

## A prova na ação ambiental

Como anotei em trabalho anterior[1], não se falava em processo ou em prova no tempo em que a justiça, privada ou em julgamento comunitário dos pequenos núcleos, era aplicada por quem conhecia os fatos; o processo e a prova surgem quando a lide passa a ser julgada por quem não tinha nem podia ter conhecimento dos fatos, a partir daí desenvolvendo diversos sistemas do que provar e como provar. Diz-se hoje que cabe às partes alegar e provar o que for relevante à demonstração do direito invocado, sem o quê o julgador não tem como definir o direito de cada um. A quem cabe provar, o que provar e quando a prova é desnecessária suscitava e ainda suscita controvérsia; mas a resposta é dada pela longa evolução do direito romano ao processo moderno que redundou na concisa e elegante previsão dos artigos 333 a 335 do CPC de 1973, com igual teor nos artigos 373 a 375 do CPC de 2015, que reproduzo para facilidade da leitura:

Art. 333. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II – afirmados por uma parte e confessados pela outra; III – admitidos, no processo, como incontroversos; IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

“O que há, na verdade, é que o ônus de provar em juízo não incumbe, de maneira exclusiva, nem ao autor nem ao réu; reparte-se, ao contrário, entre um e outro, segundo regras previstas em lei ou consagradas pela jurisprudência e pela doutrina. Em última análise, é legítimo, não só em face do novo como também do Código anterior, o princípio jurídico segundo o qual compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer. [...] Procedentes em parte, embora, as objeções à teoria encampada pelo Código, nem por isso é de ser repelida: primeiro, porque aplicável à imensa maioria dos casos; segundo, porque não se trata de uma regra absoluta, mas de uma regra geral, que admite as exceções porventura estabelecidas pela norma legal substancial cuja aplicação se reclama. Para nós, o disposto no artigo 333 do Código [de 1973] equivale a um princípio, amparado na lógica das provas, sujeito a não poucas exceções. Nem por outra razão dissemos: “Compete, em regra, ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato impeditivo, extintivo ou modificativo daquele” (MOACYR AMARAL SANTOS, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, 3ª Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1982, pág. 27, 29).

Passo a referir os artigos do Código de 2015. A doutrina e a jurisprudência tem dado mais atenção ao artigo 373 que aos artigos 374 e 375, ao invés de vê-los em seu conjunto e extrair deles a consequência

---

adequada. O artigo 373 dispõe que cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar o fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor. O artigo 334 dispensa a prova dos fatos notórios e daqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade e o artigo 335 permite que o juiz aplique as regras da experiência comum ou da experiência técnica, conforme o caso. Essas regras operam de uma forma simples. Veja-se o caso corriqueiro de uma colisão de veículos pela traseira, sem testemunhas: compete ao autor provar o fato (a colisão e o envolvimento do réu), mas não se exige dele a prova da culpa do outro motorista; esta é presumida porque a colisão pela traseira denota o descumprimento da regra legal de que ao motorista compete dirigir com segurança e cautela, mantendo distância segura do veículo da frente. Presumida a culpa, cabe ao réu demonstrar o fato extintivo, modificativo ou extintivo; não por inversão do ônus da prova como se tem visto aqui e ali, pois o direito do autor é dado por provado, mas como prova sua delineada no artigo 373, inciso II do CPC. Ou o caso mais complexo de um erro médico: compete ao autor provar o fato (a moléstia, a cirurgia naquele hospital, o resultado anormal segundo a natureza do problema); não se lhe exige que prove desde logo o erro médico em si até pela impossibilidade de fazê-lo (a ficha clínica, os acontecimentos da cirurgia enquanto anestesiado, detalhes técnicos relevantes lhe são desconhecidos). Indicada a anormalidade do resultado, compete ao réu demonstrar como transcorreu o atendimento e a regularidade do procedimento; remanescendo dúvida, o juiz concluirá pela aplicação do artigo 374 se as circunstâncias do fato demonstrarem por si o erro médico ou, em caso contrário, dará o fato constitutivo por não provado e determinará que a controvérsia seja solucionada por um perito, se assim requerer o autor.

O Direito Ambiental apresenta uma complexidade maior, mas segue o mesmo princípio. As questões mais simples são trazidas na autuação ambiental e decorrem do fato em si: a supressão da vegetação, o despejo dos efluentes, o desrespeito à área protegida; as questões mais complexas são verificadas pelo Ministério Público no inquérito civil ou delineadas pelo órgão ambiental em que as vitorias dos órgãos ambientais, as análises feitas e os documentos coletados gozam de fé pública e são prova suficiente do fato alegado, conforme vem reconhecendo as câmaras ambientais do Tribunal de Justiça de São Paulo. A partir daí, admitida a degradação ambiental do simples fato descrito ou demonstrada pelas vitorias do órgão ambiental, cabe ao réu produzir a prova de seu interesse não por inversão, mas pela singela aplicação do artigo 333, inciso II. Verificando a persistência da controvérsia, o juiz recorrerá a um perito ou determinará as provas que entender pertinentes.

A inversão do ônus da prova ou a distribuição dinâmica do ônus da prova, esta acolhida pelo artigo 373, parágrafos 1º a 4º, do Código de Processo Civil, vem sendo aplicada de uma forma ambígua nos tribunais. Primeiro, se o inquérito civil vem bem instruído, há prova suficiente do direito do autor e o réu produzirá a prova dele, não a do outro. Segundo, se nenhuma prova há, atribuir ao réu a prova do autor poderá implicar na improcedência da ação em caso de inércia ou de prova insuficiente. Terceiro, porque um dos fundamentos da inversão é que o réu tenha melhores condições de sua produção, situação de rara ocorrência nos processos que temos examinado: se prova ainda não há, a sua produção é difícil também para o réu, o que tem levado à distorção de confundir a inversão para produzir com a inversão apenas para pagar a prova que se reconhece caber ao autor, que os tribunais não têm admitido. É por isso que o Superior Tribunal de Justiça, embora se valendo dessa terminologia, tem afirmado que mesmo na ação ambiental ao autor compete a prova dos fatos alegados, mas atribuindo ao Estado ou à União o custeio da perícia ou da diligência.

Há que provar o fato (o impacto ambiental ou o dano, na quase totalidade dos casos) e essa prova tem sido um dos maiores entraves ao bom andamento das ações ambientais. As perícias são complexas e custosas em tempo e dinheiro e acabam arrastando por anos o andamento da ação e, depois, da execução. A pergunta é: as perícias necessárias, sempre?

A resposta é não, na maioria dos casos. A maior parte das ações ambientais decorre de fatos simples e diretos: a supressão de vegetação, a intervenção em uma área protegida, o derrame de efluentes, que costumam ser demonstrados pelas vistorias e análise do órgão ambiental ou pelos auxiliares técnicos do próprio Ministério Público; muitos fatos são demonstrados por fotografias e podem ser verificados pelo Google Earth, permitindo uma compreensão suficiente do ocorrido. Admitindo o juiz haver prova suficiente do autor, caberá ao réu fazer a contraprova, trazendo o trabalho de seu assistente ou requerendo a perícia em juízo. À prova do réu deve-se atribuir o mesmo peso que à prova do autor e do confronto das duas frequentemente se chega a uma conclusão válida.

E não se diga que a admissão da prova trazida com o inquérito civil ou pelo réu, por unilateral, ofende o contraditório; pois o contraditório se contenta com a possibilidade de apreciação, análise e contraprova de ambas as partes antes da formação da convicção do juiz, sem exigir que toda prova seja produzida em conjunto. Tem-se aqui o que se chama de contraditório diferido, em que a prova produzida por uma parte se submete no momento processual próprio à crítica e à contraprova da outra parte e tem o valor que possa merecer. Não há nisso ofensa processual. A perícia ficará reservada apenas para os casos mais difíceis e será produzida segundo a regra usual: pelo autor (com eventual atribuição do ônus ao Estado ou à União, segundo o entendimento prevalente) ou pelo réu, conforme as peculiaridades da lide e como determinar o juiz.

Há casos em que pode o juiz limitar-se a dispor o direito: demonstrada a degradação, condena o réu a recompor a área degradada, a regularizar o solo contaminado, mediante projeto a ser apresentado e aprovado pelo órgão ambiental. A intervenção judicial ocorrerá 'a posteriori', caso surja algum conflito nessa aprovação ou no cumprimento da sentença, quando o juiz determinará o que for adequado.

A perícia, quando não puder ser substituída por uma mais simples vistoria, deve ter um objeto definido. Raras vezes se faz necessária a perícia multidisciplinar sempre mencionada e, quando isso ocorre, a não

delimitação de sua abrangência leva ao aumento exponencial do custo e do tempo necessário. Em outras hipóteses é preciso definir os parâmetros a serem utilizados, eventualmente após a oitiva das partes, para que não se perca tempo e dinheiro[2].

Em resumo, a perícia, o maior entrave à rápida solução das ações ambientais, nem sempre é necessária; os fatos podem ser provados ou tidos por provados pelos elementos trazidos pelas partes, com o auxílio dos órgãos ambientais e com o uso adequado das regras processuais; o juiz deve delimitar com cuidado o objeto da perícia, quando determinada; e não cabe produzir em juízo prova ou aprovar projeto da atribuição do próprio órgão ambiental. São medidas simples que economizaram anos de tramitação nas ações ambientais no estado de São Paulo.

[1] A prova na ação civil pública. Ônus. Inversão. Distribuição da carga dinâmica. Análise crítica publicada em *Ação Civil Pública após 30 anos*, Ed. RT, São Paulo, 2015, Coordenação de Edis Milaré, pág. 767/781. Resumido e publicado na Revista no Advogado nº 133, fevereiro de 2017, Associação dos Advogados de São Paulo – AASP, com o mesmo título.

[2] Julgamos na 1ª Câmara Ambiental em setembro de 2018 uma liquidação de sentença iniciada em 1999 para avaliação da indenização (era a única condenação) decorrente do derrame de óleo em mangue. Foram feitas três perícias por peritos diferentes, todas impugnadas pelas partes, até que o tribunal estabeleceu o valor a pagar. AC nº 0000132-46.1988.8.26.0562.

**Date Created**

27/10/2018