

ATUTELA DE EVIDÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE

EVIDENTIAL TUTELAGE APPLIED TO PUBLIC CIVIL SUITS IN DEFENSE OF THE ENVIRONMENT

Thiago Affonso de Araujo Costa¹

Amanda FormisanoPaccagnella²

RESUMO

O presente estudo busca demonstrar que a tutela de evidência prevista no Código de Processo Civil/2015 constitui instrumento processual de grande utilidade na ação civil pública em defesa do meio ambiente. O atual Código de Processo Civil, ao elevar a tutela de evidência a um nível de alta relevância, primou pela maior efetividade do provimento jurisdicional; com efeito, sendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um direito fundamental de terceira geração, é imprescindível para sua tutela a utilização de todo e qualquer mecanismo processual capaz de dar uma resposta eficaz. Sendo assim, ainda que não haja urgência na prestação da tutela jurisdicional, pode haver nítida necessidade de antecipação da tutela jurisdicional pretendida com fundamento na evidência do direito consubstanciada em uma das hipóteses do artigo 311 do CPC/15, principalmente em casos em que o dano ambiental já se consolidou. Neste contexto, serão abordados no presente artigo os aspectos relativos ao microsistema processual coletivo, ação civil pública e aplicação subsidiária do CPC/15 às ações coletivas; em seguida, a tutela de evidência concebida no CPC/15 e a possibilidade de sua aplicação na ação civil pública para tutela ambiental, de forma a alcançar a maior efetividade processual na defesa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras-Chave: Microsistema de Processo Coletivo. Ação Civil Pública Ambiental. Tutela de Evidência.

ABSTRACT

¹Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista “Júlio De Mesquita Filho” - UNESP. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP USP. E-mail: taacosta@hotmail.com

²Especialista em Direito Ambiental e Gestão Estratégica da Sustentabilidade pela PUC-SP. Mestranda em Direito Ambiental pela UNESP-Franca. E-mail: amanda.paccagnella@gmail.com

Evidential tutelage is the procedural mechanism which allows for the defendant to share with the author the burden for the duration of the lawsuit, often packed with delays, through one of the four hypotheses determined by article 311, sections I, II, III e IV of the new Civil Procedure Code, without the need of proven urgency. It is an important procedural instrument in defense of environmental interests, especially in situations in which urgency in obtaining advance relief cannot be visualized; for instance, in cases in which the environmental damage has already happened and become irreversible. In this context, this paper will approach aspects regarding the microsystem of collective tutelage, which consists of several other legal diplomas pertaining collective rights. One of them is the public civil suit law, which allows for the application of the Civil Procedure Code's determinations, especially with regards to evidential tutelage and its hypotheses.

Keywords: Microsystem of Collective Tutelage. Public Civil Suits. Evidential tutelage.

1. INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, busca-se uma constante concretização das garantias e direitos fundamentais. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui, sem dúvida nenhuma, um dos mais importantes direitos fundamentais, na medida em que a falta dele compromete a efetivação de outros.

A tutela ambiental brasileira é reconhecida internacionalmente como avançada, pois além de possuir *status* constitucional, é composta por numerosas leis e amplo instrumental jurídico protetivo, existindo um esforço contínuo para que este aparato continue evoluindo e se aperfeiçoando.

A ação civil pública inserida no microsistema processual coletivo é instrumento deste esforço, juntamente com a ação popular, o Código de Defesa do Consumidor, entre outros, e por isso deve ser utilizada da forma mais eficaz à tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para que seja alcançada a maior efetividade da tutela ambiental, se faz necessária, ainda que subsidiariamente, a aplicação das disposições do novo Código de Processo Civil, sobretudo no que concerne às tutelas provisórias.

É indiscutível a possibilidade de aplicação das tutelas de urgência na ação civil pública, porém, permanece a dúvida acerca da tutela de evidência - também espécie de tutela

provisória -, visto que não envolve urgência; no entanto, dada a amplitude e relevância das alterações promovidas pelo Novo Código de Processo Civil, a tutela de evidência não pode ser ignorada, posto que fazê-lo significaria perder de vista que a antecipação da tutela somente com fundamento na urgência não engloba todas as situações fáticas.

Portanto, sob a óptica da efetividade da tutela jurisdicional, o presente artigo buscará demonstrar que a tutela de evidência, mecanismo processual que possibilita a divisão do ônus a ser suportado pelo tempo de demora do processo, possui alta relevância para as ações civis públicas e demais ações coletivas para proteção ambiental, principalmente em casos em que o dano ambiental já ocorreu e a urgência não pode mais ser visualizada.

Para tal, o microsistema processual coletivo será abordado, com enfoque na ação civil pública como meio processual eficaz para a tutela ambiental; ademais, a tutela de evidência será conceituada e estudada de acordo com as novas disposições do Código de Processo Civil de 2015, sendo defendida sua aplicabilidade na ação civil pública em defesa do meio ambiente.

2. A EVOLUÇÃO DA TUTELA PROCESSUAL COLETIVA BRASILEIRA

No Brasil, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ganhou *status* constitucional somente no ano de 1988; no entanto, a preocupação referente ao esgotamento de recursos ambientais já existia há tempos, tendo como seu primeiro marco internacional a Conferência de Estocolmo, realizada em 1972.

Por conta disto, antes mesmo da questão ambiental ganhar seu espaço na Constituição Federal brasileira, o ordenamento jurídico pátrio já possuía um amplo arcabouço legislativo para a proteção do meio ambiente, como a Política Nacional do Meio Ambiente, de 1981, e a Lei da Ação Civil Pública, de 1985.

Apesar da inserção da ação civil pública no ordenamento jurídico ter ocorrido antes da Constituição Federal de 1988, Humberto Theodoro Junior³ bem aponta que para que

³THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume II, 50ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.p. 715.

os direitos difusos alcancem tutela processual concreta é necessária a previsão material destes direitos, posto que “a lei processual não é, por si, fonte de direitos subjetivos materiais, mas apenas instrumento de proteção e realização daqueles previstos pelas normas de natureza material”.

De forma a suprir esta necessidade, a CF/88, em seu artigo 225, determinou como obrigação do Poder Público a defesa, preservação e garantia de efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Solange Teles⁴ ensina que a consagração do meio ambiente no artigo 225 da Carta Magna como direito fundamental possui duplo significado, sendo o primeiro afirmar o valor do meio ambiente para assegurar a dignidade humana e o segundo, a sua transformação em norma constitutiva fundamental da ordem jurídica, meio necessário para que o indivíduo e a coletividade possam desenvolver todas as suas potencialidades.

Trata-se de um direito de terceira geração, direito esse que não se destina à proteção dos interesses de um só indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado, mas tem por destinatário o gênero humano num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta⁵.

Neste contexto, a legislação ambiental, como explica Lehfeld⁶, passa a configurar como marco jurídico fundamental na constituição de um Estado de Direito de dimensão ecológica, sem deixar de lado as conquistas consagradas pelos modelos estatais anteriores, como direitos políticos, civis, sociais econômicos e culturais.

Uma vez preenchido o requisito de previsão material do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a tutela processual pode evoluir e passar a aprimorar os

⁴SILVA, Solange Teles. *Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: Avanços e Desafios*. in: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Doutrinas Essenciais Direito Ambiental – Vol. I – Fundamentos do Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1123-1124.

⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.p.523.

⁶ LEHFELD, Lucas de Souza. *Estado Socioambiental de Direito e seus princípios de contextualização*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 89, out.-dez. 2014, p. 303.

instrumentos jurídicos passíveis de utilização em referida tutela; o mestre italiano Capelletti⁷ bem explica que a evolução da tutela jurídica dos interesses difusos envolve necessariamente dois estágios sucessivos, sendo que em um primeiro momento surgem as normas constitucionais e infraconstitucionais e, em um segundo, ocorre a transformação do sistema processual tradicional com a criação de ações e instrumentos adequados.

Após o advento da CF/88, Zanetti e Garcia⁸ apontam para o início de uma "fase da tutela jurídica integral, irrestrita e ampla" ou "tutela jurídica coletiva holística", com a ampliação material dos direitos difusos e coletivos e a concessão do acesso à justiça através de diversas ações coletivas, além da previsão da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal no mesmo âmbito.

Atualmente, a ação civil pública, juntamente com outras como a ação popular e o Código de Defesa do Consumidor, está inserta no microsistema processual coletivo, composto ainda pela lei de improbidade administrativa, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso.

Referido microsistema existe no sentido de permitir a aplicabilidade sistêmica e interpenetrada dos dispositivos legais de tutela coletiva, de forma a assegurar a maior eficácia possível. Para alcançar tal objetivo, se faz necessária, ainda que subsidiariamente, a aplicação das disposições do novo Código de Processo Civil, sobretudo no que concerne às tutelas provisórias.

3. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

O modelo processual individualista do Código de Processo Civil de 1973, insuficiente quanto aos direitos transindividuais, deixou espaço para o surgimento de diversas ações e instrumentos jurídicos de tutela coletiva. De acordo com ÉdisMilaré⁹, a ação civil

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Tutela dos interesses difusos*. *Ajuris*, v. 33, p. 174.

⁸ ZANETTI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direitos Difusos e Coletivos*. 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2014.p. 13-15.

⁹ ÉDIS, Milaré. *Direito do ambiente*. 8.ed; ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013. p. 1420.

pública insere-se num contexto de grande democratização do processo, que modernamente vem sendo chamado de “teoria da implementação”.

Um importante precedente para isto consistiu na lei 6.938/81, que, ao instituir a Política Nacional do Meio Ambiente, concedeu ao Ministério Público legitimidade para a propositura de ação de responsabilidade civil em face do poluidor por danos causados ao meio ambiente, estabelecendo pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro uma hipótese de ação civil pública ambiental.

Com a edição da lei n. 7.347/85, que trata especificamente da ação civil pública, houve grande revolução na ordem jurídica brasileira, na medida em que o processo deixou de ser um instrumento de defesa de interesses individuais e passou a ser também um instrumento para defesa dos interesses e direitos metaindividuais, sejam eles, difusos, coletivos ou individuais homogêneos¹⁰.

Topan¹¹ registra que a “ação civil pública ambiental foi guinada ao patamar constitucional sem limitações, ou seja, a Constituição Federal acatou a ação civil pública com abrangência total de objeto imediato”. Teori Zavascki¹² assevera a importância desta lei no preenchimento de lacunas do processo civil individualista, pois “veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.”

A ação civil pública possui como objeto a proteção do meio ambiente, do consumidor e dos bens e interesses de valor artístico, estético, histórico, paisagístico e turístico; além disso, será a ação adequada quando envolver responsabilidade por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social. A tutela destes interesses e bens ocorre

¹⁰Ibidem. p. 1433-1434.

¹¹ TOPAN, Renato Luiz. *O Ministério Público e a ação civil pública ambiental no controle dos atos administrativos*. Revista *Justitia*, São Paulo, 1994, v. 165, p. 49.

¹²ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

principalmente através de pedidos de obrigação de fazer, obrigação de não fazer e indenização¹³.

Nos termos do artigo 5º da mesma lei, são legitimados para a propositura da ação civil pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, os Entes Públicos (União, Estados, Municípios e DF), as autarquias, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, as associações que concomitantemente esteja instituída há pelo menos 1 (um) ano e inclua, entre suas institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Porém, com efeito, é notório o protagonismo do Ministério Público para a defesa dos interesses e direito ligados ao Meio Ambiente, por ser um dever institucional expressamente previsto no inciso III do artigo 129 da Constituição Federal.

De forma a investigar e buscar substrato para a propositura da ação civil pública, o *Parquet* tem à sua disposição o Inquérito Civil. Este consiste num procedimento pré-processual e inquisitório, que não prescinde de contraditório e ampla defesa, objetivando o esclarecimento dos fatos e antecedendo a propositura da ação.

Apesar da existência de vários instrumentos jurídicos no microsistema de tutela processual coletiva, é inegável o destaque da ação civil pública no que toca à questão ambiental; em face desta notoriedade, verifica-se uma importância ímpar na busca por sua constante aprimoração, sendo que a utilização da tutela de evidência, tipo de tutela provisória que não requer urgência, pode representar um importante avanço.

4. A TUTELA DE EVIDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A tutela de evidência no novo Código de Processo Civil não é um instituto processual novo, posto que já existiam hipóteses para a sua concessão no Código de Processo Civil de 1973, e também em legislações especiais; no entanto, a lei processual não utilizava

¹³MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2009.p.390.

essa nomenclatura em nenhum de seus dispositivos, causando a impressão de novidade do instituto.

A doutrina era uníssona ao apontar que a tutela de evidência tinha previsão no inciso II (abuso de direito de defesa e manifesto propósito protelatório do réu) e no § 6º (quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso) do artigo 273 do CPC/73, que disciplinava a Tutela Antecipada.

O legislador do CPC/15, ainda que sob alguma crítica da doutrina, optou por unir as Tutelas Sumárias no Livro V, sob a denominação “Da Tutela Provisória”, diferenciando-as pelos fundamentos que autorizam sua concessão, quais sejam, urgência e evidência.

A tutela de urgência, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo, pode ser cautelar ou antecipada, cujos pressupostos são: a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (art. 300, CPC/15). Já a tutela de evidência foi disciplinada no artigo 311, que determina sua concessão “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”.

Entretanto, antes da análise decada uma das hipóteses de tutela de evidência previstas em lei, é preciso entender o conceito de direito evidente que dá subsídio doutrinário para o instituto processual da tutela de evidência.

Sobre o conceito de direito evidente, é a lição de Fux¹⁴ que este constitui “aquele que desde logo se compreende, seja porque sustentado por uma verdade atribuída pela própria lei (*praesumptiones juris et de jure*) ou por uma situação fática corroborada por uma prova *a priori* incontestável (*praesumptiones juris tantum*)”. O jurista bem assevera:

“É evidente o direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo, como também o é o direito assentado em fatos

¹⁴ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 305.

incontroversos, notórios o direito a coibir um suposto atuar do *adversus* com base em “manifesta ilegalidade”, o direito assentado em fatos confessados noutro processo ou comprovados através de prova emprestada obtida sob o contraditório, provas produzidas antecipadamente, bem como o direito assentado como prejudicial da questão a ser resolvida e já decidido, com força de coisa julgada noutro processo, máxime quando de influência absoluta a decisão prejudicial, os dados sobre os quais incide presunção *jure et de jure* de existência e em direitos decorrentes da ocorrência de decadência ou prescrição. A primeira espécie de fato gerador do direito evidente estaria nos denominados fatos notórios, sobre os quais afirmam os romanos: *notoria non egent probationem*. Os fatos notórios constituídos de verdades de reconhecimento geral, de cunho científico, histórico, geográfico, são de tal forma propagados que a ninguém é lícito duvidar de sua existência ou inexistência. Em consequência, o direito neles assentado arrasta a mesma evidência como, v.g., um acidente notório causado por obra do Estado, sendo objetiva a responsabilidade da entidade pública, o que tona evidente o direito do cidadão lesado à reparação. Os fatos incontroversos também militam em prol da evidência do direito, porque sobre eles não houve “intenção” de debatê-los, para nos utilizarmos da expressão específica da ZPO alemão. A ilegalidade manifesta é a que se verifica em *contra legem*, cuja certeza se afere *prima facie*, como, v.g., a construção que contraria as posturas e com violação da distância mínima entre prédios estabelecida pelo Código Civil.”¹⁵

Ainda, no entendimento de Didier¹⁶, “a evidência não é um tipo de tutela jurisdicional. A evidência é fato jurídico processual que autoriza que se conceda a tutela jurisdicional mediante técnica de tutela diferenciada”.

A tutela de evidência, portanto, recebe este nome por se basear no direito evidente, e constitui mecanismo processual pelo qual é possível que ambas as partes dividam o ônus a ser suportado pelo tempo de demora do processo, desde que cumprida uma das quatro hipóteses do artigo 311 do CPC/15; isto porque, em casos em que não se verifica a urgência, é comum que o réu realize atos protelatórios por se encontrar em situação relativamente confortável.

¹⁵ Fux, Luiz. op.cit., p.313-314.

¹⁶ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de processo civil. V.2: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela*. 10ª Ed. – Salvador, Juspodivm, 2015, p. 617.

As quatro hipóteses de concessão da medida se dividem em: a) punitivas, quando restar caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório, declinada no inciso I; e b) documentada, quando há prova documental das alegações de fato da parte, hipóteses delineadas nos incisos II a IV.

A hipótese de tutela de evidência sob o fundamento do “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” está prevista no artigo 311, inciso I do CPC/15; é, contudo, mera reprodução da norma contida no artigo 273, inciso II do Código de Processo Civil de 1973.

Trata-se de tutela provisória de evidência de caráter punitivo, pois, pune o réu que não apresenta defesa (contestação) capaz de refutar com seriedade os fatos alegados pelo autor ou pratica atos que comprometem o andamento normal do processo¹⁷. Fux¹⁸ entende que a defesa abusiva é a inconsistente, que não enfrenta com objeções, defesa direta ou exceção materiais a pretensão deduzidas, limitando-se à articulações materiais infundadas.

Daniel Mitidiero¹⁹ discorda que o inciso I do art. 311 tenha caráter sancionatório; para ele, o único pressuposto necessário para concessão dessa tutela antecipatória é que a parte não exerça seu direito de defesa de maneira séria e consistente.

Zavascki²⁰ diferencia as expressões “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” afirmando que a primeira abrange os atos praticados endoprocessualmente, sempre através de defesa, e a segunda se refere a atos praticados extraprocessualmente, ou seja, fora do processo.

¹⁷ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. 7ª Ed. – São Paulo, Saraiva, 2009, p. 77-78.

¹⁸FUX, Luiz. op. cit., 347.

¹⁹MITIDIERO, Daniel. *Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. Revista de Processo. Repró 197. Ano 36. Janeiro 2011. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais, p. 43.

²⁰ ZAVASCKI, Teori., op.cit., p.77.

A doutrina afirma que as condutas descritas nos artigos 77 (deveres das partes) e artigo 80 (litigância de má-fé) do diploma processual podem ser usadas como parâmetro para identificar as situações de “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório”²¹.

O inciso II do artigo 311 trata da possibilidade de concessão da tutela de evidência quando “as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”. Depreende-se do dispositivo que são necessários dois pressupostos, um de fato e um de direito, para concessão da medida antecipatória de evidência: a) prova documental ou documentada que recaia sobre o fato constitutivo do direito afirmado; e b) probabilidade de acolhimento da pretensão em razão da sua sucumbência à tese jurídica já firmada e precedente ou decisões em sede de recurso repetitivo.²²

Gajardoni²³, em seus comentários ao CPC, assevera que a prova há de ser documental, mas que é possível a admissão de documentalização de outros meios de prova por meio de ata notarial (artigo 384, CPC/2015).

Para efeitos de concessão da medida antecipatória é necessário que se faça uma interpretação sistemática, teleológica e extensiva, a fim de considerar também as teses jurídicas fixadas pelo STF nas decisões firmadas em controle de constitucionalidade, além dos enunciados das súmulas em matéria infraconstitucional editadas pelo STJ²⁴. Eduardo José Fonseca Costa²⁵ admite até mesmo a possibilidade de concessão da medida antecipatória com fundamento na jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores e jurisprudência unânime dos Tribunais Inferiores.

A não interpretação sistemática, teleológica e extensiva esvaziaria a aplicação do instituto em verdadeiro desprestígio ao sistema de precedente judicial adotado pelo

²¹ Neste sentido: José Roberto dos Santos Bedaque, Candido Rangel Dinamarco, Calmon de Passos, Antonio Carlos Marcato, Cassio Scarpinella Bueno.

²² DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. *Curso de processo civil. V.2: Teoria da prova*. 10ª Ed. Salvador, Juspodivm, 2015, p. 624-625.

²³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Comentários ao CPC de 2015: parte geral*. São Paulo. Forense, 2015.

²⁴ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. op. cit., p. 625.

²⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto de Novo CPC*. Coordenadores: Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carús Guedes, Lucio Delfino, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; prefácio de Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 177.

Código, ao princípio da efetividade e razoável duração do processo, impondo ao autor o ônus de suportar o tempo do processo sem usufruir do bem da vida vindicado.

Ao réu resta, em sede de agravo de instrumento e contestação, demonstrar que aquela situação fática articulada na exordial não se coaduna com as teses firmadas em recurso repetitivo ou súmula vinculante (*distinguishing*) ou na superação dos precedentes por alguma alteração do ordenamento jurídico que a fundamentava ou porque houve uma evolução fática histórica (*overruling*).

Já o terceiro inciso do artigo 311, CPC/15, trata da possibilidade de concessão da tutela de evidência quando “se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”.

Extrai-se da análise do dispositivo que é necessária a demonstração de que as alegações de fato se aperfeiçoam a prova documental adequada do contrato de depósito²⁶. Bodart²⁷, ainda comentando o projeto do CPC/15 (PL 8046/2010), faz crítica à falta de menção à necessidade de comprovar a mora do réu para embasar o pedido de concessão da tutela na hipótese do inciso, asseverando que:

“É essencial que o legislador inclua no teto do dispositivo a exigência de comprovação da mora por meio do protesto ou meio de notificação extrajudicial, conforme a iterativa jurisprudência do STJ a respeito do procedimento de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. Com essa exigência, não poderá o réu invocar em seu favor desconhecimento da pretensão autoral, legitimando, por conseguinte, a prolação de um provimento *inaudita altera parte*. Noutras palavras: se o autor comprova a existência do seu direito e, além disso, notifica o devedor, dando-lhe ciência de todo o corrido, é muito provável que esta não conseguirá refutar a pretensão autoral, de maneira que se revela injusto sancionar o demandante com a espera pela última citação e pela contestação, para só depois franquear-lhe o acesso ao bem da vida por puro amor ao formalismo”.

²⁶ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. op. cit., p. 628.

²⁷BODART, Bruno Vinícius da Rós. *Tutela de Evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto de novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 161.

Didier Jr.²⁸, argumenta ainda pela necessidade de configuração da “mora *ex re*, com advento do termo certo, ou ocorrência de mora *ex persona*, mediante prova documental da interpelação respectiva, se o réu não foi ainda citado (já que a citação o constitui em mora)”. Para efeitos de aplicação do inciso, não deve-se apenas considerar a possibilidade de cominação de multa como único meio coercitivo de cumprimento da medida; deve-se considerar também o disposto no artigo 536, do CPC/15, que concedeu ao juiz o poder geral de efetivação das dessas obrigações de modo que outras podem ser utilizadas à luz do caso concreto.²⁹

Por fim, o inciso IV do artigo 311 trata da possibilidade de concessão da tutela de evidência quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”.

Para o cabimento da hipótese prevista no referido inciso são necessários três pressupostos: a) que a evidência seja demonstrada pelo autor e não abalada pelo réu; b) que autor traga prova documental (ou documentada) suficiente dos fatos constitutivos de seu direito e; c) ausência de contraprova documental suficiente do réu que seja apta a gerar dúvida razoável³⁰.

Bodart³¹ assevera que “apesar do silêncio da norma, a prova inequívoca que o réu deve trazer também é documental, pré-constituída, sob pena de se esvaziar o propósito da tutela de evidência, que é o de conferir celeridade à prestação jurisdicional”. Neste contexto, Fredie Didier³² afirma tratar-se de tutela de evidência inevitavelmente definitiva, que se confunde com o julgamento antecipado do mérito e que fora equivocadamente colocada no rol de hipóteses de tutela provisória, sendo a única utilidade do dispositivo eliminar o efeito suspensivo do recurso.

²⁸ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. op. cit., p. 628.

²⁹ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. op. cit., p. 628. Neste sentido também: MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 205, p. 502.

³⁰ DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. op. cit., p. 629.

³¹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. Tutela de Evidência. op.cit., p. 148.

³² DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. op. cit., p. 629.

No entanto, Bodart³³ salienta que a tutela concedida nos moldes do inciso IV não tem condão de fazer coisa julgada material, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo, indicando o magistrado os motivos supervenientes de novos elementos que ilidam suas conclusões.

5. A TUTELA DE EVIDÊNCIA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE.

Analisando-se o microsistema da tutela jurisdicional coletiva, percebe-se que não há previsão expressa para a concessão de antecipação da tutela com fundamento na evidência do direito. Todavia, consoante o parágrafo único do artigo 318, CPC/15, é possível a aplicação subsidiária das disposições do procedimento comum “aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução”.

Neste diapasão, o artigo 19 da LACP também preceitua que “aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições”.

O jurista Luiz Fux³⁴ argumenta que a tutela de evidência deve ser ampla e alcançar todos os níveis de satisfação e procedimento, de forma a estender a tutela antecipatória a todos os direitos evidentes, pela inegável desnecessidade de aguardar o desenrolar de um itinerário custoso e ritualizado em busca de algo que se evidencia no limiar da causa posta em juízo.

Ainda que em qualquer um dos procedimentos haja necessidade de se comprovar o *periculum in mora*, a técnica de antecipação por evidência deve ser aplicada, já que pode haver situações em que a evidência seja tão extremada a ponto de ser irrelevante a presença da urgência³⁵. Ademais, especialmente no que toca à questão ambiental, a tutela de evidência pode servir como instrumento de suma importância em casos em que o dano ambiental já ocorreu e a situação já se consolidou.

³³ BODART, Bruno Vinícius da Rós. op. cit., p. 152-153.

³⁴ FUX, Luiz. op. cit., p. 318.

³⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *O "direito vivo" das liminares*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

Importante exemplo é o trazido por Alexandre Amaral³⁶ em sua dissertação para obtenção da titulação de mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC SP, quanto à possibilidade de cabimento da tutela de evidência prevista no artigo 273, inciso do CPC/73, que tem reprodução no art. 311, inciso I do CPC/15:

“A título de exemplo, podemos supor que uma mata nativa ativa de um parque nacional foi completamente destruída por fogo induzido por um proprietário de terras vizinhas, tendo algum dos legitimados coletivos ajuizado ação civil pública para obter desse fazendeiro indenização em favor do fundo dos interesses difusos a que alude o art. 13 da Lei 7.347/85, regulado, no âmbito federal, pela Lei 9.008/95. Aquele legitimado só logrará obter antecipação da tutela, que no caso se efetivaria aplicando-se os princípios do art. 588 (da execução provisória), se ocorrer abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou incontrovérsia parcial, visto que o dano ao meio ambiente já ocorreu e não se visualiza nenhuma necessária recomposição imediata do local, não havendo, *a priori*, *periculum in mora* ou receio de ineficácia do provimento final, ressalvada, obviamente, alguma outra hipótese de perigo, como no caso de o autor evidenciar que o réu está dilapidando o patrimônio para evitar pagar a indenização.”

O autor³⁷ completa argumentando que não houve qualquer revogação na disciplina da antecipação da tutela jurisdicional coletiva, mas sim uma ampliação das hipóteses de concessão, sendo que “isso é motivo de louros ao legislador, dado que a alteração vem em boa hora contribuir para uma justa redistribuição do ônus do processo, independente da presença do requisito da urgência”.

Uma das hipóteses de concessão de tutela de evidência que não deixa a menor dúvida quanto à possibilidade de sua aplicação é aquela prevista no inciso II do art. 311 que trata de situação de evidência lastreada em fatos que possam ser comprovados apenas em prova documental ou documentada e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos e súmulas vinculantes.

³⁶GAVRONSK I, Alexandre Amaral. *Antecipação de tutela nas ações coletivas*. Dissertação de mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC SP. Orientação: Professora Doutora Patrícia Miranda Pizzol, 2005, p. 68-69.

³⁷GAVRONSK I, Alexandre Amaral. *op.cit.*, p. 68-69.

Imaginemos o caso de danos morais e materiais causados por vazamento de nafta do Navio N-T Norma, de propriedade da Petrobrás – Transpetro, ocorrido no dia 18.10.2001, fato que decorreu a proibição da atividade de pesca, decretada por órgãos municipais e ambientais por um mês nas adjacências do Porto de Paranaguá, no Estado do Paraná.

A controvérsia, como se sabe, foi objeto de julgamento por meio de Recurso Especial Repetitivo que nos termos do art. 927 tem efeito vinculante.³⁸ No Resp n.º 1.114.39 – PR indicado pelo Tribunal de Origem como Representativo de controvérsia, nos termos do art. 1.036, §1º do CPC, restou firmada as seguintes teses:

“2.- Teses firmadas: a) Não cerceamento de defesa ao julgamento antecipado da lide.- Não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330, I e II) de processo de ação de indenização por danos materiais e morais, movida por pescador profissional artesanal contra a Petrobrás, decorrente de impossibilidade de exercício da profissão, em virtude de poluição ambiental causada por derramamento de nafta devido a avaria do Navio “N-T Norma”, a 18.10.2001, no Porto de Paranaguá, pelo período em que suspensa a pesca pelo IBAMA (da data do fato até 14.11.2001); b) Legitimidade ativa ad causam.- É parte legítima para ação de indenização supra referida o pescador profissional artesanal, com início de atividade profissional registrada no Departamento de Pesca e Aquicultura do Ministério da Agricultura, e do Abastecimento anteriormente ao fato, ainda que a emissão da carteira de pescador profissional tenha ocorrido posteriormente, não havendo a ré alegado e provado falsidade dos dados constantes do registro e provado haver recebido atenção do poder público devido a consequências profissionais do acidente; c) Inviabilidade de alegação de culpa exclusiva de terceiro, ante a responsabilidade objetiva.- A alegação de culpa exclusiva de terceiro pelo acidente em causa, como excludente de responsabilidade, deve ser afastada, ante a incidência da teoria do risco integral e da responsabilidade objetiva ínsita ao dano ambiental (art. 225, § 3º, da CF e do art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), responsabilizando o degradador em decorrência do princípio do poluidor-pagador. d) Configuração de dano moral.- Patente o sofrimento intenso de pescador profissional artesanal, causado pela privação das condições de trabalho, em consequência do dano ambiental, é também devida a indenização por dano moral, fixada, por equidade, em valor equivalente a um salário-mínimo. e) termo inicial de incidência dos juros

³⁸https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1120036&num_registro=200900679891&data=20120216&formato=PDF

moratórios na data do evento danoso.- Nos termos da Súmula 54/STJ, os juros moratórios incidem a partir da data do fato, no tocante aos valores devidos a título de dano material e moral; f) Ônus da sucumbência.- Prevalendo os termos da Súmula 326/STJ, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não afasta a sucumbência mínima, de modo que não se redistribuem os ônus da sucumbência.”

Desta feita, qualquer pescador profissional, após a tese firmada no referido Recurso Especial que tivesse sido prejudicado pelo dano ambiental em questão poderia ao ajuizar a ação de danos morais e materiais, comprovando suas alegações com prova documental ou documental e requerer, *ab initio*, a concessão de tutela de evidência nos termos do inciso II do art. 311 do CPC.

O exemplo em questão demonstrar, portanto, não haver qualquer óbice para a aplicação do artigo 311 do CPC/15 à ação civil pública ambiental; com exceção da hipótese prevista em seu inciso III, por tratar do contrato de depósito, matéria estranha não somente quanto à questão do meio ambiente como também ao próprio objeto da ação civil pública.

6. CONCLUSÃO

A proteção do meio ambiente possui enorme importância para a garantia da vida, não somente do ser humano, como também em todas as suas formas; em face disto, uma vez estabelecido o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de forma material, é necessária a criação e o aprimoramento de instrumentos jurídicos processuais capazes de concretizá-lo e garanti-lo.

A ação civil pública é a ação coletiva de maior protagonismo no que toca à tutela processual dos direitos transindividuais, e isto não é diferente na seara ambiental; verifica-se nesta ação o protagonismo do Ministério Público como principal legitimado para sua proposição. Porém, em face da magnitude da questão, criou-se o microsistema de tutela processual coletiva, um sistema que garante a aplicabilidade interpenetrada e sistêmica dos diplomas legais referentes a direitos difusos e coletivos, como a própria lei da ação civil

pública, o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto do Idoso, Estatuto da Pessoa com Deficiência, lei da ação popular, entre outros.

Em sede do microsistema de tutela processual coletiva, é autorizado o uso subsidiário das regras previstas no Código de Processo Civil. Considerando que a lei da ação civil pública não tratou das tutelas de urgência, devem ser utilizadas as normas processuais do CPC/15 de forma a suprir esta lacuna; com efeito, a tutela de urgência verifica-se muito presente quando da propositura destas ações. No entanto, verifica-se no Código de Processo Civil de 2015 uma novidade: o Título III, específico para a tutela de evidência, inserido no Livro V, intitulado “Da Tutela Provisória”.

Apesar de pouco utilizada, a tutela de evidência, espécie de tutela provisória que não exige configuração de urgência, pode ser de grande valia para a ação civil pública ambiental, podendo ser aplicada em casos em que a prova documental é considerada suficiente ou em que existem atos manifestamente protelatórios pelo réu. Pela inegável desnecessidade de aguardar o desenrolar de um itinerário custoso e ritualizado em busca de algo que se evidencia no limiar da causa posta em juízo, há que se defender a utilização do instituto na tutela processual do meio ambiente.

A tutela de evidência tem a capacidade de se provar de grande valia especialmente naquelas situações em que não se vislumbra urgência para obtenção de antecipação dos efeitos da tutela pretendida, como casos em que o dano ambiental já ocorreu.

Portanto, chega-se a conclusão, com o presente estudo, que a tutela de evidência prevista no novo Código de Processo Civil aplicada à ação civil é importante instrumento processual na defesa dos interesses e direitos ambientais, e que não existe qualquer óbice para tal.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de Evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e considerações sobre o projeto de novo CPC.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **Tutela dos interesses difusos.** *Ajuris*, v. 33, p. 174.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O "direito vivo" das liminares.** São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto de Novo CPC.** Coordenadores: Fernando Rossi, Glauco Gumerato Ramos, Jefferson Carús Guedes, Lucio Delfino, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão; prefácio de Luiz Fux. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIDIER JR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandre de. **Curso de processo civil. v.2 : Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela.** 10ª Ed. – Salvador, Juspodivm, 2015.

ÉDIS, Milaré. **Direito do ambiente. 8ª ed. rev., atual. eampl.** São Paulo: Editora dos Tribunais, 2013.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência: fundamentos da tutela antecipada.** São Paulo: Saraiva, 1996.

GAVRONSK I, Alexandre Amaral. **Antecipação de tutela nas ações coletivas.** Dissertação de mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC SP. Orientação: Professora Doutora Patrícia Miranda Pizzol, 2005, p. 68-69.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários ao CPC de 2015: parte geral.** São Paulo. Forense, 2015.

LEHFELD, Lucas de Souza. **Estado Socioambiental de Direito e seus princípios de contextualização.** Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 89, out-dez. 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 17 ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Tendências em matéria de tutela sumária: da tutela cautelar à técnica antecipatória.** Revista de Processo. Repro 197. Ano 36. Janeiro 2011. Coordenação Teresa Arruda Alvim Wambier. Revista dos Tribunais.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 8. Ed. Atualizada até a EC n.º 67/10. São Paulo: Atlas, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional.** 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Solange Teles. **Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado: Avanços e Desafios.** in: MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). Doutrinas Essenciais Direito Ambiental – Vol. I – Fundamentos do Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TARREGA, Maria Cristina Blanco. **O Direito Ambiental no Contexto Democrático: O Paradigma Eco-Social no Costitucionalismo Democrático Latino Americano.** In: Cristiane Derani; Mariana Caroline Scholzs. (Org.). Globalização e as novas perspectivas do direito ambiental econômico. 1ed. Curitiba: Multideia, 2015, v. , p. 145-162.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** Volume II, 50ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

TOPAN, Renato Luiz. **O Ministério Público e a ação civil pública ambiental no controle dos atos administrativos.** Revista *Justitia*, São Paulo, 1994, v. 165.

ZANETI JR., Hermes; GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direitos Difusos e Coletivos.** 5ª ed., Salvador: Juspodivm, 2014.p. 13-15.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela.** 7ª Ed. – São Paulo, Saraiva, 2009.

_____. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Submissão: 07.09.2018

Aprovação: 20.10.2018