

Ativismo judiciário. A intervenção do Judiciário na Prova das lides ambientais.

A avaliação das provas pelo magistrado quando do julgamento nas lides ambientais é tarefa que exige sensibilidade, desprendimento e perspicácia, pois na maioria das vezes as instruções processuais são falhas, com provas deficitárias e muito técnicas.

Não há se olvidar que os temas colocados raramente são enfrentados no dia a dia forense o que também já exige um estudo maior não só do juiz como também das próprias partes, sobretudo da extensa legislação, sempre tendo em vista as peculiaridades dos direitos metaindividualis, sua cotitularidade, imprescritibilidade e indisponibilidade.

Cumpre ressaltar que a deficiência probatória é comum, sobretudo pela dificuldade em se demonstrar e mensurar o dano ambiental que, apesar de atingir a todos, invariavelmente produz consequências muito maiores para a parcela da população mais humilde, que raramente consegue se fazer ouvir.

Conquanto para atribuição do dever de reparação, o Direito Ambiental tenha consagrado a *responsabilidade civil objetiva* por danos ao meio ambiente, que perfaz necessários apenas os requisitos indispensáveis que impliquem na responsabilização civil: *ação lesiva, existência do dano e nexo de causalidade*, ainda há grande dificuldade na sua comprovação.

A consagração da responsabilidade objetiva por danos ao meio ambiente, corolário do princípio do *poluidor pagador*¹, é baseada na *teoria do risco integral* da atividade potencialmente poluidora do empreendedor que se utiliza de recursos naturais, pois ao se utilizar destes com fins econômicos deve arcar com os danos e as *externalidades*².

Assim, comprovada a lesão ambiental, torna-se indispensável que se estabeleça uma *relação de causa e efeito* entre o comportamento do agente e o dano dele proveniente. Para tanto, basta que se demonstre a existência do dano sobre o qual o exercício de uma atividade perigosa exerceu uma influência decisiva³.

Todavia, a prova judicial da *relação de causalidade*, não raramente, é de grande complexidade e dispendiosa, impedindo muitas vezes com que o autor arque com seus custos, contrate peritos ou assistentes técnicos que possam avaliar a extensão dos danos ocorridos e provar a causalidade para que se verifique a reparação integral.

Nessa esteira, é importante ter bem presente no espírito que no Direito Ambiental brasileiro, antes ainda do NCPC, tanto a doutrina como a jurisprudência do STJ já havia consagrado, a *inversão do ônus da prova* como forma de facilitar a comprovação do nexo causal nas lides ambientais, dada a amplitude do bem juridicamente protegido.

¹ Art. 14 Lei 6.938/81 e art. 225, § 1º, III da CF.

² A Economia registra que as *externalidades* são os efeitos colaterais das atividades de produção de bens e serviços sobre outras pessoas que não estão diretamente envolvidas com essas atividades. As *externalidades* referem-se ao impacto de uma decisão sobre aqueles que não participaram dessa decisão. As externalidades negativas, que acarretam prejuízos às pessoas, não devem se transformar em custos para a população. Ao revés, seus geradores devem internalizar-las, e arcar com os custos destas.

³ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*, 13º ed., SP, Editora Malheiros, 2005.

O tema atualmente está consagrado pelo STJ com a *Súmula 618: A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental*. Porém mesmo antes da súmula e do NCPC – art. 373, a jurisprudência do STJ (REsp 1.634.006-RO), já era no mesmo sentido, negando recurso interposto por empresa potencialmente poluidora.

No Brasil, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta, como também de cunho estritamente processual e *ope judicis*. Foi assentada, tanto pela doutrina, como pela jurisprudência com fundamento no artigo 6^a, inciso VIII, c.c. artigo 117, ambos da Lei 8.078/90 (CDC), que alterou a Lei 7.347/85.

Assim, no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo, tudo como corolário do princípio *in dubio pro natura*, o juiz ambiental decidirá pela *inversão do ônus da prova*.

O art. 370, *caput*, do Novo CPC, outorga ao juiz a possibilidade de, mesmo diante da inércia das partes no tocante à produção probatória, determinar tal produção de ofício. Tal postura, permitida pela lei, assume especial relevância quando o tema versa sobre direito ao meio ambiente saudável, impondo uma visão diferenciada por parte do juiz.

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

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

De fato, se o juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele indeferir os pedidos procrastinatórios, desnecessários e incompatíveis, na instrução do processo, com muito mais razão poderá, por sua iniciativa, lançar mão de provas novas como forma de corrigir eventual deficiência para esclarecimento da verdade nas lides ambientais.

Não se pode confundir imparcialidade com omissão e neutralidade, pois o juiz atualmente, deve ser mais participativo. Este posicionamento tem muito da visão atual da doutrina no sentido da natureza pública do processo, afastando-se da associação que se fazia do processo com o direito privado.

Como anota Daniel Neves⁴, *as justificativas que impediam a atuação oficiosa do juiz, no campo probatório, foram corretamente afastadas pela melhor doutrina*. Ainda que eventualmente o direito pleiteado seja disponível, o juiz não está obrigado a compactuar com o desleixo probatório da parte, o que naturalmente prejudica a qualidade da tutela jurisdicional prestada.

Conquanto se possa argumentar que a produção de prova de ofício possa violar o princípio da igualdade das partes, o fato é que deve ser assegurada pelo juiz uma isonomia real, com tratamento desigual quando necessário, quando há desigualdade entre os sujeitos. Mais uma vez recorre-se à doutrina do professor Daniel Amorim Neves⁵:

O princípio da igualdade das partes não pode servir de argumento válido à proibição da produção de prova de ofício, considerando-se que a isonomia real exige um tratamento diferenciado dos sujeitos desiguais, nos limites de sua desigualdade. A igualdade de partes desiguais, em termos econômicos ou técnicos, só poderá ser efetivada no processo com a permissão da atividade instrutória de ofício, o que

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, JusPodivm, ed. 2016, pgs. 646-647.

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, JusPodivm, ed. 2016, pgs. 646-647.

evitará que a vitória ocorra em razão de superioridade econômica ou técnica de uma delas. A paridade de armas, exigência fundamental do contraditório efetivo, muitas vezes exige do juiz uma posição mais ativa na instrução probatória, como forma de igualar, concretamente, as chances de ambas as partes se sagrarem vitoriosas na demanda.

Por fim, a atividade instrutória do juiz não contamina sua indispensável imparcialidade, até mesmo porque o juiz não tem condições de determinar *a priori* o resultado da prova, sendo incorreto imaginar que a determinação da produção de prova possa beneficiar autor ou réu. Na realidade, se a prova efetivamente convencer o juiz, seu resultado beneficiará o titular do direito material, sendo esse o objetivo precípua da atividade jurisdicional. Por outro lado, não seria parcial o juiz que deixa de produzir prova quando possível, beneficiando a parte que não tinha o ônus de provar? Juiz imparcial não é juiz neutro e tampouco juiz desinteressado na qualidade da prestação jurisdicional. A imparcialidade do juiz não se garante ao impedi-lo de produzir prova de ofício, mas ao exigir o respeito ao contraditório em sua produção e a motivação de suas opções no tocante ao aspecto fático da demanda.

Nessa perspectiva, se mesmo em tema de direito disponível não há impedimento à atuação oficiosa do juiz, é legítimo se concluir que, ao revés, em se tratando de direito ao meio ambiente sadio, direito humano, fundamental, e, portanto, indisponível, o poder instrutório do juiz é de todo legítimo.

De fato, como é cediço, em tema de defesa do direito ao meio ambiente sadio, direito humano, indisponível e fundamental, há que se ter bem assentado, sobretudo pelo juiz no julgamento das lides ambientais propostas, que ele próprio não é um mero espectador dos fatos que lhe são trazidos.

Com efeito, sua eventual inércia poderá consagrar iniquidades e gerar conflitos intergeracionais de impossível reparação futura, daí que as regras gerais de distribuição probatória não poderão obstaculizar a proteção do direito fundamental, sobretudo porque a qualidade ambiental, ao tempo que diminuída, não tem como ser restituída.

Tome-se como exemplo uma empresa geradora de energia que é acusada de grande poluição do meio ambiente natural de determinada região, constatando-se danos à qualidade do ar, da água e do solo. Danos ao meio ambiente - bem autônomo e danos reflexos individuais a várias pessoas, ambos oriundos do mesmo fato, ou seja, a poluição resultante da atividade da empresa.

A empresa poluente aduz não ser a responsável pelos danos e procura transferir o ônus de demonstração da relação de causalidade ao autor da ação. O juiz, pela regra da inversão do ônus da prova e com base no *princípio do poluidor pagador*, poderá determinar que a empresa comprove não existir relação de causalidade entre a sua atividade e os danos verificados.

Note-se que para cumprimento da determinação, poderá ser exigido que a empresa, com seus próprios recursos, arque com os custos de uma perícia, nem que, para isso se utilize da BAT - *Best Available Technology* - que em tradução livre significa “Melhor tecnologia disponível”. Isso tudo com o objetivo de se evitar a perpetuidade de iniquidades e injustiças, o que ocorreria se o ônus dessa prova fosse inteiramente do autor.

A providência será cabível tanto nas ações coletivas, tal como a ação civil pública para proteção do meio ambiente – bem autônomo, como também para as ações de indenização por danos reflexos individuais, já que o poluidor é considerado objetivamente responsável pelos danos *causados ao meio ambiente e a terceiros* em razão de sua atividade, consoante art. 14, par. Único, Lei 6.938/81.

Vale dizer, a responsabilidade objetiva vale tanto para as ações de tutela do dano ambiental (bem autônomo), e, portanto, com repercussão metaindividual, assim como para as ações de danos reflexos, oriundos do mesmo fato, que se constituem, danos coletivos ou ainda individuais homogêneos, consoante art. 81, parágrafo único, incisos I, II e III, da Lei 8.078/90.

Na avaliação processual pelo juiz, a inversão do ônus da prova foi assentada, sobretudo, como forma de permitir aos hipossuficientes uma maior igualdade no processo, pois as regras gerais de distribuição da carga probatória poderiam referendar eventuais iniquidades, daí a aplicação do *ônus dinâmico da prova*.

De fato, imperioso relembrar que o juiz tem um papel fundamental na implantação da legislação ambiental o que não significa *ativismo judicial*. Deveras, ao contrário de outros países, no Brasil o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente, pois estas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo, daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional.

Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador (Min Herman Benjamin, REsp.650.728/SC).

Logo, a determinação do juiz de inversão do ônus da prova, pela aplicação do *ônus dinâmico da prova*, concretiza e aglutina, antes de tudo, os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, exigindo-se uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos da demanda, notadamente nas lides ambientais, que trata de direitos indisponíveis e intergeracionais, consoante o STJ:

STJ - [...] O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (*a probatio* diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do onus probandi, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitem no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho

estritamente processual e ope judicis (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.

9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. "Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade" (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006).

STJ - Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. (...) (REsp 1286704/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013).

Nesse passo, a determinação de provas fundadas em novas tecnologias que possam detectar o dano e sua projeção para o futuro, com o histórico de medições, possibilitando antecipadamente antever as consequências danosas para as gerações futuras, que poderão ser privadas da qualidade de vida em um meio ambiente equilibrado, bem do qual são cotitulares com as gerações viventes, é providência legal.

Isto se justifica, sobretudo, por tratar-se de matéria de direito fundamental, metaindividual, indisponível e de 3ª geração, pois não se pode olvidar que com o advento da Carta de 1988, o meio ambiente ganhou *status* constitucional. É o que se observa da leitura do art. 225, que impõe ser um dover de todos – Poder Público e coletividade – defender e preservar o meio ambiente, bem de uso comum do povo.

Há que se reprimir, assim, que a iniciativa do próprio juiz, dentro de seu poder instrutório no processo de determinar prova que possa efetivamente propiciar-lhe uma visão mais ampla do dano presente e das eventuais consequências danosas futuras, não se constitui em violação do princípio dispositivo que vigora no processo civil, mas, ao revés, providência necessária no processo civil moderno, sobretudo por se tratar de dano a direito metaindividual.

Nesse sentido, colhe-se do STF, MS 22164/SP, Rel. Ministro Celso de Mello:

STF - A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE - O direito à integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas -acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Segue-se, destarte, que qualquer projeto de governo deve necessariamente levar em conta a integridade do bem ambiental de forma a evitar com que haja o desencadeamento de conflitos intergeracionais pela afronta do direito de terceira geração representada pela necessidade de se proteger a saúde e a vida humana em um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

De fato, com a CF/88, surge um pacto federativo ecológico e uma limitação à discricionariedade do Estado (Legislador, Administrador e Juiz). Assim, a lição de Paulo Affonso Leme Machado, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer⁶:

Pacto federativo ecológico e limitação à discricionariedade dos entes públicos: insere-se também nesse cenário a discussão a respeito da limitação da discricionariedade do Estado (Legislador, Administrador e Juiz), tanto pelo prisma do exercício de competência legislativa quanto da competência executiva em matéria ambiental, tendo em vista o comando normativo que se extrai do regime jurídico do direito-dever fundamental ao ambiente consagrado na CF/88 (art. 225 e art. 5º, § 2º) que caracteriza os deveres de proteção ambiental atribuídos ao Estado.

A partir de tal premissa, o exercício das competências constitucionais em matéria ambiental, seja por parte do Estado-Legislador, seja em relação ao Estado-Administrador, deve dar-se com estrita observância ao marco constitucional-ambiental estabelecido pela Lei Fundamental de 1988. Evidencia-se, de tal sorte, um pacto federativo ecológico com nítido propósito de, para além da consagração normativa de direitos e deveres ecológicos, conferir-lhes a necessária efetividade, o que está subjacente e deve ser sempre perseguida no exercício levado a efeito pelos entes federativos das competências (legislativa e executiva) em matéria ambiental.

A Política Nacional do Meio Ambiente instaurada por meio da Lei nº 6.938/81 tem expressão nacional e, por esse prisma, fornece as bases normativas, alinhada sobretudo ao marco constitucional de 1988, para a consolidação de um pacto federativo ecológico.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Legislação Ambiental Comentadas*. Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Affonso Leme Machado. Tiago Fensterseifer. Saraiva, 2015, p. 156.

Logo, a intervenção do judiciário na matéria de interesse das presentes e futuras gerações se justifica de todo os modo. Aliás, seria verdadeiro contrassenso não se reconhecer o judiciário como legítimo guardião da norma ambiental e juiz do dano difuso a ele causado. Veja-se que a intervenção do judiciário em matéria de proteção de direito individual (ex: dano moral) é plenamente aceita e justificada. Por que não em matéria ambiental cujo bem importa a todos?

Com efeito, o argumento de que a matéria é complexa não sucumbe à menor análise, até porque igualmente também são complexas matérias sobre softwares, sobre embriões, sobre a vida humana, etc. Tampouco merece maiores digressões, o argumento de que se trata de matéria referente à "política pública", da qual não cabe ao judiciário intervir. De fato, também são matérias de política pública as atinentes a transportes públicos, telecomunicações, e, nem por isso, o judiciário deixa de intervir.

Como mencionado, a discricionariedade do administrador - argumento utilizado por boa parte daqueles que não reconhecem a necessidade de o juiz tratar o tema com a dimensão merecida, rechaçando a intervenção do judiciário em determinadas matérias ambientais - não é tão aberta assim como se pode inicialmente imaginar, pois é regrada pelo próprio legislador. Não há interferência indébita de um poder em outro.

Deveras, inúmeros casos levados a juízo em que esse controle é essencial para o deslinde da causa, v.g., destinação do lixo, saneamento básico, proteção de determinados espaços territoriais, necessitam dessa análise. Se caracterizada a omissão estatal no tocante à aplicação concreta da norma ambiental constitucional, é perfeitamente cabível ao Judiciário avaliar na hipótese concreta o descumprimento ou não das atribuições materiais definidas pelas leis e pela Constituição.

Acresça-se, outrossim, que doutrina e jurisprudência têm se firmado no sentido do entendimento de que é possível ao Judiciário examinar a finalidade dos atos administrativos, assim efetuando o controle para que direitos sociais e fundamentais sejam concretizados de forma plena, i.e., em assonância com o rumo apontado pela CF.

Logo, não há se falar em intromissão indevida no mérito administrativo, mas, ao revés, tão somente no controle finalístico da atuação estatal. Aliás, se assim não se admitir, nas palavras do Ministro Herman Benjamin, poderemos assistir a figura do "Estado Teatral".⁷ Nessa mesma perspectiva, a doutrina do eminent Procurador do Estado de São Paulo, Derly Barreto e Silva Filho⁸:

Vetar a apreciação jurisdicional dos atos políticos é romper com o equilíbrio no qual se nutre o princípio da tripartição funcional do Poder, porque a Constituição não atribuiu ao órgão executivo o poder de autojulgar-se; é estabelecer o predomínio do Poder Executivo sobre os demais poderes, pois a discricionariedade imanente ao ato político, uma vez isenta de controle judicial, descambaria ao arbítrio; é possibilitar violações de direitos individuais e coletivos através da onipotência descomedida do órgão executivo; é restringir o acesso à justiça, excluindo a apreciação jurisdicional eventual lesão ou ameaça a direito.

Registre-se, por imperioso, que não se legisla só para a administração pública, mas para todos. Logo, é legítimo se concluir que a intervenção do judiciário nas causas de matéria ambiental se justifica de duas formas:

⁷ BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos, *O Estado Teatral e a implementação do Direito Ambiental*. Publicado nos anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental. SP. v. 1, p. 338.

⁸https://documentos.mpsc.mp.br/portal/Conteudo/cao/cme/artigos/intervencao_poder_judiciario_tripla_cao_poderes.pdf, acessado em 06/09/2017.

a) controle formal de atividades da administração. Exemplo: ACP ou ação popular ambiental atinente a violação do processo de licenças ambientais. Violação do princípio do "due process ambiental". **b)** controle substantivo: como no caso em que a construção de determinada obra viola a legislação ambiental.

No mesmo passo, o Ministro Celso de Mello (RTJ 173/805-810, 806):

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes.

Mais uma vez cabe invocar o *princípio da ubiquidade*, pois o objeto de proteção ao *meio ambiente* está no epicentro dos direitos humanos, com o que o direito ao meio ambiente saudável, direito fundamental, relacionado à sadia qualidade de vida e à dignidade humana, deverá constar toda vez que uma política, atuação, legislação, sobre qualquer tema, atividade, obra, tiver que ser criada e desenvolvida pelos três poderes.

Vale dizer, antes da prática de qualquer atividade, é fundamental se estudar o meio ambiente de forma a preservar a vida e a sua qualidade para as presentes e futuras gerações, porquanto diretriz da ordem econômica e condicionante para cumprimento da função social da propriedade. Assim, variável obrigatoria em todos os projetos do Estado e da coletividade, conforme leciona Fiorillo⁹ quanto ao *princípio da ubiquidade*:

Este princípio vem evidenciar que o objeto de proteção do meio ambiente, localizado no epicentro dos direitos humanos, deve ser levado em consideração toda vez que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra etc. tiver que ser criada e desenvolvida. Isso porque, na medida em que possui como ponto cardeal de tutela constitucional a vida e a qualidade de vida da pessoa humana, tudo que se pretende fazer, criar ou desenvolver deve antes passar por uma consulta ambiental, para saber se há ou não a possibilidade de que o meio ambiente seja degradado.

Logo, o juiz não poderá deixar de ter os olhos voltados para a dimensão do direito material que está em julgamento, pois se a proteção ao direito ao meio ambiente, está no epicentro das decisões do Estado (*princípio da ubiquidade*), também é preciso do Estado-juiz um olhar no mesmo sentido, pois *nenhum dos poderes da República, ninguém, está autorizado, moral e constitucionalmente, a concordar ou a praticar uma transação que acarrete a perda de chance de vida e de saúde das gerações*¹⁰.

Assim, é preciso ter sempre presente a importância dos princípios que informam o direito ambiental: *prevenção; precaução; poluidor pagador; e desenvolvimento social*. Sua função é relevante na medida em que, como verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, constituem-se como seu alicerce porquanto são padrões juridicamente vinculantes radicados na exigência de justiça, daí sua importância como fundamento das decisões judiciais.

Segue-se, assim, que por se constituírem como fundamento de todo arcabouço das normas jurídicas do Direito Ambiental, inspirando-as em sua base de criação, propiciam a harmonia interpretativa pela qual deve se buscar na solução concreta.

⁹ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, Saraiva, 17^a ed., ps.96-97.

¹⁰ LEME MACHADO, Paulo Affonso. *Direito Ambiental Brasileiro*, Malheiros Ed., 2011, p.369.

Possuem, assim, uma função prospectiva, ordenadora, expondo condicionalismos fáticos e jurídicos que podem e devem ser invocadas pelo juiz em suas decisões, o que equivale a dizer que o juiz ambiental conta com um arcabouço jurídico de princípios e normas que o possibilitam decidir em prol do meio ambiente ainda que permaneça alguma dúvida na avaliação da prova (*in dubio pro natura*).

Se pelo *princípio da prevenção* se busca evitar a ocorrência do dano diante dos perigos já comprovados e conhecidos pela ciência aplicando-se a impactos já conhecidos em que se possa, com certeza, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade suficiente para se identificar os impactos futuros mais prováveis, pelo *princípio da precaução*, se preconiza que as ações positivas em favor do meio ambiente devem ser tomadas mesmo sem evidência científica absoluta de perigo de dano grave e irreversível.

A precaução, assim, é anterior à própria manifestação do perigo, garantindo margem de segurança da linha de risco, em prol da sustentabilidade. O princípio da precaução tem consequências diretas no âmbito processual, sobretudo em relação à prova do nexo causal na responsabilidade civil objetiva com a aplicação do princípio do ônus dinâmico da prova, consoante art. 373, § 1º do NCPC.

De outra banda, em atenção ao *princípio do desenvolvimento sustentável* deve-se procurar preservar o meio ambiente saudável em favor da equidade impondo uma responsabilidade intergeracional, pois o princípio do desenvolvimento sustentável deve ser entendido como “o desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades” (Relatório Brundtland, Noruega, 1987, norma 2).

Por fim, quanto ao *princípio do usuário ou poluidor-pagador*, a Lei 6.938/81 dispõe no artigo 4º, VII, previsão de contribuição por parte do usuário pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos, não se confundindo com seu dever de reparação integral do dano, baseada na adoção da teoria do risco integral (art.14). Há um duplo caráter: preventivo e repressivo. Nesse passo, não só o poluidor ou predador está obrigado a indenizar ou reparar o dano ambiental, mas também o simples usuário dos recursos ambientais com fins econômicos.

Por conseguinte, ainda que possam existir críticas a um possível grau elevado de subjetividade na avaliação do caso concreto à luz dos princípios que informam o Direito Ambiental, não se pode relegá-los a segundo plano. Ao revés, devem ser invocados nas decisões de inversão do ônus da prova, tudo em consonância com as funções instrutórias do juiz no processo, o ônus dinâmico da prova, a busca de uma isonomia processual real e a magnitude do bem em julgamento, que poderá afetar gerações futuras.

E, nesse passo, a iniciativa do juiz, na forma de seu poder instrutório, que determine, com fundamento nos mencionados princípios, a realização de perícias ou outras provas no processo, não ferem a isonomia processual, tampouco afrontam o princípio dispositivo que informa o processo civil, notadamente pela dimensão do bem jurídico ambiental, direito fundamental, metaindividual e indisponível.

Tome-se como exemplo, a hipótese de uma ação civil pública em que se necessite demonstrar o percentual de reserva legal de uma propriedade rural. Não há dúvida da facilidade da prova feita por sensoriamento remoto por imagens de satélite que possa elucidar ou corrigir a deficiência probatória, sobretudo por esclarecer dados de desmatamentos históricos, limites, datas e outros elementos dos autos. Isso pode ser determinado até mesmo diante da inércia das partes.

Em arremate, o juiz ambiental não é um ativista. O ativismo é da lei e da própria Constituição, pelo que na atividade judiciária de avaliação de provas nas lides ambientais, o juiz não pode abdicar do uso das novas tecnologias disponíveis atualmente, corrigindo eventuais distorções da prova, notadamente para a busca da verdade, a real isonomia das partes e o perfazimento da plena justiça.

*MIGUEL MONICO NETO
DESEMBARGADOR
PROFESSOR DA EMERON*