

SÚMULA 618 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: CRÍTICAS À LUZ DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Vinícius Ribeiro de Souza

Promotor de Justiça Substituto.

Pós-Graduado em Direito Público pela UEA/OAB.

Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas.

Sumário: 1 Introdução. 2 Construção da súmula com precedentes anteriores ao Novo Código de Processo Civil. 2.1 Considerações gerais a respeito da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. 3 A Súmula 618 do STJ revela uma regra geral ou uso de acordo com o caso concreto? 4 Momento para a inversão do ônus da prova. 5 Prova diabólica. 6 Conclusão. Referências.

Resumo

Estabelecer o nexo de causalidade entre determinada conduta e o dano ambiental, por vezes, demonstra-se ser uma árdua tarefa não apenas aos operadores do direito, como também a outros ramos da ciência, haja vista os elementos temporais, geográficos e a própria limitação científica contemporânea. Conseqüentemente, o Direito busca se adaptar à nova realidade, surgindo instrumentos que buscam facilitar a construção probatórias demandas ambientais, a exemplo do microsistema processual coletivo com a inversão do ônus probatório com base no Código de Defesa do Consumidor e a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova contida no Novo CPC. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, criou a súmula 618, a qual previu a aplicação do ônus da prova em demandas cujo objeto seja a degradação ambiental. Nessa medida, o objetivo desta pesquisa foi analisar a respectiva súmula e verificar possíveis omissões em seu texto em face da Teoria da Dinamização do Ônus da Prova contida no art. 373, parágrafo primeiro do NCP. Conclui-se que o STJ foi tímido no que concerne à redação da respectiva, não disciplinando a sua obrigatoriedade, o momento da inversão do ônus da prova, do mesmo modo como os casos de prova diabólica bilateral. A metodologia empregada na presente oportunidade foi bibliográfica, utilizando-se, da mesma forma,

do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Prova. Dinamização. Ônus. Dano. Súmula.

Abstract

Establishing the causal link between a particular conduct and environmental damage sometimes proves to be an arduous task not only for legal operators, but also for other branches of science, given the temporal, geographical and the elements themselves. contemporary scientific limitation. Consequently, the Law seeks to adapt to the new reality, emerging instruments that seek to facilitate the probative construction of environmental demands, such as the collective procedural microsystem with the inversion of the probative burden based on the Consumer Protection Code and the Dynamic Distribution Theory. Burden of Proof contained in the New CPC. The Superior Court of Justice, in turn, created the 618 precedent, which provided for the application of the burden of proof in demands whose object is environmental degradation. Thus, the objective of this research was to analyze the respective summary and verify possible omissions in its text in face of the Proof Burden Theory contained in art. 373, first paragraph of the NCPC. It is concluded that the STJ was timid regarding the wording of the respective, not disciplining its obligation, the moment of reversal of the burden of proof, as well as the cases of bilateral diabolical proof. The methodology used in this opportunity was bibliographic, using the hypothetical-deductive method.

Keywords: Proof. Promotion. Onus. Damage. Precedent.

1 Introdução

O dano ambiental possui características ímpares que o tornam de difícil comprovação em qualquer ramo da ciência. A possibilidade de degradação do meio ambiente com alcance geográfico indeterminado, o fato das consequências oriundas de poluição surgirem apenas após vasto lapso temporal, bem como a limitação científica são causas que dificultam a categorização

do poluidor. E o Direito não está a par dessa problemática.

Em resposta, o Direito Ambiental evoluiu, disciplinando diversos instrumentos que possibilitam a comprovação do nexos causal entre a degradação ao meio ambiente e a conduta do poluidor. Não se olvide, por exemplo, do microsistema processual coletivo, em que as Ações Cíveis Públicas podem se valer da inversão do ônus da prova contida no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Processo Civil de 2015, atento não apenas às demandas ambientais, mas também aos empecilhos de cunho probatório que se manifestam em qualquer demanda cível, positivou a Teoria da Dinamização do Ônus da Prova em seu art. 373, parágrafo primeiro, demarcando um importante campo instrumental no que tange à responsabilização probatória de quem possui as melhores condições materiais de provar nos autos que sua conduta não ocasionou determinado dano.

O Superior Tribunal de Justiça, a par dessa situação, publicou, no dia 30 de outubro de 2018, a súmula nº 618, com o seguinte teor: “A inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”. No entanto, apesar de sua tenra idade no mundo jurídico, foi alvo de críticas doutrinárias a respeito de sua tímida disciplina.

Nessa medida, a problemática desta pesquisa é: quais as omissões contidas na súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça frente às questões da inversão do ônus da prova?

Para a resolução de tal mister, o presente trabalho tem por objetivo analisar o texto da súmula 618 do STJ e verificar se houve ausência de regulamentação quanto aos seguintes pontos: a obrigatoriedade da inversão do ônus da prova, momento processual de aplicação e incidência em casos de prova diabólica bilateral.

Outrossim, a presente pesquisa se justifica à medida que traz a lume, além das críticas à novel súmula 618 do STJ, entendimentos doutrinários que podem servir aos operadores do direito no momento da aplicação da inversão do ônus da prova em demanda ambiental.

Ressalte-se que o presente trabalho usará o método de abordagem hipotético-dedutivo, vez que traçará um problema

e buscará solucioná-lo por meio de conjecturas, hipóteses e teorias. Igualmente, utiliza-se do método de procedimento bibliográfico e descritivo, tendo em vista o uso das referências bibliográficas e de julgados referentes ao tema.

2 Construção da súmula com precedentes anteriores ao Novo Código de Processo Civil

A edificação do presente trabalho científico se desenvolve a partir da consideração de que a súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça foi pautada por precedentes jurisprudenciais anteriores ao recente Código de Processo Civil, em especial ao seu art. 373, parágrafo primeiro, o qual alberga a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

Como se verá nas linhas futuras, o sinóptico texto sumular, sem égide no Novo CPC, apresenta lacunas que tornam a sua aplicação insegura, vez que não trata da obrigatoriedade da própria inversão do ônus da prova, bem como do momento processual da sua aplicação e de sua incidência em caso de impossibilidade de produção das provas por ambas as partes.

2.1 Considerações gerais a respeito da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

O art. 373, parágrafo primeiro, do Novo Código de Processo Civil, de forma diversa em relação ao CPC de 1973, positivou a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, sendo curial o destaque do texto normativo, senão vejamos:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

§ 1º 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.

Didier Jr, Braga e Oliveira reputam o tema como distribuição do ônus da prova feita pelo juiz, em que a legislação brasileira autoriza este, desde que observados alguns pressupostos, a redistribuir o ônus probatório diante o caso concreto (2017).

A respeito da teoria ora em baila, Lourenço produz um paralelo entre as características do processo a fundamentar o termo “dinâmico” àquela. Para o autor, “o processo, como o próprio nome está a sugerir, é movimento, tem um caráter dinâmico, portanto todos os fenômenos processuais devem ser examinados sob um ponto de vista dinâmico [...]” (2015, p. 88).

No que tange ao estudado dispositivo legal, Nery Junior e Andrade Nery, afirmam que o referido texto, de forma retráida, prescreve que a inversão do ônus da prova por meio da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova é exceção à regra, conforme trecho literário abaixo epigrafado:

O texto normativo indicou, timidamente, tendência em adotar a inversão do ônus da prova pela técnica da *dinâmica da prova*: terá o ônus de provar aquele que estiver, no processo, em melhor condição de fazê-lo, conforme inversão determinada por decisão judicial fundamentada. Como se trata de exceção à regra, não comporta interpretação ampliativa e deve ser aplicada com redobrada cautela (2016, p.1084, grifo nosso).

Em uma leitura detida da previsão legal, podem ser verificados alguns aspectos específicos contidos na mesma que são omitidos na súmula 618 do STJ. O primeiro se refere aos casos de incidência da inversão do ônus da prova, no qual somente com previsão legal ou de acordo com as peculiaridades do caso em concreto podem legitimar a transferência da responsabilidade probatória a uma das partes que, inicialmente, não estaria como o encargo probatório. Conforme será debatido mais à frente, a disciplina realizada pelo Superior Tribunal de Justiça é imprecisa quanto a esse mister.

Outra configuração prevista expressamente no atual

Código de Processo Civil é o momento em que deve ocorrer a inversão do ônus da prova. Conforme o art. 357, III, NCPC, o magistrado, em decisão de saneamento, definirá a quem incumbe o ônus de provas, de acordo com o que se verbera a seguir:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; (grifo nosso)

A súmula 618 do STJ, entretanto, nada traz a respeito do momento processual em que deve ocorrer a inversão do ônus da prova, o que será objeto de análise e de sugestões, conforme a doutrina e o entendimento jurisprudencial quanto à matéria em questão.

3 A Súmula 618 do STJ revela uma regra geral ou uso de acordo com o caso concreto?

O texto legal outrora estudado nas linhas gerais a respeito da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova não deixa campo nebuloso para dúvidas a respeito das ocasiões em que o magistrado poderá inverter o ônus da prova: a) previsão legal; b) de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Contudo, a súmula 618 do STJ apenas adverte que “aplicase” a inversão do ônus da prova nas demandas em que se discute a degradação ambiental, restando vago se se trata de obrigatoriedade em qualquer demanda ambiental, ou apenas uma possibilidade em que o julgador irá ponderar de acordo com o caso concreto.

Porém, antes de aprofundar a análise crítica, são necessárias breves notas a respeito da estrutura sumular, qual seja, os precedentes. Assim, conforme consta no *site* do Superior

Tribunal de Justiça, este indicou os seguintes julgados: AgRg no AREsp 183202 SP; AgRg no AREsp 206748 SP; AgRg no AREsp 533786 RJ; AgInt no AREsp 779250 SP; AgInt no AREsp 846996 RO; AgInt no AREsp 1090084 MG; REsp 883656 RS; REsp 1049822 RS; REsp 1060753 SP; REsp 1237893 SP; (REsp 1330027 SP); REsp 1517403 AL.

Em resumo, os precedentes tratam de Ações Cíveis Públicas, ações de danos com fulcro em prejuízo aos pescadores de áreas afetadas por construções em rios de origem nas atividades das prestadoras de serviço público, bem como demanda de aplicação de multa no âmbito administrativo. De acordo com o que será visto, a natureza dos julgados servirá de fundamento a respeito da conclusão a que o presente trabalho se propõe.

Niebuhr e Linhares abordam de forma crítica o uso do termo “aplica-se”. Para estes, se o Superior Tribunal de Justiça pretendeu afirmar que o magistrado realizaria o controle da inversão de acordo com o caso concreto, não foi além do que já se encontra previsto nos institutos de direito coletivos que embasaram a construção da própria súmula (2018).

Aliás, como bem observam os autores, o texto normativo também não define se a ausência de algum requisito contido no Código de Defesa do Consumidor, a exemplo da hipossuficiência, resultaria na impossibilidade de se dinamizar o ônus da prova (2018).

Para Niebuhr e Linhares, de outra banda, se o objetivo do STJ era o de tornar a inversão do ônus da prova como regra geral, tal atitude iria de encontro aos próprios precedentes que embasaram a súmula, sendo importante destacar trecho das críticas formuladas (2018):

Noutro turno, se o Superior Tribunal de Justiça pretendia atribuir à expressão “aplica-se” um comando cogente, no sentido de que a inversão do ônus da prova passa a ser regra em demandas ambientais, o enunciado incorre em dois problemas. De plano, falou menos do que deveria, porque não deixou isso claro. Além do mais, com essa conotação o enunciado seria contrário a diversos precedentes, dentre os quais, alguns daqueles indicados pelo próprio Superior Tribunal de Justiça

como ilustrativos da jurisprudência dominante que seria uniformizada por meio da Súmula. Nesses precedentes (por exemplo, no AgRg no AREsp 533.786/RJ, no AgInt no AREsp 846.996/RO, no AgRg no AREsp 183.202/SP, no REsp 883.656/RS e no REsp 1049822/RS) a inversão foi tratada como uma possibilidade; ela não se operou de forma automática, mas foi inclusive precedida da demonstração da já aludida hipossuficiência da parte autora (ainda que, equivocadamente, na nossa percepção, em uma acepção mais alargada), prevista como requisito para a decretação da medida no inciso VIII do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor (2018, p.01).

Nesse diapasão, é curial destacar que as demandas coletivas, as quais apoiam em parte a súmula, possuem um microsistema jurídico próprio calcado, principalmente, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública. Quanto ao tema, considerável é o trecho das palavras do, à época, Ministro do STJ, Luiz Fux, no Recurso Especial nº 510.150 – MA, a saber:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e dos Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se.

Nessa medida, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, VIII, é clarividente ao prever que a inversão do ônus da prova ocorre “quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

Milaré afirma que a Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), a qual rege a tutela dos direitos coletivos em sentido amplo, não aponta a quem cabe o ônus de provar, restando tal mister, de forma subsidiária, ao Código de Processo Civil, que possui a previsão do art. 373, *caput*, bem com a flutuação do ônus probatório no parágrafo primeiro do mencionado artigo

(2018).

Ainda em relação ao NCPC, segue Milaré noticiando no tocante ao tema que

Isso não significa dizer, entretanto, que a nova ordem processual tenha dado uma carta branca ao juiz, possibilitando-lhe inverter automaticamente o *onus probandi* quando se tratar de matéria ambiental, como acabou entendendo o STJ. (2018, p.01) (destaque no original).

Continua o autor:

A bem ver, a indigitada súmula passou ao largo da mudança legislativa operada pelo § 1º do art. 373 do atual CPC - que, em boa hora, introduziu a distribuição dinâmica do ônus da prova nos processos em geral, a denotar postura nitidamente ativista do Judiciário. Sim, porque, em nome da “mais ampla proteção do ambiente”, desconsiderou-se os limites da legalidade vigente, mesmo que isso possa representar uma interpretação ampliativa para restringir direitos individuais (MILARÈ, 2018, p.1).

Desta feita, nota-se que Milaré possui o entendimento de que o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula 618, sedimentou a tese de que a inversão do ônus da prova é regra no ordenamento jurídico pátrio, o que não atentaria ao princípio da isonomia, conforme suas palavras:

Realmente, nos litígios ambientais não se vislumbra necessariamente um desequilíbrio entre os litigantes a ser restabelecido – em que pese a relevância do bem jurídico em jogo. Tampouco, a dificuldade probatória de uma das partes corresponde à facilidade da outra. Há casos em que a prova é de difícil produção para ambas as partes. Nesta hipótese, impor ao réu, sempre e sempre, o ônus da prova, sem que haja previsão expressa de lei, e sem que a relação de direito material assim o requeira, é atentatório do princípio da isonomia

(afinal, se não há desigualdade a reequilibrar, a inversão do ônus da prova é que causará um desequilíbrio e, por conseguinte, uma desigualdade) (MILARÈ, 2018, p. 1).

Retornando ao ponto que fora iniciado nos primeiros parágrafos, qual seja, o exame dos precedentes que serviram de pilares para a súmula 618, observam-se que eles são anteriores ao Novo Código de Processo Civil, não contemplando a Teoria da Dinamização do Ônus da Prova em seu bojo, de forma explícita.

Todavia, cumpre destacar que no voto do Ministro Herman Benjamin, Resp 883656/RS, há uma exceção. Nesta, um dos precedentes menciona a Teoria da Dinamização do Ônus da Prova, apesar de se referir aos institutos do direito coletivo. Aliás, válido salientar que se trata de um julgado de 2012, sendo importante o excerto:

No campo do Direito Ambiental, aplicáveis com maior razão os fundamentos teórico-dogmáticos do ônus dinâmico, acima aludidos. Mas não é só. A própria natureza indisponível do bem jurídico protegido (o meio ambiente), de projeção intergeracional, certamente favorece uma atuação mais incisiva e proativa do juiz, que seja para salvaguardar os interesses dos incontáveis sujeitos-ausentes, por vezes toda a humanidade e as gerações futuras. Ademais, o cunho processual do art. 6º, VIII, do CDC liberta essa regra da vinculação exclusiva ou confinamento à relação jurídica de consumo. Por derradeiro, a incidência do princípio da precaução, ele próprio transmissor por excelência de inversão probatória, base do princípio in dubio pro natura, induz igual resultado na dinâmica da prova, aliás como expressamente reconhecido pelo STJ, conforme precedentes adiante transcritos.

O voto se trata de exceção. Os julgados do Superior Tribunal de Justiça fazem alusão aos instrumentos típicos das ações coletivas, a exemplo do art. 6, VIII do Código de Defesa do Consumidor e o art. 21 da Lei de Ação Civil Pública. Nesse sentido, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, no AgRg no AREsp 183202 SP, fundamenta a inversão do ônus da prova:

Ademais, a inversão do ônus da prova ainda recebe reforço na interpretação interligada das leis aplicáveis ao caso, conforme se extrai dos dispositivos com relação direta com a questão:

Código de Defesa do Consumidor

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Lei nº 7.347/1985

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

[...]

Portanto, considerando os pressupostos que ensejaram a produção da súmula 618 do STJ, não se pode falar em regra geral a respeito da sua aplicação, devendo o magistrado, diante do caso concreto, ponderar se haverá ou não a flutuação do ônus probatório.

Uma reflexão é válida. Para que a inversão do ônus da prova seja considerada regra geral em demandas ambientais, há necessidade de lei específica para tal desiderato, em que pese todos os princípios protetivos do meio ambiente, sob pena da não observância da segurança jurídica.

Igualmente é a crítica de Milaré, na qual afirma:

Destarte, especificamente no que atine à tutela ambiental, é passada a hora de um comando normativo próprio a regular o assunto, em ordem a se evitar qualquer postura ativista, como referido (2018, p.01).

Entende-se, portanto, que a súmula, no que concerne à esfera da obrigatoriedade de sua aplicação, foi omissa, não

esclarecendo se sua incidência é regra geral aplicável sem a necessidade de juízo de valor por parte do magistrado, ou se ocorre apenas perante as peculiaridades do caso.

Todavia, em uma análise dos precedentes que justificaram a súmula, bem como da legislação vigente que compõe o microsistema processual coletivo, em especial o Código de Defesa do Consumidor, nota-se que a inversão do ônus da prova ocorre de acordo com determinados elementos, a critério do juiz.

Desconsiderando a jurisprudência consumerista a respeito do tema, em que se debate ser um direito subjetivo ou não do demandante a inversão do ônus da prova se preenchido os requisitos legais, o que se conclui é que não se trata de regra geral.

Outrossim, atentando-se à atual legislação pertinente ao processo civil, NCPC 2015, a inversão probatória também não ocorre como regra geral, condizente ao que amplamente foi exposto nas linhas anteriores. Assim, a súmula, apesar de ser omissa, não pode ir além do que se encontra positivado em nosso Estado.

4 Momento para a inversão do ônus da prova

De outro banda, a súmula 618 do STJ, tendo em vista a sua escassez textual, não contempla o momento processual em que a inversão do ônus da prova deve ocorrer, restando ao alviro da discussão doutrinária. Da mesma forma, Niebuhr e Linhares notam que a

Súmula nº 618 também perdeu uma excelente oportunidade para definir, com clareza e a bem da segurança jurídica, o momento em que deve operar a inversão do ônus da prova (2018).

A presente discussão também se desenvolve por meio de dois aspectos interessantes. O primeiro é a existência de entendimentos diversos quanto ao momento processual em que

deve ocorrer a flutuação probatória. O segundo recai sobre o fato, reprise-se, que o texto sumular é construído ainda sob o auspício do Código de Processo Civil de 1973, o que acarretará insegurança, senão vejamos.

O Código de Processo Civil de 2015, segundo destrinchado nas páginas iniciais, positivou a Teoria da Dinamização do Ônus da Prova, indicando as hipóteses no art. 373, parágrafo primeiro do caderno legislativo. Porém, o legislador foi além, uma vez que previu o momento processual exato em que a inversão probatória deve ocorrer, conforme se extrai do art. 357, III, NCPC:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

Conquanto a expressa previsão legal a respeito da temática, a doutrina não é uníssona quanto ao momento processual. Há determinada corrente, ainda que minoritária, a defender a inversão do ônus da prova apenas no momento da sentença, considerando-a regra de julgamento. É o exemplo de Nery Jr. e Andrade Nery, a saber:

O juiz é o destinatário mediato da prova, de sorte que a regra sobre o ônus da prova a ele é dirigida, por ser regra de julgamento. Nada obstante, essa regra é fator indicativo para as partes, de que deverão se desincumbir dos ônus sob pena de ficarem em desvantagem processual – a menos que a inversão seja impossível ou excessivamente difícil o que impede que essa mesma inversão. **O juiz, ao receber os autos para proferir sentença, verificando que seria o caso de inverter o ônus da prova não poderá baixar os autos em diligência e determinar que a parte prejudicada pela inversão faça a prova, pois o momento processual para a produção dessa**

prova já terá sido ultrapassado. Caberá ao prejudicado agir, durante a fase instrutória, no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito da parte contrária, bem como a existência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda (2016, p. 1084-1085, grifo nosso).

Todavia, os mesmos doutrinadores retromencionados maleabilizam o próprio entendimento ao aduzirem que o magistrado pode alertar a parte sobre a qual recairá o ônus probatório no sentido de se desincumbir de tal mister, o que na realidade não foge à regra contida no Novo CPC, de acordo com trecho da obra daqueles:

Nada impede que o juiz, na oportunidade de preparação para a fase instrutória (saneamento do processo), verificando a possibilidade de inversão do ônus da prova, alvitre a possibilidade de assim agir, de sorte a alertar a parte prejudicada com essa decisão de que deve desincumbir-se do referido ônus, sob pena de ficar em situação de desvantagem processual quando do julgamento da causa [...] (2016, p. 1085).

Nesse passo, insta notabilizar a existência de corrente doutrinária defensiva da inversão do ônus da prova no despacho citatório. Aliás, tal entendimento é recorrente em demandas de juizados especiais, principalmente quando se trata de matéria consumerista.

Contudo, não aparenta ser a melhor solução no que concerne à inversão do ônus probatório, vez que não está claro, naquele momento processual – despacho de citação -, qual a dificuldade na produção de provas, bem como os pontos controvertidos da demanda, mesmo que seja causa ambiental. É o que asseveram Macêdo e Peixoto:

A dinamização do *onus probandi* em decisão citatória não é adequada. Nesse momento não se sabe efetivamente das dificuldades da prova, na verdade, a situação instrutória do réu por ser ainda mais complicada, além de sequer ser

possível o conhecimento dos pontos controvertidos, que dependem da resposta do réu. O contraditório deve ser observado para além da audiência bilateral das partes, sendo esse seu caráter meramente formal, devendo haver a concessão ao réu a oportunidade de elucidar a situação litigiosa e de influenciar no juízo do magistrado (2016, p. 191, destaque no original).

Noutro giro, determinada corrente admite a inversão do ônus da prova a qualquer momento processual, desde que respeitado o contraditório e a ampla defesa. É o que ditam Didier Jr, Braga e Oliveira, mas ressaltam que seria mais oportuno a redistribuição probatória na decisão de saneamento, nos moldes determinados pela legislação atual (2017).

Da mesma forma, sugere Cambi quando adverte que a dinamização do ônus da prova deve ocorrer antes da sentença, indicando que a questão probatória deve manifestar-se, preferencialmente,

Antes do início da fase instrutória do processo de conhecimento, quando da realização da audiência preliminar (CPC/1973, art. 331) ou da decisão saneadora, pelo novo Código de Processo Civil (art. 357, III) (2015, p. 06).

Mesmo considerando toda a construção doutrinária que defende as hipóteses não contidas no Novo CPC, este deve ser observado também quanto ao momento de inversão do ônus da prova, ou seja, no despacho saneador. Porém, para se trilhar tal conclusão, é necessária uma reflexão.

Se a demanda apresentar natureza individual, oriunda de dano ambiental de mesmo caráter, estará fadada a ser disciplinada pelo atual Código de Processo Civil. Nessa medida, o art. 357, III, incidirá necessariamente seus efeitos, tendo o magistrado, no despacho de saneamento, a possibilidade de flutuar o ônus da prova em desfavor da parte que possuir as melhores condições probatórias.

Entretanto, se a demanda for coletiva, o microssistema processual que entrelaça a Lei de Ação Civil Pública, Código de

Defesa do Consumidor, dentre outros, disciplinará a matéria. Contudo, tais legislações não demarcam o momento exato em que deve ocorrer a inversão do ônus da prova. Assim, o Código de Processo Civil será utilizado de forma subsidiária, o que resultará, da mesma forma, na observância do despacho saneador.

5 Prova diabólica

A brevidade textual da súmula 618, bem como o fato de não possuir precedentes jurisprudenciais sob o ditame do Novo CPC, também evidencia uma outra problemática: a prova diabólica.

Conforme Didier Jr, Braga e Oliveira, prova diabólica “é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil”, tendo ofertado como exemplo o autor de ação de usucapião especial, o qual teria que comprovar não ser proprietário de nenhum outro imóvel para fazer direito à aquisição do bem (2017, p. 131), o que se revela uma atividade praticamente impossível, ou inimaginável.

Para os autores, a prova diabólica possui duas vertentes: unilateral ou bilateral. A primeira ocorre no momento em que se torna impossível para uma das partes, porém possível de construção nos autos pela outra. Contudo, a segunda surge quando a prova é impossível para ambas as partes, o que chamam de “situação de inesclarecibilidade” (2017).

É neste íterim que Niebuhr e Linhares destacam que outro ponto sensível da súmula foi justamente a ausência e zelo da mesma no que tange à impossibilidade de produção probatória no decorrer na demanda ambiental (2018).

Julgando as reflexões tomadas anteriormente a respeito da aplicabilidade do Novo Código de Processo Civil nas demandas ambientais, individuais ou coletivas, vale por em relevo a previsão legal a respeito da impossibilidade da inversão do ônus da prova quando o magistrado se deparar com a mencionada prova diabólica:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

[...]

§ 1º 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.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (grifo nosso).

Parcela da doutrina não constrói barreiras quanto ao texto expresso. Nessa senda, Macêdo e Peixoto: “a dinamização pode, também, ocasionar uma prova diabólica para ambas as partes, sendo vedada a sua aplicação nessa hipótese” (2016, p. 173).

Didier, Braga e Oliveira aprofundam a questão quando dissertam a respeito de quem assumiu o risco da prova se tornar diabólica bilateralmente, sendo relevante o destaque de trecho da obra dos autores:

Assim, se o fato insusceptível de prova for constitutivo do direito do autor: a) e o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (373, CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência; b) mas se foi o réu que assumiu o dito risco, o juiz deve, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência (2017, p. 132-133, destaques no original).

Todavia, Cambi defende uma hipótese em que a inversão do ônus da prova possa ocorrer na própria sentença, justamente quando houver a prova diabólica bilateral. A conclusão a que chega o doutrinador é no sentido de imputar a carga probatória ao demandado, tendo com fundamento no direito material discutido, senão vejamos:

Acontece que há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, quando então não há como inverter o ônus probatório ou distribuir dinamicamente o *onus probandi*, na fase ordinatória, e o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. **Nessas hipóteses, determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo demandante, fazendo com que o demandado assumo o risco por sua atividade, situação que permite a inversão do ônus da prova ou a distribuição dinâmica da carga probatória na própria sentença** (2015, p.10, grifo nosso).

Tal lição aparenta ser bem tentadora no que concerne à temática ambiental. A uma, porque a degradação do meio ambiente possui uma peculiaridade própria: a dificuldade ímpar em se provar alguns danos ambientais que se diluem por vastos territórios e no tempo.

A duas, o Direito Ambiental, dentre os vários princípios próprios, apresenta o da precaução, considerado pedra de toque na jurisprudência a justificar a inversão do ônus da prova. Não ao acaso o Superior Tribunal de Justiça, por diversas vezes, admitiu tal tese, sendo salutar evidenciar a ementa do julgado no AgRg no AREsp 183.202/SP, da relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. USINA HIDRELÉTRICA. CONSTRUÇÃO. PRODUÇÃO PESQUEIRA. REDUÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. PRECEDENTES. INOVAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A Lei nº 6.938/1981 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do

dano causado, que, no caso, é inconteste.

2. **O princípio da precaução, aplicável à hipótese, pressupõe a inversão do ônus probatório, transferindo para a concessionária o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente e, por consequência, para os pescadores da região.**

3. Não há inovação em recurso especial se, ainda que sucintamente, a matéria foi debatida no tribunal de origem.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 183.202/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015, grifo nosso)

Não é o objetivo deste trabalho destrinchar de forma pormenorizada o princípio da precaução, uma vez que tal diligência exigiria o espaço de um livro. Contudo, considerações gerais são necessárias para melhor elucidar o tema. Assim, é imperioso explorar a conceituação do instituto nas palavras de Sarlet e Fensterseifer:

O seu conteúdo normativo estabelece, em linhas gerais, que, diante da dúvida e da incerteza científica a respeito da segurança e das consequências do uso de determinada substância ou tecnologia, o operador do sistema jurídico deve ter como fio condutor uma postura precavida, **interpretando os institutos jurídicos que regem tais relações sociais com a responsabilidade e a cautela que demanda a importância existencial dos bens jurídicos ameaçados** (vida, saúde, qualidade ambiental e até mesmo, em alguns casos, a dignidade da pessoa humana), inclusive em vista das futuras gerações (2017, p. 215, grifo nosso).

Wedy elenca três elementos que compõem o conceito do princípio da precaução, quais sejam: incerteza científica, risco de dano e inversão do ônus da prova. Em relação a este último, o autor afirma que a fundamentação para tal mister encontra-se na obrigação do demandado em provar, por meio de estudos científicos prévios, que sua conduta não apresentará risco ao meio ambiente utilizado (2009). É o que se observa no trecho:

A par de alguma divergência doutrinária sobre a inversão do ônus da prova referente ao risco de dano, esse elemento também, deve ser entendido como decorrente de uma interpretação extensiva do princípio da precaução. A consistência desta assertiva está no fato de o interessado na prática de determinado ato, considerado potencialmente lesivo, ter a obrigação de provar que sua ação não resultará em risco de dano ao meio ambiente, pelos meios apropriados, tais como estudo de impacto ambiental, estudos dos riscos e autorização preliminar para a prática de certas atividades (2009, p.73-74)

Dessa feita, por mais que o atual Código de Processo Civil preveja expressamente a impossibilidade de inversão do ônus da prova em caso de prova diabólica bilateral, quando a demanda apresenta matéria peculiar, a exemplo do meio ambiente, a regra deve ser excepcionada.

Há princípios que devem ser manejados quando da análise da possibilidade de inversão do ônus da prova em determinadas ações. Em causas de degradação ambiental, o princípio da precaução exige que o réu, antes mesmo de triangularizar a relação jurídica processual, tenha em mãos todo o conjunto de informações científicas a provar que sua atividade não teria o condão de causar o dano ambiental reclamado em juízo, não podendo alegar prova diabólica bilateral a ensejar a impossibilidade contida no art. 373, parágrafo primeiro do CPC.

Porém, toda essa discussão poderia ser evitada caso a súmula 618 do STJ apresentasse em seu bojo a possibilidade ou não de se inverter o ônus da prova em caso em que se evidenciasse a prova diabólica bilateral.

6 Conclusão

Diante de todo o exposto, observa-se, em um primeiro momento, que a súmula 618 do Superior Tribunal de Justiça apresentou como fundamento bastantes precedentes jurisprudenciais anteriores ao Novo Código de Processo Civil. Isso, aliado ao tímido texto sumular, resulta em lacunas

criticáveis, perdendo o Tribunal Cidadão uma excelente oportunidade de pacificar a matéria relativa à inversão do ônus da prova em matéria ambiental em seu conjunto.

De início, foi estabelecido no texto da súmula que a inversão do ônus da prova “aplica-se” às causas relativas à degradação ambiental. A doutrina critica o uso do termo destacado entre aspas, haja vista não esclarecer se a flutuação probatória é regra geral ou deve ocorrer de acordo com o caso concreto.

Não obstante, em que pese a ausência na súmula, não se pode negar a incidência do Novo Código de Processo Civil na questão a ensejar a conclusão de que a dinamização do ônus da prova deve acontecer apenas perante a previsão legal ou de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Ademais, a súmula 618 do STJ não previu em qual momento a inversão do ônus probatória deveria ocorrer. Malgrado os entendimentos doutrinários a defender diversos momentos processuais para tal desiderato, o Novo Código de Processo Civil estabelece o despacho saneador como o adequado. E não poderia ser outro, uma vez que nesta oportunidade as partes já estão cientes das provas a serem produzidas, tendo o magistrado estabelecido os fatos controvertidos.

Por fim, a escassez textual da súmula reflete na imprevisibilidade de se admitir a inversão do ônus probatório em casos em que ocorre a prova diabólica bilateral, ou seja, quando é impossível a produção de provas em relação a ambas as partes.

Neste caso, embora haja expressa previsão legal pelo impedimento da dinamização do ônus da prova, quando a demanda tratar de dano ambiental, há princípios próprios afetos à matéria que excepcionam tal regra, a exemplo da precaução, resultando na flutuação probatório àquele que deveria deter o conhecimento científico de sua atividade de forma prévia à própria conduta.

Referências

BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 510.150/MA, Relator:

Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento 17 fev. 2004, 1ª TURMA. *Diário da Justiça Eletrônico*, 29 mar. 2004.

_____. Recurso Especial nº 883.656/RS, Relator: Min. HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento 09 mar. 2010, 2ª TURMA. *Diário da Justiça Eletrônico*, 28 fev. 2012.

_____. AgRg no AREsp 183202/SP, Relator: Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento 10 nov. 2015, 3ª TURMA. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 nov. 2015.

CAMBI, Eduardo. *Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCP. 2015*. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.246.04.PDF. Acesso em: 10 ago. 2019

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do ônus da Prova no novo CPC*. São Paulo: Método, 2015

MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua Dinamização*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MILARÉ, Édis. *O ônus da prova nas lides ambientais e a súmula 618 do STJ*. 2018. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI29050_5,310470+onus+da+prova+nas+lides+ambientais+e+a+súmula+618+do+STJ?fbclid=IwAR0Wr4UmYRl07SuRQkRzRPjtTl8DEZjE4c9KF_7weuBbU-Slc3PKaoeE71U. Acesso em: 12 ago. 2019.

NERY JR, Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NIEBUHR, Pedro de Menezes; LINHARES, Felipe Neves. *Problemas da súmula 618 do STJ sobre inversão do ônus da prova em matéria ambiental*. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/problemas-da-sumula-618-do-stj-sobre-inversao-do-onus-da-prova-em-materia-ambiental-30112018>. Acesso em: 12 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WEDY, Gabriel. *O princípio constitucional da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente e da saúde pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.