129, III. É uma garantia constitucional processual específica, pois as garantias constitucionais processuais gerais seriam os princípios constitucionais processuais (devido processo legal, contraditório, ampla de defesa, etc.), os quais formam uma unidade conjunta que dão amparo a uma teoria geral do direito processual. Na condição de garantia constitucional processual específica, a Ação Civil Pública é uma ação constitucional de tutela, mediante pedidos preventivos ou repressivos, dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, constituindo-se, nesse contexto do seu objeto material (art. 129, III, da CF/1988), uma espécie do gênero “ações coletivas constitucionais”. (ALMEIDA, 2016, p. 365)

Em acréscimo, o citado autor estabelece a qualidade de garantia constitucional fundamental à ação civil pública em razão de seu propósito – acesso amplo e irrestrito à justiça – e também pela natureza dos direitos por ela tutelados:

Com base nesta cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, a ação civil pública possui também, seja pela sua relevância e dimensão social, seja por força do art. 5º, XXXV, da CF, que garante o acesso amplo e irrestrito à justiça, natureza jurídica de garantia constitucional fundamental. Assim, pelo prisma constitucional, a ação civil pública tem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF),

⁷⁸ “Princípio 10. A melhor maneira de tratar questões ambientais e assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos. Deve ser propiciado acesso efetivo a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive no que diz respeito à compensação e reparação de danos.”

⁷⁹ Sarlet e Fensterseifer (2017) estabelecem uma tríade de direitos ambientais em espécie, qual seja, a participação, o acesso à informação e o acesso à justiça propriamente dito. Diante do escopo deste trabalho de conclusão de curso, o objeto de interesse será delimitado nesta última, em sua face processual, mais especificamente na compreensão acerca da carga probatória.

não pode ser interpretada restritivamente e, além disso, tem preferência na tramitação processual e por seu intermédio deverá ser conferida a máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, inclusive com efeitos que poderão ser transferidos, *in utilibus*, para o plano individual, tendo em vista a sua máxima utilidade.

Não fosse isso, a Ação Civil Pública também adquire natureza de garantia constitucional fundamental também em razão do seu objeto material, composto pelos direitos ou interesses coletivos, amplamente considerados, inseridos no plano do sistema constitucional brasileiro como direitos fundamentais (Título II, Capítulo I, da CF/1988). Assim, a garantia, no caso a Ação Civil Pública, em razão da correta e perfeita correspondência que deverá existir entre ela e o direito fundamental tutelável, adquire, pela força irradiante expansiva do seu objeto material, natureza fundamental, incidindo sobre ela a multifuncionalidade da teoria dos direitos e das garantias fundamentais, nas dimensões subjetiva e objetiva [...]. (ALMEIDA, 2016, 366)

Por conseguinte, constatada a máxima eficácia inata aos direitos fundamentais e servindo a ação civil pública com um dos instrumentos de sua efetivação, a inversão do ônus da prova representa mecanismo facilitador do real e efetivo acesso à justiça, compreendido, em matéria ambiental, como aquele que potencializa o alcance do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De fato, em existindo dois caminhos a trilhar a respeito da distribuição da carga probatória em ações civis públicas ambientais, não se vislumbra fundamento jurídico válido para pavimentar aquele que coloca entraves ao alcance do bem constitucionalmente tutelado.

Essa compreensão, aliás, pode ser extraída diretamente do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, que impôs também ao poder público o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Portanto, sendo o magistrado nítido representante do Estado-juiz, incumbe a ele, nos feitos colocados para sua apreciação, agir em consonância com tal mandamento e dirigir os processos, dentro das regras e formas legais, de modo a maximizar o comando constitucional. Isso significa, em matéria probante, adaptar a dinâmica, que pode ser flexibilizada, àquela que melhor atenda ao interesse difuso em debate.

Ora, interpretar a dúvida ou conduzir a ação de forma diversa equivaleria a erigir o interesse individual e, via de regra, disponível da parte requerida a um patamar mais elevado que aquele conferido ao meio ambiente, o que, em última análise, violaria os interesses da sociedade – tanto no aspecto da vontade, expressada na norma constitucional, quanto na dimensão de titular do referido direito difuso.

Quanto ao papel do Poder Judiciário como agente transformador da realidade social e não mero espectador do seu tempo, colaciona-se, uma vez mais, a lição de Sarlet e Fensterseifer:

Com base em tais considerações, de forma a romper com uma concepção democrática tradicional, espelhada basicamente em uma abordagem representativa e indireta, devemos estimular a abertura cada vez maior das portas do Poder Judiciário e o reconhecimento de tal poder como instância estatal legitimada constitucionalmente a atuar na proteção dos direitos fundamentais e, portanto, do direito fundamental ao ambiente. A atuação judicial crescente no campo ecológico, somada à ampliação (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 370)

5.4. Os elementos de convicção colhidos pelo Ministério Público no inquérito civil e sua aptidão de convencimento

Outro prisma que merece lembrança quando se debate ônus da prova em ações civis públicas ambientais repousa nas peças de informação obtidas pelo Ministério Público durante a instrução do inquérito civil, desde que este procedimento, de natureza facultativa, tenha sido efetivamente adotado no caso concreto. Isto porque, uma vez instaurado o aludido expediente, o membro do *Parquet* buscará colher elementos de convicção para formar seu juízo a respeito dos fatos em investigação.

Dessa forma, se ao cabo da instrução do inquérito civil houver necessidade de judicialização da questão, a petição inicial da ação civil pública se fará acompanhar de, ao menos, subsídios mínimos que apontem a violação ao bem da vida e consequente necessidade de um provimento jurisdicional para salvaguardar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. São exemplos desses elementos os autos de fiscalização e infração lavrados pelo órgão ambiental competente, boletins de ocorrência resultante de inspeções da Polícia Militar do Meio Ambiente, laudos periciais elaborados por profissionais independentes ou organizações não governamentais e termos de oitiva de testemunhas.

Em que pese esses documentos não gozarem da mesma força probante que aqueles produzidos durante a instrução processual – como versado oportunamente, o inquérito civil tem natureza eminentemente inquisitória e, portanto, o contraditório pode ser mitigado –, é inegável que não podem ser ignorados pelo julgador, porquanto têm presunção de veracidade. Ora, de nada adiantaria a administração pública dotar seus agentes de poderes fiscalizatórios se o próprio Estado-juiz, posteriormente, partisse do pressuposto que os atos por eles praticados não correspondem à realidade.

Marques, já na década de 1980, ao analisar o valor de peças informativas produzidas em sede de inquéritos policiais, reconhecia sua contribuição para o convencimento do magistrado:

No inquérito, se realizam certas provas periciais que, embora praticadas sem a participação do réu, contêm em si maior dose de veracidade, visto que nelas preponderam fatores de ordem técnica que, além de mais difíceis de serem deturpados, oferecem campo para uma apreciação objetiva e segura de suas conclusões. Ressalvada a hipótese de terem os peritos falseado os dados em que baseiam o seu laudo, essas provas periciais, notadamente quando realizadas por funcionários do Estado, deve ter valor igual ao das provas colhidas em Juízo. (MARQUES, 1980, p. 194/195)

Especificamente a respeito da carga valorativa conferida às informações obtidas em inquéritos civis, Milaré tece as seguintes considerações:

Indaga-se, então, dado o caráter inquisitorial que se reveste, se a prova colhida deve ser, sempre e sempre, judicializada para lograr a condenação do autor do dano.

A matéria comporta algumas breves considerações.

Em primeiro lugar, tem-se que os elementos de convicção produzidos no inquérito civil ostentam a marca da oficialidade, já que se trata de um procedimento público, previsto na Constituição.

Em segundo lugar, cabe lembrar que, no inquérito policial, cuja disciplina se aplica subsidiariamente ao inquérito civil, já está pacificamente estabelecido que as provas materiais normalmente não necessitam ser renovadas em juízo, até porque, emanadas quase sempre, de órgãos públicos, ostentam o atributo da presunção de veracidade. (MILARÉ, 2014, 1426)

Portanto, os elementos de convicção levados a juízo após sua colheita administrativa pelo Ministério Público não podem ser afastados por singela negativa da contraparte ou simplesmente esquecidos pelo magistrado; pelo oposto, devem ser sopesados na formação da persuasão judicial e desafiam prova mais robusta em sentido contrário para perderem carga valorativa.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que, apesar de colhidas sem as regras rígidas do contraditório, as provas produzidas no curso do inquérito civil só podem ser afastadas mediante contraprova produzida judicialmente:

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INQUÉRITO CIVIL: VALOR PROBATÓRIO. 1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública. 2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório. 3. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu

livre convencimento, sopesá-las, observando as regras processuais pertinentes à distribuição do ônus da prova. 4. Recurso especial provido. (STJ, Segunda Turma, REsp 849.841/MG, Relatora: Eliana Calmon, 2007)

Nesse contexto, considerando que os elementos pré-processuais possuem certa carga de convencimento e tendo em vista que a dimensão objetiva do ônus probatório funciona como regra de julgamento para evitar o *non liquet*, não se cogitará de dúvida por parte do Estado-juíz na hipótese de não serem produzidas provas judicialmente, porque aquelas que acompanham o inquérito civil são suficientes para legitimar a decisão *pro natura*.

Como consequência, havendo indícios de lesão ou ameaça ao meio ambiente ecologicamente equilibrado colhidos administrativamente, recairá sobre o réu da ação civil pública o ônus de provar o contrário.

5.5. A consolidação da jurisprudência a respeito do tema

Apesar dos fundamentos para a inversão do ônus da prova em ações civis públicas ambientais repousarem, primordialmente, na própria Constituição Federal de 1988, que conferiu tratamento especial a esse direito fundamental, reconhece-se que a hermenêutica constitucional não é algo pronto; ao contrário, está em constante mutação, evoluindo ao longo do tempo. Outrossim, o próprio estudo do direito ambiental está em permanente aperfeiçoamento, motivo pelo qual conceitos que são claros atualmente não o eram no final da década e 1980.

Destarte, os princípios da precaução e *in dubio pro natura*, bem como a dimensão constitucional dos procedimentos facilitadores dos direitos fundamentais, não foram suficientes para, em um primeiro momento, garantir a inversão do ônus da prova nas demandas ambientais. Ademais, mesmo a positivação dessa possibilidade por meio do advento do Código de Defesa do Consumidor, em 11 de setembro de 1990, não fora suficiente para se alcançar a compreensão contemporânea a respeito do tema.

Realmente, em um primeiro momento houve dificuldade para se expandir a regra processual para outros direitos difusos *lato sensu* que não aqueles atrelados às relações de consumo, e, mesmo superada essa barreira, após anos de vigência do Código de Defesa do

Consumidor, parte da jurisprudência insistia em afirmar que a dinamização da carga probante era inaplicável por não ser o Ministério Público parte hipossuficiente na relação processual⁸⁰.

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça veio evoluindo ao longo dos anos, cada vez mais afeita à importância do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O ministro Herman Benjamin, bastante familiarizado com o tema, fora o relator de importante precedente:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. 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. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo. 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. 4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope iudicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo *movedio* em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. 5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho

⁸⁰ Apenas a título ilustrativo, colaciona-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AMBIENTAL - AVERBAÇÃO DE RESERVA LEGAL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA OU ECONÔMICA NÃO DEMONSTRADA. 1. A inversão do ônus da prova tem como fundamento o princípio da isonomia e da busca pela verdade real, cabendo ao magistrado distribuir o ônus da prova em observância às condições das partes, diante das peculiaridades do caso concreto, de modo a contribuírem adequadamente à formação de seu convencimento [...] 3. A ausência de averbação de reserva legal, por si só, não representa atividade potencialmente perigosa capaz de causar danos ambientais, revelando-se descabida a inversão do ônus da prova nestes casos, se não comprova a hipossuficiência técnica ou econômica do Ministério Público. (TJMG, 4ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento-Cv 1.0342.13.017502-5/003, Relator: Renato Dresch, 2016)

estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo). 6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "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" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009). 7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação 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 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009). 8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido. [...] (STJ, Segunda Turma, REsp 883.656/RS, Relator Herman Benjamin, 2012)

Não se tratou de caso único; ao revés, diversos foram os julgados proferidos pela citada Corte, principalmente na segunda metade desta década, que consolidaram a premissa da inversão do ônus da prova em ações propostas visando à defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado: STJ, Primeira Turma, REsp 1.049.822/RS, Relator: Francisco Falcão, 2009; STJ, Segunda Turma, REsp 1.060.753/SP, Relatora: Eliana Calmon, 2009; STJ, Terceira Turma, REsp 1.330.027/SP, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 2012; STJ, Terceira Turma, AgRg no AREsp 206.748/SP, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 2013; STJ, Segunda Turma, REsp 1.237.893/SP, Relatora, Eliana Calmon, 2013; STJ, Terceira Turma, AgRg no AREsp 183.202/SP, Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, 2015; STJ, Quarta Turma, AgRg no AREsp 533.786/RJ, Relator: Antonio Carlos Ferreira, 2015; STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 846.996/RO, Relator: Raul Araújo, 2016; STJ, Segunda Turma, AgInt no AREsp 779.250/SP, Relator: Herman Benjamin, 2016; STJ, Segunda Turma, EDcl no REsp 1.517.403/AL, Relator: Herman Benjamin, 2016; e STJ, Segunda Turma, AgInt no AREsp 1.090.084/MG, Relatora: Assusete Magalhães, 2017.

Desse modo, diante do entendimento consolidado a respeito da matéria, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na recente data de 24 de outubro de 2018, aprovou o enunciado de súmula nº. 618, que recebeu a seguinte redação: “a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental” (STJ, 2018).

Por derradeiro, registra-se que essa súmula, mais do que exteriorizar a posição do Superior Tribunal de Justiça a respeito da possibilidade de inversão do ônus da prova em ações que buscam a tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado e nortear a interpretação dos demais órgãos do Poder Judiciário, representa, em conjunto com as igualmente recentes súmulas nºs. 613, 623 e 629⁸¹, inegável sinalização de que aquela Corte está atenta às diretrizes imprimidas na Constituição Federal de 1988 e, ao menos em matéria ambiental, empenha-se na concretização desse direito fundamental.

⁸¹ “Súmula 613. Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental”; “Súmula 623: As obrigações ambientais possuem natureza *propter rem*, sendo admissível cobrá-las do proprietário ou possuidor atual e/ou dos anteriores, à escolha do credor.”; e “Súmula 629. Quanto ao dano ambiental, é admitida a condenação do réu à obrigação de fazer ou à de não fazer cumulada com a de indenizar.”

Conclusão

No presente trabalho de conclusão de curso sustentou-se que a dinâmica probatória em ações civis públicas propostas em defesa de direitos e garantias difusos, nomeadamente o meio ambiente ecologicamente equilibrado, merece tratamento específico, distante daquele conferido ordinariamente às demandas que versam sobre direitos eminentemente individuais e, portanto, são regradas pelo Código de Processo Civil.

Partindo da premissa exposta, verificou-se que a compreensão acerca do ambiente evoluiu com o passar do tempo, tendo o ser humano, a partir de graves acidentes ambientais, dispensado maior atenção à temática, o que culminou com o primeiro significativo evento em âmbito internacional, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, ocorrida em 1972 em Estocolmo. Esse importante encontro influenciou diretamente a comunidade externa, que rapidamente percebeu que o direito à vida digna está intrinsecamente relacionado com a qualidade do meio ambiente e que o desenvolvimento, se não praticado de forma sustentável – representado pelo tripé desenvolvimento econômico, sustentabilidade ambiental e busca por justiça social –, poderia inviabilizar a vida das gerações futuras.

Esse entendimento resultou no reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental de terceira dimensão, porque desdobramento dos predicados da solidariedade e da fraternidade. Desde então, não se mostra mais possível falar em direito à vida e à dignidade da pessoa de modo dissociado ao ambiente em que se está inserido, incluindo, por óbvio, o natural.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, inspirada pela redemocratização e também pela mudança de paradigma que ocorria internacionalmente, conferiu tratamento singular ao tema, estabelecendo, na rica redação do seu artigo 225, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Do dispositivo em questão percebe-se não apenas a internalização do *status* de direito fundamental, mas também a adoção de preceitos básicos como o desenvolvimento sustentável e o caráter intergeracional.

Ainda, fora na própria Constituição Federal que mecanismos para a tutela dos direitos difusos, dentre eles o meio ambiente ecologicamente equilibrado, ganharam corpo. A ação civil pública, antes tratada apenas em âmbito infraconstitucional (Lei nº. 7.347/85), fora

erigida a instrumento constitucional de legitimação do referido direito material, juntamente com o inquérito civil.

Aliás, a partir de 1988 o Ministério Público recebeu roupagem que lhe conferiu protagonismo em áreas outras que não apenas a penal – na qual já gozava de atuação destacada –, tornando-se efetivo defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A legitimidade para atuar como verdadeiro representante da sociedade na tutela de seus direitos fundamentais e a independência institucional, também garantida constitucionalmente, foram essenciais para forjar o ideal de agente de transformação da realidade social.

Objetivando compreender a forma de atuação *Parquet*, foram analisados, ainda que brevemente, suas principais ferramentas para o exercício de seu mister na esfera difusa, notadamente a ação civil pública, o inquérito civil e o termo de compromisso e ajustamento de conduta.

Na sequência, passou-se a estudar elementos básicos do processo civil a partir de sua contextualização histórica, com ênfase no seu significado constitucional. Desse modo, estabeleceu-se que o direito processual civil contemporâneo, regido por um modelo de participação e colaboração, possui significativa função social, porquanto, além de servir como instrumento materializador do direito de ação, tem, a um só tempo, os escopos de entregar a tutela material justa ao caso concreto e, mediatamente, zelar pelos objetivos e fundamentos do País.

Nesse panorama, apresentou-se o acesso à justiça como garantia fundamental, a todos afiançada constitucionalmente, na medida em que constitui o caminho indicado pela Constituição Federal para a consecução dos direitos substantivos previstos no ordenamento jurídico. Assim, toda pessoa que acredita ter um direito seu ameaçado ou lesado tem a prerrogativa de solicitar do Estado-juiz uma prestação jurisdicional, compreendida como uma decisão a respeito do conflito posto para apreciação do Poder Judiciário.

Uma vez tratado do princípio da inafastabilidade da jurisdição em sua dimensão mais abrangente, o acesso à justiça em matéria ambiental fora cotejado a partir da natureza do direito material que lhe justifica, porque único. Logo, estabelecida a premissa de que o direito de ação atrelado a questões fundamentais deve receber ainda maior ênfase, pontuou-se a pertinência de existirem regras próprias para o processo coletivo, principalmente após a nova

summo divisio reconhecida pela doutrina, que enxerga a clássica divisão entre direito público e privado ultrapassada para regular os conflitos de massa.

Apresentou-se, então, o microssistema da jurisdição coletiva, cujas normas matrizes são a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, indicando-se determinadas especificidades que melhor atendem as particularidades das demandas coletivas *lato sensu*, como, por exemplo, a impossibilidade de interpretação restritiva das normas procedimentais, a necessária flexibilização dos legitimados para a propositura da ação civil pública, a fixação de competência pelo local do dano e os efeitos da coisa julgada.

Enfrentando diretamente a problemática do ônus da prova, optou-se, primeiramente, por estabelecer a dinâmica do modelo de processo civil participativo-colaborativo, que exige diálogo entre os sujeitos para real compreensão da controvérsia e legítima fundamentação dos pronunciamentos judiciais. Após, tratou-se de demonstrar a importância da prova como forma de fazer o Estado-juiz decidir de modo justo, colocando concreto termo ao embate e garantindo a cada qual o que lhe pertence por direito.

A distribuição da carga probatória no processo civil clássico, isto é, aquele cujo objeto é primordialmente as lides individuais, destarte, regrado pelo Código de Processo Civil, fora o próximo tema abordado. Situou-se o ônus da prova em suas dimensões subjetiva – regra de procedimento, para orientar o comportamento das partes – e objetiva – regra de julgamento, para orientar o magistrado em caso de dúvida e evitar o *non liquet* –, assim como se analisou a regra matriz esculpida no artigo 373 do citado diploma adjetivo, que tem gênio estático segundo a qual compete ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele.

O próximo passo consistiu, ainda no domínio do sistema ordinário de processo civil, na aferição das hipóteses de distribuição dinâmica do ônus da prova, que podem ocorrer por determinação judicial em determinadas circunstâncias do caso concreto, como, ilustrativamente, excessiva dificuldade de uma das partes cumprir o encargo, ou por convenção entre os litigantes, segundo as regras do negócio jurídico processual.

Finalmente, adentrou-se especificamente no ônus da prova em ações civis públicas ambientais, oportunidade em que foram identificadas três principais linhas de raciocínio, independentes entre si, aptas a autorizar a inversão ventilada originalmente, a saber: i) aplicação das regras procedimentais do microssistema processual coletivo; ii) incidências dos princípios

de direito ambiental da precaução e *in dubio pro natura*; e iii) desdobramento da garantia de acesso à justiça.

A primeira delas arrima-se, basicamente, na aplicação da regra do artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor às ações coletivas *lato sensu*, dentre elas, por óbvio, as propostas em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Isto porque, apesar de o referido dispositivo não se encontrar topograficamente no Título III da Lei nº. 8.078/90, sua natureza é eminentemente processual, de sorte que uma interpretação sistemática e harmônica do microssistema de jurisdição coletiva atraí sua incidência, mormente diante da *mens legis* do artigo 21 da Lei nº. 7.347/85.

A segunda, sem debater normas de natureza processual, vale-se de preceitos típicos do direito material ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O princípio da precaução estabelece, de forma sucinta, que no caso de incerteza científica a respeito de uma dada atividade ou obra, deve-se optar pela cautela e, antes de executá-la, a viabilidade há de ser aferida por estudos mais completos. Caso a indagação persista ao final da pesquisa, o desfecho será a negativa do empreendimento. O princípio *in dubio pro natura*, por seu turno, preconiza que a dúvida hermenêutica ou a lacuna legislativa deve ser interpretada sempre em favor do ambiente. Dessa forma, diante de duas premissas que apontam claramente que a falta de convicção enseja a posição mais protetiva ao direito fundamental em comento, não parece legítimo que a dúvida do julgador – hipótese de aferição do ônus da prova como regra de julgamento – pavimente decisão contrária ao interesse da coletividade em ver o ambiente preservado para esta e para as futuras gerações.

A terceira, por sua vez, ampara-se no conceito de que as garantias procedimentais de direitos fundamentais têm o fito de torná-los concretos, tirando-os do mundo do dever ser e trazendo-os para a realidade, motivo pelo qual gozam das mesmas características que estes. Consectário lógico, a ação civil pública ambiental e suas normas de regência devem sempre ser interpretadas tendo como norte a máxima eficácia do direito material, valendo-se de todos os instrumentos existentes para facilitar sua performance. Destarte, tratando-se a *class action* de meio para a realização do desejo expressado pelo constituinte originário, a inversão do ônus da prova se apresenta como mecanismo facilitador do real e efetivo acesso à justiça e consequente obtenção de tutela jurisdicional efetiva e conforme a Constituição Federal.

Paralelamente aos três fundamentos jurídicos alcançados a partir da coeva compreensão de direito processual civil e da evolução do conceito de direito ambiental, traçou-se também nota de caráter prático, uma vez que no curso dos inquéritos civis instaurados pelo Ministério Público, invariavelmente, é acostada peça de informação que acaba por embasar a ação civil pública, no caso desta ser proposta. E esses elementos de convicção, ainda que produzidos administrativamente, merecem crédito e não podem ser rejeitados pela singela negativa da contraparte, senão pela produção de prova hierarquicamente superior, sob o crivo do contraditório. Por conseguinte, estando a exordial instruída com indícios materiais de ameaça ou lesão ao direito substantivo, não se cogitará de dúvida no momento da prolação da decisão.

Por derradeiro, conferiu-se a posição da jurisprudência em demandas ambientais, sendo possível constatar que o Superior Tribunal de Justiça tem evoluído consideravelmente nesse campo, com a formalização de diversos enunciados de súmulas que potencializam a tutela ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre os quais se destaca aquele de nº. 618, que recebeu a seguinte redação: “a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental” (STJ, 2018).

Referencias Bibliográficas:

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Ação civil pública: objeto material e tutela inibitória. In: FARIAS Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). **Temas Atuais do Ministério Público**. 6 ed. - Salvador: Juspodivm, 2016. Cap. XII, p. 363/407.

_____. **Direito material coletivo: superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. - Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. **Direito procesual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito procesual**. - São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Teoria crítica do direito e o acesso à justiça como novo método de pensamento. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coord.). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. v. 1 - Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. Cap. VIII, p. 159/177.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. rev. E atual. - São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. **O novo processo constitucional**. - Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual** - São Paulo: Malheiros Editora, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2019.

_____. **Decreto nº. 2.519/98**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2519.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2019.

_____. **Decreto nº. 2.652/98**. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2652.htm>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

_____. **Lei nº. 6.938/81**. 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: 12 de janeiro de 2019.

_____. **Lei nº. 7.347/85**. 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/L7347Compilada.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2019.

_____. **Lei nº. 8.069/90.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 12 de janeiro de 2019.

_____. **Lei nº. 8.078/90.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

_____. **Lei nº. 13.105/15.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

_____. **Lei Complementar nº. 40/81.** Estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp40.htm>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

_____. **Lei Complementar nº. 75/93.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

_____. **Projeto de Lei nº. 4.984/85.** 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, assim como qualquer outro interesse difuso, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=ED8228188D956F93DFCC780514414F8B.proposicoesWebExterno1?codteor=1160159&filename=Dossie+-PL+4984/1985>. Acesso em: 12 de janeiro de 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.** v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa** – São Paulo: Gaia, 2010.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelagrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 23ª ed. São Paulo - Malheiros Editora, 2007.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº. 23/07.** Regulamenta os artigos 6º, inciso VII, e 7º, inciso I, da Lei Complementar nº 75/93 e os artigos 25, inciso IV, e 26, inciso I, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do inquérito civil. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-0231.pdf>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2019

_____. **Resolução nº. 179/17.** Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

_____. **Resolução nº. 181/17.** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

COSTA, Beatriz de Souza. **Meio Ambiente como Direito à Vida: Brasil, Portugal e Espanha.** 3 ed. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COSTA, Beatriz de Souza; REIS, Émilien Vilas Boas; OLIVEIRA, Márcio Luís de. **Fundamentos filosóficos e constitucionais do direito ambiental.** - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

COUTURE, Eduardo Juan. **Fundamentos Del Derecho Procesal Civil.** 4 ed. - Buenos Aires: Editorial B de F, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** - 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno.** v. 1. 3 ed. - Malheiros Editora, 2000.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil.** v. 1. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2003.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro.** 18 ed. - São Paulo: Saraiva, 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** v. 1. - São Paulo: Saraiva, 1996.

HARDIN, Garrett. **A tragédia dos comuns.** Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3203283/mod_resource/content/2/a_trag%C3%A9dia_dos_comuns.pdf>. Acesso em 01 de janeiro de 2019.

HECK, Mariana. A ação normativa da organização marítima internacional e seus instrumentos em face da poluição marítima por óleo causada por navios. **Revista de Direito Internacional.** v. 9, n. 3, p. 193/218, 2012. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/2051/1952>>. Acesso em 09 de janeiro de 2019.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. **Ônus da prova e sua dinamização**. 2 ed. rev. e atual. - Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 26 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Malheiros, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil – Teoria do processo civil**. 3 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Curso de processo civil – Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 4 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito processual penal**. v. 1. - São Paulo: Saraiva, 1980.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 28 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente. In: MARQUES, Claudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. **O novo ireito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deville** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Cap. X, p. 122/140..

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 32 ed. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. - São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MENDES, Francisco de Assis Figueira. **Cooperação Intersubjetiva no Processo Civil Brasileiro - Novo paradigma**, in Direito Civil e Processo Civil, coordenação Araken de Assis e outros. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de Minas Gerais de 1989**. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf>>. Acesso em 13 de janeiro de 2019.

_____. **Lei Complementar nº. 34/94**. Dispõe sobre a organização do Ministério Público do Estado e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LCP&num=61&comp=&ano=2001&texto=consolidado>>. Acesso em: 19/ de janeiro de 2019.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 9 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil - Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. A prova na ação civil pública ambiental. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; PITOMBEIRA, Sheila Cavalcante (Coord.). **Efetividade da tutela ambiental**. - Belo Horizonte: Del Rey, 2008. Cap. XX, p. 265/278.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24 ed. - São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Novo Processo Civil Brasileiro**. 25 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. 3 ed. - Campinas: Millenium Editora, 2010.

_____. O Juiz e a Constituição Ecológica. In: NALINI, José Renato (Coord.). **Juízes doutrinadores: doutrina da Câmara Ambiental do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** - Campinas: Millenium Editora, 2008. Cap. III, p. 45/72.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13 ed., rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

_____. **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v6n15/v6n15a13.pdf>>. Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

_____. Convenção sobre acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:22005A0517\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:22005A0517(01))>. Acesso em: 19 de janeiro de 2019.

_____. Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future. 1987. Disponível em: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>. Acesso em 09 de janeiro de 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo civil ambiental**. 3 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2011.

SANTOS, Moacir Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 1977.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Tiago. Direito Constitucional Ambiental**. 5 ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 1999.

_____. Fundamentos constitucionais da proteção ambiental. *In*: MARQUES, Claudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. **O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deviller** - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Cap. IX, p. 111/121.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Manual de Direito Ambiental**. 5 ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

VALERA, Carlos Alberto. O termo de ajustamento de conduta (TAC) como instrumento de concretização do direito fundamental ao meio ambiente. *In*: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JÚNIOR, Jarbas; BADINI, Luciano (Coord.). **Meio Ambiente: coleção Ministério Público e direitos fundamentais**. - Belo Horizonte: Del Rey, 2013. Cap. II, p. 15/30.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 4 ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.