

TRÊS IDÉIAS A RESPEITO DO ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA-AMBIENTAL*

ÁLVARO AZEVEDO GOMES

Procurador de Justiça

MAURO LOCH

Advogado

SÍLVIA CAPPELLI

Promotora de Justiça

1. Introdução — 2. Das despesas na Ação Civil Pública — 3. Disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis à Ação Civil Pública — 4. A prova como ponto nevrálgico da Ação Civil Pública Ambiental — 5. Da judicialização da prova produzida no inquérito civil — 6. Conclusão.

1. Introdução

Diante da preocupação diária dos que trabalham no Foro com ações civis públicas-ambientais, relativamente aos ônus processuais que em tais feitos avultam em valores consideráveis, resolveram os membros do Grupo de Direito Processual enfrentar o assunto, cada um dentro de sua visão própria, elaborando três propostas não uniformes mas em tudo semelhantes e com o propósito de contribuir na solução destas dificuldades.

A primeira delas, mais voltada aos aspectos práticos e despida de pretensões outras, quer encontrar soluções no direito já existente as saídas simples para o obstáculo em referência.

A segunda proposta apresenta solução interpretativa de direito positivado com vistas à inversão do ônus da prova estendida à ação civil pública de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor.

A terceira proposta, embora não admita a interpretação esposada na segunda, sustenta que, de *lege ferenda*, também albergando-se nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, venha a ser admitida a inversão do ônus da prova, exemplificando com a proposta prevista no Anteprojeto de Codificação da Legislação Ambiental.

* Trabalho apresentado no Grupo de Estudos de Direito Ambiental do Rio Grande do Sul, em out./94.

Outrossim, sem prejuízo da conclusão antes mencionada, propõe o aproveitamento dos elementos de prova colhidos no âmbito do inquérito civil.

2. Das despesas na Ação Civil Pública

De acordo com a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil, “o processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre contendores. Atua, como já observara Betti, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambos. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público de atuação da lei na composição dos conflitos”.

Valendo-se, pois, deste instrumento que o Estado lhes oferece, as partes têm de demonstrar o seu direito, a sua razão na pugna.

Assim ao autor incumbe provar o fato constitutivo do seu direito; ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, I e II do CPC).

Como se nota no processo civil lida-se com fatos que precisam ser demonstrados ou contraditados. Em outras palavras, deve-se fazer prova, salvo naquelas hipóteses raras, p. ex., do remédio constitucional heróico (art. 5.º, LXIX, da CF) em que a proteção se destina ao direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*. Mas como esta derradeira circunstância não é objeto deste estudo, fiquemos com a regra geral do processo de conhecimento com a sua necessidade de fazer prova.

O Código de Processo Civil regula pormenorizadamente as provas a partir do art. 332. Temos aí: a) depoimento pessoal; b) confissão; c) exibição de documento ou coisas; d) oitiva de testemunhas; e) prova documental; f) perícia; g) inspeção judicial.

Para se produzir estas provas, na maioria das vezes, há de se fazer despesas. Logicamente que o depoimento pessoal, a confissão, a prova testemunhal e a exibição não devem gerar ônus. Mas as outras, principalmente as perícias, muitas vezes altamente especializadas em determinado ramo do conhecimento humano, acarretam gastos quase sempre elevados.

Como pagar, quando pagar e a quem pagar é tarefa que o próprio diploma adjetivo avocou para si e cuidadosamente disciplinou em vários dispositivos.

Basicamente a idéia é a seguinte: ao final, o vencido paga ao vencedor as despesas que este antecipou, quitando também, por evidente, as suas próprias; no entanto, antes da sentença, devem as partes litigantes antecipar despesas, que assim são determinadas: cada parte paga adiantadamente as despesas dos atos que requereu; se o juiz determinar a feitura de prova que implique custos, ou imponha por solicitação do Ministério Público, ao autor compete antecipar as despesas.

Tem-se assim que se uma prova, pericial por exemplo, for pedida o juiz nomeará perito e as partes os assistentes técnicos, aplicando-se a regra supra-aludida.

Tudo isso funciona normalmente entre litigantes economicamente capazes, com condições de suportar tais ônus. No entanto a realidade socioeconômica brasileira nem sempre se depara com contendedores monetariamente aptos.

Vem então toda a problemática da Assistência Judiciária, regulada pela Lei 1.060, de 5.2.50, e suas alterações posteriores. O benefício legal inclui, entre outras vantagens, a dispensa do pagamento de honorários de advogado, peritos e publicações no Diário Oficial.

Se na teoria o sistema funciona perfeitamente bem, na prática às vezes os elementos se confundem e o juiz se depara com inusitadas situações: na ação de investigação de paternidade, com exames genéticos caríssimos, empregando reagentes e tecnologia importada, se as partes forem pobres, requerendo tal prova ao Magistrado, como acontecerá o pagamento? O problema, é de se convir, não é jurídico na sua essência eis que o orçamento do Poder Judiciário deveria prever a hipótese e contemplá-la com uma rubrica especial. Mas como nos chamados eufemisticamente “países em desenvolvimento” óbvio não é tão óbvio assim, a regra é exatamente o oposto. Daí porque, ao final, depois de idas e vindas, acaba a prova não se realizando por absoluta falta de elementos materiais, que se faltam nesta área de evidente necessidade, sobram em outras de discutível interesse público.

A ação popular é outra fonte de dúvidas e perplexidades. A CF, art. 5.º, LXXIII, dispõe que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Logo dificuldades práticas são inevitáveis quando alguma despesa se impuser e não houver fonte para a satisfação monetária delas.

Na ação civil pública também, e com maior frequência ainda, porque aí avulta a presença do Ministério Público, no mais das vezes como autor, Instituição que não sofre os ônus da sucumbência também.

Promover a ação civil pública é uma função institucional do Ministério Público, não simples opção sua. Quer dizer que não há disponibilidade, que o feito não será entregue à livre deliberação do *Parquet*. Reunidos os fatos e as condições jurídicas da lide, ela se impõe sem qualquer análise de conveniência. Isto tem a sua razão de ser, bastando que se veja no texto constitucional o que a ação civil pública protege: o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos da sociedade.

Com um alvo tão importante não seria admissível que o agir fosse facultativo. E porque não o é, singular e privilegiado o papel do Ministério Público na ação civil pública, como autor. Postulando não em nome de suas prerrogativas próprias mas defendendo os interesses públicos, seria iníquo exigir-se do *Parquet* o pagamento ou o adiantamento de despesas com perícias, por exemplo. Assim também se improcedente a ação civil pública, impossível a condenação de Instituição nos ônus da sucumbência. Não é por menos que o art. 18 da Lei 7.347 estipula que: “nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários, perícias e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo

comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”. Diz mais a lei que desejando o Ministério Público realizar perícias ou exames, requisitará a qualquer organismo público ou privado (art. 8.º), durante o decorrer da causa não adiantará custas, honorários ou emolumentos, nem será condenado a pagar honorários (assim como não os receberá, por princípio de isonomia e equidade).

Mas como entre a teoria e a prática às vezes há distanciamento, tem-se verificado situações inadmissíveis: o juiz, valendo-se apenas de princípios privatísticos do CPC no sentido de que ao A (ainda que seja o *Parquet*) compete as despesas por ele determinadas, mesmo nas ações civis públicas onde as características são outras, pretende que o Ministério Público salde as despesas das provas determinadas pelo Magistrado.¹

Totalmente improcedente tal *decisum* que merece investigação via recurso apropriado. Em ocorrendo a hipótese supramencionada, em ação civil pública, o incidente não se resolverá pela regra do art. 19, § 2.º, do CPC.² E por várias razões.

Primeira razão — a norma, como já se viu, é de essência privada e se destina a ser aplicada em conflitos entre partes com tais características, atuando o Ministério Público como *custos legis*, não como autor.

Segunda razão — a ação civil pública é disciplinada por lei bem posterior a que instituiu o Código de Processo Civil e revoga-o naquilo que com o mesmo conflitar. Ora, o art. 18 da Lei 7.347 briga claramente com o art. 19, § 2.º, do CPC eis que aquele estipula que nas ações civis públicas não haverá adiantamento de custas e este determina que compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos determinados pelo Juiz.

Terceira razão — tanto o art. 19, § 2.º, do CPC não é pertinente às ações em que o Ministério Público é autor que o texto afirma competir ao demandante pagar as despesas relativas a atos determinados de ofício pelo juiz ou a requerimento do Ministério Público. Por lógica só quando o Ministério Público for *custos legis* é que o artigo terá sentido, senão o *Parquet custos legis* teria mais prerrogativas processuais do que o mesmo *Parquet* autor, o que convenhamos não faz sentido.

Parece-nos que para resolver o impasse só haveria dois caminhos: a) ou o Magistrado socorre-se de seu Tribunal para no orçamento respectivo buscar os meios reclamados; ou b) ou indica ao Ministério Público qual o “organismo público ou particular” que pretenda venha a fazer a diligência e a Instituição Ministerial, com os poderes conferidos pela Lei 7.347/85, art. 8.º, § 1.º, requisitará a prova, no prazo ali mencionado, sob as penas da lei.

Não se deve esquecer o que determina o art. 339 do CPC: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

1. “Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público”.

2. *Defesa do Consumidor*, Textos Básicos, Brasília, 1987, Coord. Luiz Amaral, Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, pp. 49-51.

Nas ações civis públicas então, por sua natureza e finalidade que vai além dos simples interesses privados, individualmente considerados, não se pode exigir do Ministério Público:

- 1) que adiante custas, emolumentos, honorários periciais ou quaisquer outras despesas;
- 2) nem que seja condenado nestas mesmas verbas;
- 3) nem que no decorrer da ação tenha de suportar ônus que impliquem desembolso financeiro;
- 4) que comprometa seu orçamento em tais gastos porque sendo instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, não pode inviabilizar sua atuação e perder sua autonomia financeira nas incertezas de lides que é obrigado a propor.

Como derradeira solução haveria ainda a possibilidade de se requisitar ao Estado, detentor de personalidade jurídica de direito público interno, os meios materiais para cobrir as despesas dos atos judiciais onerosos determinados pelo juiz em ação civil pública, sempre condicionadas às contingências orçamentárias.

Finalmente, se nada disso for aceito, se o pensamento derradeiro dominante e inapelável foi colocar no mesmo plano o Ministério Público e as partes privadas, aplicando-se àquele o princípio do art. 19, § 2.º, do CPC, o que não se crê possa suceder mas que aqui é aventado apenas como hipótese, mesmo assim de tudo isso seria impossível colher-se frutos proveitosos. Estas mesmas decisões finais e irrecorríveis serviriam de base para que o Ministério Público, ao formular futuras propostas orçamentárias suas, abrisse rubricas para tal e de modo a não comprometer aquelas que a ele se destinam como forma de exercer sua atividade própria, essencial ao funcionamento da Justiça.

3. Disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor aplicáveis à Ação Civil Pública

A Constituição Federal de 1988, atendendo aos reclames da evolução do direito econômico, determinou a implantação de lei protetiva das relações de consumo, o chamado Código de Defesa do Consumidor. Tomado como princípio da ordem econômica nacional (art. 170) e como garantia da cidadania (art. 5.º), o direito do consumidor obteve, no art. 48 do ADCT, mandamento constitucional para que fosse implementado, no prazo de 120 dias da promulgação da Carta.

Quase dois anos após, foi promulgada a Lei 8.078/90, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

A nova Lei, elaborada por comissão de reconhecida competência, e atenta à legislação estrangeira, que, desde 1973, já possui diplomas legais específicos voltados à proteção do fenômeno consumo, erigiu-se como moderníssimo microsistema legislativo, traduzindo em textos legais toda a experiência estrangeira nesse campo.

Entretanto, não se limitou à proteção pura e simples do consumidor, mas tratou essa importante matéria em seu verdadeiro aspecto público, como

permissivos legais para proteção ao dano potencial e, com maior importância, assegurou o tratamento coletivo e difuso dos direitos que emergiram à ordem jurídica positiva.

Nesse passo, o Título III da referida lei, contém disposições de ordem processual que inovaram o sistema processual até então regido pelo Código de Processo Civil e outras tímidas disposições em legislação esparsa, com especial referência à Lei da Ação Civil Pública que, desde 1985, já criara uma nova seara no processo civil brasileiro.

Aliás, a Lei 7.347/85 foi o diploma legal brasileiro que introduziu a idéia da defesa dos interesses difusos em juízo, cuja gênese passa pelos direitos categoriais, assim considerados por Orlando Gomes.³

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública são diplomas irmãos, que tratam de interesses não mais considerados individualmente, mas em sua acepção coletiva e difusa.

Tal aproximação fez com que, através do art. 117 do CDC, fosse acrescentado à Lei da Ação Civil Pública um novo artigo, qual seja, o de número 21, com a seguinte redação: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesse difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Assim, todas as disposições processuais constantes do Código de Defesa do Consumidor, no Título III, também são aplicáveis à Ação Civil Pública.

O dispositivo tem total procedência, uma vez que o art. 1.º da Lei 7.347/85 elenca, em seus incisos, a proteção ao consumidor e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Se se entender o inc. II como implicitamente revogado, ainda a defesa do consumidor é garantida, no seu aspecto difuso e coletivo, sendo cabível, portanto, ação civil pública na defesa dos seus interesses.

Há de se perquirir, entretanto, o alcance do art. 117 do CDC e, por conseguinte, do art. 21 da Lei 7.347/85. Imprescindível que seja identificada a real extensão do dispositivo, interpretando-o dentro do contexto normativo-social em que foi inserido.

Vicente Ráo, citando Ruggiero,⁴ assim leciona: “Nem mesmo a norma reputada clara exclui a interpretação: “a própria clareza é conceito relativo, pois uma lei clara em seu ditado, pode ser obscura em relação aos fins para os quais tende; e a que o foi durante longo tempo, sem jamais haver provocado dúvidas, pode tornar-se obscura mais tarde, em virtude da superveniência de relações novas, cuja incidência nesta mesma norma possa causar divergências”.

A interpretação gramatical, pura e simples do texto legal, com certeza, não se afigura como adequada. Como ensina Vicente Ráo:⁵ “O emprego isolado da interpretação filológica e o abuso das regras e filigranas gramaticais estagnam e mumificam o sentido dos textos, impedem sua adaptação às

3. *O Direito e a Vida dos Direitos*, I/424, Ed. RT, S. Paulo, 3.ª ed., 1991, p. 424.

4. *Idem*, p. 440.

5. Ruy Rosado de Aguiar Jr., “Interpretação”, *AJURIS* 45/14, referindo-se à atividade do juiz.

necessidades sociais sempre mutáveis e sempre revestidas de modalidades novas, dificultam a evolução natural do direito”.

Dessa forma, não se pode fixar como absolutas as disposições gramaticais do referido artigo, devendo-se ir adiante. A interpretação deve também socorrer-se de fatores extranormativos.⁶

No mesmo texto, o insigne Ministro continua: “A sujeição ao ordenamento jurídico como um sistema aberto não é a mera servidão à lei formal. O Direito positivado é apenas uma parte desse conjunto, a sua parcela mais visível, mas nele convivem os princípios gerais do Direito, os postulados do direito natural, o sentimento de justiça, a exigência de equidade, vivenciados e sentidos pela sociedade na qual o Juiz habita. A norma legislada poderá exprimir uma idéia distanciada desses princípios, resultar de errônea avaliação dos fins sociais, deixar de lado solicitações e expectativas comuns”.

Finalizando o pensamento, assevera caber ao intérprete a adequação da norma ao sistema onde está embutida.

Essa idéia de integração é muito bem colocada por Carlos Maximiliano:⁷ “Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma. Em toda ciência, o resultado do exame de um só fenômeno adquire presunção de certeza quando confirmado, contrastado pelo estudo de outros, pelo menos dos casos próximos, conexos: à análise sucede a síntese; do complexo de verdades particulares, descobertas, demonstradas, chega-se até à verdade geral.

Possui todo corpo órgãos diversos; porém a autonomia das funções não importa em separação; operam-se, coordenados os movimentos e é difícil, por isso mesmo, compreender bem um elemento sem conhecer os outros, sem os comparar, verificar a recíproca interdependência, por mais que à primeira vista pareça imperceptível. O processo sistemático encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes”.

A norma jurídica não pode ser considerada isolada, como dispositivo inerte, aparte de todo o ordenamento vigente, como se única e em si só suficiente.

Ruy Rosado de Aguiar Jr. defende, como já visto, a interpretação da lei dentro do sistema positivo em que está inserida, envolvendo os fins e valores da sociedade. Assim, afirma: “Acredito que o Juiz não é servo da lei, nem escravo de sua vontade, mas submetido ao ordenamento jurídico vigente, que é um sistema aberto afeiçoado aos fins e valores que a sociedade quer atingir e preservar, no pressuposto indeclinável de que essa ordem aspira à justiça”.⁸

Na avaliação da sociedade para a qual a norma se destina, com todos os seus aspectos, Vicente Ráo destaca a interpretação sociológica como axioma das regras de interpretação da lei: “Encontrado e fixado o sentido real do preceito normativo e contrastado mediante o emprego de todos os processos de interpretação, um trabalho ainda resta para o intérprete: o de adaptar o sentido, assim extraído e verificado, às realidades e necessidades sociais.

6. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 13.ª ed., Ed. Forense, Rio, 1993, n. 130.

7. *Ob. cit.*, p. 14.

8. *Idem*, p. 449.

A adaptação se realiza por meio do chamado processo sociológico da interpretação, que se desenvolve sob aspectos vários: a) de início, faz-se preciso conferir ao sentido da norma interpretada o alcance de abranger, além das relações e situações de fato contempladas e tais quais foram contempladas, as relações e situações que, embora de igual natureza, com o decorrer do tempo se transformaram, ou modificaram, assumindo modalidades novas; b) a seguir, necessário é estender-se o sentido da norma às relações novas, de igual natureza, que nas mesmas condições surgiram; c) e, por fim, deve-se temperar o alcançado preceito normativo, por modo a corresponder às necessidades reais e atuais, de caráter social".⁹

Isso posto, devemos, então, descer à norma inserida como art. 21 da Lei 7.347/85 para averiguação de seu efetivo alcance.

Por óbvio que o dispositivo traz para o âmbito processual da ação civil pública toda a gama de dispositivos processuais do Código de Defesa do Consumidor, estando eles elencados no Título III do referido diploma.

Entretanto, pergunta-se: apenas os dispositivos processuais do Título III, eis que expresso o mandamento legal? Todos os demais dispositivos não seriam incluídos, interpretando-se a norma como se deve?

Certa é a resposta afirmativa à segunda questão.

Com efeito, a interpretação do disposto no art. 21 da Lei 7.347/85 e do art. 117 da Lei 8.078/90 não permite outra conclusão senão que todos os dispositivos que garantem direitos processuais no Código de Defesa do Consumidor também estão incluídos na ação civil pública, independentemente de constarem ou não no Título III do CDC.

De todo que a limitação ao Título III não se coaduna com o espírito da norma em alcançar à Lei de Ação Civil Pública as mesmas inovações processuais do Código do Consumidor.

Já é corrente entre nossos doutrinadores, em especial Carlos Maximiliano e Washington de Barros Monteiro, que a interpretação não pode levar a situações incongruentes e absurdas. E a restrição ao Título III referido consagra tal incongruência.

Ora, vejamos. Se em ação civil pública o direito ou interesse defendido referir-se ao consumidor, haverá a possibilidade da inversão do ônus da prova, a critério do julgador, verificada a hipossuficiência do consumidor, ou melhor, do titular dos direitos que se quer proteger, ainda que difusos ou coletivos.

Porém, se restritiva a interpretação, a mesma ação civil pública, dessa vez, defendendo interesses igualmente difusos ou coletivos, referentes ao meio ambiente, ao julgador não será lícito, mediante a mesma investigação da hipossuficiência do titular dos direitos protegidos, inverter o ônus da prova.

A incongruência, ou até o absurdo, é inarredável.

Certo que a possibilidade de inversão do ônus da prova é direito básico do consumidor, mas é de categoria dos direitos processuais, que apenas podem ser exercidos na regularidade de processo judicial instaurado. E tal

9. Idem, p. 451.

disposição não se encontra inserida no Título III, apesar de constituir-se da mesma espécie.

Repisa-se os ensinamentos de Vicente Ráo:¹⁰ “Quanto na norma se declara menos do que, na realidade, se quis declarar, e, em consequência, sua letra exclui casos que o seu espírito abrange, então, o intérprete, amplia o sentido direto e imediato de texto, para fazer incidir no preceito os casos aparentemente e indevidamente não contemplados.

Essa extensão, advirta-se, há de resultar do espírito da norma, devidamente e previamente apurado e definido segundo os processos interpretativos que estudamos”.

Assim, apenas aparentemente a norma do art. 21 da Lei 7.347/85 limita ao Título III da Lei 8.078/90 o aproveitamento das disposições processuais. Tal dispositivo deve ser entendido, ajustado seu real alcance, como permissivo da utilização de todos os direitos processuais do Código de Defesa do Consumidor na ação civil pública, independentemente de estarem materialmente localizados ou não no Título III do CDC.

4. A prova como ponto nevrálgico da Ação Civil Pública Ambiental

Passados quase 10 anos da promulgação da Lei da Ação Civil Pública o cenário jurídico nacional a assimilou perfeitamente. Entre os legitimados ativos, avulta a participação do Ministério Público, responsável por mais de 90% das ações civis públicas ajuizadas¹¹ no território nacional.

Daí porque, embora ainda possa ser considerada recente, a legislação que permitiu instrumentalizar a defesa do meio ambiente já iniciou a dar seus frutos, permitindo uma análise crítica e desapaixonada das dificuldades vivenciadas em sua aplicação.

Nesse sentido, julgamos que a experiência profissional haurida nesse período demonstrou que um dos pontos nevrálgicos da tutela jurídico-ambiental é aquele que se relaciona com a prova do dano, e por vários motivos: perícias complexas, envolvendo muitas vezes a necessidade de atuação conjunta de *experts* das mais variadas áreas; inexistência de padrões uniformes para o cálculo do prejuízo ambiental e, especialmente, a dificuldade probatória resultante da ausência de recursos materiais àqueles legitimados à sua propositura objeto da análise do presente estudo.

A constatação de tal estado de coisas, antes de nos levar ao impasse, demanda a análise crítica dessa circunstância, na busca de soluções que possibilitem a continuidade e o aperfeiçoamento do Direito, proporcionando a realização do ditame constitucional garantidor de um meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.¹²

10. Segundo relatório produzido pela Confederação Nacional do Ministério Público — Conamp preparatório à Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, Rio 92, até dez./91, 96,5% das ações civis públicas ajuizadas em todo o país eram de autoria do Parquet (dados apresentados na 3.ª Reunião de Curadores do Meio Ambiente, Brasília, 17 e 18.3.92).

11. Art. 225, *caput*, da CF.

12. Cit. por João Batista Petersen Mendes, *Direito Ambiental ou Direito Ecológico I*, Livro de Estudos Jurídicos, 1991, Rio, IEJ, p. 155.

Até porque, no dizer de Roberto Lyra Filho, “Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita, acabada”,¹³ é fruto do pensamento vigente na sociedade em dado momento, motivo por que, a todo instante, sujeita-se à evolução e involução.

Nesse sentido, é recente a história do direito brasileiro na confecção de instrumentos que, reconhecendo a existência de fracos e fortes nas relações jurídicas, buscou conferir meios capazes de, senão reequilibrar aquela balança, pelo menos, proporcionar formas de acesso ao Judiciário mais equânimes.

Porém, tais conquistas, é certo, não dependem exclusivamente da vontade do legislador, mas da realidade econômica e social da população destinatária das normas.

Assim, se a prática vem demonstrando a absoluta dificuldade na formação da prova do dano ambiental, em que pese a indiscutível qualidade dos instrumentos processuais existentes para que tal tutela se dê, imperiosa se mostra a discussão dos meios para seu aperfeiçoamento.

Já tivemos oportunidade, em outro momento, de tecer considerações sobre a necessidade da inversão do ônus da prova do dano ambiental.¹⁴

Dentre as ações que possibilitam a tutela ambiental¹⁵ a principal, por seu mais largo espectro de proteção, é a civil pública. Esse instrumento processual alberga a proteção dos interesses difusos, típicos daqueles que envolvem o direito ao meio ambiente hígido, ao lado dos coletivos e individuais homogêneos.¹⁶

Ora, dentre as características dos interesses difusos encontramos a desigualdade entre os pólos titulares dos interesses postos em conflito.¹⁷

Do reconhecimento de dita desigualdade resultou o conceito de hipossuficiência que, inscrito no art. 6.º, VIII, do CDC, permite, aliado à verossimilhança das alegações do consumidor, a inversão do ônus da prova a seu favor.

Foi grande a resistência durante o processo legislativo à aceitação da inversão do ônus da prova, tal como hoje assentada na Lei 8.078/90. Segundo

13. Tese apresentada no 9.º Congresso Nacional do Ministério Público em co-autoria com os colegas Claudio Bonatto e Orci Paulino Bretanha Teixeira, intitulada *A necessidade de inversão do ônus da prova e a responsabilidade do poluidor-degradador do meio ambiente*, Livro de Teses, t. I, pp. 389-397, Salvador, 1 a 4.9.92.

14. Como a ação popular, a direta de inconstitucionalidade, o mandado de segurança coletivo e o de injunção, conforme Álvaro Valery Mirra em “Fundamentos do Direito Ambiental no Brasil”, *RT* 706/17 e Édis Milaré em “Legislação Ambiental e Participação Comunitária”, *RT* 651/30.

15. Estes últimos protegidos pela ação civil pública graças a inserção dos dispositivos constantes do Título III do Código de Defesa do Consumidor na Lei 7.347/85. Redação do art. 21 desta de acordo com o art. 117 do CDC, permitindo uma perfeita interação entre os dois diplomas.

16. Consulte-se a respeito das características dos interesses difusos a excelente síntese doutrinária apresentada no artigo de autoria de Álvaro Valery Mirra, “A Coisa Julgada nas ações para a tutela de interesses difusos” pub. na *RT* 631/71.

17. Em Comentários ao Código do Consumidor, obra coord. por José Cretella Jr. e René Ariel Dotti. Ed. Forense, Rio, 1992, p. 49.

notícia Voltaire de Lima Moraes¹⁸ o dispositivo foi alvo de emendas supressivas e modificativas por parte de alguns Deputados e Senadores,¹⁹ sob o argumento da quebra do princípio constitucional da isonomia. Tais emendas foram rejeitadas pela Comissão Mista que não vislumbrou na hipótese legal qualquer ferimento à Carta Magna. Ao contrário, arrimando-se noutro mandamento constitucional, qual seja, o da redução das desigualdades sociais (art. 170, VIII), afirmou que “a proteção do hipossuficiente visa exatamente viabilizar o princípio da igualdade de todos perante a lei, não esta que, modernamente, não mais se contenta com um enquadramento meramente formal”.²⁰

O conceito de hipossuficiência, segundo Nelson Nery Júnior,²¹ envolve aspectos econômicos e técnico-científicos: o primeiro, relacionado à carência econômica do consumidor face ao fornecedor de produtos e serviços e, o segundo, pertinente ao desconhecimento técnico-científico que o adquirente final, via de regra, enfrenta na aquisição do produto ou serviço.

Ora, como se viu, a hipossuficiência, um dos requisitos que, reconhecidos, podem permitir ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, resultou do reconhecimento da desigualdade dos litigantes, circunstância típica dos interesses difusos.

Pode-se afirmar, com segurança, segundo nosso entendimento, que a sociedade, titular do interesse ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, normalmente, desaparelhada economicamente e, principalmente, desconhedora dos processos produtivos industriais que acarretam danos ecológicos, podendo, portanto, a ela ser aplicado o conceito de hipossuficiência.

Não obstante, por ora, a doutrina ainda não reconhece a aplicação imediata da inversão do ônus da prova às ações ambientais porque a hipótese foi contemplada no Capítulo III, sob o título “Dos Direitos Básicos do Consumidor”, na Lei 8.078/90 e, como se apontou, apenas o Título III, que versa sobre a Defesa do Consumidor em Juízo, composto de quatro capítulos e integrado pelos arts. 81 a 104, pode ser aplicado à LACP naquilo em que for cabível, de acordo com a integração legislativa autorizada pelo art. 117 do CDC que acrescentou o art. 21 à Lei 7.347/85.

Idêntica preocupação com a discutida neste estudo foi relatada por Ada Pellegrini Grinover²² para quem: “a caminhada do processualista, no campo ambiental, ainda não está concluída. Em primeiro lugar, porque algumas importantes disposições do CDC não são aplicáveis à LACP, por não se inserirem entre as disposições processuais do Código (é o caso, p. ex., da regra que possibilita ao juiz a inversão do ônus da prova, importante para

18. A saber: Arnaldo Prieto, Gerson Peres, Samir Achôa, João Agripino, Sandra Cavalcanti, Gomes Carvalho e Leopoldo Peres, *idem*, *ibidem*.

19. *Idem*, *ibidem*.

20. *Revista Direito do Consumidor* 1/205, Ed. RT, 1992, S. Paulo, p. 205.

21. Em “Ações Ambientais de Hoje e Amanhã”, *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*, coord. Antônio Herman Benjamin, Ed. RT, S. Paulo, 1993, p. 252.

22. *Ob. cit.*, p. 253.

as ações ambientais, quanto ao nexa causal)”. Daí porque a eminente jurista informa que a Subcomissão do Meio-Ambiente da OAB/SP constituiu uma comissão de juristas para a análise do Anteprojeto do Executivo Federal denominado de Consolidação da Legislação Ambiental.

Referida Comissão, no atinente às disposições processuais, dentre outras novidades, prevê: “a aplicação aos processos ambientais civis das regras da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), com as modificações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor, inclusive quanto à inversão, *ope judicis*, do ônus da prova, importante mesmo perante a responsabilidade objetiva no que tange ao nexa causal”.²³

Por fim, recentemente realizou-se em São Paulo,²⁴ Congresso Internacional de Direito Ambiental, cujo tema principal foi a codificação da legislação ambiental. O importante evento visou apresentar a profissionais do Direito Ambiental, membros de órgãos integrantes do Sisnama, de ONGs, técnicos pertencentes a inúmeras instituições e cientistas, as conclusões de uma Comissão de Juristas nomeada pelo Governo daquele Estado para elaborar Anteprojeto para a ampliação do Código Ambiental Brasileiro.

O Anteprojeto, no Título VI, que versa sobre as Disposições Processuais, Capítulo I, das Disposições Gerais, prevê a inversão do ônus da prova aos processos civis ambientais, da seguinte forma:

“Art. 3.º. Aplicam-se aos processos ambientais de natureza civil as disposições da Lei 7.347, de 24.7.85, com as modificações introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.90).

§ 1.º. É facultado ao juiz, no processo civil, inverter o ônus da prova, inclusive do nexa causal, em benefício dos titulares, individuais ou coletivos, de bens ou direitos de natureza ambiental, quando considerar a alegação verossímil, segundo as regras ordinárias de experiência comum e técnica”.

Vê-se, pois, que a inversão do ônus da prova nas ações ambientais, objeto das preocupações daqueles que, rotineiramente convivem com as dificuldades inerentes à prova do nexa causal dos danos ambientais, sensibilizaram a doutrina, assumindo tal projeção que encontrou guarida tanto nas sugestões da OAB ao Anteprojeto de Consolidação da Legislação Ambiental, como no Anteprojeto de Codificação desta legislação, num real acolhimento das postulações sociais.

5. Da judicialização da prova produzida no inquérito civil

Se, pelas peculiaridades já apontadas neste estudo, a inversão do ônus da prova possa ainda ser uma proposta *de lege ferenda*, tal não ocorre com o aproveitamento daquela colhida no âmbito do inquérito civil.

O art. 8.º, § 1.º, da Lei 7.347/85 faculta o Ministério Público a instauração de inquérito civil, procedimento cuja finalidade é colher os elementos indispensáveis à propositura da ação civil pública. No dizer de Rodolfo de Camargo Mancuso, o inquérito civil possibilita uma “triagem das várias denúncias que chegam ao conhecimento do Ministério Público:

23. No período de 11 a 14.9.94, no auditório da Cetesb, sob a organização da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo.

24. Em *Ação Civil Pública*, Ed. RT, S. Paulo, 1992, 2.ª ed., p. 86.

somente as que resultarem fundadas e relevantes acarretarão, por certo, a propositura da ação".²⁵

Diverge a doutrina quanto à necessidade de o inquérito civil obedecer ao princípio do contraditório.²⁶ Temos entendido, secundando Mazzilli, pela desnecessidade do contraditório posto que, sendo mero instrumento de coleta de provas, aquele procedimento não culmina com a aplicação de qualquer sanção ao investigado. Carreados os elementos que informam a existência de dano ambiental e do nexo de causalidade, segue-se o ajuizamento da ação competente, ocasião em que, vigendo aquele princípio, na plenitude, a prova produzida no inquérito civil, de regra deverá ser renovada, podendo, ainda, sofrer impugnação pelo demandado.

Se, de regra, como dissemos, a prova produzida em âmbito de inquérito civil deve ser renovada em juízo, tal não se nos afigura necessário em todas as hipóteses.

Ocorre que, no mais das vezes, o Ministério Público vale-se do poder de requisição de documentos, vistorias e perícias²⁷ oriundos de órgãos da Administração que exercem o poder de polícia administrativo em matéria ambiental.

Ora, os atos administrativos formadores daqueles elementos de prova gozam de presunção de legitimidade e veracidade.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:²⁸ "a presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos com fé pública".

Ora, uma das conseqüências da presunção *juris tantum* de legalidade dos atos administrativos é a da inversão do ônus da prova, sobre a qual não há divergência doutrinária.

De outro lado, exigir a repetição da prova em Juízo, não havendo impugnação daquela existente no inquérito civil e que se vale de elementos

25. Pela desnecessidade manifesta-se Hugo Nigro Mazzilli, em *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, Ed. RT, S. Paulo, 4.ª ed. 1993, p. 206, nesses termos: "Não se caracteriza o inquérito civil como procedimento contraditório. Antes, ressalte-se nele sua informalidade, pois destina-se tão-somente a carrear elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje a propositura de medida judicial de sua iniciativa que, ademais, é concorrente com a dos demais legitimados ativos à ação civil pública". Pela necessidade, manifesta-se Ada Pellegrini Grinover, ob. cit., p. 253.

26. Arts. 129, VI, da CF; 8.ª, § 1.ª, da Lei 7.347/85; e 26, da Lei 8.625/93.

27. Em *Direito Administrativo*, Ed. Atlas, S. Paulo, 1993, p. 150.

28. Confira-se em Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 18.ª ed., Malheiros, S. Paulo, 1993, p. 143; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ob. cit., p. 151; e Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 1994, S. Paulo, pp. 99-100.

Concordam que a melhor idéia seria a inserção de dispositivo legal na Lei 7.347, de 24.7.85, onde ficasse claro que ao juiz seria facultada a possibilidade de, em sendo as alegações da inicial verossímeis e o autor hipossuficiente, inverter o ônus da prova para impor ao réu o pagamento de todas as despesas processuais.