

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO III - NÚMERO IV

1º SEMESTRE 2017

**DERECHO ANTE LOS DESAFIOS
DE LA GLOBALIZACIÓN**

Lisboa
Editorial Juruá
2017

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO III, Nº IV, 1º SEM. 2017



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com/revistaconsinter/
e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00004.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

COLABORADORES:

Alexandra Barbosa Campos de Araújo
Aloísio Krohling
Antônio Carlos Efig
Carlos Eduardo Koller
Carlos Mauricio López Cárdenas
Deilton Ribeiro Brasil
Edna Raquel Hogemann
Eduardo Manuel Val
Faena Gall Gofas
Felipe Dalenogare Alves
Francisco Ortego Pérez
Gisele Alves Bonatti
Igor Fernando Ruthes
Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte
Juan José Fernández Domínguez
Julia Scárdua Maria
Leticia Mottin

Luigi Bonizzato
Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff
Manuel Rodrigues de Sousa Junior
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Maria Cristina de Brito Lima
María José Corchete Martín
Mário Luiz Ramidoff
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Natalia Caicedo Camacho
Natália de Souza e Mello Araújo
Nivea Corcino Locatelli Braga
Océlio de Jesus Carneiro de Morais
Rosana Helena Maas
Simone Letícia Severo e Sousa
Tatsiana Ushakova
Waldemar Hummer

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

A RESSIGNIFICAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NA DEFESA COLETIVA DO MEIO AMBIENTE: ASPECTOS PROCESSUAIS NAS AÇÕES COLETIVAS

THE RESIGNIFICATION OF THE BURDEN OF PROOF IN THE COLLECTIVE ENVIRONMENT PROTECTION: PROCEDURAL ASPECTS IN THE CLASS ACTIONS

DOI: 10.19135/revista.consinter.00004.19

*Deilton Ribeiro Brasil*¹

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a norma processual como fundamento basilar do Estado de Direito Ambiental estruturado em uma democracia ambiental, amparada em uma legislação que encoraje e estimule o exercício da responsabilidade solidária popular via participação na formulação e execução das políticas ambientais e o acesso ao Poder Judiciário por meio de mecanismos processuais que visem o controle legal do uso racional do patrimônio natural na proteção ambiental. Dessa forma, a cidadania ambiental pode ser exercida também no âmbito judicial, não só como parte legitimada para a propositura da ação, mas também no contraditório e na participação da distribuição dinâmica das provas no processo civil ambiental com o objetivo de proporcionar a melhor compreensão do juiz sobre o tema em litígio, harmonizando o problema à realidade local e demonstrando dimensões quanto ao futuro. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método descritivo-analítico que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

¹ Pós-Doutorando em Direito junto à Universidade de Ljubljana, Eslovênia. Doutor em Direito pela UGF – RJ. Mestre em Direito pela FDMC – MG. Professor do PPGD – Mestrado em Direito “Proteção dos Direitos Fundamentais” e Graduação da Universidade de Itaúna (UIT) e do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN).

Palavras-chave: Ônus da prova; Acesso à Justiça; Novo Código de Processo Civil; Ações coletivas; Proteção do Meio ambiente.

Abstract: The present article has for objective analyzing the procedural norm as a base fundament of the State of Environmental Law structured in an environmental democracy, supported by a legislation that encourages and stimulates the exercise of popular solitary responsibility by participation in the creation and execution of environmental policies and the access to the Judiciary Power by means of procedural mechanisms that aim the legal control of the rational use of the natural patrimony in the environmental protection. This way, the environmental citizenship can be exercised also in the judicial scope, not only as a legitimate part for the proposal of action, but also in the contrary and in the participation of dynamic distribution of burden of proof in the environmental civil procedure with the objective of providing a better comprehension of the judge of the subject in question, harmonizing the problem to the local reality and showing dimensions of the future. It is a theoretical-bibliographical-natured research guided by a descriptive-analytical method which had instructed the analysis of constitutional and infraconstitutional laws, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords: Burden of proof; Access to Justice; New Civil Procedure Code; Class actions; Environmental protection.

1 INTRODUÇÃO

Segundo Bazzaneze (2012, p. 56), com o advento da Constituição Federal de 1988, passou-se a privilegiar um modelo garantista de jurisdição, voltado à proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos. Nessa esteira emerge a noção de processo justo, que, preocupada com a efetividade do processo e a viabilidade da obtenção da tutela do direito material, torna insuficiente a simples prestação de ações estatais destinadas a ofertar o acesso à Justiça. Para que o processo seja reputado como equo e justo, deve-se observar as garantias, os princípios e as regras dispostas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais (NCPC, art. 1º), conformando, por conseguinte, os preceitos maiores do devido processo legal e do acesso à Justiça.

A regra geral de distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro, prevista no art. 333 do CPC/1973, reparte o encargo probatório entre as partes conforme a posição processual e a natureza dos fatos objeto de prova, consagrando, assim, uma distribuição estática, estabelecida previamente e sem qualquer relação com o caso concreto (OLIVEIRA, 2014, p. 14).

Também para Bazzaneze (2012, p. 62-63) é bastante comum essa desigualdade material que permeia o ônus da prova, uma vez que o art. 333, I e II do CPC/1973 é de cunho abstrato, que não permite ao aplicador do direito amoldá-lo à realidade, inutilizando, então, o acesso à Justiça aumentando a possibilidade de um julgamento injusto.

Sobre esse julgamento injusto, Didier Júnior, Braga, Oliveira (2007, p. 61) enfatizam que:

[...]

nosso CPC acolheu a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica), distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório. Sucede que nem sempre o autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, vêem-se diante de prova diabólica. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento). É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus da prova atrofia nosso sistema e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos.

Visto isso, restariam violados, flagrantemente, a garantia do devido processo legal substantivo, o direito ao acesso à Justiça e, ainda, ao direito ao processo justo, significando uma aplicação inconstitucional das normas processuais civis. Ademais, pode-se afirmar que o ônus da prova, nesse contexto, evidencia uma restrição oculta de acesso à Justiça, pois inutiliza o processo ao impedir o direito de prova do litigante (KNIJNIK, 2006, p. 943-944), (BAZZANEZE, 2012, p. 63-64).

2 DA METODOLOGIA UTILIZADA

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema – como o arcabouço jurídico que pavimenta a teoria da dinamização do ônus da prova, o princípio do acesso à justiça, da isonomia das partes, da boa-fé dentre outros. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre

um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

3 A RESSIGNIFICAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Segundo Marinoni (2007, p. 12), a regra do ônus da prova está diretamente relacionada com a formação do convencimento judicial. Ao considerar o direito material em litígio, o juiz pode atenuar ou inverter o ônus probatório. Se o juiz, para decidir, deve passar por um contexto de descoberta, é necessário que ele saiba não apenas o objeto que deve descobrir, mas também se esse objeto pode ser totalmente descoberto e qual das partes está em reais condições de esclarecê-lo. O convencimento judicial somente pode ser pensado a partir do módulo de convencimento próprio a uma específica situação de direito material, pois o juiz apenas pode se dizer convencido quando sabe até onde o objeto do seu conhecimento pode ser esclarecido, assim como qual das partes pode elucidá-lo.

Para Yoshikawa (2012, p. 120), o ônus da prova possui dois aspectos. Sob o aspecto objetivo, dirige-se ao juiz, determinando de que modo ele deve julgar caso não sejam reputados provados (= valoração) os fatos relevantes alegados pelas partes. Estabelece qual dos litigantes há de sofrer as consequências negativas da falta de prova deste ou daquele fato, pois alegar e não provar é como não alegar.

Por sua vez, sob o aspecto subjetivo o ônus da prova volta-se para as partes, advertindo-as, como exige o contraditório (que se desenvolve não apenas entre as partes, mas igualmente entre estas e o juiz), das consequências da não demonstração dos fatos alegados e consequentemente estimulando-as a participar da instrução probatória (YOSHIKAWA, 2012, p. 120).

A distribuição da carga dinâmica da prova promove a isonomia das partes (NCPC, art. 139, I), do mesmo modo, o princípio da solidariedade que se traduz no dever dos litigantes contribuírem com a descoberta da verdade (NCPC, arts. 77, I e 378), na exigência da litigância de boa-fé (NCPC, arts. 77, 142 e 311, I) e no dever de prevenir ou reprimir atos contrários à dignidade da justiça (NCPC, art. 139, III), pois ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza (NCPC, art. 378).

O ônus da prova seria distribuído, como o próprio nome diz, de maneira dinâmica e em cada caso concreto, de acordo com os seus mati-

zes conformadores, a fim de que seja atribuído a quem tenha maior facilidade para satisfazê-lo (GAGNO, 2015, p. 119).

Dessa forma, é importante consignar que a inversão do ônus seria uma técnica distinta da distribuição dinâmica, não só por uma suposta diferença existente nos seus requisitos autorizadores e no seu âmbito de incidência, como também pelo fato de se entender que no caso da distribuição dinâmica não ocorreria inversão, por inexistir um ônus previamente fixado, que pudesse ser invertido (GAGNO, 2015, p. 119), (CREMASCO, 2009, p. 75-76), (CAMBI, 2006, p. 341).

Para Gagno (2015, p. 120) o exame para se saber sobre a necessidade de se aplicar a distribuição dinâmica pressupõe um prévio exame das dificuldades que a parte terá para cumprir o ônus tradicional, permitindo-se concluir pela existência de um ônus prévio que poderá ser redistribuído ou invertido conforme as características do caso; se isto não ocorresse, seria o mesmo que defender uma consequência sem causa.

Nesse sentido, Cremasco (2009, p. 76) preleciona que:

A carga dinâmica, por sua vez, não sofre limitações decorrentes de previsão legislativa e tem uma aplicação mais geral, voltada para todo e qualquer tipo de processo no qual o regramento estático se mostre insuficiente ou inadequado e desde que um dos litigantes tenha maior facilidade ou esteja em melhores condições de produzir a prova respectiva.

Dessa forma, a organização das atividades probatórias deve ocorrer, preferencialmente, antes do início da fase instrutória do processo de conhecimento quando do saneamento e da organização do processo (NCPC, art. 357, III). A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve estar assentada nos valores da solidariedade e da boa-fé processuais (CAMBI, 2015, p. 97).

Por isso, o art. 373, § 1º, do NCPC assevera que a decisão que aplica a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser rigorosamente fundamentada (CF, art. 93, IX). Além disso, a decisão judicial deverá ter em consideração “*fatores culturais, sociais e econômicos, bem como princípios e valores contemporâneos*” e dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (NCPC, art. 373, § 1º), (CAMBI, 2015, p. 100).

Em outras palavras, a inversão do ônus da prova deverá oportunizar ao novo onerado a sua satisfação, ou seja, ainda que a conclusão

pela distribuição dinâmica ocorra ao final da fase instrutória, esta deverá ser retomada, com a intimação do novo onerado para produzir a prova que lhe cabe, com a expressa identificação da fonte e do meio de prova pertinentes, sob pena de violação dos princípios do contraditório e ampla defesa, boa-fé e cooperação processual (GAGNO, 2015, p. 121).

A preocupação com a colaboração (ou cooperação) e com o diálogo processual deve estar presente durante todo o processo, não devendo ser utilizada, pelo magistrado, somente na fase decisória. A colaboração mostra-se presente no art. 357, § 1º do NCPC, o qual assegura às partes a possibilidade de solicitar esclarecimentos ou influir na decisão de saneamento. Tais mecanismos visam assegurar a justiça do caso que tem por escopo uma decisão de mérito justa e efetiva (NCPC, art. 6º).

Dessa forma, o diálogo aparece, portanto, no texto normativo como pressuposto inerente a essa cooperação processual. Tanto é assim que o juiz não pode proferir decisão contra uma das partes sem antes lhe conceder a oportunidade para manifestação, nem tampouco surpreender os litigantes, decidindo com base em fundamento a respeito do qual eles não tenham sido ouvidos. Trata-se da vedação da decisão surpresa, mesmo nas hipóteses em que o magistrado pode decidir de ofício (NCPC, arts. 9º e 10), (DOTTI, 2015).

Também há a possibilidade de convenção entre as partes acerca do ônus da prova. Versando o processo sobre direitos que admitam auto-composição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre o ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo (NCPC, art. 190). Na situação específica da distribuição diversa do ônus da prova por convenção o legislador excepcionou somente duas situações quando: recair sobre direito indisponível da parte e tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (NCPC, art. 373, § 3º, incisos I e II).

Nesse caso, o inciso II do art. 373, § 3º do NCPC veda a inversão convencional do ônus, que acarrete a imposição de uma responsabilidade impossível de ser satisfeita, o que permite concluir, que de igual modo, quando as circunstâncias fáticas tornarem impossível a demonstração de determinado fato por uma das partes, deverá ser invertida esta responsabilidade se a outra tiver possibilidade de assim proceder (GAGNO, 2015, p. 135), (KNIJNIK, 2006, p. 944), (CREMASCO, 2009, p. 97).

Não restam dúvidas quanto aos benefícios da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Contudo, para a sua melhor compreensão

e análise de sua potencialidade no direito processual civil brasileiro, impõe-se maior detalhamento, principalmente quanto aos possíveis limites de sua aplicação (BAZZANEZE, 2012, p. 81).

Knijnik (2006, p. 947-948) adverte que existem limites materiais e formais para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova que consistem em:

Para os limites materiais: o litigante dinamicamente onerado deve se encontrar em posição privilegiada, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição de revelar a verdade (NPC, art. 373, § 1º).

O ônus dinâmico não pode ser aplicado simplesmente para compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas única e tão somente para evitar a formação da probatio diabolica diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e do direito material a ser tutelado. O importante é que com a dinamização do ônus da prova não se consagre uma probatio diabolica reversa (NCPC, art. 373, § 2º).

Para os limites formais: a decisão que aplica o art. 373, § 1º do NCPC, deve ser fundamentada, sob pena de ser nula (CF, art. 93, IX), e não pode se dar na sentença, para não retirar a oportunidade da parte de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, sob pena de violar a garantia constitucional do contraditório, não dando chances às partes a produção da prova contrária. Com efeito, se o magistrado pretender dinamizar o ônus, deverá, previamente, intimar as partes a respeito, fundamentando a decisão, para que não se promova a retroatividade oculta, com prejuízo do princípio da segurança jurídica.

Portanto, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é legítima perante o direito brasileiro, quando a distribuição estática, contida no art. 333 do CPC/1973 ou no art. 373, caput, do NCPC, redundar em probatio diabolica, revelando-se uma vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário, tornando-o inútil à ação judiciária na tutela dos direitos materiais.

Na mesma linha, Greco (2005, p. 48) afirma que eventual encargo diabólico reverso pode representar manipulação probatória, comprometendo, por conseguinte, a imparcialidade do juiz. O importante é que as regras sobre o ônus da prova não sejam manipuladas para tornar impossível a prova dos fatos, mas ao contrário, para tornar efetivo o direito de cada uma das partes de que sejam produzidas todas as provas que possam lhe interessar. Se nenhuma das partes tem facilidade de acesso à

prova, a inversão pode representar a escolha ideológica do perdedor, o que compromete irremediavelmente a imparcialidade do juiz. Nesse caso, o juiz deve usar os seus poderes de iniciativa probatória, para tentar ir em busca das provas que não estão ao alcance das partes.

Ademais, a parte que se sentir prejudicada, com a redistribuição do ônus da prova, pode interpor agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015, XI). Com isso, não se prejudica o exercício das garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), onde se inclui o direito à produção da prova contrária.

Knijnik (2006, p. 945) diz ainda que se foi o tempo em que o simples fato de haver uma previsão legal vista sob um panorama estrito, garantia segurança. Segurança hoje é saber que sua causa será decidida conforme os valores de justiça humana e constitucional, o que implica inexoravelmente numa distribuição ponderada e refletida dos ônus processuais em geral.

Permitir que a parte tenha o seu hipotético direito violado, pelo fato dela não dispor de uma fonte de prova que se encontre em poder de outro litigante, significa impor um ônus desproporcional à essa parte, em flagrante violação ao devido processo legal substantivo, que não significa a simples aplicação do procedimento legal, mas sim, um processo ético e justo, que respeite os princípios constitucionais e prime pela razoabilidade e efetividade no plano material, para qual o processo é feito (BEDAQUE, 2003, p. 20).

Inegável, portanto, que a definição prévia da distribuição do ônus probatório é uma exigência do princípio ou postulado da segurança jurídica, que é inerente ao Estado Democrático de Direito, que impõe seja garantida uma dose razoável de previsibilidade na aplicação da regras jurídicas, mormente por agentes estatais, como é o caso do juiz, cuja função no processo de conhecimento é produzir uma norma individual e concreta que passará a disciplinar a relação jurídica existente entre as partes litigantes (YOSHIKAWA, 2012, p. 126).

A prévia e clara atribuição do ônus da prova às partes, dessa forma, é conduta que se afeiçoa ao assim denominado princípio de confiança legítima, que pode ser tido como expressão do direito fundamental à segurança – consagrado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal brasileira – e que apresenta como uma de suas vertentes a exigência de previsibilidade do direito. Ele é tido como uma imposição não apenas ao legislador e ao administrador, mas bem ainda ao Judiciário, sabido que a ati-

vidade dos Tribunais podem também ser causa de incerteza e de um sentimento de insegurança para os jurisdicionados (YARSHELL, 2009, p. 92), (YOSHIKAWA, 2012, p. 126-127).

Ademais, a proibição do *non liquet*, ou melhor, a proibição de julgar o mérito da causa com base apenas nas impressões do juiz a respeito da verossimilhança das alegações ou na credibilidade das partes, poderia ser contornada se o julgador, não se convencendo quanto a nenhuma das versões fornecidas pelas partes, não sabendo a quem dar razão, simplesmente extinguisse o processo sem julgamento de mérito (YOSHIKAWA, 2012, p. 119).

A extinção do processo sem julgamento de mérito, como não produz coisa julgada material, não impede a parte vencida de propor novamente a mesma ação, o que compromete a eficácia do processo como meio de composição dos litígios (= prevalência do escopo social do processo). Imagine-se, por exemplo, qual seria o reflexo para as partes se um julgamento de mérito somente fosse proferido no terceiro ou quarto processo instaurado, depois de vários julgadores, de primeira e segunda instâncias, declararem inexistir prova que autorize decisão em um ou outro sentido. A jurisdição não cumpriria sua elevada missão. Haveria uma verdadeira denegação de justiça. Assim, as regras sobre o ônus da prova têm dupla finalidade: impedem decisões arbitrárias por parte do juiz, fundadas em suas preferências ou preconceitos pessoais, ao mesmo tempo em que evitam o *non liquet*, que representaria inadmissível renúncia ao exercício da jurisdição (YOSHIKAWA, 2012, p. 119-120).

A adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não significa um abandono dos critérios clássicos de distribuição do ônus da prova, que devem ser preservados e seguidos pelos sujeitos processuais, podendo, contudo, ser flexibilizados nas hipóteses em que a parte onerada encontra-se impossibilitada de apresentar a prova que lhe incumbe por razões alheias à sua vontade. Trata-se, assim, de um aperfeiçoamento do regime de distribuição do ônus probatório, em que os encargos probatórios podem ser dinamizados quando os critérios tradicionais forem insuficientes para a adequada tutela dos direitos invocados (ZANFERDINI; GOMES, 2008, p. 25), (OLIVEIRA, 2014, p. 22).

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova reforça o senso comum e as máximas da experiência ao reconhecer que deve provar quem está em melhores condições de demonstrar o fato controvertido, evitando que uma das partes se mantenha inerte na relação processual porque a dificuldade da prova a beneficia (CAMBI, 2006, p. 342).

4 A NECESSIDADE DE UM PROCESSO CIVIL AMBIENTAL

Conforme Tessler (2004, p. 167), o Direito Ambiental se apresenta como carecedor do tratamento diferenciado, se considerado como direito difuso, assim, o direito ao meio ambiente deve ser tutelado por meio de um processo coletivo, estruturado de forma a assegurar o direito fundamental à sua inviolabilidade, logo, para se falar em tutela jurisdicional efetiva do ambiente exige-se técnica processual adequada e procedimento compatível.

Staffen e Bodnar (2010, p. 96) defendem ainda que o devido processo legal substancial aplicado ao meio ambiente deve ser construído a partir da concretização dos direitos e garantias fundamentais e da participação dos cidadãos nos procedimentos administrativos e judiciais.

A participação popular no processo, seja através da audiência ou outro meio jurisdicional, proporcionará a melhor compreensão do juiz sobre o tema em litígio, harmonizará o problema à realidade local e demonstrará dimensões quanto ao futuro. Assim, a participação como prova atípica traduz a democratização e efetivação de uma decisão jurídica e social que contempla a Justiça ambiental (KÖHLER, 2014, p. 125).

Entretanto, a participação popular e o interesse coletivo nas ações ambientais tornar-se-ão ineficazes se imobilizados pelo regime estático de distribuição da prova adotado pelo Código de Processo Civil Brasileiro. O art. 333 do atual CPC impõe: ao autor da ação, comprovar “*os fatos constitutivos do seu direito*”; e ao réu, “*a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor*”. Trata-se de uma visão privatista da prova, que não contempla obstáculos técnicos, científicos, econômicos, sociais e até mesmo jurídicos. Isso acaba criando uma barreira estrutural que impede o alcance da concepção de justo (KÖHLER, 2014, p. 130), (BRASIL, 1973)

Importante salientar que o legislador deu especial atenção quanto à necessidade de uma maior efetividade processual no campo da distribuição da prova corrigindo a aludida distorção estabelecendo uma nova dinâmica. Isso porque, o art. 373 da Lei 13.105 de 16.03.2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil recepcionou no direito processual o instituto da inversão do ônus da prova em seu § 1º que preceitua o seguinte:

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. (BRASIL, 2015)

O dispositivo ressalta também a necessidade de fundamentação específica da decisão judicial que tratar sobre o tema. Além disso, o § 2º do aludido art. 373 do NCPC dispõe que a decisão de redistribuição do ônus da prova não pode gerar “*situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil*”. Importante ainda mencionar o § 3º que trata sobre a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes é possível no novo Código de Processo Civil, salvo quando “*recair sobre direito indisponível da parte*” ou “*tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito*”. O § 4º diz ainda que “*a convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo*” (BRASIL, 2015).

Köhler (2014, p. 130), ainda registra que a proposta de audiência participativa difere das audiências públicas como mecanismo jurisdicional previsto na Lei 9.868/1999 que “*dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal*”, e na Lei 9.882/1999 que “*dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal*”. Os principais pontos divergentes são: a abertura popular nos processos coletivos ambientais em qualquer grau de jurisdição; e a possibilidade de qualquer cidadão participar, sem a exigência da “*experiência e autoridade na matéria*” como estabelecida nas leis em apreço (BRASIL, 1988, 1999a, 1999b).

Também para Neves (2013, p. 17), em se tratando das ações diretas no controle concentrado de constitucionalidade, a tradicional afirmação de que essas versam exclusivamente sobre matéria de direito, de forma que bastaria ao Supremo Tribunal Federal a verificação da norma questionada à luz da norma constitucional superior já não se mostra mais pertinente, especialmente porque o art. 9º, § 1º da Lei 9.868/1999 prevê que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (BRASIL, 1999a).

A audiência participativa visa colher informações e provas não só de cidadãos com experiência na área discutida no processo, mas alcançar um debate mais amplo e aproximar conhecimentos tradicionais aos científicos, ou seja, permitir a manifestação da inteligência coletiva. Tem-se que a participação social pelo processo civil reflete na instrução do feito, uma vez que as partes e demais interessados poderão agir nessa esfera. Com isso, torna-se essencial relacionar as características do Estado Democrático de Direito do Ambiente à atuação do julgador e à nova roupagem que o conteúdo probatório passa a assumir nas questões que afetam o equilíbrio ambiental (KÖHLER, 2014, p. 125-129).

Nesse sentido, o Projeto de Lei 5139/2009 em trâmite no Congresso Nacional, de autoria do Poder Executivo, disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Seus objetivos, extraídos da exposição de motivos, em linhas gerais são adequar a ação civil pública “*ao comando normativo da Constituição*” e as regras coletivas “*às significativas e profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, para o fim de prever a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania*”. O texto ainda autoriza o juiz a distribuir “*a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração*”.

O Projeto de Lei em questão também prevê a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica:

Art. 30. *O juiz poderá, observado o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.*

§ 1º *A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da empresa.*

§ 2º *A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e execução.*

§ 3º *Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.*

Outros dispositivos de grande importância são os incs. IV, V e VI do art. 20 do Projeto de Lei 5.139/2009 que determina que o juiz “*distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração (IV)*” podendo ainda “*distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas (V)*” e também “*poderá, a todo o momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa (VI)*” buscando assim, a efetivação do sobre- princípio da boa-fé processual. As partes devem ter ciência e transparência de todo o procedimento.

Para Köhler (2014, p. 132), a legislação ambiental vigente não prevê a inversão do ônus da prova, porém, tem sido entendido que a base legislativa é encontrada nos ditames do inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor (CDC). A proteção jurídica dos direitos difusos e coletivos, que engloba o bem ambiental, pode ter a aplicação da inversão do ônus da prova do CDC por conter um caráter de direito processual. Isso significa dizer que através de uma interpretação sistemática, o art. 21 da Lei 7.343/1985 (que disciplina a ação civil pública) ao referir o Título III do CDC admite a utilização das normas processuais desse código nas ações civis públicas. Há uma horizontalidade entre os dois diplomas, pois juntos compõem um sistema processual coletivo (BRASIL, 1985, 1990).

Rodrigues (2011, p. 237), Badr e Barbosa Júnior (2014, p. 167) são enfáticos ao atribuírem o mecanismo de presunção *iure et de iure* em favor do meio ambiente. Segundo os autores, a aplicação deve ficar restrita aos “*casos de hipossuficiência científica, por outro lado é certo que, a técnica processual de inversão do ônus da prova, praticada pelo juiz no curso da demanda, poderá ser exercida em qualquer ação*”. A jurisprudência brasileira tem seguido o caminho de aceitar a inversão do ônus da prova no âmbito da proteção ambiental, seja com base no Código de Defesa do Consumidor, seja com base nos princípios da precaução e preven-

ção, que alicerçam a exigência constante no art. 225, § 1º, IV da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Os referidos princípios traduzem a coerente ideia de que evitar danos ambientais é melhor que remediá-los, não por isso, mas pela obviedade de que nem todos os danos ambientais são suscetíveis de reparação nos moldes do *nemo potest cogi ad factum* previsto no Código Napoleônico pelo qual toda obrigação de fazer ou não fazer se resolve em perdas e danos (TESSLER, 2004, p. 163-170). Em suma, sua finalidade é evitar que o dano possa chegar a produzir-se, para tanto, é necessário privilegiar medidas preventivas (TESSLER, 2004, p. 168).

5 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS GARANTIDORES DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Silva Neto (2009, p. 165), Coelho e Ferreira (2011, p. 75-76), Leite (2007, p. 165) descrevem os mecanismos de participação popular na tutela do meio ambiente: a participação de criação de direito ambiental, via participação da formulação e execução das políticas ambientais, e, ainda por meio da participação via acesso ao Poder Judiciário. Percebe-se de imediato: I – a importância da iniciativa popular (art. 61, *caput* e § 2º, CF/88) para que se possa conseguir a criação de uma legislação ambiental específica; II – não obstante, avulta a importância da sociedade civil em órgãos responsáveis pela formulação de diretrizes e pelo acompanhamento de execução de políticas públicas; III – o último mecanismo é o acesso amplo ao Poder Judiciário para a discussão de controvérsias acerca do meio ambiente (BRASIL, 1988).

Santin e Dalla Corte (2011, p. 240-247) destacam a ação popular ambiental como mecanismo jurídico de tutela existente que tem o escopo de proteger o meio ambiente. Tal remédio constitucional permite a participação dos cidadãos na gestão sustentável do meio ambiente em decorrência da democracia ambiental. Em linhas gerais, ela dá margem para que todos os cidadãos sejam legitimados para anularem ou declararem nulos atos lesivos contra o meio ambiente – nesse caso, pois com a análise completa do art. 5º, inc. LXXIII, da CF/88, verifica-se que esse mecanismo é dotado de diferentes objetos (proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural), (BRASIL, 1988).

A Lei 4.717/1965 que regula a ação popular na defesa do patrimônio público ainda prevê a possibilidade de concessão de medida liminar (§ 4º do art. 5º) do ato lesivo impugnado. O art. 18 estabelece que a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*, exceto no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Outro ponto positivo é o fato de que, as partes só pagarão custas e preparo a final (art. 10), facilitando, com isso, o acesso à justiça. O art. 12 diz que “*a sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como os honorários de advogado*” (BRASIL, 1965).

A propositura da ação popular não exclui a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública em matéria ambiental, já que o art. 1º da Lei 7.347/1985 estabelece que as suas disposições regem-se sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados; ademais, esta tem o propósito de anular ato lesivo ao patrimônio das pessoas elencadas no art. 1º da Lei 4.717/1965, enquanto que a ação civil pública visa responsabilizar os causadores de danos (morais e materiais) aos interesses difusos e coletivos. Registra-se, que após o ajuizamento da ação popular, obtendo-se sucesso na anulação do ato lesivo, se este ato teve como consequência danos ao meio ambiente, a reparação do dano deverá ser exigida com o ingresso no âmbito judicial da ação civil pública que tem por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º). E os legitimados para a propositura da ação civil pública (principal ou cautelar) estão elencados no art. 5º da lei. Também “*não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais*” (art. 18 da Lei 7.347/1985), (BRASIL, 1965, 1985).

Coelho e Ferreira (2011, p. 76) ressaltam que a presença de tais institutos referentes ao Estado Democrático de Direito não garante, por si só, sua plena efetividade. Para que qualquer um deles seja efetivo e eficiente, é necessário que haja mobilização social, no sentido político da palavra, além, é claro, de educação para que as pessoas tenham consciência, obtenham informação e participem para a melhor efetivação dos institutos.

Nesse contexto, Sarlet (2001, p. 62-63) ainda salienta que os direitos fundamentais exercem função decisiva em um e, principalmente,

no nosso regime democrático, haja vista agir como um garantidor dos direitos das minorias antes aos eventuais desvios de poder praticados pela maioria detentora do poder; registra-se, portanto, a efetiva liberdade de participação. Assim, busca-se estabelecer um real elo entre a eficácia dos direitos fundamentais e a construção de um verdadeiro espaço de participação cidadã.

Essa participação para Leite (2012, p. 181) redundará na transparência do processo e legítima a decisão ambiental, contribuindo de maneira profunda para conscientização da crise ambiental. Com efeito, através da participação, observa-se uma via de mão dupla: Administração e Sociedade Civil, considerando que o meio ambiente não é propriedade do Poder Público, exigindo máxima discussão pública e garantia de amplos direitos aos interessados. O apoio da coletividade nas decisões ambientais resultará em uma Administração mais aberta e menos dirigista. Contudo, a democracia ambiental participativa e solidária pressupõe, ainda, um cidadão informado e uma coletividade que detenha componente indispensável a educação ambiental.

Desse modo, percebe-se que a concepção de Estado de Direito Ambiental se trata de um projeto político que traz em seu bojo todos os anseios e aspirações para a proteção não só do meio ambiente, mas de todos os demais direitos e garantias fundamentais não efetivados por inércia ante a necessidade de participação popular (COELHO; FERREIRA, 2011, p. 76-77).

A participação é o ponto de partida para a proteção efetiva do meio ambiente. Ninguém vai salvar o planeta sozinho, pois somente o engajamento de todos na gestão dos recursos naturais e do potencial ecológico do planeta é que garantirá um projeto civilizatório mais promissor para o futuro da humanidade. E mais, a realização da justiça ambiental, também no plano de coexistência, não pode prescindir da participação direta dos cidadãos, não apenas pela quantidade de direitos fundamentais e interesses legítimos em rota de colisão (habitação, trabalho, cultura, lazer, propriedade), mas principalmente pela conscientização geral fomentada pelas decisões e procedimentos. Por isso, destaca-se que a construção da decisão em matéria ambiental não pode prescindir da efetiva participação, especialmente considerando as necessárias imbricações dos fatores econômicos, políticos e sociais. A interação desses fatores potencializa o interesse da população na construção das decisões, quer seja no plano legislativo, administrativo ou judicial (BODNAR, 2010, p. 210).

Nessa linha, Bachelet (1995, p. 38) enfatiza a nota da indisponibilidade e da obrigatoriedade do dever de proteção do ambiente ao destacar que, enquanto o titular de um direito pode utilizá-lo ou não, o dever não pode ser descumprido ou negligenciado. O dever impõe-se por si mesmo e faltar ao dever é um erro, ao passo que negligenciar um direito que temos é, em alguns casos, prova de magnanimidade e de generosidade.

A participação nos processos coletivos ambientais inclui uma nova e relevante dimensão, que é a participação pelo processo. Nessa ótica, a cidadania ambiental pode ser exercida também no âmbito judicial, não só como parte legitimada para a propositura da ação, mas também como influência no contraditório e na participação de provas. Em outras palavras, a participação no processo refere-se à atuação endoprocessual dos sujeitos parciais e materializa-se na garantia do contraditório, que assegura às partes, por um lado, o direito de formular pedidos, apresentar alegações e produzir provas e, por outro lado, consiste no direito de tomar conhecimento e de reagir às alegações e às provas requeridas ou produzidas pela outra parte (BAHIA, 2013, p. 326).

Mirra (2010, p. 170) também sustenta que a participação social, como princípio coletivo abrange por certo a participação no processo, ao lado da participação pelo processo. Já a publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessam à comunidade, diz respeito não apenas à tradicional informação às partes dos atos e termos do processo como também a comunicação pública da propositura da demanda e de eventuais incidentes e ocorrências processuais, a fim de permitir a intervenção no feito de outros sujeitos legitimados para a causa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inversão do ônus da prova, instituto processual que surgiu com advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11.09.1990), cujo objetivo é facilitar o acesso dos consumidores ao Poder Judiciário, nivelando a hipossuficiência do consumidor nas relações de consumo.

O art. 373, §§ 1º e 2º do NCPC recepcionou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova conferindo um importante instrumento conferido ao juiz de busca da verdade material nas hipóteses de impossível ou excessivamente difícil a produção da prova pela parte a quem originariamente recairia tal encargo dando relevo aos princípios do acesso à justiça, do contraditório e da igualdade material.

Poderes instrutórios e inversão do ônus não são técnicas que se excluam, mas pelo contrário se complementam, uma vez que pode ocorrer da prova determinada de ofício estar acessível apenas a quem não fosse inicialmente onerado, neste caso, o juiz se valerá do poder instrutório oficial, determinando a sua exibição e ao mesmo tempo da inversão do ônus, de modo a forçar a parte que detém a prova a exhibi-la (GAGNO, 2015, p. 136).

No que se refere aos requisitos para a inversão, desnecessária a verossimilhança das alegações, vez que esta gera um fluxo normal do ônus da prova e não uma espécie de inversão. Desse modo, quando da inversão deverá o juiz verificar se é provável que a parte contrária tenha meios de produzir a prova objeto da inversão, sob pena de se criar uma *probatio diabolica* indesejada (NCPC, art. 373, § 2º), (GAGNO, 2015, p. 136-137).

Devido ao caráter subsidiário e excepcional, a técnica da dinamização do ônus da prova somente deverá ser aplicada judicialmente quando o juiz perceber eventual possibilidade de desfecho injusto para o processo, decorrente da necessidade de tomada de decisão exclusivamente com base nas regras ordinárias de distribuição dos encargos probatórios, para que se torne uma técnica processual capaz de promover a isonomia entre as partes e, assim, efetivar decisões justas, isto é, que assegurem a tutela judicial do direito material violado. Na mesma linha de raciocínio, Rodrigues (2015, p. 56), Cambi (2015, p. 109).

Ainda quanto à alteração dos encargos probatórios, embora possa ser determinada *ex officio* pelo juiz (NCPC, art. 370), é obrigatório o prévio debate o tema, é necessária a prévia participação dos interessados, que poderão fornecer elementos para convencer o magistrado sobre qual a regra de julgamento mais adequada ao caso *sub judice*. Assim, as partes se tornam, sob certo aspecto, também coautoras da nova regra de julgamento, legitimada pela participação e pelo debate cooperativo. Dessa forma, a hipótese paradigmática de dinamização surge como mais um resultado possível na antiga busca pelo equilíbrio entre a segurança e a previsibilidade (de um lado) e a justiça do caso concreto (de outro). Na mesma esteira, Silva Neto (2015, p. 409-410).

Importante registrar que dinamizar não é o mesmo que inverter os ônus probatórios. Embora o termo *inversão* esteja consagrado em nossa tradição jurídica, inversão propriamente não ocorre, pois nem sempre são transferidos todos os ônus probatórios de uma parte à outra; transfere-se apenas o ônus de provar determinadas circunstâncias de fato, notada-

mente àquelas sobre as quais recai uma situação de desigualdade na produção da prova e de extrema dificuldade na sua busca pela parte onerada. A *inversão* significa a transferência integral do *onus probandi*, o que causará, no mais das vezes, a *probatio diabolica* reversa. Seja como for, importa destacar que a denominada *inversão*, para ser constitucional, deve ser, em sua essência, uma dinamização. A funcionalidade da dinamização extrai-se dos benefícios que provoca para a formação do juízo de fato, na medida em que provoca a otimização de esforços na busca pelo material probatório, o que tem por inarredável consequência o alcance dos fins primordiais do processo: a tutela dos direitos, a realização da justiça e a pacificação social (CARPES, 2008, p. 157-159).

O art. 225 da Constituição Federal impõe a todos o dever de defender e preservar o meio ambiente e determina as condutas e atividades que sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais, administrativas e civis (art. 225, § 3º). Cabe à legislação infraconstitucional disciplinar que condutas – ativas ou passivas – podem gerar prejuízos ambientais. Logo, se a propriedade não pode servir para o desequilíbrio do ambiente, desatenderá sua função social quando seu uso vier a infringir as normas protetivas do equilíbrio ecológico (VIEGAS, 2012, p. 132), (BRASIL, 1988).

A quase exaustão dos recursos naturais exigiu um novo tratamento, agora democrático, da questão ambiental. Dessa forma, para que a responsabilidade pelos danos ambientais seja apurada utilizam-se mecanismos processuais, que podem permitir a participação popular na tutela ambiental. Entre eles, destaca-se a ação popular ambiental. Mas, há outros instrumentos que, quando comparados a ação popular ambiental, são mais utilizados no cotidiano. São os casos da ação penal, do procedimento civil ordinário, da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, da tutela cautelar e da execução específica e mandamento cominatório (SILVA, 2003, p. 318-326); (SANTIN; DALLA CORTE, 2011, p. 247).

A plena garantia do acesso à Justiça Ambiental não diz respeito apenas ao aspecto procedimental, enquanto conjunto de garantias e medidas para a facilitação do ingresso em juízo, mas também ao conteúdo dos provimentos jurisdicionais para a efetiva consecução da justiça na perspectiva social e ecológica, ou seja, ao acesso a uma ordem pública ambiental justa nas perspectivas: difusa, transgeracional e global. A efetividade deve estar não apenas na ampla acessibilidade aos mecanismos oficiais de resolução e tratamento dos conflitos, mas também na consecução plena das aspirações legítimas da coletividade por justiça, ou seja,

no conteúdo material e na efetividade das decisões e medidas adotadas (BODNAR, 2009, p. 101-119).

A participação popular, com o intuito de conservação do meio ambiente, está inserida em um quadro mais amplo da participação diante dos interesses difusos e coletivos da sociedade. A determinação da proteção ao meio ambiente sadio e equilibrado por meio da teoria dos direitos fundamentais e estabelecendo que esses direitos provocam a existência de um dever fundamental, faz com que a comunidade participe da proteção seja em razão da existência de um nível de consciência moral elevado, seja pela imposição jurídica da norma, quando da efetivação dos deveres fundamentais. Os direitos fundamentais, portanto, são o resultado da positivação constitucional de determinados valores básicos que, ao lado de nossos princípios fundamentais, formam o núcleo basilar de nossa estrutura constitucional democrática (MEDEIROS, 2003, p. 203-204).

Registra-se que a participação popular foi tomada como princípio do Direito Ambiental com vistas ao fortalecimento do princípio democrático, permitindo, assim, a instrumentalização de meios para a sociedade atuar na tutela do meio ambiente, inclusive, com o amplo acesso judicial (KÖHLER, 2014, p. 124).

O acesso jurisdicional vai além do direito de ação, pautando-se na efetiva participação popular no âmbito do processo civil ambiental como uma “abertura democrática do processo”. Essa abertura reflete tanto no aprimoramento do dever de zelo e cuidado estabelecidos no art. 225 da Constituição Federal de 1988, quanto na comunicação com o Estado de Direito do Ambiente (BAHIA, 2013, p. 313), (BRASIL, 1988).

7 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Flávio Renato Correia. Do ônus da prova. **Revista de Processo – RePro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 71, jul./set. 1993.

BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica: direito ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BAHIA, Carolina Medeiros. A redução do módulo de prova para a formação do convencimento judicial e abertura democrática do processo decisório no âmbito do poder judiciário como importantes mecanismos para a adaptação das regras probatórias em face da causalidade ambiental. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPELLI, Sílvia; IRIGARAY, Carlos Teodoro J. H.; LUTTI, José Eduardo Ismael. (Coords.). **Licenciamento, Ética e Sustentabilidade**. Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: Instituto O Direito por um Planeta Verde. São Paulo: São Paulo, 2013.

BADR, Eid; BARBOSA JÚNIOR, Vitor Berenguer. A inversão do ônus probatório nas tutelas jurisdicionais do meio ambiente. *In*: CAMPELLO, Livia Gagher Bósio; YOSHIDA,

Consuelo Yatsuda Moromizato; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coords.); CONPEDI/UFPB (Org.). **Direito ambiental III** [Recurso eletrônico *on-line*]. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. **Revista de Processo– RePro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, a. 9, abr./jun. 1984.

BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica do ônus probatórios: análise à luz do devido processo legal e do acesso à justiça. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo – RePro**, a. 37, v. 205, mar. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. *In*: **Veredas do Direito**. Belo Horizonte, v. 6, n. 12, jul./dez. 2009.

_____. Risco urbano e restauração ambiental: desafios e perspectivas para a jurisdição ambiental. *In*: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Coords.). **Estado de direito ambiental**: tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Lei 4.717, de 29.06.1965. Regula a ação popular. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal em 05.06.1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. Lei 5.869, de 11.01.1973. Institui o Código de Processo Civil. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal em 17 de janeiro 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. Lei 7.347, de 24.07.1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artísticos, estético, histórico, turísticos e paisagísticos (vetado) e dá outras providências. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal em 25.07.1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347compilada.htm>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. Lei 9.868, de 10.11.1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 11.11.1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. Lei 9.882, de 03.12.1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, 06.12.1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 14 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 11 de março de 2015. Institui o novo Código de Processo Civil. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal em 17.03.2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 jan. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, § 1º e 2º do NCPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo – RePro**, a. 40, v. 246, ago. 2015.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei. **Proceso, ideologías, sociedad**. Buenos Aires: Ejea, 1976.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema e direito processual civil**. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. 2.

CARPES, Artur Thompsen. **Prova e participação no processo civil**: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFRS, Porto Alegre/RS, 2008. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/14251/00066_231.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução de Paolo Capitanio. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. 3.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COELHO, Edihermes Marques; FERREIRA, Ruan Espíndola. Estado de Direito Ambiental e Estado de risco. In: **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 11, jan./jun. 2011.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

DOTTI, Rogéria. **Novo CPC dá prioridade ao diálogo, à boa-fé e à justiça do caso**. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-11/direito-civil-atual-cpc-prioridade-dialogo-boa-fe-justica#_edn5>. Acesso em: 27 fev. 2016.

GAGNO, Luciano Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo – RePro**, a. 40, v. 249, nov. 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Traducción Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. In: **Revista de Processo – RePro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 128, out. 2005.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a “probatio diabolica”. In: NERY JÚNIOR, Nelson; FUX, Luiz; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coords.). **Processo e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KÖHLER, Graziela de Oliveira. O estado democrático de direito do ambiente e os reflexos na estrutura processual: novas perspectivas para a efetividade da justiça ambiental. In: OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; PADILHA, Norma Sueli; COSTA, Beatriz Souza (Coords.); CONPEDI/UFPB (Orgs.). **Direito ambiental II** [Recurso eletrônico *online*]. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. A proteção ambiental diante da necessária formação de uma nova concepção de um Estado democraticamente ambiental. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). **7º Congresso Internacional de Direito Ambiental: direito, água e vida**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. v. 2.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Direito processual constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente no direito brasileiro**. 2010. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito: Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo – RePro**, a. 39, v. 231, maio 2015.

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

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo – RePro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 40, v. 240, fev. 2015.

SANTIN, Janaína Rigo; DALLA CORTE, Thaís. Ação popular ambiental e cidadania solidária: a participação da população na gestão sustentável do meio ambiente e o modelo teórico do estado de direito ambiental. *In*: **Sequência – Publicação do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC**. Florianópolis: FUNJAB, nº 63, dez. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito constitucional ambiental**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SILVA NETO, Francisco de Barros. Dinamização do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo – RePro**, a. 40, v. 239, jan. 2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STAFFEN, Marcio Ricardo; BODNAR, Zenildo. Audiência judicial participativa como instrumento de acesso à justiça ambiental: diálogo com Elio Fazzalari. **Planeta Amazônia – Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas**, Macapá, n. 2, 2010.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros; PINTO JÚNIOR, Alexandre Moreira. **Direito processual civil: institutos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2010.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 69, dez. 2008.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Revista de Processo – RePro**, a. 37, v. 205, mar. 2012.