

A PROVA E O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Murilo Rezende dos Santos*

Resumo: O presente artigo estuda a prova e a distribuição do ônus da prova no processo civil tradicional e no processo coletivo. O trabalho aborda a teoria geral da prova, analisando o conceito, o objeto, o destinatário e os meios de prova. O estudo trata da distribuição do ônus da prova e da possibilidade da declaração judicial de sua inversão.

Palavras-chave: prova; ônus da prova; inversão do ônus da prova.

1 Introdução

A prova é objeto de estudo permanente dos processualistas. Para que se possa compreender o tema, é preciso iniciar o estudo da matéria pela teoria geral da prova, analisando o conceito, o objeto, o destinatário e os meios de prova no processo civil.

Da produção da prova depende o resultado do processo. Nos casos em que a prova não é produzida, o juiz está impedido pelo art. 126 do Código de Processo Civil (CPC) de pronunciar o *non liquet* e deve julgar conforme as regras do ônus da prova.

A regra geral de distribuição do ônus da prova é a inscrita no art. 333 do CPC, segundo a qual cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

O sistema processual traz dois artigos que visam à flexibilização dessa regra geral. A primeira delas, prevista no art. 130 do CPC, permite ao juiz, excepcionalmente,

* Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), especialista em Direito Constitucional e bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) e em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) e advogado.

determinar de ofício a produção de provas. A segunda, acolhida no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), autoriza o juiz a inverter o ônus da prova nas lides de consumo, quando estiverem presentes os requisitos legais.

Uma parte da doutrina, adotando a chamada teoria da carga dinâmica do ônus da prova, vem entendendo que, dependendo das peculiaridades do caso, o juiz pode distribuir o ônus da prova de forma diferente da regra geral consagrada no art. 333 do CPC.

O objetivo deste estudo é refletir a respeito das teorias que tratam sobre a distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro, analisando os pontos mais debatidos sobre a matéria.

2 Conceito de prova

Moacyr Amaral Santos (2009, p. 341) afirma que “provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa”. Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 43), por sua vez, define prova como “um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para julgamento”.

A palavra prova tem um sentido objetivo, que pode ser definido como sendo “os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo” e um sentido subjetivo “que é a convicção que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz” (SANTOS, 2009, p. 343). Como é fácil perceber, há intrínseca ligação entre os dois sentidos da palavra, pois a prova em sentido subjetivo decorre da prova em sentido objetivo.

Assim, o depoimento que uma testemunha presta no processo representa a prova em sentido objetivo, enquanto o convencimento que aquele testemunho gera no espírito do juiz é a prova em sentido subjetivo.

A doutrina debate se a prova tem natureza de direito material ou de direito processual. Respeitando os entendimentos em contrário, entendemos que a prova tem natureza mista, pois as regras sobre o objeto de prova têm natureza de direito material, enquanto as regras que disciplinam os meios de prova têm natureza de direito processual.

3 Objeto da prova

Objeto da prova são as alegações de fato (e não os fatos em si). Os fatos simplesmente existem ou existiram, mas não podem ser valorados. O que se pode entender verdadeiro ou falso são as alegações que se fazem a respeito de como os fatos se deram.

Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 58) ensina:

Objeto de prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos.

Fazem parte dele as *alegações* relativas aos fatos pertinentes à causa e não os fatos em si mesmos. O vocábulo *prova* vem do adjetivo latino *probus*, que significa *bom, correto, verdadeiro*; consequentemente, *provar* é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O *fato* existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de *prová-las*, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.

Feita essa advertência, é preciso lembrar que nem todos os fatos poderão ser objeto de prova, mas apenas os fatos controvertidos, pertinentes e que tenham relevância para o processo. Assim, se um fato é controverso, mas não apresenta relevância ou interesse para a solução da lide, não precisa ser provado.

A propósito, Eduardo Cambi (2001, p. 242) bem esclarece:

Um fato é pertinente quando guarda alguma relação com aquilo que está sendo discutido no processo (*res in iudicium deducta*), não sendo estranho à causa. No entanto, somente isso não basta para que o fato seja suscetível de ser provado em juízo. Por exemplo, os fatos evidentes (v.g, que a luz do dia favorece a visão, e a obscuridade dificulta) e os fatos incontroversos, mesmo podendo ter relação com a causa, não integram o objeto da prova, porque sua investigação não interessa ao processo.

Um fato pertinente é juridicamente relevante quando corresponde ao fato abstratamente previsto na norma aplicável ao caso concreto, como condição para a verificação das consequências jurídicas previstas por essa norma. Assim, os fatos que não digam respeito à regra jurídica aplicável ao caso concreto são irrelevantes. Em outras palavras, os fatos irrelevantes são aqueles que, embora possam pertencer à causa, não têm capacidade de influir na decisão. Desse modo, se uma parte propõe uma prova concernente a fatos irrelevantes para a decisão, a prova não deve ser realizada por falta de necessidade de tutela jurídica, já que essa necessidade é um pressuposto geral para a realização de todo ato processual.

Também não precisam ser provados os fatos incontroversos, alegados por uma das partes e confessados pela outra, os fatos notórios e os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade.

Rodrigues (2000, p. 170) anota que:

Fato notório (art. 334, I, do CPC) é o de conhecimento pleno, indiscutível, cujo conhecimento público pelo grupo social onde o mesmo ocorreu é desnecessário porque clarividente. Como diria Calamandrei, “aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de determinada esfera social no tempo em que ocorre a decisão”. Assim, apenas são objeto de prova as afirmações de fatos que são controvertidos, ou seja, aqueles onde exista a *quaestio facti*, exatamente como delimita o art. 331, dizendo que o juiz fixará os pontos controvertidos sobre os quais recairá a prova. Portanto, também não fazem parte do *thema probandum* os fatos incontroversos, assim entendidos aqueles que foram aceitos ou tácita ou expressamente pela parte contrária, salvo aqueles que não admitem confissão, efeitos da revelia etc., cujas exceções estão previstas nos arts. 9º, II, 302, 320, 350 et seq. do CPC.

Há ainda os fatos em favor dos quais o legislador, por política legislativa, determinou que existia a presunção de veracidade. Se a presunção é relativa (*juris tantum*), não precisa ser provada a sua existência nem veracidade, mas admitem a prova em contrário. Todavia, se possuem a presunção absoluta (*jure et de jure*), não admitem sequer prova em contrário.

É notório, por exemplo, o fato de o Brasil ser pentacampeão mundial de futebol. Como exemplo de presunção legal, podemos citar o art. 1.597 do Código Civil (CC), que presume a paternidade do filho nascido na constância do casamento.

Também, em regra, não precisa ser provado o direito, uma vez que o processo civil pauta-se pelo princípio de que “o juiz conhece o direito” (*juris novit curia*). Exceção a essa regra encontra-se inscrita no art. 337 do CPC, que afirma que “a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

A norma é razoável, pois dada a grande dimensão do direito, é muito difícil que o juiz conheça normas estrangeiras ou costumes locais. Em razão do sistema de carreira existente na magistratura nacional, seria difícil que, na prática, o juiz conhecesse o direito municipal de todas as comarcas em que viesse a atuar. Contudo, é pertinente a crítica feita por João Batista Lopes (2007, p. 34), para quem “não se afigura razoável o juiz desconhecer a legislação estadual, também obrigatoriamente publicada na imprensa oficial”.

Não podem ser objeto de prova os fatos negativos, pela simples razão de que seria impossível alguém provar um fato que não ocorreu. Contudo, a doutrina pondera que só não são passíveis de prova os fatos absolutamente negativos, podendo, por sua vez, ser provados os fatos relativamente negativos.

Dessa forma, como exemplifica Fredie Didier Junior (2007, p. 60), ninguém poderia provar que nunca esteve no município de Candeias (fato absolutamente negativo), mas poderia provar, por meio dos registros do aeroporto e do hotel, que estava fora do país em determinada época (fato relativamente negativo).

4 Fim da prova

O fim da prova é a busca da verdade acerca de como os fatos se deram. A verdade que se busca é a verdade real, isto é, descobrir com exatidão como ocorreram os fatos e não fazer meras projeções. A doutrina moderna não mais aceita a tese de que, no processo penal, busca-se a verdade real, enquanto no processo civil contenta-se com a verdade formal (PIZZOL, 2006, p. 88).

Nesse sentido é a lição de José Carlos Barbosa Moreira (1997, p. 118):

Dizer que o processo penal persegue a chamada “verdade real”, ao passo que o processo civil se satisfaz com a denominada “verdade formal”, é repetir qual papagaio tolices mil vezes desmentidas. A verdade é *uma* e interessa a qualquer processo, se bem que a justiça possa (e às vezes *deve*) renunciar – na área civil e *na penal* – a sua reconstituição completa, em atenção a outros valores de igual dignidade.

Entretanto, embora o processo civil, assim como o penal, tenha como meta a verdade real, na maioria das vezes não será possível reconstituir os fatos exatamente como eles ocorreram, podendo-se obter somente a “verdade possível”. Ovídio A. Batista da Silva (2005, p. 321), amparado na doutrina jusfilosófica de Bachelard e Bentham, pondera que a “verdade absoluta” nem sequer existe, não passando de mera ilusão.

A verdade real é mera utopia, tendo o juiz que se contentar com o mais próximo que se possa chegar dela, pois, como lembra Fredie Didier Junior (2007, p. 21-22), o processo é presidido por outros valores, além da busca da verdade, como segurança jurídica e efetividade e, por isso, precisa acabar, não podendo se estender indefinidamente em busca da certeza máxima.

Não obstante, a verdade é o valor que orienta o processo civil, e os operadores do direito devem se esforçar para chegar o mais próximo possível dela, pois “a busca da verdade, embora seja meio retórico, preenche axiologicamente o processo, outorgando-lhe legitimidade e fundamentação” (MARINONI; ARENHART, 2004, p. 255).

Portanto, ainda que isso seja utópico, o juiz deve sempre se empenhar na busca da verdade real, pois esse é seu dever moral e legal, e critério legitimador da atividade judicial perante a sociedade.

5 Destinatário da prova

Discute-se em doutrina sobre quem é o destinatário da prova: o juiz ou o processo.

Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 47), em defesa do pensamento que afirma o juiz como destinatário da prova¹, diz:

A natureza processual da prova é intimamente associada à identificação do *juiz* como seu destinatário. A produção da prova não é prerrogativa inerente à estrutura dos direitos, mas ao exercício da jurisdição, da ação e da defesa. A idéia do processo como combate, ou *jogo* (Calamandrei), é apenas uma bela imagem e não deve distorcer a visão de que todos os atos das partes no processo são invariavelmente dirigidos ao juiz: só *indiretamente* o adversário lhes sentirá os efeitos, a saber, quando o juiz decide.

No entanto, com o devido respeito, pedimos vênias para ponderar o seguinte. As partes realmente produzem a prova com o fim de convencer o juiz e, consequentemente, sair vencedoras da demanda. Contudo, o fato de a prova servir para formar o convencimento do juiz não leva à conclusão de que este é o destinatário da prova, pois, embora a prova sirva a ele, serve também a todas as outras pessoas que atuam no processo (partes, terceiros intervenientes, membros do Ministério Público e magistrados das instâncias superiores). A prova, depois de produzida, passa a fazer

¹ É esse também o posicionamento de Santos (1998, p. 328), Didier Junior (2007, p. 490), Greco Filho (2009, p. 196), Santos (1975, p. 6) e Rodrigues (2000, p. 172).

parte do processo, podendo ser usada por qualquer pessoa que nele atue (princípio da comunhão das provas). Por isso, diz-se que o destinatário da prova é o processo.

Eduardo Cambi (2006, p. 321), em excelente monografia, ensina que

[...] o ônus da prova não determina quem deve produzir a prova, mas quem assume o risco pela sua não-produção. Com isso, torna-se evidente que o princípio da aquisição processual significa, precisamente, que as provas se produzem para o processo. Em outras palavras, a prova não é da parte ou do juiz, mas do processo; por isso, a prova produzida por um dos litisconsortes pode beneficiar o outro que não tenha contestado a ação, desde que os interesses do litisconsorte revel sejam comuns ao do contestante, podendo-se, destarte, explicar a regra contida no art. 320, inc. I, CPC².

O juiz não pode ser considerado o destinatário da prova porque não atua sozinho no processo. Além de as próprias partes usarem a prova produzida no processo para fundamentar seus pedidos e seus arrazoados, em grande parte dos casos o processo é levado às instâncias superiores por meio da interposição de recursos, possibilitando a reapreciação da prova. Se o juiz fosse o destinatário da prova, ele poderia encerrar a instrução quando entendesse serem as provas já produzidas suficientes para formar-lhe o convencimento. Todavia, se o juiz agisse dessa forma, estaria incorrendo em flagrante cerceamento de defesa, pois a prova não é produzida só para ele, mas para todos que atuam no processo.

Portanto, por esses motivos, sustentamos que a prova é produzida para ser adquirida pelo processo, para o uso de todos que nele atuam. Assim, todas as provas relevantes requeridas devem ser produzidas. Além disso, deve-se primar no processo pelo princípio da documentação, evitando desentranhamento de documentos reputados intempestivos ou ilícitos, de modo a permitir que as instâncias superiores tenham elementos para reapreciar a decisão que os rejeitou.

6 Meios de prova

A doutrina diferencia, para o correto estudo da matéria, o que é “fonte de prova” do que é “meio de prova”.

Fontes de prova são *pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação*. São elementos ou meios instrumentais externos que, quando trazidos ao processo, o juiz e as partes submetem às investigações necessárias a obter tais informações. [...] Meios de prova são *técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa*. Diferentemente das fontes, eles são fenômenos internos do processo e do procedimento. Atuam sobre aquelas e cada um deles é constituído por uma série ordenada de atos integrantes deste, realizados em contraditório, com observância das formas que a lei estabelece e dirigidos pelo juiz (DINAMARCO, 2004, p. 86).

² No mesmo sentido, ver Nery Junior e Nery (2013, p. 726).

Qualquer pessoa ou coisa existente pode ser fonte de prova. E também pode ser usado qualquer meio para a produção da prova, desde que respeite a lei e a moralidade.

É o que está disposto no art. 332 do CPC: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou defesa”.

Portanto, os meios de prova são livres, não se restringindo àqueles estabelecidos em lei, podendo as partes, portanto, produzir a prova por qualquer forma que respeite a lei e a moralidade.

A lei prevê alguns meios de prova que produzem as chamadas *provas típicas*. São elas: depoimento pessoal das partes, prova testemunhal, prova documental, prova pericial, inspeção judicial e confissão³.

Todos os outros meios de prova não previstos em lei, mas admitidos pelo nosso sistema por serem moralmente legítimos, produzirão as *provas atípicas*. São provas atípicas, por exemplo, a prova emprestada, não prevista no código processual, mas amplamente admitida pela doutrina e jurisprudência; a prova produzida por meios cibernéticos; a constatação feita pelo oficial de justiça do eventual estado de abandono do imóvel locado (art. 66, Lei nº 8.245/91) (DINAMARCO, 2004, p. 94).

A liberdade dos meios de prova consagrada no art. 332 do CPC é necessária para permitir que o processo judicial acompanhe a evolução dos tempos, pois o desenvolvimento tecnológico a cada dia viabiliza procedimentos que até então não eram alcançados pelo homem, de modo a possibilitar a produção de prova por meio de novos métodos, mais rápidos e de resultados mais seguros, ou de prova que não podia ser feita antes.

As inovações tecnológicas influenciam bastante na produção de provas. Basta lembrar que até há pouco tempo não era possível realizar exame de DNA, que hoje é largamente utilizado para comprovação de paternidade e, no processo penal, para a produção de provas relacionadas a crimes sexuais e homicídios. No direito processual relativo às questões de consumo, é possível a produção de prova por meio da gravação de conversa telefônica, prática que atualmente é feita em larga escala pelas grandes empresas, que informam ao cliente, no início do contato, de que o diálogo será gravado.

A liberdade dos meios de prova – que é regra – encontra, no entanto, algumas exceções. São as chamadas *provas legais*, ou seja, há fatos que só podem ser provados por determinados meios previstos em lei, como: 1. o casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro (art. 1.543, CC); 2. a filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Cartório de Registro Civil (art. 1.603, CC); 3. o contrato cujo valor exceda o décuplo do salário mínimo deve ser provado por meio de documento (art. 401, CPC).

³ A confissão, embora prevista pelo CPC entre os meios de prova, não é propriamente meio de prova, pois, como alerta Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 99), “sua natureza jurídica é a de uma *declaração de conhecimento*, resolvendo-se na afirmação de fatos convergentes à afirmação que o adversário já fizera ou que de algum modo o favoreça”.

7 Ônus da prova

O ônus da prova é um dos principais temas do direito probatório, tendo importância fundamental no estudo do processo civil.

Com efeito, as partes produzem prova sobre as suas alegações com o fim de convencer o julgador de que a versão apresentada por elas é a verdadeira e, consequentemente, vencer a demanda. Contudo, mesmo se a prova formada durante o processo não for suficiente para esclarecer os fatos, o juiz deverá decidir, pondo fim ao processo. Portanto, para que a lide transcorra com transparência e justiça, é preciso que a lei, de antemão, preveja quem suportará as consequências pela falta da produção de provas. A regra de distribuição do ônus da prova, que prevê a quem a insuficiência probatória prejudicará, está prevista no art. 333 do CPC.

7.1 Conceito de ônus

É comum a confusão entre ônus e obrigação. No entanto, esses são conceitos distintos e que não podem ser tomados um pelo outro.

A distinção é bem explicada por Moacyr Amaral Santos (1953, p. 94):

Não se veja, porém, na expressão ônus da prova ou *onus probandi* a idéia de dever equivalente à obrigação, tendo como pressuposto a existência de um direito que a êle corresponda.

Não se trata de um *dever jurídico*. Mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem propriamente qualquer sanção pelo seu não cumprimento. Trata-se apenas de *dever* no sentido de interesse [sic], de necessidade, necessidade de produzir a prova para formar-se a convicção do juiz a respeito dos fatos alegados.

Marinoni e Arenhart (2000, p. 186) afirmam que “pode-se sintetizar o conceito de ônus como espécie de poder da parte que possibilita o agir, livre, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada”.

Portanto, o ônus da prova não é uma obrigação, mas um encargo/poder atribuído à parte que, se não cumprido, pode colocá-la em situação de desvantagem. As regras sobre o ônus da prova ajudam o magistrado a decidir quando a prova formada durante o processo não for suficiente para formar-lhe o convencimento sobre qual dos litigantes está certo. Assim, quando, encerrada a instrução, o juiz encontrar-se abalado por dúvida invencível, deve aplicar as regras sobre o ônus da prova e julgar a causa contrariamente à parte que tinha o dever legal de produzir a prova e não o fez.

7.2 Distribuição do ônus da prova no processo civil

O CPC brasileiro, conforme noticia Moacyr Amaral Santos (2009, p. 362), adotou a teoria de Carnelutti, consagrada no art. 333, que determina que ao autor

cabe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, restando ao réu provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Essa é a distribuição do ônus da prova da teoria clássica que, como ensina João Batista Lopes (2007, p. 41), tem por fim estabelecer a igualdade das partes no processo, distribuindo equitativamente entre elas o ônus da produção probatória. Portanto, a cada uma das partes caberá provar os fatos que pretende ver considerados pelo juiz.

Estando o ônus da prova distribuído previamente pela lei, para que não haja erros ou injustiças, é preciso delimitar com clareza quais fatos são constitutivos (devem ser provados pelo autor) e quais são impeditivos, modificativos ou extintivos (devem ser provados pelo réu).

Entende-se por fato constitutivo o acontecimento da vida que serve de fundamento ao pedido do autor (ex.: a locação e a mora do inquilino são fatos constitutivos na ação de despejo por falta de pagamento).

Fato impeditivo é o que obsta as consequências jurídicas objetivadas pelo autor (ex. incapacidade civil)

Fato modificativo é o que opera alteração na relação jurídica (ex. ocupação inicial do imóvel a título de comodato que, depois, se converte em locação).

Fato extintivo é o que acarreta o fim da relação jurídica (ex. o pagamento da dívida) (LOPES, 2007, p. 41-42).

A lei distribui o ônus da prova, prevendo qual das partes vai sucumbir caso não seja produzida prova necessária para a formação da convicção do juiz, mas não impõe que aquela prova seja feita única e exclusivamente pela parte onerada, podendo ser feita pela outra parte e até mesmo pelo magistrado, no uso de seus poderes instrutórios.

7.3 Sentidos subjetivo e objetivo do ônus da prova

O ônus da prova é composto de dois aspectos: subjetivo e objetivo. Isso significa dizer que o art. 333 do CPC contém tanto regra de conduta, dirigida às partes (aspecto subjetivo), quanto regra de julgamento, endereçada ao juiz (aspecto objetivo).

Melhor explicando, as partes devem saber de antemão quais são as alegações de fato que elas estão encarregadas de provar, e, nesse sentido, diz-se que o ônus da prova é *regra de conduta* dirigida às partes.

Entretanto, como se sabe, por força do art. 126 do CPC, o juiz não pode deixar de sentenciar. Portanto, se, no processo, não houver prova que permita formar-lhe o convencimento, o juiz deverá aplicar a norma relativa à distribuição do ônus da prova, proferindo sentença contrária à parte que não se desincumbiu do encargo que lhe foi imposto por lei. Nesse sentido, o ônus da prova é *regra de julgamento*, dirigida ao juiz.

É importante lembrar que a regra que permite o julgamento conforme o ônus da prova é subsidiária, só incidindo quando não houver prova do fato alegado, que, nesse caso, se reputa como não ocorrido.

7.4 O ônus da prova e os poderes instrutórios do juiz

No processo civil, vige o princípio dispositivo consagrado no art. 128 do CPC que determina que “o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

Pelo princípio dispositivo, a parte detém o poder de dispor de seu direito, o que ela pode fazer não contestando a ação, confessando ou deixando de produzir prova. Pela aplicação desse princípio, a doutrina processual clássica, inspirada nas teorias liberais do século XIX, sustentava que não cabia ao juiz determinar a produção de provas *ex officio*, pois o processo era considerado “coisa das partes” (LOPES, 2007, p. 72).

Modernamente, a doutrina vem mitigando o princípio dispositivo e pugnando por um fortalecimento dos poderes do juiz. Não se admite mais o imobilismo judicial, mas entende-se necessário que o magistrado tenha efetiva atuação no processo, por ser interesse do Estado a verdadeira realização da justiça. Assim, a parte pode dispor de seu direito deixando de ajuizar a ação, mas, uma vez instaurado o processo, cabe ao juiz dirigi-lo, inclusive determinando a produção de provas, caso entenda necessário para formar o seu convencimento.

Atualmente, até em razão da regra expressa do art. 130 do CPC, é pacífico que o juiz pode produzir provas *ex officio*. Discute-se, no entanto, se existem limites a esse poder e, em caso afirmativo, quais seriam. Resumidamente, podemos citar três correntes doutrinárias sobre o assunto.

A primeira corrente é representada por Moacyr Amaral Santos (2009, p. 364), para quem os poderes instrutórios do juiz são meramente supletivos à atividade probatória das partes.

A segunda corrente (intermediária), representada pelo pensamento de João Batista Lopes (2007, p. 72), embora acompanhe a tendência moderna de fortalecimento dos poderes do magistrado, afirma que os poderes do juiz não podem ser exercidos de forma a transformá-lo em “investigador de fatos” ou “juiz instrutor”, sobretudo quando os direitos em litígio são disponíveis. Assim, não caberia ao juiz, por exemplo, determinar que as partes juntem documentos aos autos ou arrolem testemunhas, pois essas providências são ônus exclusivos das partes e não dever do juiz.

A terceira corrente, representada por José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 129) e José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 180), sustenta que não há limites ao poder instrutório do magistrado, pois o art. 130 do CPC não faz qualquer restrição nesse sentido. Além disso, o juiz tem o dever de buscar a verdade real e de colher

elementos no processo que lhe possibilitem prestar a tutela jurisdicional justa. As regras de inversão do ônus da prova devem ser usadas somente em último caso, quando, após a produção das provas requeridas pelas partes e as determinadas de ofício pelo juiz, ainda restar dúvida invencível, impossibilitando a formação do convencimento do magistrado.

Entendemos que essa terceira corrente é a que merece ser seguida, pois o juiz deve estar comprometido com a justiça, procurando, sempre que possível, formar seu convencimento, afastando a aplicação das regras do ônus da prova e decidindo com base nas provas produzidas no processo. Essa forma de proceder dignifica o Poder Judiciário, pois permite que se profira sentença justa.

Bedaque (2009, p. 129) ensina:

[...] embora permaneça íntegro o princípio da demanda, após o início do processo os poderes do juiz para decidi-lo e para formar seu convencimento estão desvinculados da iniciativa das partes, visto que há um interesse público do Estado na definição da controvérsia de acordo com a lei.

A tendência moderna, de acordo com o princípio da cooperação, adotado atualmente no direito alemão e no português, é aumentar a atividade do juiz no processo: “O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso” (DIDIER JUNIOR, 2005, p. 76). Pela aplicação do referido princípio, tanto as partes como o juiz devem conjugar esforços que levem à prolação de sentença justa e adequada.

O principal argumento daqueles que são contrários aos poderes instrutórios do magistrado é o de que, ao determinar a produção de provas, o juiz estaria violando o seu dever de imparcialidade. Mas o argumento não é correto, *concessa venia*, pois, como lembra José Carlos Barbosa Moreira (1984, p. 286), o juiz não sabe de antemão qual será o resultado da prova e, portanto, a quem ela beneficiará.

Contudo, não se pode esquecer que, se o juiz determinar a produção da prova, deve dar oportunidade para que ambas as partes se manifestem sobre elas, como inevitável manifestação do princípio do contraditório.

O argumento de que o uso dos poderes instrutórios do juiz estaria limitado aos processos em que estão em litígio direitos indisponíveis não pode ser aceito. O CPC, em seu art. 130, não coloca nenhuma limitação dessa natureza aos poderes instrutórios do juiz. Existem interesses que, embora disponíveis, têm grande importância para as partes. Ademais, o interesse do Estado é que sempre ocorra a prestação jurisdicional justa, independentemente da natureza dos direitos em litígio.

7.5 Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

Como já afirmado, nosso CPC adotou a teoria de distribuição do ônus da prova de Carnelutti, segundo a qual ao autor cabe provar os fatos constitutivos de

seu direito e ao réu provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Com pequenas alterações, que variam de uma doutrina para outra, é esse também o sistema defendido por Betti e Chiovenda (DIDIER JUNIOR, 2007, p. 62).

Esses autores amparam-se em um critério lógico, segundo o qual deve incumbir a cada uma das partes provar as alegações de fato que possam lhe interessar. Contudo, existem outras teorias sobre o ônus da prova – antigas e novas – que criticam o método tradicional de distribuição do ônus da prova.

Entre as teorias antigas que propõem uma distribuição alternativa do ônus da prova, estão as de Bentham e de Demogue (DALL'AGNOL JUNIOR, 2001, p. 99). A base dessas teorias é explicada por Luis Eduardo Boaventura Pacífico (2001):

Bentham baseia a sua doutrina num dos princípios que Bar e Laband afirmam ter acolhida no direito bárbaro, observando que, no sistema de justiça franco e simples, a obrigação da prova deve ser imposta, caso a caso, à parte que puder satisfazê-la com menos inconvenientes, vale dizer, menores despesas, menor perda de tempo e menor incômodo (p. 84).

A teoria de Demogue – segundo a qual, na produção das provas, deveria prevalecer a solidariedade entre as partes – pode ser resumida em duas regras: “1) O que prova não é obrigado a estabelecer todas as condições necessárias à existência do seu direito. Deve somente provar as condições que o tornam verossímil. Não é obrigado, dizendo-se credor, a provar que é credor sem dolo, violência, por serem esses fatos excepcionais. 2) A obrigação da prova deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a pode desempenhar com menos incômodo, isto é, menos detalhes, vexames, despesas etc.” (p. 92).

Essas teorias antigas foram resgatadas pelo processualista argentino Jorge W. Peyrano, sob o nome de *teoria da carga dinâmica da prova*. Segundo essa teoria, a prova deve ser produzida pela parte que, no caso concreto, se encontra em melhores condições de fazê-lo, independentemente da natureza constitutiva, extintiva, modificativa ou impeditiva do *fato probando* (DALL'AGNOL JUNIOR, 2001, p. 98).

Exemplo é o caso de erro médico, em que o médico é o único que pode realizar a prova, seja porque detém os conhecimentos técnicos, seja porque está em seu poder toda a documentação dos procedimentos realizados no paciente⁴. Invoca-se também a teoria da carga dinâmica da prova para obrigar fornecedores de serviços a juntar aos autos cópia do instrumento de contrato celebrado ou documentos relacionados à prestação do serviço que normalmente eles mantêm em seus arquivos⁵.

⁴ “RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA. 1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. 2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente. 3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade. 4. Responsabilidade do médico e da clínica que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula. 5. Inexistência de ofensa a lei e divergência não demonstrada. Recurso Especial não conhecido. (STJ. REsp 69.309-SC. 4ª Turma. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. J. 18.06.1996. DJU 26.08.1996).” O acórdão foi citado por Dall’Agnol Junior (2001, p. 101).

⁵ “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A VERIFICAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS NAS CONTAS DE ENER-

A teoria também já foi usada para determinar que o administrador de um portal da internet provasse que não publicou fotografia de uma pessoa em passeata em prol dos direitos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros⁶.

No Brasil, a teoria é defendida, entre outros, por Antonio Janyr Dall'Agnol Junior (2001), Fredie Didier Junior (2007) e Alexandre Freitas Câmara (2005 apud DIDIER JUNIOR, 2007).

Esses autores, conforme a explicação de Wilson Alves de Souza (apud DIDIER JUNIOR, 2007, p. 61), não negam a validade da teoria clássica, consagrada no art. 333 do CPC, como regra geral, mas admitem o afastamento da norma em situações excepcionais, em que for muito difícil para uma das partes realizar a prova do fato a que está incumbida por lei, sendo, ao contrário, fácil para o seu adversário a realização daquela prova.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2013, p. 730) sustentam que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova vem sendo mal aplicada no Brasil. Segundo os autores, o legislador dotou o sistema processual dos mecanismos necessários para flexibilizar a regra geral sobre a distribuição do ônus da prova, fixada no art. 333 do CPC, quando permitiu que o juiz determinasse a produção de provas de ofício (art. 130, CPC) e quando possibilitou a inversão do ônus da prova no processo das relações de consumo (art. 6º, VIII, CDC), não sendo necessário invocar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Desenvolvendo esse raciocínio, Nery Junior e Nery (2013) afirmam:

Estas três (CDC 6º VIII; CPC 130 e 333 par. ún.) são as hipóteses, *ex lege*, no direito brasileiro de *ônus dinâmico da prova*. Mais não é necessário. Há, outrossim, óbice de natureza constitucional a dificultar a aplicação *tout court*, indistinta, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova: a proibição de fazer prova contra si mesmo, ainda que não se saiba, de antemão, o resultado da prova que ainda vai ser realizada.

Não obstante a crítica dos ilustres juristas, o anteprojeto do Novo Código de Processo Civil consagra a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em seu art. 262, ao afirmar que,

GIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE DA ELETROBRÁS. 1. Pode o juiz ordenar que a Eletrobrás exhiba documento que se ache em seu poder, a fim de permitir-se que sejam efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório. [...] não sendo razoável exigir do contribuinte que guarde todas as suas contas mensais de energia elétrica a fim de calcular o devido. [...] 2. Não há qualquer ilegalidade na determinação judicial para que a Eletrobrás, ora recorrente, apresente os documentos mencionados. Isso porque a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC. 3. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AREsp 216315-RS, 2ª Turma. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. J. 23.10.2012. DJe 06.11.2012)."

⁶ "DIREITO CIVIL. DIREITO DE IMAGEM. REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE FOTOGRAFIA DO AUTOR, NA PASSEATA LGBT, EM SÃO PAULO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. PROCEDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A ausência de juntada, com a inicial, da reportagem publicada em portal de Internet na qual consta fotografia dos autores na manifestação popular favorável à causa LGBT, na Avenida Paulista, não impede o conhecimento da ação que pleiteia indenização, desde que demonstrada a repercussão social do fato. 2. A Internet é um veículo de comunicação fluído. Uma página acessível em um dia pode perfeitamente ser irrecoverável pelo cidadão no dia seguinte. Para o administrador do Portal que a publicou, contudo, tanto a matéria quanto a foto são sempre perfeitamente recuperáveis. Assim, ainda que, pelo critério de distribuição estática, o ônus da prova quanto à existência e o conteúdo da reportagem seja do autor, na hipótese dos autos é admissível promover-se uma distribuição dinâmica desse ônus, de modo que a juntada da reportagem seja dispensada. 3. É lícito a uma pessoa se autodeterminar, apoiando a causa LGBT ou mantendo-se neutro. Se os autores optam por manterem-se neutros, sua foto relacionada à passeata LGBT dá lugar a reparação por dano moral 4. [...] 5. Recurso especial não provido. (STJ. Resp 1135543-SP 3ª Turma. Rel. Ministra Nancy Andrighi. j. 22.05.2012. DJe 07.11.2012)."

[...] considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

Independentemente da orientação doutrinária que se entenda correta, o que deve ficar claro é que, mesmo para aqueles que admitem o uso da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, trata-se de solução que deve ser usada de forma absolutamente supletiva, somente quando a aplicação da regra geral de distribuição do ônus da prova não for suficiente para a resolução do caso concreto de forma adequada.

7.6 A inversão do ônus da prova nas lides de consumo

A regra geral sobre o ônus da prova nas lides de consumo é a prevista no art. 333 do CPC, ou seja, cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

No entanto, como medida de facilitação da defesa do consumidor, o art. 6º, VIII, do CDC, possibilita que o juiz, verificando a presença de um dos requisitos legais (hipossuficiência do consumidor ou verossimilhança da alegação), inverta o ônus da prova.

Essa regra é de aplicação *ope iudicis*, o que significa que a inversão do ônus da prova não é automática, mas ocorre por obra do juiz que, independentemente de pedido da parte interessada, verificará se os requisitos legais necessários para a inversão do ônus da prova estão presentes no caso concreto. Presentes os requisitos legais, a inversão do ônus prova é direito subjetivo do consumidor, o que significa dizer que, presentes os requisitos legais, o juiz obrigatoriamente deverá inverter o ônus da prova.

A decisão que inverte o ônus da prova deve ser motivada, conforme determina o art. 93, IX, da Constituição Federal.

Embora pareça óbvio, é importante registrar que a inversão do ônus da prova só é possível para favorecer o consumidor, independentemente da posição ativa (autor) ou passiva (réu) que ele ocupe na relação litigiosa, ou daquelas pessoas que, embora não sejam consumidores, são a estes equiparadas pela lei (arts. 17 e 29 do CDC) (ARRUDA ALVIM NETTO et al., 1995, p. 70; MORAES, 1999, p. 66).

7.7 Requisitos para inversão do ônus da prova: verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor

Os dois requisitos previstos na lei para a inversão do ônus da prova são a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança da alegação.

Hipossuficiência corresponde à vulnerabilidade, fraqueza, inferioridade. Portanto, o CDC admite a inversão do ônus da prova quando o consumidor encontrar-se

em situação de inferioridade perante o fornecedor. O CDC concretiza o princípio da isonomia, pois, tratando desigualmente os desiguais, visa reequilibrar a relação entre as partes no processo, restabelecendo a paridade de armas.

A hipossuficiência afirmada pela lei não é apenas a hipossuficiência econômica, mas principalmente a hipossuficiência técnica, isto é, o desconhecimento que o consumidor tem sobre o processo de fabricação do produto, que torna a produção da prova muito mais difícil para ele do que para o fornecedor (PAULA, 2002; MARQUES, 2002). O fornecedor detém todas as informações sobre o produto (situação do fabricante) ou pode ter acesso a elas com muito mais facilidade do que o consumidor (situação do comerciante).

O segundo requisito estabelecido pelo CDC para permitir a inversão do ônus da prova é a verossimilhança da alegação. A verossimilhança é a aparência de verdade que deve ter a alegação do autor. Assim, por exemplo, se o consumidor afirma que seu telefone celular foi clonado ou que recebeu cobrança da anuidade de um cartão de crédito que não solicitou, sendo essas afirmações razoáveis e sabendo o juiz que normalmente ocorrem fatos dessa natureza, está ele autorizado a operar a inversão do ônus da prova.

Discute-se em doutrina se os requisitos para a inversão do ônus da prova são alternativos ou cumulativos.

O art. 6º, VIII, do CDC usa a conjunção *ou* ao afirmar, dentre os direitos básicos do consumidor, “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação *ou* quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência”.

Por essa razão, a maior parte da doutrina entende que os requisitos são alternativos, podendo o juiz inverter o ônus da prova sempre que presente qualquer dos requisitos, ainda que isoladamente⁷.

Contudo, há quem sustente, em sentido contrário, que, para que o juiz possa inverter o ônus da prova, a verossimilhança sempre deve estar presente. Antonio Gidi (1995, p. 34), comentando o assunto, afirma o seguinte:

Afigura-se-nos que verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um *shopping center* luxuoso, requerendo preliminarmente, em face de sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que seu carro (do mendigo) não estava estacionado nas dependências do *shopping* e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de Natal.

Em nosso sentir, tem razão o processualista, pois realmente parece que não é o intuito da lei permitir a inversão do ônus da prova quando, embora sendo o

⁷ Nesse sentido, ver Nery Junior e Nery (2010), Santos (2006) e Cambi (2006).

consumidor hipossuficiente, suas alegações não soarem verdadeiras. Quando o CDC permite a inversão do ônus da prova a favor do consumidor, “o objetivo é, tão-só e exclusivamente, a facilitação da defesa do seu direito, e não privilegiá-lo para vencer mais facilmente a demanda, em detrimento das garantias processuais do fornecedor-réu” (GIDI, 1995, p. 34).

A análise cuidadosa parece apontar para uma falha de redação no texto da lei. Não seria razoável permitir a inversão do ônus da prova, obrigando o fornecedor a realizar prova difícil, quando a alegação do consumidor fosse aparentemente falsa. Embora seja mais favorável ao consumidor, essa interpretação fere o princípio da razoabilidade.

É certo que o CDC visa à defesa do consumidor, mas não a todo custo. É preciso seguir o *devido processo legal* determinado pela Constituição.

7.8 Possibilidade de inversão do ônus da prova em qualquer ação coletiva (e não apenas nas de consumo)

A possibilidade de inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC pode ser aplicada tanto nas ações individuais como nas ações coletivas de consumo. Isso é pacífico. A dúvida é se a norma que permite a inversão do ônus da prova pode ser aplicada em ações coletivas em que não se discute direito do consumidor, mas outros direitos transindividuais.

A partir da criação do microssistema, o título III do CDC (disciplina processual) passou a ser aplicável a qualquer ação coletiva, independentemente da natureza do direito discutido (direito do consumidor, direito ambiental, direito do idoso, direito da criança e do adolescente etc).

No entanto, a permissão de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) não está inscrita no título III, mas no título I do CDC. Por isso, parte da doutrina entende que a inversão do ônus da prova só é admitida em ações de consumo.

A posição restritiva é defendida por Teresa Arruda Alvim (1994, p. 144):

Discute-se também sobre o âmbito de abrangência dessa norma, que não está inserida na parte processual do CDC. Isto porque a parte processual do CDC e da LACP se aplica a todas as ações coletivas. Integra esta norma a parte processual do Código do Consumidor, apesar de lá não estar inserida? Parece-nos que não. A razão principal desta tomada de posição reside em que este dispositivo foi engendrado certamente para proteger a parte hipossuficiente, e se tratar de ação coletiva intentada, por exemplo, pelo MP, esta hipossuficiência já terá sido, por assim dizer, neutralizada só pelo fato de seus interesses estarem sendo defendidos pelo MP.

Contudo, outra corrente doutrinária tem entendido que, embora o art. 6º, VIII, não esteja localizado no título III, assim como as normas que compõem esse título, a regra nele insculpida tem natureza processual, razão pela qual seria aplicável em qualquer ação coletiva, seja ela relativa a direito do consumidor ou não. É a posição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2009, p. 864):

Pelo CDC 90, são aplicáveis às ações fundadas no sistema do CDC as disposições processuais da LACP. Pela norma ora comentada, são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP as disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como, por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC 6º VIII). Este intuito, embora se encontre *topicamente* no Tít. I do Código, é disposição processual e, portanto, integra ontológica e teleologicamente o Tít. III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há, portanto, perfeita sintonia e interação entre os dois sistemas processuais, para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Essa última corrente nos parece aquela que consagra melhor o interesse público. A inversão do ônus da prova em matéria ambiental tem sido aceita pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁸.

7.9 O momento processual para a inversão do ônus da prova

Uma das questões que mais têm gerado polêmica na doutrina processual é o momento em que deve ocorrer a inversão do ônus da prova.

As posições doutrinárias podem ser classificadas em três correntes.

A primeira corrente sustenta que a regra que possibilita a inversão do ônus da prova é *regra de julgamento* endereçada ao juiz e, portanto, só deve ser aplicada no momento da sentença, caso as provas produzidas na instrução processual não tenham sido suficientes para formar-lhe o convencimento. Entre os adeptos dessa corrente, podemos citar Nery Junior e Nery (2010, p. 269), Rodrigues (2000, p. 187), Dinamarco (2004, p. 84), Watanabe et al. (2004, p. 796), Bedaque (2009, p. 123), Leonel (2011, p. 365) e Pacifico (2001, p. 159).

A segunda corrente entende que, a verificar a presença de um dos requisitos legais, o juiz deve inverter o ônus da prova ao despachar a petição inicial. Sustentando esse entendimento, Tania Liz Tizzoni Nogueira (2004, p. 59) afirma o seguinte:

[...] tal providência irá propiciar a defesa dos direitos do consumidor de forma ampla, de acordo com o espírito do CDC, uma vez que em não sendo concedida a inversão poderá o consumidor agravar da decisão interlocutória, e ser então revista a decisão.

Os adeptos da terceira corrente, por sua vez, sustentam que o juiz deve inverter o ônus da prova no início da instrução, por ser esse o momento ideal, em que já se formou o contraditório e existem elementos suficientes para verificar a presença da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança da alegação. A inversão

⁸ Nesse sentido: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO DO ÔNUS. ADIANTAMENTO PELO DEMANDADO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES. I – Em autos de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual visando apurar dano ambiental, foram deferidos, a perícia e o pedido de inversão do ônus e das custas respectivas, tendo a parte interposto agravo de instrumento contra tal decisão. [...] III – Cabível, na hipótese, a inversão do ônus da prova que, em verdade, se dá em prol da sociedade, que detém o direito de ver reparada ou compensada a eventual prática lesiva ao meio ambiente – artigo 6º, VIII, do CDC c/c o artigo 18, da lei nº 7.347/85. IV – Recurso improvido. (STJ. REsp 1049822-RS. 1ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. J. 23.04.2009. DJe 18.05.2009)". O Superior Tribunal de Justiça tem também invertido o ônus da prova em ações que envolvem direito ambiental com base no princípio da precaução. Nesse sentido, ver STJ. AgRg no AREsp 206.748-SP. 3ª Turma. Relator: ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 21.2.2013, *Diário da Justiça Eletrônico*, de 27.2.2013.

pode ocorrer na audiência de tentativa de conciliação, em que o juiz informará as partes, que sairão intimadas, ou no saneamento do processo, previsto no art. 331, § 2º, do CPC. Integram essa corrente Carlos Roberto Barbosa Moreira (1993, p. 197), Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2000, p. 205) Antonio Gidi (1995, p. 38), Fredie Didier Junior (2007, p. 57-58), Adriano Perácio de Paula (2002, p. 250), Eduardo Cambi (2006, p. 428-429), Rizzato Nunes (2005, p. 135), Hugo Nigro Mazzilli (2012, p. 640), Voltaire de Lima Moraes (1999, p. 69), Sandra Aparecida Sá dos Santos (2006, p. 77-82).

Em nosso entendimento, a razão está com a terceira corrente. Não há dúvida de que a *aplicação do ônus da prova* é regra de julgamento, usada pelo juiz, no momento de proferir sentença, quando as provas produzidas na instrução não tenham sido suficientes para formar-lhe o convencimento. Mas a *distribuição do ônus da prova* é também regra de procedimento, dirigida às partes e que indica como elas devem proceder no processo e quais os riscos que previamente cada uma delas assume pela não produção da prova.

É o que afirma Carlos Roberto Barbosa Moreira (1997, p. 305), ao comentar a matéria:

O argumento fundamental é o de que os dispositivos sobre ônus da prova constituem regras de julgamento, e, que, portanto, também a inversão deve ser reservada para o instante no qual se vai julgar. É preciso ponderar, todavia, que as normas sobre a repartição do ônus probatório consubstanciam também regras de comportamento dirigidas aos litigantes: através delas, as partes ficam cientes, de antemão, dos fatos que a cada uma incumbe provar. Assim, vistas as coisas, a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra *até ali vigente*, naquele processo, como também algo que se comprometerá com sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus – que, para ele, *não existia antes da adoção da medida* –, obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir.

No processo civil tradicional, o ônus da prova já vem distribuído entre as partes pelo art. 333 do CPC, não havendo dúvida sobre qual deve ser a conduta de cada um dos litigantes no processo. No entanto, nas ações em que se discute direito do consumidor – ou, para os doutrinadores que admitem essa possibilidade, em qualquer ação coletiva –, a possibilidade de inversão do ônus da prova gera certa apreensão nas partes. Isso porque tanto pode ser aplicado o art. 333 do CPC como pode haver a inversão do ônus da prova, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.

Desse modo, para que o réu não seja surpreendido no momento da sentença, o juiz deve inverter o ônus da prova na decisão que saneia o processo, possibilitando que a instrução se desenvolva às claras, sem surpresas, com as regras do jogo bem delimitadas.

Respeitado o entendimento em contrário, pensamos que, ao deixar a inversão do ônus da prova para o momento da sentença, o juiz incorrerá em cerceamento à

defesa do réu, atentando contra o princípio do contraditório e da ampla defesa. Ainda, em razão da falta de segurança que é imposta às partes, que não sabem se o ônus da prova será ou não invertido, viola-se também o princípio do devido processo legal.

Com efeito, consequência prática que decorre do momento de inversão do ônus da prova é o recurso que ela desafia.

Sendo considerada *regra de julgamento*, aplicável somente no momento da sentença, a inversão só poderá ser combatida por apelação. No entanto, caso se entenda tratar-se de *regra de julgamento e de procedimento*, que deve ser aplicada na decisão que saneia processo, o recurso cabível será o agravo.

Nesse caso, o agravo deve ser interposto na forma de instrumento, a fim de que o curso do processo não sofra maiores percalços com a apreciação na apelação de agravo retido que, se provido, acabaria por anular a sentença (MORAES, 1999, p. 69).

Com efeito, embora a teoria não se paute pela prática, há um ponto prático que deve ser considerado no estudo da matéria. Caso o juiz de primeiro grau entenda que a regra do art. 6º, VIII, do CDC é regra de julgamento e inverta o ônus da prova no momento da sentença, e, julgando a apelação, os magistrados de segunda instância entendam que a inversão deveria ter ocorrido na decisão saneadora, será necessário anular a sentença, com a reabertura da instrução e devolução do processo à primeira instância.

No entanto, pensamos que, se o magistrado de primeiro grau inverter o ônus da prova na decisão que saneia o processo, o réu poderá, caso se sinta prejudicado, agravar da decisão, levando o caso à reapreciação do tribunal, que já terá condições de verificar se os requisitos legais do art. 6º, VIII, do CDC estão presentes e, consequentemente, se a decisão que inverteu o ônus da prova foi ou não acertada. A reapreciação da decisão não trará qualquer consequência indesejável, nem prejudicará a defesa de qualquer das partes.

O certo é que, independentemente da teoria que se adote, a matéria precisa ser regulada por lei, encerrando as discussões e evitando possíveis danos processuais decorrentes da falta de concordância sobre o assunto entre os magistrados que atuarem no processo.

8 Conclusões

No presente trabalho realizamos um estudo da *teoria geral da prova*, da distribuição do ônus da prova e da possibilidade de sua inversão. Enfrentamos os pontos polêmicos a respeito da matéria, buscando passar em revista as principais teorias a respeito do assunto. Desse modo, a partir do estudo realizado, pudemos concluir o seguinte:

- Prova é um meio para se chegar à verdade dos fatos, possibilitando que as partes façam suas alegações para formar o convencimento do juiz, permitindo a prolação de sentença.

- O fim da prova é a busca da verdade acerca de como os fatos ocorreram. O juiz deve buscar a verdade real. Contudo, na maioria dos casos, não será possível atingir o grau máximo de certeza, mas apenas a “verdade possível” ou verossimilhança.
- Mesmo que, na maioria dos casos, a verdade real seja inatingível, o juiz deve buscá-la, seja porque esse é seu dever legal e moral, seja como forma de legitimação da atividade judicial perante a sociedade.
- Destinatário da prova é o processo e não o juiz. A prova é produzida para o uso de todos que atuam no processo: partes, membros do Ministério Público, terceiros intervenientes, juízes e desembargadores. Portanto, a aplicação do princípio da comunhão da prova leva à conclusão de que o destinatário da prova é o processo.
- Quando a instrução processual se encerrar sem a produção de provas aptas para formar o convencimento do juiz, a sentença será proferida mediante a aplicação das regras de ônus da prova. Essas regras devem estar previamente fixadas, em respeito ao princípio do devido processo legal.
- O ônus da prova é composto de dois aspectos: subjetivo e objetivo. Isso significa dizer que o ônus da prova tanto é regra de conduta dirigida às partes (aspecto subjetivo) quanto regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo).
- A doutrina vem mitigando o princípio dispositivo e pugnando por um fortalecimento dos poderes do juiz. Não se admite mais o imobilismo judicial, pois entende-se que é necessário que o magistrado tenha efetiva atuação no processo, por ser interesse do Estado a verdadeira realização da justiça.
- A teoria da carga dinâmica do ônus da prova, segundo a qual deve realizar a prova a parte que tem melhores condições de fazê-lo, é vista por parte da doutrina como uma opção para que, em situações excepcionais, o juiz corrija a desigualdade existente entre as partes. Contudo, tem aplicação subsidiária, não pode ser tomada como regra substitutiva da distribuição do ônus da prova feita pelo art. 333 do CPC.
- A inversão do ônus da prova não é automática, mas ocorre por obra do juiz. Presentes, no entanto, os requisitos legais, é obrigação do juiz a inversão do ônus da prova.
- A inversão do ônus da prova não pode ocorrer quando, apesar de a parte ser hipossuficiente, as suas alegações forem inverossímeis.
- A inversão do ônus da prova pode ocorrer em qualquer ação coletiva, seja ela de consumo ou não. Isso porque, embora o art. 6º, VIII, não esteja inserido no título III do CDC, a sua natureza é de norma processual, interagindo, portanto, com a Lei de Ação Civil Pública.
- O ônus da prova deve ser invertido na decisão que saneia o processo, evitando surpresa processual e cerceamento de defesa do réu. O recurso cabível da decisão que inverte o ônus da prova é o agravo de instrumento.

PROOF AND THE BURDEN OF PROOF IN CIVIL CASE

Abstract: This article examines the evidence and the distribution of the burden of proof in civil proceedings traditional and collective process. The paper addresses the general proof theory, analyzing the concept, the object, the recipient and the evidence. The study deals with the distribution of the burden of proof and the possibility of judicial declaration of its reversal.

Keywords: evidence; burden of proof; reverse burden of proof.

Referências

- ARRUDA ALVIM, T. Noções gerais sobre o processo no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, p. 248-257, 1994.
- ARRUDA ALVIM NETTO, J. M. de et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BARBOSA MOREIRA, C. R. A Defesa do Consumidor em juízo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, p. 190-201, 1993.
- BARBOSA MOREIRA, C. R. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 86, p. 295-309, 1997.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. O juiz e prova. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 35, p. 178-190, 1984.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. A. Constituição e as provas obtidas ilicitamente. In: BARBOSA MOREIRA, J. C. A. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BEDAQUE, J. dos S. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- CAMBI, E. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CAMBI, E. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DALL'AGNOL JUNIOR, A. J. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 788-804, 2001.
- DIDIER JUNIOR, F. Princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 127, p. 20-36, 2005.
- DIDIER JUNIOR, F.; BRAGA, P. S.; OLIVERA, R. *Curso de direito processual civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. v. 2.
- DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 3.
- GIDI, A. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, p. 33-41, 1995.
- GRECO FILHO, V. *Direito processual civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEONEL, R. de B. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LOPES, J. B. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. t. I, v. 5.

- MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 25. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MORAES, V. de L. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 31, p. 63-69, 1999.
- NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Leis civis comentadas e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 176.
- NOGUEIRA, T. L. T. Direitos básicos do consumidor: a facilitação da defesa dos consumidores e a inversão do ônus da prova. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 10, p. 48-59, 1994.
- NUNES, L. A. R. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- PACÍFICO, L. E. B. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PAULA, A. P. *Direito processual do consumo: do processo civil nas relações de consumo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- PIZZOL, P. M. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, L.; NERY JUNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- RODRIGUES, M. A. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.
- SANTOS, G. dos. *A prova no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1975.
- SANTOS, M. A. *A prova no cível e no comercial*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 1.
- SANTOS, M. A. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 25. ed. rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.
- SANTOS, S. A. S. dos. *A inversão do ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SILVA, O. A. B. da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.
- WATANABE, K. et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.