

O PROBLEMA DO INSUCESSO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS POR AUSÊNCIA DE PROVA

THE ISSUE OF PUBLIC ENVIRONMENTAL CIVIL ACTIONS BY LACK OF EVIDENCE

Larissa Suassuna Carvalho Barros

Procuradora Federal junto ao IBAMA e ao ICMBio em Santarém/PA

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ação civil pública ambiental e o ônus da prova; 2 A instrumentalidade do processo e a necessidade de dar prevalência ao direito material objeto da lide; 3 A necessidade de flexibilização da regra de distribuição do ônus da prova e de adoção de uma postura ativa do magistrado na instrução probatória; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente se artigo se propõe a demonstrar que as regras tradicionais de distribuição do ônus da prova previstas no Código de Processo Civil comumente se mostram inadequadas à tutela dos interesses coletivos. Em sede de ações civis públicas ambientais, essa inadequação, aliada a uma postura passiva e conservacionista dos magistrados, tem resultado na declaração de improcedência de uma grande quantidade de demandas, deixando a responsabilização civil por danos ao meio ambiente à míngua de qualquer tutela jurisdicional. O que se propõe com o presente artigo, portanto, é alertar os operadores do direito para a necessidade de colocar o direito material à frente do desmedido apego às normas processuais, instando os juízes, em especial, a adotar uma postura mais ativa na instrução probatória nas lides ambientais coletivas, contribuindo para a busca da verdade e para a prolação de uma decisão efetivamente justa, baseada em provas produzidas a contento, em prestígio à natureza e relevância do direito material em discussão.

PALAVRAS-CHAVE: Ambiental. Processual Civil. Ações Civis Públicas Ambientais. Ônus da Prova. Iniciativa Probatória do Juiz.

ABSTRACT: This article intends to demonstrate that the traditional rules of distribution of the burden of proof under the Code of Civil Procedure usually become inadequate to the protection of collective interests. In place of public environmental civil actions, this inadequacy, combined with passive and conservationist stance of judges, has resulted in the declaration of dismissal of a lot of demands, leaving the civil responsibility for damages to the environment starved of any remedy. What this article intends, in truth, is to warn the legal practitioners to the need of putting the material rights ahead of the undue addiction to procedural rules, urging the judges, in particular, to take a more active role in evidence instruction in collective environmental litigations, contributing to the search for truth and for the delivery of a truly fair decision, based on evidence satisfactory produced, in attention to the nature and relevance of the substantive law at issue.

KEYWORDS: Environmental. Civil Procedure. Environmental Public Civil Actions. Burden of Proof. Evidential Initiative of the Judge.

INTRODUÇÃO

A ação civil pública é um importante instrumento na defesa do meio ambiente. Apesar de regulamentada em lei especial – Lei nº 7.347/85 – o Código de Processo Civil é aplicado de forma subsidiária. Em razão desse fato, nas demandas coletivas ambientais se aplica a tradicional regra de distribuição do ônus da prova expressa no artigo 333 do CPC.

Ocorre, no entanto, que a aplicação desse dispositivo legal, nitidamente voltado às demandas individuais, tem se mostrado pernicioso à eficácia da responsabilização civil por danos ao meio ambiente. Isso porque muitos magistrados, ao reputar insuficientes as provas produzidas pelas partes, optam pela declaração de improcedência da ação, deixando o meio ambiente à míngua de qualquer tutela jurisdicional.

O próprio Código de Processo Civil, no entanto, abre aos juízes a possibilidade de, com respaldo na própria lei processual, adotar uma postura mais ativa na produção de provas, não assumindo o dever das partes de produzi-las, mas sim complementando-as, sempre em busca da verdade e da prolação de uma sentença efetivamente justa. Com esse posicionamento, não se está a sugerir um abandono das normas processuais em matéria probatória. O que se almeja, tão somente, é que o magistrado saia da posição de mero espectador das demandas coletivas ambientais, contribuindo para a efetiva apuração do ilícito ambiental, não se contentando em fadar ao insucesso a responsabilização civil, ante a simples insuficiência de prova do dano. É o que se procura expor mais detalhadamente nesse artigo.

1 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL E O ÔNUS DA PROVA

A responsabilização civil por danos causados ao meio ambiente decorre de norma impositiva presente na própria Constituição Federal de 1988.

Art. 225. [...]

§ 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*. (grifo nosso)

Na busca de conferir eficácia ao comando constitucional em apreço, os operadores do direito têm a seu dispor um importante instrumento

processual: a ação civil pública. A 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”. Vale citar o seu artigo 1º, a saber:

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;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

Embora a Lei da Ação Civil Pública configure-se como lei de caráter especial, o Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente, naquilo em que não for incompatível com as suas disposições. É o que expressamente dispõe o artigo 19 da Lei nº 7.347/85:

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Nesse sentido, em virtude da ausência de disciplinamento expresso da Lei nº 7.347/85 em matéria de ônus da prova, aplica-se, nesse aspecto, o disposto no artigo 333 do CPC, *in verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

Por força da mencionada norma processual, portanto, aos legitimados ativos para ação civil pública de reparação e recuperação ambiental (artigo 5º, Lei nº 7.347/85) incumbe o ônus de provar a efetiva ocorrência do dano ao meio ambiente, seu caráter ilícito, seu momento e sua autoria.

2 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E A NECESSIDADE DE DAR PREVALÊNCIA AO DIREITO MATERIAL OBJETO DA LIDE

Normalmente, as ações civis públicas ambientais são intentadas essencialmente com esteio no conteúdo do inquérito civil do Ministério Público ou do processo administrativo do órgão ambiental autuante, os quais normalmente estão instruídos com auto de infração, relatório de fiscalização (onde a equipe de fiscalização narra de que forma constatou a prática do ilícito), relatório fotográfico, análise multitemporal da área através de imagens de satélite, a defesa apresentada pelo autuado, entre outros documentos.

Apesar da solidez de tais provas (observe-se: em sua maioria, atos administrativos com presunção de veracidade e legitimidade), alguns juízes tem reputado-as insuficientes à comprovação do dano e sua autoria. Logo, na visão do julgador, não tendo o autor da ação civil pública se desincumbido completamente de seu ônus probatório, a declaração de improcedência de seus pedidos de reparação e recuperação do meio ambiente torna-se consequência inevitável. O resultado disso, então, é a prolação de uma enorme quantidade de ações civis públicas ambientais julgadas improcedentes, sob o fundamento de não ter sido suficientemente provado o dano e sua autoria.

Os juízes que assim procedem – e isso se torna ainda mais grave quando se trata de área degradada na Amazônia Legal – aparentemente esquecem que o direito material em questão é direito indisponível, de caráter coletivo e transindividual e com *status* constitucional de direito fundamental, que não pode ser preterido ou secundarizado em nome de uma desmedida observância à regra processual inscrita no artigo 333 do Código de Processo Civil.

A instrumentalidade das formas é princípio já consagrado na processualística brasileira e não deve ser ignorado, notadamente em situações como a aqui tratada. Retomando lições de teoria geral, convém lembrar que o processo não é um fim em si mesmo e possui, em sua essência, a missão de pacificar os conflitos com justiça. A expectativa

das partes em relação ao processo, portanto, vai além do mero desejo de prolação de uma decisão final qualquer acerca do direito em litígio.

O sistema processual tem a missão institucional de produzir com rigorosa precisão os resultados jurídicos determinados pela norma substancial e de produzi-los exclusivamente nos casos em que ela assim preceitua. Sinteticamente, cabe-lhe cumprir de modo exauriente a promessa constitucional de proporcionar tutelas jurisdicionais justas, mediante processos justos.¹

A importância do direito processual é inquestionável, não se podendo olvidar, contudo, que seu papel é servir à efetivação do direito material, e não o contrário.

Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de co-protagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais não de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função, que é a de emprestar efetividade às regras do direito material.²

A efetiva realização da justiça através do processo só pode ser alcançada se a premissa fática da sentença guardar correspondência com a verdade. Para que a decisão seja justa, o convencimento do julgador não pode, sob nenhuma hipótese, estar dissociado da verdade. Muitas vezes, todavia, o julgador entende que as provas produzidas pelas partes no bojo da demanda não foram suficientes para atingir – ou chegar próximo – da verdade. Em casos que tais, se é natural para a maioria dos casos a aplicação da regra geral de ônus da prova, julgando-se improcedente o pedido do autor em virtude de não ter provado a contento o fato constitutivo de seu direito, nas ações civis públicas ambientais isso se torna preocupante.

Ora, se o artigo 225 da Constituição Federal dispõe que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo o Poder Público e a sociedade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, não restam dúvidas de que a defesa do meio ambiente

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 34.

2 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. I. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 54.

se traduz em uma questão de interesse público, de interesse do Estado, aí inserido o Estado-Juiz.

3 A NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E DE ADOÇÃO DE UMA POSTURA ATIVA DO MAGISTRADO NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

Partindo das premissas delineadas anteriormente, ousa-se afirmar que em sede de ações civis públicas ambientais o julgador não pode ignorar a natureza do bem jurídico cuja tutela é buscada, adotando uma posição de mero espectador da lide, como se os desdobramentos da demanda não atingissem muito mais do que a esfera jurídica dos litigantes. Nesse sentido, o que aqui se defende é a necessidade de o magistrado, nesses casos, adotar uma postura mais ativa na condução do processo, em nome do interesse público que ali se descortina. O que aqui se defende, mais especificamente, é a necessidade de o julgador flexibilizar a norma processual tradicional de distribuição do ônus da prova, primordialmente voltada aos direitos individuais, atuando supletivamente às partes na produção probatória.

Quando se confrontam com as técnicas processuais existentes no Código de Processo Civil certos problemas que são frutos de uma sociedade de massa (consumidor, ordem econômica, meio ambiente, etc.), em que os interesses postos em jogo são representados por um único objeto, indivisível, que interessa a titulares indeterminados sem um vínculo concreto que os una, senão, apenas a fruição do mesmo e único bem, certamente o Código de Processo Civil, tradicional, individualista e exclusivista, não conseguirá oferecer uma resposta satisfatória, ou soluções justas, com os institutos que possui, posto que estes são voltados para uma dimensão individual, tais como o litisconsórcio, a legitimidade *ad causam* e até a regra da coisa julgada *inter partes*. Por isso, é muito importante que, ao estudarmos as técnicas processuais coletivas, estejamos desnudos do pensamento individual, ou, pelo menos, reconhecendo que deve haver certa dose de esforço científico para encontrar soluções teóricas para determinadas situações coletivas, tendo em vista, aprioristicamente, as regras principiológicas de direito processual coletivo.³

3 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011. p. 67-68.

Em sede de ações civis públicas ambientais, portanto, a tradicional regra de distribuição do ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil não pode ser tomada em uma perspectiva absoluta e sempre aplicável. Nesse ponto, ganha importância o disposto no artigo 130 do CPC, *in verbis*:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Esse artigo, como se vê, permite ao juiz adentrar na atividade probatória, tendo em vista a necessidade da prova para a formação de seu convencimento. Com isso, não se pretende premiar a parte que deveria produzir a prova e se manteve inerte, pois a regra do ônus da prova continua sendo perfeitamente aplicável. O artigo 130 do CPC, em verdade, possui um caráter subsidiário, somente sendo aplicável para completar a prova já produzida, quando esta se mostre confusa ou insuficiente.

O art. 130, pois, aplicar-se-á como um *posterius* à insuficiência da prova produzida, e não tem lugar na teoria do ônus da prova. Nunca deverá o juiz subrogar-se no ônus subjetivo da parte omissa ou inerte. [...] O que ocorre é que, tendo a parte deixado de produzir, ou requerer determinada prova, o juiz, necessitando dela para sua convicção, não deverá, normalmente, determinar que ela se realize. Por outro lado, poderá ocorrer que a prova já realizada seja insuficiente e que o juiz mande completa-la.⁴

Se o autor da ação civil pública ambiental, portanto, produz provas direcionadas à comprovação do dano ambiental e sua autoria, entendendo o julgador pela sua insuficiência, poderá determinar a produção de novas provas com o objetivo de complementá-las e, assim, esclarecer a verdade dos fatos objeto de discussão. O processo não pode ser uma seara para perdas de direito ou para atribuições injustas da tutela jurisdicional. Assim, se o juiz “chegar à convicção de que pode, com grau acentuado de convicção, haver perda de direito e atribuição de bem jurídico indevidamente à outra parte, acreditamos que, possivelmente, e, cada vez mais, interpretar-se-á o sistema atrofiando-se o espaço do art. 333 do CPC”.⁵

4 ALVIM, Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 104.

5 *Ibidem*, p. 105.

O que se propõe, portanto, e com base no próprio Código de Processo Civil, é que as demandas coletivas ambientais sejam analisadas sob a ótica do interesse público, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de todos, e não simplesmente do autor da ação. Puni-lo com a declaração de improcedência da demanda, em virtude de não ter se desincumbido do ônus probatório consagrado no art. 333 do CPC significa, em verdade, deixar o meio ambiente à míngua de qualquer proteção jurisdicional e premiar o infrator, em nome de um desarrazoado apego a uma norma processual.

Se o julgador não se convence do dano e de sua autoria, então que determine a complementação da prova, com base no artigo 130 do CPC, já mencionado. Obviamente, não se está aqui a defender um ativismo deliberado e incondicionado do juiz na iniciativa probatória. Não se afigura sensato, contudo, restringir totalmente os seus poderes instrutórios para todos os tipos de demanda. Normalmente, a insuficiência probatória se resolve pela aplicação das regras que regulam o ônus da prova. Em certas situações, como nas demandas ambientais, entretanto, é preciso olhar a atividade probatória do juiz com outros olhos. Não se quer, com isso, substituí-lo no papel das partes, mas sim permitir-lhe diligenciar na busca da verdade (ou ao, menos, a sua proximidade), em prol da proteção do meio ambiente degradado, quando as provas produzidas não comprovarem o dano e sua autoria a contento.

Não se pode aceitar que o juiz, por respeito a dogmas não compatíveis com a realidade atual, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente provados, nos casos em que a iniciativa probatória por ele desenvolvida possa contribuir para melhor compreensão da matéria fática controvertida.⁶

A colheita de elementos de prova interessa tanto ao juiz quanto às partes. O Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada da forma mais justa possível. É obsoleta a idéia do juiz neutro e passivo, postura que não condiz com os anseios de uma efetiva realização de Justiça no caso concreto.

Justifica-se, portanto, a iniciativa probatória oficial. Quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica

6 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER JR., Fredie. (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 112.

do caso concreto. E somente um resultado como esse possibilitaria a verdadeira paz social.⁷

Apenas dessa forma, portanto, é que o processo efetivamente estará cumprindo o seu mister de realizar a justiça diante do caso concreto, e não simplesmente atribuindo a vitória a um dos litigantes. “O processo não é um jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito”⁸. E na defesa desse direito, quando se trata de ações civis públicas ambientais, o papel do julgador e sua atitude na condução do processo se tornam determinantes. “A proteção do meio ambiente não pode ser assegurada se ela não se fizer acompanhar de uma proteção jurisdicional efetiva, de modo que fiquem no centro do litígio as únicas verdadeiras questões – as questões de fundo”⁹.

Daí resulta, portanto, que se o juiz reputar insuficiente a prova produzida pela parte autora da ação civil pública ambiental, não poderá simplesmente julgá-la improcedente. Incumbe-lhe o dever de determinar a produção de provas para eliminar essa insuficiência, conforme permissivo do art. 130 do CPC, e então formar seu convencimento, ante a natureza indisponível do bem jurídico objeto de tutela.

O juiz pode e deve assumir uma posição ativa no processo. Quando a demanda versa interesses metaindividuais, indisponíveis por natureza, se, em face das provas produzidas, ou pelo fato de não ter sido produzida, o juiz não formar o seu convencimento, não pode julgar a ação improcedente. A possibilidade de determinar a produção da prova, disposta no art. 130 do CPC, é alçada à condição de obrigatoriedade. E essa posição ativa do juiz não fere o princípio da imparcialidade. Isso porque, ressalte-se, não se quer, aqui, que a demanda seja, sempre e sempre, julgada procedente. O que defendemos é que o juiz, diante de insuficiência de prova, determine a sua produção para bem decidir – pela procedência ou improcedência –, não podendo, na dúvida, julgá-la improcedente. E a imparcialidade

7 BEDAQUE, op. cit., p. 118.

8 Ibidem, p. 126.

9 JADOT, B. L'intérêt à agir en justice pour assurer La protection de l'environnement, p. 37, apud DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 05.

está resguardada, na medida em que o juiz não sabe, de antemão, o resultado da prova a ser produzida.¹⁰

4 CONCLUSÃO

Todas as considerações aqui tecidas não deixam dúvidas de que, em muitas situações, onde as regras tradicionais de distribuição do ônus da prova previstas no Código de Processo Civil se mostram inadequadas à tutela dos interesses coletivos, um juiz ativo pode exercer um papel determinante para o sucesso das ações civis públicas ambientais. E sucesso, nesse caso, não é sinônimo da necessária declaração de procedência da ação e de uma responsabilização civil a qualquer custo. Sucesso, aqui, significa tão somente a prolação de uma sentença efetivamente justa, condizente com a verdade trazida pelas partes e, quando necessário – por que não? – complementada pelo juiz. Significa, primordialmente, a adoção de uma postura mais preocupada com o direito material em litígio e a sua extrema relevância para todos.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER JR., Fredie. (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. I. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

10 SOUZA, Luiz Antônio de. A tutela jurisdicional coletiva e sua efetividade. In: MILARÉ, Edis (Org.). *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 543.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Luiz Antônio de. A tutela jurisdicional coletiva e sua efetividade. In: MILARÉ, Edis (Org.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.