

Fabiana Leonardi Campanella

**REPERCURSSÕES DO DIREITO AUTÔNOMO À PROVA (ART. 381 CPC) NO
PROCESSO COLETIVO: O USO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA
EFETIVIDADE DOS ACORDOS EXTRAJUDICIAIS E DEMANDAS JUDICIAIS
AMBIENTAIS.**

Artigo científico desenvolvido como exigência parcial para aprovação na disciplina Teoria Geral dos Direitos Difusos e Coletivos, no Curso de Mestrado em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC – SP, orientado pela Professora Doutora Patrícia Miranda Pizzol.

São Paulo

2018



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RESUMO

O presente estudo visa debater dentro dos direitos difusos e coletivos os aspectos processuais da prova antecipada, produzida de forma autônoma. Através desse estudo, procurar-se-á demonstrar a importância da produção antecipada na tutela do meio ambiente como forma de evitar o dano ambiental, principalmente quando se está diante de incertezas científicas quanto ao prejuízo ao meio ambiente e à qualidade de vida das pessoas. Será por meio desse trabalho que se buscará analisar como o instrumento da prova antecipada autônoma poderá auxiliar os legitimados, em especial o Ministério Público, a avaliar a possibilidade de propor acordos extrajudiciais ou a viabilidade de propositura de demandas judiciais. Por ser uma prova produzida sob o crivo do contraditório e homologada judicialmente, poderá ser usada como prova emprestada também em outras demandas, o que proporciona economia processual, financeira e jurídica. Sob análise da prova autônoma, este trabalho pretende proporcionar uma proteção mais eficiente aos direitos difusos e coletivos.

Palavras chaves: Prova antecipada autônoma – princípio precaução – proteção direitos coletivos – acordos extrajudiciais – prova emprestada



SUMÁRIO

I- INTRODUÇÃO A PRODUÇÃO DA PROVA ANTECIPADA COMO MEIO DE TUTELAR O MEIO AMBIENTE.

II- EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

2.1- Direitos difusos e coletivos e as dimensões dos direitos humanos

2.2 - Definição dos direitos difusos e coletivos

III- O DIREITO DIFUSO AO MEIO AMBIENTE SADIO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA TUTELA AMBIENTAL

3.1 -Direito difuso ao meio ambiente sadio

3.2 -Princípio da prevenção

3.3 -Princípio da precaução

3.4 -Tutela jurisdicional específica: tutela inibitória

IV- PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA E O PROCESSO COLETIVO

4.1 – Caráter preventiva da prova antecipada

4.2 – O direito autônomo à prova

4.3 - Prova antecipada no Código de Processo Civil.

4.4 - *Discovery*

4.5 – Produção antecipada da prova sob a égide do contraditório.

4.6 – O uso da prova antecipada no processo coletivo pelo Ministério Público.

4.7 - A produção da prova antecipada na proteção do meio ambiente.

V- CONCLUSÃO: O USO DA PROVA AUTÔNOMA, PRODUZIDA DE FORMA ANTECIPADA COMO INSTRUMENTO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO TUTELAR O MEIO AMBIENTE DIFUSO.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

I- INTRODUÇÃO: A PRODUÇÃO DA PROVA ANTECIPADA COMO MEIO DE TUTELAR O MEIO AMBIENTE.

O presente estudo visa analisar os aspectos da ação probatória autônoma, instituto previsto no artigo 381 do Código de Processo Civil, aplicado no processo coletivo.

Serão objeto de observação os direitos difusos e coletivos quanto às definições, natureza jurídicas, formas de tutela, buscando conceituá-los, classificá-los dentro dos direitos fundamentais da dignidade humana.

Dentre as diversas maneiras de se proteger os direitos coletivos, especialmente, no que tange a evitar o dano ambiental, almeja-se usar o instituto da prova antecipada e, aliado ao princípio da precaução, evitar possíveis danos ao meio ambiente. A produção da prova de forma antecipada viabiliza a proteção ao meio ambiente, pois, mesmo que se esteja diante de uma incerteza científica, por haver impossibilidade de reparação, é melhor adotar alguma medida processual do que permanecer na inércia. Produzindo a prova, o autor pode verificar a possibilidade de oferecer acordo, ou viabilizar a proposta da ação judicial, no intuito de cessar a ameaça ao direito difuso ambiental.

O princípio da precaução busca evitar eventuais riscos ao meio ambiente que a atividade poluidora pode causar. Já o instrumento da prova autônoma, produzida sob o contraditório e com posterior homologação judicial, torna a prova indiscutível, o que proporciona não só exigir da parte uma obrigação de fazer ou não fazer, mas também a possibilidade de ser usada em outra demanda, como prova emprestada, evitando-se o dispêndio de tempo e dinheiro para repetir desnecessariamente a prova.

Em que pese haver institutos que auxiliam os legitimados na tutela dos direitos difusos e coletivos, em especial o Ministério Público, tais como o inquérito civil e termos de ajustamento de condutas, é certo que a produção antecipada da prova, colhida com a participação do potencial poluidor e homologada pelo juiz, proporciona maior legitimidade e segurança, sendo mais um instrumento em busca de garantir o direito ao meio ambiente sadio.

II- EVOLUÇÃO HISTÓRICA E A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

2.1 – Evolução histórica dos direitos difusos e coletivos e as dimensões dos direitos humanos.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

No âmbito mundial, os direitos difusos tiveram seu auge juntamente com a preocupação em proteger a dignidade da pessoa humana a partir da segunda metade do século XX, no final da 2ª Guerra Mundial. Embora sempre presentes nas relações sociais, os direitos que envolviam toda a coletividade tiveram seu reconhecimento jurídico quando se começou a perceber que os mecanismos de tutela individual eram precários. A discussão da culpa se tornou ineficiente, diante da dificuldade em personalizar sujeitos, identificar pessoas determinadas e imputar as responsabilidades. E ainda se passou a questionar se a reparação do dano era eficaz, pois os danos eram tão graves, que se tornaram irreparáveis, necessitando-se, assim, de uma tutela preventiva. Por fim, a autonomia da vontade pôs-se de lado ao se notar que uma das partes no contrato era mais vulnerável e hipossuficiente em relação à outra parte.¹

Diante desses questionamentos, ao se reconhecer direitos que necessitavam de tutela judicial e eram transindividuais, passou-se a debater se eram de natureza pública ou privada. Sabia-se que pública era a relação do indivíduo com o Estado, privada era a relação entre particulares, mas os direitos difusos não se encaixavam nesta dicotomia. Por serem direitos que transcendem a pessoa do indivíduo, a clássica distinção tornou-se ineficiente. Começou-se a notar que os diversos indivíduos, mesmo que indeterminados, compartilhavam o mesmo interesse, passando-se a adotar como critério de classificação o interesse², diferenciando da classificação público X privado, que era baseada na titularidade do patrimônio. Criando-se uma nova categoria de interesses e respeitando-se a classificação ordinária, apenas e tão somente por apresentarem critérios distintos, foi possível criar um regime jurídico e busca uma teoria geral dos direitos difusos e coletivos.

Em razão dessa nova geração de direitos, Norberto Bobbio ao classificar os direitos humanos em gerações (atualmente utiliza-se a expressão dimensão, por não serem os direitos substituídos uns pelos outros) incluiu os difusos, adotando o critério segundo a importância de cada direito ao longo da história. A primeira dimensão diz respeito aos direitos de liberdade contra a ação do Estado. Já a segunda dimensão se refere aos direitos políticos, concebendo liberdade individual perante o Estado, porém com autonomia e de forma mais ativa, permitindo-se, de forma organizada, uma participação cada vez maior e frequente dos membros da comunidade no poder político. A terceira dimensão onde se encontram os direitos sociais,

¹ Aula assistida na disciplina Teoria Geral de Direitos Difusos e Coletivos, ministrada pelo Prof. Dr. Marcelo Gomes Sodré, dia 02 de março de 2017, no curso pós-graduação stricto sensu em direitos difusos e coletivos, realizada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.47.



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

consiste na relação de pessoas vulneráveis com relação ao Estado, exigindo-se que o Estado ofereça políticas públicas, protegendo direitos coletivos. E a quarta geração, segundo Bobbio³, envolve direitos do consumidor, ao meio ambiente sadio, ao combate a improbidade administrativa, direitos da criança e do adolescente. Posteriormente, Bobbio ainda apresenta uma nova dimensão, referente a direitos decorrentes dos avanços no campo da engenharia genética, ao colocarem em risco a própria existência humana. Trata-se da problemática da manipulação genética do ser humano, através da clonagem de animais e seres humanos a partir da célula-tronco.

Após o reconhecimento, positivação e universalização dos direitos humanos, Norberto Bobbio passa a questionar como proteger esses direitos, surgindo a necessidade de especificação. Por isso, a assinatura de tratados internacionais em proteção a mulheres, a crianças, convenções de proteção ao meio ambiente. Em toda essa análise, pode-se concluir que os direitos difusos e coletivos são especificações dos direitos humanos.⁴

2.2 – Definição dos direitos difusos e coletivos

Trata-se de direitos que sempre estiveram presentes em nossas vidas cotidianas e nas relações sociais. O Código de Civil de 1916, Código das Águas, ações de dano infecto, Lei de crimes contra a economia popular de 1951, são exemplos de leis, fontes jurídicas, que já apresentavam mecanismos jurídicos de tutela ao meio ambiente, ao direito do consumidor, entre outros.⁵

Todavia, com o passar dos anos, começou-se a notar que tais direitos necessitavam de maior tutela jurídica. Com o surgimento de contratos em massa, pessoas se apresentavam vulneráveis em relação a outra parte na relação contratual; com a preocupação com o direito ambiental ecologicamente equilibrado, passou-se a buscar uma melhor qualidade de vida, com a intolerância a comportamentos ímprobos de agentes públicos, buscou-se combater a corrupção. Por outro lado, leis esparsas e infraconstitucionais não eram suficientes para tutelar direitos que envolviam toda a coletividade e também à dignidade humana.

³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004, p.59

⁴ Aula assistida na disciplina Teoria Geral de Direitos Difusos e Coletivos, ministrada pelo Prof. Marcelo Gomes Sodré, dia 02 de março de 2017, no curso pós-graduação stricto sensu em direitos difusos e coletivos, realizada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

⁵ Aula inaugural da disciplina Teoria Geral de Direitos Difusos e Coletivos, ministrada pelo Prof. Dr. Nelson Nery Junior, no dia 23 de fevereiro de 2017, no curso pós-graduação stricto sensu em direitos difusos e coletivos, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PUC-SP

Passou-se a questionar quem poderia tutelar o direito ao ar puro, à água limpa dos rios, à preservação das florestas, à propaganda não enganosa. Ao mesmo tempo, descobriu-se que ingressar com ações judiciais individuais para buscar reparações de danos, economicamente ínfimos, poderia aumentar o número de demandas, bem como sobrecarregar e postergar o trabalho no Poder Judiciário, além de proporcionar resultados contraditórios.

Para isso, a Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7347/85, apresentou um rol no artigo 5º de legitimados, tais como Ministério Público, pessoas jurídicas da administração direta e indireta, associações e a Defensoria, acrescentada pela Lei nº 11.448/2007, que poderiam, ao substituir aqueles que tiveram seus direitos ameaçados ou violados, propor uma única ação, para tutelar direitos difusos e coletivos, o que procedente, beneficiaria todos os interessados.

Com a constituição de 1988, o direito ao meio ambiente tornou-se um direito fundamental, assim como o do consumidor, direitos da criança e do adolescente e demais direitos sociais fundamentais, mencionados na Carta Magna como cláusula pétrea, impedidos de serem suprimidos. Ainda a Constituição Federal, nos artigos 127 e 129, III, menciona o Ministério Público como legitimado a tutelar interesses sociais e individuais indisponíveis, protegendo o patrimônio Público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.⁶

Em 1990 entra em vigor o código de Defesa do Consumidor, que, em seu artigo 81, define direitos difusos como sendo aqueles cujo objeto é indivisível e os titulares são indeterminados, unidos por uma circunstância fática. Já os direitos coletivos em sentido estrito são aqueles cujos sujeitos são indeterminados, mas possíveis de determinação, correspondentes a uma classe, categoria ou grupo de pessoas, unidas por uma relação jurídica básica e cujo objeto também é indivisível. E, por fim, direitos individuais homogêneos são tutelados coletivamente pela sua homogeneidade, embora os sujeitos sejam identificáveis e o objeto divisível, unidos por uma origem comum.⁷

Importante mencionar que os conceitos acima estabelecidos não são estanques, podendo coexistir os três tipos de interesses numa mesma demanda, dependendo do pedido a ser formulado. Em outras palavras, a lesão ou ameaça a um determinado direito ou interesse pode gerar pretensão de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea, conforme se verifique, no caso concreto, a presença dos elementos que identificam cada uma das hipóteses legais. É a

⁶ Aula inaugural da disciplina Teoria Geral de Direitos Difusos e Coletivos, ministrada pelo Prof. Dr. Nelson Nery Junior, no dia 23 de fevereiro de 2017, no curso pós-graduação stricto sensu em direitos difusos e coletivos, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

⁷ MAZZILLI. Op.cit., p.53-57.



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

pretensão deduzida em juízo que indicará a categoria de interesse violado e, conseqüentemente, o procedimento a ser adotado. No caso de publicidade enganosa, o pedido de não veiculação, ou de correção terá natureza difusa; já o pedido de reparação dos danos causados aos consumidores pela publicidade é individual homogêneo. Aliás, a ação coletiva pode conter pedidos cumulados.⁸

O estatuto da criança e do adolescente publicado em 1990 se preocupou em destinar um capítulo aos direitos coletivos. O estatuto do idoso (Lei nº 10.741/2003) e posteriormente a Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) também se destinaram a regra os direitos coletivos.

As normas contidas na Lei da Ação Civil Pública e na parte processual do Código de Defesa do Consumidor (como se depreende dos arts. 90 do CDC e 21 da LACP), além do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie as disposições da Lei da Ação Civil Pública (artigo 19 da LACP), sempre à luz da Constituição Federal, formam um microsistema processual coletivo.⁹

Tribunais superiores se utilizam do microsistema processual coletivo:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. DIREITO À SAÚDE. 1. O Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. 2. É que a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da Administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF/1988 como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Cautelar Inominada, Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas... (Resp. 8117710/RS Recurso Especial 2006/0027536-2, Min. Rel. Luiz Fux. 1ª T. j. 17/05/2007, DJE 31/05/2007)

⁸ PIZZOL, Patrícia Miranda. A coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 09/06/2016.

⁹ PIZZOL, Patrícia Miranda. A coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 09/06/2016.



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

III- O DIREITO DIFUSO AO MEIO AMBIENTE SADIO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA TUTELA AMBIENTAL

3.1 – O direito difuso ao meio ambiente sadio

Dentre os diversos direitos difusos tuteláveis juridicamente, destaca-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Definido como um interesse difuso, por abranger pessoas indeterminadas, envolvidas por um bem indivisível, unidas pela circunstância fática de buscar uma sadia qualidade de vida, a tutela ao meio ambiente passou a ser tratada como um direito relativo à dignidade da pessoa humana, com regramentos preventivos e reparatórios, de responsabilidade não só dever do Poder Público como também de toda coletividade.

Um dos instrumentos de proteção ambiental é a Lei de Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), que em seu artigo 3º, define meio ambiente como conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Procura proteger as formas de vida e seu habitat¹⁰

Recepcionando a LPNMA, o artigo 225 da Constituição Federal¹¹ eleva o meio ambiente a um direito fundamental, ecologicamente equilibrado e o define como um bem comum a todos, essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para o Poder Público, a Constituição Federal determina, dentre outras medidas preventivas, preservar e restaurar os processos ecológicos, proteger o patrimônio genético e fiscalizar as pesquisas de manipulação do material genético, definir as unidades de conservação, exigir licenciamento ambiental por meio de estudo prévio de impacto ambiental para atividades potencialmente poluidoras, controlar produção e comercialização de técnicas, métodos e substâncias, que coloquem em risco a qualidade de vida e o meio ambiente, além de proteger a fauna e a flora. Para a coletividade, a Constituição prevê a conscientização, em todos os níveis de escolaridade, o acesso livre a informações e conhecimentos para proteção ao meio ambiente.

¹⁰ DE SOUZA, Motauro Ciochetti. **Interesse Difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa**. 2ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2007.p.7-9.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 04/06/2017.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Os princípios também são fontes de estudo do direito ao meio ambiente sadio, devendo ser invocados para fortalecer sua proteção e preservação. Dentre os diversos princípios importantes, destaca-se o da prevenção e o da precaução.

3.2- Princípio da prevenção

O princípio da prevenção é um dos princípios mais importantes que norteiam o direito ambiental. É um preceito fundamental, pois os danos ambientais ocasionados, na maioria das vezes, não irreversíveis e irreparáveis.¹²

A dificuldade em se reparar o dano advém de eventual extinção de uma espécie, ou da impossibilidade de delimitar os efeitos de um dano, quer de abrangência difusa, quer por ausência de conhecimento científico. E mesmo no caso em que haja a possibilidade de reparação, até que esta seja cumprida, haverá, no mínimo o prejuízo da espera.¹³

A Constituição Federal de 1988 expressamente adotou o princípio da prevenção ao prever no “caput” do artigo 225, o dever do Poder Público e da coletividade de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Como instrumentos de prevenção, pode-se mencionar o estudo prévio de impacto ambiental (EIA/RIMA), manejo ecológico, tombamento, imposição de multas e sanções administrativas, além de concessão de liminares judiciais, que visam salvaguardar o meio ambiente e a qualidade de vida.¹⁴

É possível identificar a prevenção quando uma lei, tratado, ou norma fizer alusão a termos como planejamento, fiscalização, controle, zoneamento, proteção, incentivos a estudos e pesquisas, educação ambiental, uso consciente e sustentável dos recursos naturais.¹⁵

Advinda da ideia da prevenção, a precaução busca uma proteção da sociedade contra os riscos incertos e incomuns, neutralizando os efeitos das incertezas-científicas.¹⁶

3.3 – Princípio da precaução

¹² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14 ed. rev. ampl. e atual. em face da Rio+ 10 e do novo Código Florestal. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 119.

¹³ D’ISEP. Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental e econômico e a ISO 14000: Análise Jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO14001**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.63

¹⁴ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op.cit., p. 120-122.

¹⁵ D’ISEP. Clarissa Ferreira Macedo, op.cit., p.64.

¹⁶ D’ISEP. Clarissa Ferreira Macedo, op.cit., p.65.



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Embora há quem não faça distinção entre a prevenção e a precaução, a precaução impede que a falta de certeza científica seja usada como meio para postergar a adoção de medidas preventivas quando houver ameaça séria de danos irreversíveis.¹⁷

Diferentemente da prevenção, a precaução se preocupou em adotar medidas para redução do risco do dano, mesmo que se esteja diante de divergências científicas quanto à dúvida de sua ocorrência ou não. Passa-se do pressuposto de que, quando houver incerteza quanto à ocorrência do dano, é melhor adotar medidas de proteção do que se manter inerte. Isso se deve em razão da importância em se proteger o meio ambiente, direito difuso e fundamental e da dificuldade em se reparar o prejuízo já provocado.¹⁸

O direito brasileiro adotou o referido princípio em 1988, na Constituição Federal, ao prever no artigo 225, incisos V e VII a proteção do meio ambiente mesmo diante do simples risco de dano. Entretanto, foi a Declaração do Rio/92 que deu origem ao termo precaução, no princípio 15 ao afirmar “...*Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental*”. A precaução encontra terreno fértil em matérias como Organismos Geneticamente Modificados (OGMs), saúde do consumidor e segurança alimentar¹⁹, ou no cuidado em liberação ou intervenção no plantio de espécies e substâncias cujas consequências para o meio ambiente e a saúde humana ainda não se conhecem.²⁰

A precaução não é a proibição de desenvolver atividades potencialmente poluidoras, mas a adoção de medidas eficazes para permitir o desenvolvimento e impedir a degradação ambiental.²¹

Aplica-se o mencionado princípio quando se estiver diante de um perigo de dano grave ou irreversível, mesmo que haja incerteza científica, quanto a sua ocorrência. As pesquisas técnicas científicas realizadas para se verificar possível dano ambiental ou à saúde, são elaboradas por equipes especializadas que podem chegar a resultados opostos. Ademais, o processo de aceitação desses estudos é demorado e pode acontecer de não se conseguir chegar

¹⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op.cit., p. 124-127

¹⁸ DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. **Produção Antecipada da Prova sem Urgência no Direito Ambiental: Risco de Dano ao Meio Ambiente**. Revista Jurídica da ESMP do Estado de São Paulo. v.3. 2013.p.155. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/79. Acesso em: 27/05/2017.

¹⁹ D’ISEP. Clarissa Ferreira Macedo, op.cit., p.65

²⁰ OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos Difusos e Coletivos: Direito Ambiental**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.57.

²¹ DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro, op.cit., p. 155



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

a um consenso. Assim, diante da dificuldade em determinar uma certeza científica, impõe-se a precaução quando houver risco de dano ao meio ambiente ou à saúde.²²

Impede destacar os diversos níveis de riscos a danos que existem. Na Holanda, por exemplo, o risco é classificado como: a) inaceitável, considerado como perigo, quando há risco de dez mortes por ano em uma população de 10 mil; b) risco reduzido, considerado precaução, quando o risco provocar morte de dez em uma população de 10 milhões; e, por fim, c) risco tolerável, abaixo dos dois anteriores.²³

A importância em se medir o risco serve para verificar se a atividade ou empreendimento é, em potencial, poluidora daquela que não é plausível. No Brasil, a graduação do risco e aplicação da precaução devem ser feitas por meio do licenciamento ambiental, que é um instrumento de caráter preventivo, acompanha o processo de início, instalação e operação de uma atividade poluidora, e tem por finalidade conscientizar a exploração de recursos ambientais de forma sustentável, para que estes permaneçam para futuras gerações.²⁴

Com o licenciamento ambiental e suas etapas, procura-se medir os riscos de dano, acompanhar atividade e evitar poluição. O licenciamento tem a finalidade de incentivar o uso sustentável dos recursos naturais e não de impedir a realização da atividade.

Todavia, não obstante a importância do princípio da precaução e do instrumento do licenciamento ambiental, faz-se necessário busca meios processuais para se garantir judicialmente a proteção ao meio ambiente de forma preventiva.

3.4 - Tutela jurisdicional específica: tutela inibitória.

Buscando uma tutela com perfil de tutela preventiva, que impeça violação de direitos, a tutela inibitória apresentar como capaz de direitos muito sensíveis a qualquer dano e difíceis de serem recuperados se violados.

Trata-se de uma tutela que se destina a impedir a prática do ato contrário ao direito. Não tem o objetivo de coibir a prática do dano, mas sim o escopo de evitar a prática de ato contrário ao direito, pois o fato danoso é consequência eventual, e não necessária, do ato ilícito. O direito de ação se fundamenta no pedido capaz de impedir a violação do direito, sem que seja necessariamente uma ameaça de dano.²⁵

²² DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. Op.cit., p. 156

²³ DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. Op.cit., p. 156

²⁴ DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. Op.cit., p. 156

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Execução**. 3ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 148.



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Possui como pressuposto a prática de um ato não admitido pelo ordenamento jurídico, mesmo que não tenha havido um dano, porque o direito pode ser tutelado a partir do momento que um comportamento o viole, independentemente de ter havido prejuízo, que pode até vir a ocorrer se tal conduta for reiterada. A simples probabilidade da prática de um ilícito ou de sua continuação já enseja a invocação da tutela inibitória como meio mais preventivo de se tutelar direitos.

Um exemplo de tutela inibitória seria o caso em que o fabricante deixa de instalar tecnologia, considerada essencial pela lei, para evitar um dano ambiental. Há um ato ilícito que se não for modificado pode vir a trazer danos, o que enseja a propositura de uma tutela preventiva.

Esperar que o dano aconteça para depois passar a ter legitimidade e interesse em buscar uma tutela judicial não corresponde a efetividade do processo.

Ademais, a dificuldade em se demonstrar a probabilidade da prática do ilícito não pode impedir o uso da tutela inibitória, pois se trata de um direito do jurisdicionado, que necessita de uma tutela para seu direito ameaçado.²⁶

IV- PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA E O PROCESSO COLETIVO

4.1 – Caráter preventivo da prova antecipada

Ainda a procura de instrumentos processuais capazes de proteger direitos fundamentais transindividuais, que envolvem a coletividade, cuja tutela necessita ser preventiva, a fim de se evitar o dano quase que irreparável, como ocorre com o direito ambiental, encontra-se no instituto da produção antecipada da prova a possibilidade de realizar a prova sem que haja qualquer demanda judicial, buscando obter prova robusta em defesa do meio ambiente.

Sob um caráter preventivo, a mera realização da prova, de forma antecipada, admite que os interessados obtenham esclarecimentos dos fatos e das chances de se buscar proteção em um futuro processo, permitindo um juízo mais seguro e também contribuindo para soluções de caráter consensual.²⁷

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p.84

²⁷ YARSSHELL, Flavio Luiz. **Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros. 2009. p.252



Diferentemente da ação cautelar, que busca a produção da prova em razão de circunstâncias emergenciais, a prova antecipada tem por natureza oferecer subsídios e informações para que as partes possam avaliar os riscos, aparelhar o processo em busca de declaração do direito ou de um provimento jurisdicional eficaz sob um julgamento mais robusto, ou estimulando soluções de autocomposições e afastando julgamentos imperativos.²⁸

4.2 – O direito autônomo à prova

A produção antecipada da prova advém de um direito autônomo à prova.

Segundo Flávio Luiz Yarshell, ao se perceber a possibilidade de buscar e ter acesso à prova, requerê-la, admiti-la, participar de sua produção, e por fim, obter uma respectiva valoração, reconhece-se um direito à produção de prova, consistente em pedir ao Estado que intervenha tão-somente para permitir a pesquisa e o registro de certos fatos. O direito à prova pode ser entendido como direito à obtenção de certa providência de instrução, sem a necessária vinculação direta com o direito de ação exercido para se pleitear a declaração do direito relativo a uma dada situação substancial. Sob essa perspectiva, reconhece-se uma autonomia à prova.²⁹

Ainda ensina o mencionado autor que, se existe um direito de invocar um provimento jurisdicional de mérito pelo qual se declare um direito no caso concreto, então também há um direito de se invocar um ato estatal para mera obtenção e pré-constituição de prova. Até porque, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional pode também abranger o direito de invocar um provimento cujo objeto seja exclusivamente a produção de determinada prova. A produção da prova antes do processo instaurado permite a possibilidade da parte pretender não só a intervenção estatal para a obtenção e realização da prova, mas também supor a existência de um direito que se limita à garantia de acesso, descoberta, documentação de certos fatos de forma desvinculada de qualquer decisão jurisdicional.³⁰

O direito à prova passa a ser considerado como um instrumento de esclarecimento para as partes, para que possam formar sua convicção, resistir ou buscar soluções de autocomposição e a prova passa a ser, além de um instrumento para o órgão julgador, um serviço de prestação social do processo, ultrapassando a estrita vinculação da prova ao processo, permitindo a

²⁸ YARSSHELL, Flavio Luiz. Op. cit., p.253

²⁹ YARSSHELL, Flavio Luiz. Op. cit., p.210 e 211

³⁰ YARSSHELL, Flavio Luiz. Op. cit., p.234



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

aquisição de um direito sem a necessária instauração da demanda e reconhecendo uma autonomia consistente no direito de tão somente exigir que certa prova seja produzida.³¹

A natureza autônoma da prova também indica não só o juiz como destinatário das provas, mas também as partes, que buscam esclarecer, por meio da produção das provas, se houve ou não ameaça ou violação ao direito. Isso porque as partes traçam estratégias processuais a partir das provas que possuem, cabendo a elas decidirem se propõem demanda, ou se optam por realizar um acordo. A desvinculação da prova produzida autonomamente permite que, diante de uma controvérsia de direito material, as partes possam visualizar os riscos e probabilidades e definir a declaração de direito que buscam no caso concreto.³²

A partir do momento em que as provas são destinadas não só ao juiz, mas também às partes, atribui-se uma considerável valoração de julgamento. As partes passam a ter interesse e legitimidade na produção da prova para que possam se certificar sobre determinados fatos, obtendo assim uma noção mais adequada sobre as circunstâncias e os direitos que lhes são devidos. Ademais, a produção antecipada de provas pode servir como estratégia processual para incentivar um prévio acordo entre as partes, antes do ingresso da ação, ou mesmo para evitar o ajuizamento de demandas temerárias, baseadas em um conjunto fático de difícil comprovação.³³

Ainda, a produção da prova antecipada agiliza o andamento da futura ação judicial, proporcionando uma tutela mais efetiva.

4.3- Prova antecipada no Código de Processo Civil.

Preocupando-se o Código de Processo Civil com a duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII, da CF), princípio este, inclusive, previsto no artigo 4º do CPC, buscando-se instrumentos processuais que proporcionam maior agilidade na conclusão da demanda judiciária e somando-se a isso a preocupação em se proteger de forma mais eficaz os direitos necessitados de tutela jurisdicional, o Código de Processo Civil, previu no artigo 381, III, do CPC, o instituto da produção antecipada de provas, que fornece subsídios para o ajuizamento de demandas, ou facilita a conciliação prévias.³⁴

³¹ YARSSHELL, Flavio Luiz. Op. cit., p.243

³² YARSSHELL, Flavio Luiz. **Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova.** Op.cit., p.284

³³ SOUSA, Ana Clara Angelo Teixeira. **A produção antecipada de provas no novo CPC como estratégia para uma rápida solução do litígio.** Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245183,51045Aproducao+antecipada+de+provas+no+novo+CPC+como+estrategia+para+uma>. Acesso em 25/05/2017.

³⁴ SOUSA, Ana Clara Angelo Teixeira.Op.cit.



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O Código de Processo Civil de 1973 autorizava, em seu artigo 847, a produção antecipada de prova testemunhal, caso não pudesse ser realizada em audiência de instrução, seja por causa da idade avançada da testemunha, seja por estar acometida por grave moléstia. Da mesma forma, o artigo 849 do CPC de 1973 determinava a antecipação da prova pericial se houvesse fundado receio de que os fatos que se pretendesse constatar se tornassem impossíveis ou difíceis de verificação no momento da fase de instrução do processo, após o saneamento.³⁵

Nota-se que somente admitia-se a produção antecipada da prova se houvesse urgência ou risco de perecimento de sua produção.

O novo Código de Processo Civil, em seu artigo 381, não só reitera a possibilidade de produção antecipada da prova quando houver o receio de que venha a se tornar impossível ou difícil sua realização no decorrer da ação, como também acrescenta a possibilidade da prova, mesmo que não haja urgência, sendo produzida quando suscetível de viabilizar a tentativa de conciliação ou de outro meio adequado de solução de conflitos, e também quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.³⁶

O novo CPC retirou a produção de prova antecipada do capítulo das cautelares e inovou ao colocar no campo das provas do processo, atribuindo ao instituto uma função mais ampla.

Corroborando este entendimento, Nelson Nery afirma:

“...mas é interessante notar que o procedimento não foi incluído na parte do CPC que trata das medidas de urgência, as quais equivalem às antigas medidas cautelares, o que induz à conclusão de que o legislador não quis tratar da produção antecipada de provas como uma medida de urgência. E a leitura dos incisos do artigo corrobora isso: apenas um deles trata de risco de perda da prova, enquanto os demais vinculam à possibilidade de a prova conduzir as partes à autocomposição e à justificação ou prejuízo à propositura de ação (situação que, caso incida no caso concreto, faz com que a produção antecipada de prova também tenha caráter de economia processual).”³⁷

A doutrina tem se posicionado nesse sentido. Teresa Arruda Alvim afirma que:

“Além da produção antecipada da prova com base na urgência, em razão do risco de perecimento do seu objeto ou fonte, o NCPC, no art. 381, II e III, prevê a possibilidade de produção da prova antes da propositura do processo

³⁵ LEME, Fabio. **Novo CPC traz vantagens para a ação de produção antecipada da prova**. 21 abr.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-21/fabio-leme-acao-producao-antecipada-prova-cpc>. Acesso em: 29/05/2017.

³⁶ LEME, Fábio. Op.cit., p.1-4.

³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1101.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

de conhecimento quando tal medida possa viabilizar tentativa de solução consensual do conflito ou auxiliar as partes no juízo de deliberação prévio à propositura da ação principal.”³⁸

Comentando o artigo 381 do CPC/15, sustenta Daniel Amorim Assumpção Neves que:

“A produção antecipada de provas perdeu sua natureza de cautelar, tornando-se tão somente uma ação probatória autônoma, pela qual se produz uma prova antes do processo principal sem a necessidade de ser comprovado o periculum in mora. (...) E o legislador também fez a justificação perder a natureza cautelar, que agora, somada à produção antecipada de provas, deu origem à ação probatória autônoma.”³⁹

A jurisprudência sufraga esse entendimento:

DIREITO PÚBLICO AÇÃO AUTÔNOMA DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA INDEFERIMENTO DA INICIAL APELAÇÃO DO AUTOR Imóvel do requerente sujeito ao procedimento de tombamento Pretensão à prova pericial para averiguação de valor arquitetônico e/ou histórico - Novo Código de Processo Civil que modificou o sistema de produção antecipada de provas Desnecessidade do periculum in mora nas hipóteses, como dos autos, do artigo 381, II e III, do N.C.P.C. Sentença terminativa reformada Recurso provido. (SP. Apelação 1005035-10.2016.8.26.0568. 13ª Câmara de Direito Público. Rel. Antônio Tadeu Ottoni. 06/12/2017) (grifo nosso).

A prova produzida de forma antecipada é cabível em qualquer eventual demanda, contenciosa ou de jurisdição voluntária, e em qualquer meio de prova, podendo ser documental, testemunhal, ou pericial.

Por ter o caráter autônomo, entende-se que não há vinculação entre esta medida processual e uma eventual demanda de mérito que seja ajuizada com base na prova produzida. Trata-se de ação independente, que, conforme afirma o artigo 381, §3º, do CPC, uma vez realizada, não previne o juízo.⁴⁰

³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim.[et al] **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo** 1 ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 660.

³⁹ Neves, Daniel Amorim Assumpção; **Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015, p. 627.

⁴⁰ INSAURIAGA, Naiara. **Vantagens da produção de prova sem urgência**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-21/naiara-insauriaga-vantagens-antecipacao-prova-urgencia>. Acesso em: 29/05/2017.



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O Juízo competente para processar e homologar a prova antecipada será onde se pretende produzir a prova. O procedimento também poderá ser proposto perante o juízo do domicílio do réu (artigo 381, §2º, CPC/2015).⁴¹

A parte, ao ajuizar a ação, além de preencher os requisitos da petição inicial (artigo 319, CPC/2015), deverá justificar a necessidade da antecipação e indicar precisamente os fatos sobre os quais a prova deverá recair (artigo 382, CPC/2015).⁴²

É importante ressaltar que, não obstante o reconhecimento do direito das partes à prova, por serem interessadas e destinatárias, também se deve exigir do requerente que justifique os motivos e a necessidade da antecipação. Cabe ao legitimado delimitar os fatos sobre os quais há de recair a prova. Isso contribui para que as medidas de instrução não enveredem para abusos. Aliás, ainda que a inovação do código não signifique a importação pura e simples do modelo de *commom law*, convém observar a experiência construída pelo instituto do *Discovery*.⁴³

4.4- Discovery

Trata-se de um instituto advindo do direito norte-americano, consistente na possibilidade de uma das partes solicitar à outra, informações, documentos, depoimento pessoal, interrogatório das partes, inquirição de determinada testemunha, descoberta de documentos ou coisas, exames periciais, tendo por finalidade auxiliar o interessado a incluir, alterar ou excluir alegações, e assim delimitar a controvérsia e o pedido perante o juízo.⁴⁴

É certo que a parte contrária no decorrer da descoberta de provas pode alegar irrelevância da prova, excessiva onerosidade, possibilidade de obtenção por outro meio menos custoso e mais ágil, bem como impossibilidade de obtenção da informação, por ser detentora de dados sigilosos do governo, ou de suas agências e órgãos oficiais, que, por estarem protegidas pelo que se denomina de privilégio, poderá ser impedida sua descoberta.

Todavia, a *Discovery* possibilita que as partes conheçam melhor o seu litígio e levem a causa mais madura para julgamento, facilita acordo, caso se verifique que a continuação do processo não será vantajosa.

⁴¹ INSAURIAGA, Naiara. Op.cit., p.2.

⁴² INSAURIAGA, Naiara. Op.cit., p.2.

⁴³ YARSHELL, Flavio Luiz Yarshell. **Processo Civil: A produção antecipada de prova no projeto de Código de Processo Civil (I)**. Disponível em <http://www.cartafortense.com.br/conteudo/colunas/a-producao-antecipada-de-prova-no-projeto-de-codigo-de-processo-civil-6330> Acesso em: 27/05/2017.

⁴⁴ DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. Op.cit., p.144-145.



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Embora haja quem sustente que o instituto *Discovery* aumenta o custo e o tempo do processo, em relação à divergência entre as partes e quanto às provas cabíveis, no caso do processo civil brasileiro, a colheita de prova antecipada é feita sob o controle do juiz, sendo o pedido desde logo delimitado.

4.5 – Produção antecipada da prova sob a égide do contraditório.

Além disso, a prova é produzida sob o contraditório e homologada pelo juiz, o que a torna legítima e com força vinculante e auxilia a parte embasar de forma consistente seu pedido judicial. A demanda já é proposta lastreada em prova robusta, que oferecendo êxito na ação, incentiva o demandado a preferir um acordo a que sucumbir.

Sob o ângulo do juiz, embora não seja o caso de emitir juízos acerca das provas, ao permitir que seja produzida mediante a intervenção estatal, observa o contraditório e proporciona à prova maior legitimação.⁴⁵

Realizado juízo de admissibilidade do pedido, o juiz determinará a citação de todos os interessados (art. 382, § 1º)⁴⁶, e, inclusive, daqueles que entender ser interessado, de ofício, caso o requerente não tenha solicitado (artigo 382, §1º, CPC/2015).⁴⁷

Com isso, valoriza-se o princípio constitucional do contraditório, com a participação de todos os envolvidos, como defende Talamini:

Mesmo quando o escopo da produção antecipada não for o de assegurar ou pré-constituir a prova, mas sim o de incentivar a autocomposição ou permitir a avaliação de chances de eventual demanda, é relevante a participação do adversário: sua presença no procedimento probatório antecipado qualifica a prova, ampliando as chances de que ela cumpra essas funções.⁴⁸

Destaca-se ainda que, havendo a participação daquele contra o qual a prova é realizada, esta apresenta maior valor, ou para futura e eventual demanda, ou para que seja emprestada para outra ação. Trata-se de um procedimento rápido e simples, que produz prova forte sem que sejam alegados vícios ou nulidades.

⁴⁵ YARSSHELL, Flavio Luiz. **Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. Op. cit., p. 286-287.

⁴⁶ SOUSA, Ana Clara Angelo Teixeira. Op.cit., p.3.

⁴⁷ INSAURIAGA, Naiara. Op.cit., p.2

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. **Produção Antecipada da Prova**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16MI235462,51045Producao+antecipada+de+prova>. Acesso em: 30/05/2017



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Contra o requerimento de produção antecipada de prova, não se admite defesa (art. 382, § 4º).

Daniel Amorim Assunção Neves explica que o artigo 382, §4º, do CPC, ao não admitir defesa, carece de constitucionalidade. Isso porque um procedimento não cabe defesa é inconstitucional. O autor interpreta o dispositivo no sentido de que as objeções processuais, matérias de defesa reconhecíveis de ofício, podem ser objeto de alegação da parte interessada, mesmo que não caiba defesa. Tudo o que pode ser conhecido pelo juiz, obviamente ele pode conhece também se for provocado. Na cabe defesa, salvo matérias conhecidas de ofício. É o caso, por exemplo, de entender que as hipóteses de cabimento não estão previstas e, portanto, não havendo interesse de agir, e por falta de condição de ação pode ser conhecida de ofício. Ou se a prova for revestida de sigilo, pode o réu alegar ilicitude de prova, violação de garantias constitucionais, que também podem ser conhecidas pelo juiz.⁴⁹

Tal proibição justifica-se porque não há, aqui, valoração de fatos nem resolução de questões de mérito (art. 382, § 2º). Contudo, é admitida a defesa relativa ao modo de colheita da prova, às questões processuais e ao cabimento do pedido face ao previsto no art. 381, sob pena de violação do princípio constitucional do contraditório.⁵⁰

Ao final do procedimento, o juiz proferirá sentença homologatória, a qual *não apreciará a prova*, muito menos poderá se manifestar sobre a ocorrência ou não de determinado fato, ou sobre o mérito da controvérsia que ensejou a realização da prova. Ressalta-se que não há parte vencedora e nem sucumbente.⁵¹

Extinto o processo, os autos permanecerão em cartório durante um mês, para extração de cópias e certidões pelos interessados (art. 383).

Sendo realizada em juízo com a participação de ambas as partes, oferece também à prova, um grau de superioridade, que advém da imparcialidade daquele que, em juízo, preside a produção da prova, oferecendo uma garantia de justiça às partes, que têm o direito de exigir do Estado um juiz imparcial para exercer a função exclusiva jurisdicional. É a imparcialidade que garante o tratamento isonômico devido às partes.⁵²

Além disso, se a imparcialidade não oferece solução e declaração do direito ao caso concreto, proporciona lisura na simples atividade de produção, preservação de validade e

⁴⁹ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Pílulas Jurídicas: Vedação de defesa na ação probatória autônoma.** Disponível: <http://www.professordanielneves.com.br/novidades/videos>. Acesso em: 06/03/2018.

⁵⁰ SOUSA, Ana Clara Angelo Teixeira. Op.cit., p.3.

⁵¹ SOUSA, Ana Clara Angelo Teixeira. Op.cit., p.2.

⁵² YARSSHELL, Flavio Luiz. **Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova.** Op. cit., p.287



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

eficácia do que se produziu. Acima de tudo, a imparcialidade dá tranquilidade aos interessados e confiança na retidão das decisões.⁵³

De posse de tais documentos, poderão os interessados ajuizar demanda própria para assegurar eventuais direitos que possam ser extraídos dos fatos provados, ou mesmo optar por uma autocomposição.⁵⁴

A ação autônoma de produção antecipada de prova possibilita alcançar a pacificação social de forma mais célere, na medida em que se disponibilizam às partes os meios adequados para melhor conhecer a realidade dos fatos e os riscos envolvidos em uma eventual demanda judicial.⁵⁵

A produção antecipada da prova tem por finalidade tornar a prova lícita e robusta, bem como tornar o comportamento das partes mais ético e límpido.

4.6 – O uso da prova antecipada no processo coletivo pelo Ministério Público.

Considerado como função essencial à Justiça, o Ministério Público possui um capítulo próprio na Constituição Federal, que no artigo 127 o define como uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O art. 129, III, por sua vez, prevê, dentre suas funções, a de “promover o inquérito civil público e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Além disso, o Ministério Público tem a seu dispor instrumentos como notificações, requisições de informações e de documentos, requerer diligências, prerrogativas que enaltecem a função ministerial e tornam a instituição um papel indispensável voltado para a defesa e preservação dos interesses da sociedade.⁵⁶

Tamanho é a importância de sua atuação, que também tem ao seu dispor o poder de obter a prova de maneira antecipada e autônoma, de forma não vinculada às situações de urgência, não dependendo de um processo instaurado.

⁵³ YARSSHELL, Flavio Luiz. **Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. Op.cit., p.289.

⁵⁴ SOUSA, Ana Clara Angelo Teixeira. Op.cit., p.3.

⁵⁵ SOUSA, Ana Clara Angelo Teixeira. Op.cit., p.4.

⁵⁶ YARSSHELL, Flavio Luiz. **Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. Op.cit., p.222.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Em se tratando de direitos difusos e coletivos, embora haja regramentos específicos, a prova produzida antecipadamente também pode ser usada em processo coletivo, uma vez que o microsistema coletivo autoriza o uso do Código de Processo Civil, conforme determina o artigo 90 do CDC, desde que não contrarie as disposições da Lei de Ação Civil Pública.

Com o artigo 381, III, do CPC a prova é realizada sob o contraditório e homologada pelo juiz, esclarece os fatos, delimita o objeto de proteção do direito, auxilia na possibilidade de acordo, ou dá força a eventual propositura da demanda judicial, acelerando seu término ou evita o ajuizamento de demandas precárias, sendo um instrumento viável para tutela dos direitos difusos em juízo.

Caso o Ministério Público, como ente legitimado do processo coletivo, queira embasar esta prova em um TAC, ou caso entenda pelo ajuizamento da ação, terá muito mais credibilidade se acompanhada da prova produzida.

Com o instrumento do *Discovery*, todas as cartas são colocadas à mesa e o juiz tem a possibilidade de perguntar ao réu, se diante das provas, vai insistir em resistir à pretensão do autor.

Além disso, mesmo que o legitimado coletivo opte por não propor demanda judicial coletiva, por força do artigo 372 do CPC, é possível ser usada como prova emprestada em outro processo, ou o legitimado individual se valer da mesma prova antecipada para ingressar com sua ação individual.

A jurisprudência já reconheceu a possibilidade de se usar a prova de maneira emprestada. Vejamos:

Ação ordinária, para anulação de autuações da "CETESB", por emissão de fumaça acima do padrão legal, promovida também contra a Fazenda do Estado - (I) Indeferimento de prova testemunhal requerida pela autora, com determinação do Juízo, no entanto, de traslado de prova emprestada - Julgamento antecipado do Mérito - Alegação de cerceamento de defesa - Inocorrência - Prova que tem como destinatário o Juiz da causa, que tem o poder-dever de aferir sobre a necessidade ou não da sua realização - Validade, ademais, da prova testemunhal emprestada, colhida em outros processos idênticos ao presente, pelo próprio Magistrado sentenciante deste, entre as mesmas partes e sob o crivo do contraditório – Precedentes Jurisprudenciais pela admissibilidade – Agravo conteúdo improvido ... (TJ- SP. Apelação nº 098.020-5/1-00. 2ª Câmara de Direito Público. Rel. Osvaldo Magalhães. J. 07/08/2001) (grifo nosso).



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

No segundo processo, a prova terá forma documental, mas é apta a preservar o seu valor originário (de prova pericial, ou testemunhal). Para que se admita seu empréstimo, a prova necessita ter sido produzida com a participação da parte contrária no procedimento de produção antecipada e perante autoridade jurisdicional, auxiliando a convicção do juiz e dispensando a demora e a necessidade de ser produzida novamente.⁵⁷

4.7 - A produção da prova antecipada na proteção do meio ambiente.

No que tange à tutela ao meio ambiente, é perfeitamente possível se valer da produção da prova antecipada.

Embora seja possível propor medida cautelar antecipatória na ação coletiva para se exigir a realização do Estudo de Impacto Ambiental, previsto no artigo 225, § 1º, IV, da CF, é cabível também a ação probatória autônoma, quando não houver parâmetros significativos dos riscos ao meio ambiente produzidos pela obra ou atividade potencialmente poluidora de significativa degradação ambiental, para que possam ser colhidas provas e posteriormente usadas em eventual demanda judicial em proteção do meio ambiente.

Conquanto haja o procedimento licenciamento ambiental, a produção antecipada da prova tem por objetivo revelar a existência, ou dimensão do risco provocado por determinada atividade ao meio ambiente para que os legitimados possam analisar a necessidade de tutela.⁵⁸

Ressalta-se que, não obstante o Ministério Público, como ente legitimado coletivo, tenha a seu dispor instrumentos tais como inquérito civil e termos de ajustamento de conduta, também poderá se valer da produção antecipada da prova, que é produzida com a participação do potencial poluidor e perante o juiz, proporcionando-lhe maior legitimidade e força.⁵⁹

É com base nessa prova antecipada que o Ministério Público pode optar por pactuar um termo de ajustamento de conduta, dependendo do interesse coletivo a ser tutelado, ou por ajuizar ação civil pública, fundamentada em robusta prova produzida.

É certo que devido à incerteza, a produção antecipada da prova não consegue suprir a dúvida quanto aos riscos ao meio ambiente. Isso porque, em muitos casos, não se depende tão somente da colheita de provas, mas de pesquisa e estudo técnico-científico, tais, como no caso dos OMGs e radiação eletromagnética emitidas por celular, ainda incertos quanto às consequências danosas à saúde e ao meio ambiente. Contudo, trata-se de um instrumento válido

⁵⁷TALAMINI, Eduardo. **Produção Antecipada da Prova**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16MI235462,51045Producao+antecipada+de+prova>. Acesso em: 30/05/2017.

⁵⁸ DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. Op.cit., p. 159

⁵⁹ DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. Op.cit., p. 159



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

para otimizar a tutela jurisdicional do meio ambiente, por meio da aplicação do princípio da precaução.⁶⁰

A antecipação da prova permite que a parte conheça melhor os fatos antes de propor ação principal. É por meio dela que se fornece substrato para negociação de um acordo (autocomposição), atendendo a pacificação social e evitando o acúmulo de demandas judiciais pendentes de uma decisão, que muitas vezes pode ser morosa e não mais eficiente. Caso não haja acordo, irá fundamentar a futura ação judicial e servirá de convencimento para o juízo prolator da sentença.⁶¹

A prova produzida antecipadamente pode ser usada de forma emprestada e ainda contribuir para as partes avaliarem o destino mais adequado do litígio e proteger de forma eficaz o direito difuso ao meio ambiente.

Reconhece-se a dificuldade em dimensionar o risco em razão das incertezas científicas, bem como o desafio do Poder Judiciário em definir quais os riscos são toleráveis, proibidos, ou devem ser minimizados. Nesses casos, a prova se limita a demonstrar a sua dimensão, tendo-se ciência de que ação antecipada de produção de prova não soluciona por completo todos os problemas relativos ao princípio da precaução, mas pode muito contribuir para delimitar o risco e tornar mais eficiente a proteção ao direito difuso ao meio ambiente sadio.⁶²

V – CONCLUSÃO: O USO DA PROVA AUTÔNOMA, PRODUZIDA DE FORMA ANTECIPADA COMO MEIO DE TUTELAR O MEIO AMBIENTE DIFUSO.

Por todo o exposto, pode-se concluir que a formação jurídica dos direitos difusos e coletivos ocorreu gradativamente ao longo da história, sendo incluídos como direitos essenciais à dignidade da pessoa humana.

Por serem direitos que transcendem a pessoa do indivíduo, passou-se a se preocupar com instrumentos que pudessem tutelar interesses de toda coletividade, em especial o meio ambiente sadio para as presentes e futuras gerações.

Diante da necessidade de se mensurar os riscos e evitar danos ao meio ambiente, a prevenção e a precaução passaram a nortear a tutela ambiental.

Uma das formas de se avaliar o risco e dar concretude à efetiva tutela ao meio ambiente de forma preventiva, é realizar o estudo de impacto ambiental (EIA/RIMA) perícias, ouvir

⁶⁰ DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. Op.cit., p. 160

⁶¹ DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. Op.cit., p. 160

⁶² DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. Op.cit., p. 160



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

especialistas e produzir provas antes mesmo de ingressar com uma ação judicial. O instrumento processual adequado essas medidas é ação probatória autônoma, que permite ao interessado investigar os riscos, delimitar o objeto de tutela e fixar o pedido, sendo mais uma forma segura, rápida e efetiva de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Visando ao caráter preventivo e à duração razoável do processo, bem como tendo por finalidade conhecer os riscos, os fatos e o objeto a ser tutelado, o instituto processual da prova antecipada reconhece um direito autônomo de obtenção da prova, consistente no interesse de buscá-la e produzi-la, mesmo que sem vinculação direta com o processo declaratório do direito, produzindo-a de forma antecipada, ainda que não haja urgência.

Permitindo o sistema adotar esse procedimento, maiores serão os elementos fornecidos para as partes, para melhor avaliarem as chances e riscos de futuro e eventual demanda ou de autocomposição.

Sendo reconhecido o caráter autônomo da produção da prova, as partes passam a ser também interessadas e destinatárias da prova, passam a oferecer um comportamento mais ético, cumprem com dever de colaboração e cooperação, atendendo-se, assim, o escopo da jurisdição e pacificação social.

A antecipação da prova auxilia na conscientização das pessoas quanto aos seus direitos e obrigações, aumentando a confiança depositada no Poder Judiciário.

O Ministério Público, dispondo de legitimidade que lhe foi outorgada pelo ordenamento, tem ao seu dispor, ao lado dos demais instrumentos processuais, a possibilidade de requerer a produção antecipada da prova, quer para ingresso em juízo mais seguro, fundamentado em prova robusta, que pode inclusive ser usada de forma emprestada em outra demanda, quer para obter soluções de autocomposição (termo de ajustamento de conduta – TAC), tendo como missão a defesa de interesses que ultrapassam a esfera do indivíduo, compõem a sua dignidade e protegem toda a sociedade.



PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

REFERENCIAS

Aula assistida na disciplina Teoria Geral de Direitos Difusos e Coletivos, ministrada pelo Prof. Dr. Marcelo Gomes Sodré, dia 02 de março de 2017, no curso pós-graduação stricto sensu em direitos difusos e coletivos, realizada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Aula inaugural da disciplina Teoria Geral de Direitos Difusos e Coletivos, ministrada pelo Prof. Dr. Nelson Nery Junior, no dia 23 de fevereiro de 2017, no curso pós-graduação stricto sensu em direitos difusos e coletivos, realizado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8ª Triagem. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 04/06/2017.

DE ALMEIDA, Ursula Ribeiro. **Produção Antecipada da Prova sem Urgência no Direito Ambiental: Risco de Dano ao Meio Ambiente**. Revista Jurídica da ESMP do Estado de São Paulo. v.3. 2013.p.155. Disponível em: http://www.esmp.sp.gov.br/verista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/79. Acesso em: 27/05/2017.

DE SOUZA, Motauri Ciochetti. Interesse Difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa. 2ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2007.
D'ISEP. Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental e econômico e a ISO 14000: Análise Jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO14001**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

INSAURIAGA, Naiara. **Vantagens da produção de prova sem urgência**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-21/naiara-insauriaga-vantagens-antecipacao-prova-urgencia>. Acesso em: 29/05/2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Execução*. 3ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 16ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; **Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015**. São Paulo: Método, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Pílulas Jurídicas: Vedação de defesa na ação probatória autônoma**. Disponível: <http://www.professordanielneves.com.br/novidades/videos> Acesso em: 06/03/2018.

LEME, Fabio. **Novo CPC traz vantagens para a ação de produção antecipada da prova**. 21 abr.2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-21/fabio-leme-acao-producao-antecipada-prova-cpc>. Acesso em: 29/05/2017.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direitos Difusos e Coletivos: Direito Ambiental**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIZZOL, Patrícia Miranda. Coisa julgada nas ações coletivas. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acesso em: 09/06/2016.

SOUSA, Ana Clara Angelo Teixeira. **A produção antecipada de provas no novo CPC como estratégia para uma rápida solução do litígio**. Disponível em

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245183,51045Aproducao+antecipada+de+provas+no+novo+CPC+como+estrategia+para+uma>. Acesso em 25/05/2017.

TALAMINI, Eduardo. **Produção Antecipada da Prova**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16MI235462,51045Producao+antecipada+de+prova>. Acesso em: 30/05/2017

YARSSHELL, Flavio Luiz. **Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros. 2009.

YARSHELL, Flavio Luiz Yarshell. **Processo Civil: A produção antecipada de prova no projeto de Código de Processo Civil (I)**. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-producao-antecipada-de-prova-no-projeto-de-codigo-de-processo-civil-6330> Acesso em: 27/05/2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim...[et al] **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo** 1 ed; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.