

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Landolfo Andrade de Souza

**O Ônus da Prova na Ação Civil Pública: hipóteses de flexibilização**

SÃO PAULO  
2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Landolfo Andrade de Souza

**O Ônus da Prova na Ação Civil Pública: hipóteses de flexibilização**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Efetividade do Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Gilson Delgado Miranda.

SÃO PAULO

2013

BANCA EXAMINADORA

---

---

---

**AGRADECIMENTOS**

Agradeço, inicialmente, a Deus, pela oportunidade de desfrutar de acesso à educação neste nosso querido e desigual país.

Agradeço, também, ao meu orientador, Prof. Dr. Gilson Delgado Miranda, pela cordialidade e gentileza com que sempre me recebeu, bem como pelas valiosas contribuições ao longo do Mestrado, que foram fundamentais para levar este trabalho a bom termo.

Agradeço, ainda, à bibliotecária Sydilene Lopes da Silva, servidora do Ministério Público do Estado de São Paulo, pelas inúmeras pesquisas que em muito contribuíram para o desenvolvimento deste estudo.

Agradeço, por fim, à querida Mari, esposa, amiga e companheira fiel, pela paciência, compreensão e amor dedicados ao longo dos infundáveis estudos.

## **RESUMO**

Não há dúvidas de que o processo civil moderno deve atualizar-se para fazer frente às necessidades do direito material e da nova dinâmica da sociedade contemporânea. Tampouco se duvida que esta mudança prescinde de alterações legislativas, pois estas, muitas vezes, demoram a ocorrer. Impõe-se, então, buscar aprimorar o processo com o manejo mais adequado das técnicas processuais postas à disposição do juiz, à luz das garantias constitucionais. A regra sobre o ônus da prova se insere nesta perspectiva: constitui ela um dos pontos em que se debruça a doutrina para imprimir necessárias alterações no sistema processual, tornando-o mais próximo à realidade do direito material. Nesse propósito, este trabalho buscou apreciar como se comporta a regra do ônus da prova nas ações civis públicas, avaliando as razões que autorizariam a sua modificação, já que esta possibilidade – para além dos campos do direito do consumidor – pode importar significativa condição para a efetiva tutela dos interesses coletivos. Para tanto, valeu-se do estudo da doutrina e da jurisprudência, bem como se utilizaram os métodos dedutivo, indutivo e analógico. Examinaram-se a Constituição Federal e as normas federais pertinentes ao dogma do ônus da prova, bem como à defesa dos interesses coletivos. A pesquisa foi dividida em quatro partes principais. Na primeira, foram examinados alguns aspectos relevantes do direito processual coletivo. Na segunda, analisaram-se os principais aspectos do instituto do ônus da prova. Na terceira, foram fixados os elementos estruturais, bem como os fundamentos de aplicabilidade, inclusive *de lege lata*, da teoria do ônus dinâmico da prova no direito brasileiro. Na última parte, demonstrou-se que as hipóteses de flexibilização dos critérios gerais de repartição dos encargos probatórios encontram-se afinadas com uma das principais preocupações dos cultores do direito processual: buscar maior efetividade no plano material por meio do aprimoramento da técnica processual.

**Palavras-chave:** ação civil pública – teoria do ônus dinâmico da prova – inversão do ônus da prova – princípio da precaução – efetividade do processo.

## **ABSTRACT**

There is no doubt that the modern civil procedure must be updated to cope with the substantive law needs and the new contemporary society dynamics. Likewise, such changes dispense legislative modifications, which often take a long time to be made. Thus, it's necessary to pursue the procedure's improvement by a more appropriate managing of the procedural techniques available for the judge, in the light of the constitutional guarantees. The rule for the burden of proof is within this perspective: it's one of the matters to which the doctrine devotes its attention in order to make the indispensable transformations in the procedural system to bring it closer to substantive law's reality. To this end, this work searched to examine how the burden of proof operates in the class actions, studying the reasons that authorize its change, since such possibility – beyond the realm of consumer law - may correspond to a significant condition of effective protection of collective interests. For that purpose, one has used law doctrine, case law and deductive, inductive and analogical methods. The Federal Constitution and federal rules related to the burden of proof dogma and the collective interests protection have also been examined. The research has been split in for main parts. Firstly, some relevant aspects of the collective procedure have been studied. Then, the structural elements of the burden of proof have been analysed. The third part was dedicated to the conceptual elements, as well as the fundamentals of applicability, including *de lege lata*, of the dynamic burden of proof theory in Brazilian law were outlined. In the fourth part, it has been demonstrated that the hypotheses that allow the flexibility of the general criteria for the distribution of the proof burdens are consistent with one of the most relevant preoccupations of procedural law jurists: the search for more effectiveness in the substantive field by the procedural technique refinement.

**Keywords:** class action – dynamic burden of proof theory – inversion of the burden of proof – precautionary principle – process effectiveness

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
I. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	11
1. Primeiras linhas.....	11
2. Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais .....	11
2.1. Os direitos fundamentais de primeira dimensão.....	13
2.2. Os direitos fundamentais de segunda dimensão.....	14
2.3. Os direitos fundamentais de terceira dimensão.....	15
2.4. Os direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões.....	16
3. Surgimento e Evolução do Processo Coletivo.....	17
3.1. Antecedentes remotos do processo coletivo.....	19
3.2. As mudanças socioeconômicas e o reflexo no direito material ao longo do século XX	
20	
3.3. A insuficiência do modelo processual individualista para a resolução dos conflitos de massa, e o surgimento do processo de massa.....	22
3.4. Evolução do Processo Coletivo no Brasil .....	27
4. A Influência das Class Actions .....	30
4.1. Pressuposto da comunhão de questões de fato ou de direito .....	31
4.2. Legitimidade ativa.....	32
4.3. Coisa julgada .....	32
4.4. Pressuposto da representatividade adequada (adequacy of representation) .....	34
4.5. Opt-out e opt in.....	35
4.6. Legitimação extraordinária passiva.....	36
4.7. Fluid recovery .....	39
5. Definições e Terminologias.....	40
5.1. Tutela Jurisdicional Coletiva .....	40
5.2. Microsistema de Tutela Jurisdicional Coletiva .....	42
5.3. Direitos tutelados pelo Microsistema.....	44
5.3.1. Direitos ou Interesses?.....	45
5.3.2. Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.....	47
5.3.2.1. Direitos ou Interesses Difusos.....	47
5.3.2.2. Direitos ou Interesses Coletivos stricto sensu.....	49
5.3.2.3. Interesses Individuais Homogêneos .....	51
5.3.4. Ação civil pública ou ação coletiva?.....	55
6. Princípios do Processo Coletivo .....	57

6.1. Princípio do acesso à justiça.....	58
6.2. Princípio da universalidade da jurisdição.....	58
6.3. Princípios da participação no processo e pelo processo.....	59
6.4. Princípio da economia processual.....	60
6.5. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo .....	60
6.6. Princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva .....	62
6.7. Princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva .....	62
6.8. Princípio da não taxatividade da ação coletiva .....	63
6.9. Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum .....	64
6.10. Princípio da máxima amplitude do processo coletivo .....	65
6.12. Princípio da integração entre a LACP e o CDC.....	65
II. ÔNUS DA PROVA.....	68
1. Breves noções sobre prova.....	68
2. Conceito de ônus e de ônus da prova.....	70
3. Fundamento do ônus da prova.....	72
4. Estruturação do ônus da prova: aspectos objetivo e subjetivo.....	74
4.1. A prevalência do aspecto objetivo (regra de julgamento).....	76
4.2. Ônus da prova e poderes instrutórios do juiz.....	78
5. Critérios gerais para a distribuição do ônus da prova.....	82
5.1. Distribuição do ônus da prova no CPC (insuficiência dos critérios vigentes) .....	87
5.2. Leis processuais que incorporaram princípios mais modernos.....	89
6. Modificação do ônus da prova.....	90
6.1. Modificação convencional.....	91
6.2. Modificação legal .....	92
6.3. Modificação judicial.....	94
7. Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.....	94
7.1. Requisitos.....	96
7.1.1 Verossimilhança da alegação .....	98
7.1.2. Hipossuficiência.....	101
7.2. Momento da inversão do ônus da prova.....	105
7.3. A questão do custeio das provas.....	110
7.4. Efeitos da inversão.....	112
III. TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA .....	116
1. Introdução.....	116

2. Flexibilização das regras sobre ônus da prova: a contribuição de Peyrano.....	119
2.1. A excepcional incidência do ônus dinâmico da prova .....	121
2.2. Estruturação da teoria do ônus dinâmico: pressupostos, efeitos e momento de aplicação.....	122
3. Recepção da teoria do ônus dinâmico da prova no direito brasileiro.....	125
4. Incorporação da teoria à legislação espanhola e perspectivas de inserção no direito positivo brasileiro.....	131
IV. FLEXIBILIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	134
1. Introdução.....	134
2. Aplicação da regra prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC.....	136
3. Aplicação do princípio da precaução nas ações civis públicas ambientais.....	141
3.1. Princípio da precaução.....	142
3.2. A inversão do ônus da prova por força do princípio da precaução.....	144
3.3. Aplicação na jurisprudência.....	147
4. Aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova nas ações civis públicas.....	148
4.1. Aplicação na jurisprudência.....	152
CONCLUSÃO .....	154
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	160

## INTRODUÇÃO

O direito processual, visto como instrumento, deve atualizar-se para fazer frente às necessidades do direito material e da nova dinâmica da sociedade contemporânea. Essa atualização, contudo, não pode ficar na dependência da atuação do Poder Legislativo, nem sempre sensível aos fatores temporais, territoriais e até mesmo circunstanciais da evolução social. Faz-se mister aprimorar o processo também com a evolução na interpretação judicial, com o manejo mais adequado das técnicas processuais postas à disposição do juiz e com o preenchimento das lacunas legais, à luz das garantias constitucionais.

A regra sobre o ônus da prova se insere nesta perspectiva: constitui ela um dos pontos em que se debruça a doutrina para imprimir necessárias alterações no sistema processual, tornando-o mais próximo à realidade do direito material. A adequada manipulação desta regra - e a extração de seu inteiro potencial - representa necessária tarefa para a consecução de um processo efetivo, capaz de traduzir as peculiaridades de cada direito, garantindo, assim, eficazmente, o princípio do acesso à justiça.

O ônus da prova importa relevante aspecto a ser disciplinado minuciosamente, quando se está diante de fatos cuja prova é complexa ou revela certa particularidade. Exemplo dessa importância revela-se na dimensão das relações de consumo. A autorização legal para que o juiz modifique este ônus em certas circunstâncias, assim como a imputação prévia do ônus (em relação a certos fatos) ao fornecedor, simplifica sobremaneira a situação processual do consumidor, facilita a tutela de seus interesses e constitui, por vezes, a única forma de permitir que o consumidor apresente sua demanda em juízo.

O significado da manipulação do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor pode indicar seu relevo para outras situações. Com efeito, outros tipos de interesses, com muita frequência, ocasionam dificuldades na sua proteção, justamente pela dificuldade encontrada pela parte para se desincumbir do ônus de

provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico por ela reclamado em juízo, qualquer que seja sua posição processual.

Eis então a justificativa deste trabalho: buscar apreciar como se comporta a regra do ônus da prova nas ações civis públicas, apreciando as condições que autorizariam a sua modificação, já que esta possibilidade – para além dos campos do direito do consumidor – pode importar significativa condição para a efetiva tutela dos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Inicialmente, serão examinados alguns aspectos relevantes do direito processual coletivo, especialmente sua evolução histórica, a terminologia que será adotada nesta pesquisa e os princípios que conferem autonomia a este novo ramo do direito.

Na sequência, analisaremos o instituto do ônus da prova, com destaque para os critérios de distribuição empregados no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

A terceira parte deste estudo encerra uma análise da Teoria do Ônus Dinâmico da Prova. A matéria apresenta em seu bojo uma reflexão jurídica importante, na medida em que, em várias situações, as regras formais e abstratas da distribuição do ônus da prova, a teor do que preleciona o art. 333 do CPC, são insuficientes para assegurar uma efetiva tutela dos direitos.

Finalmente, buscar-se-á analisar e fixar os contornos normativos que envolvem o regime do ônus da prova nas ações civis públicas. Nesse particular, merecerá especial destaque a análise das hipóteses de flexibilização das regras gerais de repartição dos encargos probatórios, com vistas a assegurar maior efetividade ao processo coletivo.

## I. DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

### 1. Primeiras linhas

Historicamente, à medida que a sociedade evolui, traz consigo novos tipos de conflitos de interesses. Para sua pacificação, faz-se necessária a atuação do direito em duas frentes: na primeira delas, o *direito material* é reordenado, com o reconhecimento, pelas normas jurídicas (direito objetivo), de novos direitos subjetivos; na segunda, ferramentas de *direito processual* são aperfeiçoadas para introduzir mecanismos mais eficientes para a resolução das novas modalidades de conflitos, garantindo o respeito aos novos direitos reconhecidos.

Postas tais premissas, e considerando que, neste estudo, enfocaremos tanto aspectos de direito material como de direito processual, principiaremos, no tópico seguinte, pelo direito material. Mais especificamente, nele versaremos a marcha dos direitos fundamentais após a Revolução Francesa de 1789, por ser interessante conhecer o contexto político-socioeconômico-jurídico da evolução dos direitos fundamentais para, em meio a ele, bem situar a gênese dos direitos de dimensão coletiva e dos instrumentos processuais especialmente criados para sua tutela.

### 2. Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais passaram por diversas transformações desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, seja no que se refere ao seu conteúdo, seja no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação.

Nesse contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, costuma-se falar da existência de três dimensões (ou

gerações) de direitos, havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e quinta dimensões<sup>1</sup>.

Na lição de Norberto Bobbio<sup>2</sup>, as diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria *materialmente aberta e mutável*, ainda que seja possível observar certa permanência e uniformidade neste campo, como ilustram os clássicos exemplos do direito à vida, da liberdade de locomoção e de pensamento.

É esse também o pensamento de Ingo Sarlet, para quem, na esfera do direito constitucional interno, essa evolução se processa não tanto por meio da positivação destes “novos” direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente por intermédio de uma transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais, que estão sendo revitalizados e até mesmo ganhando em importância e atualidade, de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, nomeadamente da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana<sup>3</sup>.

A seguir apresentamos um breve panorama das diversas dimensões (ou gerações) de direitos fundamentais, a partir da Revolução Francesa de 1789. Fica aqui a ressalva de que, na esteira da melhor doutrina<sup>4</sup>, preferimos explicar essa evolução empregando o termo “dimensão” em vez de “geração” de direitos, em razão de que o vocábulo “geração” poderia transmitir a ideia equivocada de que os direitos surgidos numa “geração” posterior viriam a *substituir* os das “gerações” anteriores, quando, na verdade, os direitos ulteriormente reconhecidos vieram simplesmente *somar-se* aos seus antecedentes.

---

<sup>1</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, p. 579.

<sup>2</sup> **A Era dos Direitos**, p. 32.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, p. 45.

<sup>4</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, v. 1, p. 24.

## 2.1. Os direitos fundamentais de primeira dimensão

As raízes dos direitos fundamentais de primeira dimensão são encontradas especialmente na doutrina iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, segundo a qual, a finalidade precípua do Estado consiste na realização da liberdade do indivíduo, bem como nas revoluções políticas do final do século XVIII, especialmente a Revolução Francesa, que marcou o início da positivação das reivindicações burguesas nas primeiras constituições escritas do mundo ocidental.

Inaugurou-se, à época, um novo modelo de relação entre o cidadão e o Estado, invertendo-se a concepção tradicional, segundo a qual a liberdade individual era mera concessão do Poder Estatal, para declarar-se que era esse poder que derivava da vontade dos componentes da nação, e que todos os homens, independentemente de sua nacionalidade, nasciam livres e iguais em direitos.

O reconhecimento de direitos *civis* (liberdade, propriedade, segurança etc.) e *políticos* foi paradigma do Estado liberal, e continua a inspirar inúmeras constituições.

Também chamados de “direitos de liberdade” (clássica ou formal), os direitos fundamentais de primeira dimensão têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado. Traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico. Enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, delimitando uma zona de não intervenção estatal e uma esfera de autonomia individual. Justamente por exigirem uma abstenção, e não uma conduta positiva por parte do Poder Público, esses direitos entram na categoria de *status negativus* da classificação de Jellinek<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Professor nas universidades de Basileia e de Heidelberg, Jellinek publicou várias obras sobre filosofia do direito e ciência jurídica, dentre as quais se destaca “Teoria Geral do Estado”, na qual sustenta que são quatro os possíveis *status* do indivíduo na sua relação com o Estado: o passivo (*status subjectionis*), o ativo (*Status activus civitates*), o negativo (*Status libertatis*) e o positivo (*Status civitates*). O *status* passivo é aquele em que o indivíduo encontra-se em posição de subordinação com relação aos poderes públicos. O *status* ativo, por sua vez, representa o poder do indivíduo de interferir na formação da vontade do Estado. O *status* negativo representa o espaço que o indivíduo tem para agir livre da atuação do Estado, podendo autodeterminar-se sem

## 2.2. Os direitos fundamentais de segunda dimensão

A partir de meados do século XIX, observou-se que o modelo jurídico criado para sustentar a nova realidade político-econômica, produzida pela conjugação dos ideais da Revolução Francesa em meio ao contexto da Revolução Industrial, era insuficiente para a pacificação dos conflitos sociais. Em um cenário de crescente desigualdade social, desemprego e péssimas condições de trabalho, a consagração formal de liberdade e igualdade não era apta a assegurar a efetiva fruição de tais valores<sup>6</sup>.

Os mais fracos, para se fazerem ouvir perante o Estado, perceberam que somente agrupados e organizados conseguiriam contrapor-se ao poder político e econômico dos industriais. Isso motivou a eclosão de *corpos intermediários*, que consistiam em grupos, classes ou categorias de pessoas, que se organizaram para lutar pelo reconhecimento dos interesses que tinham em comum. O exemplo mais típico é o do movimento sindical.

Como resposta aos clamores desses *corpos intermediários*, os Estados foram sendo gradualmente forçados a reconhecer direitos *econômicos*, *culturais* e *sociais* (direito à proteção contra o desemprego e condições mínimas de trabalho, direito à educação básica, direito à assistência na invalidez e na velhice etc.), que ficaram conhecidos como “direitos de igualdade” ou liberdades reais, concretas, materiais (por visarem à redução das desigualdades materiais que então se disseminavam). A nota distintiva dos direitos de segunda dimensão é a sua dimensão positiva (*status positivus*), uma vez que implicam *prestações positivas do Estado* para redução das desigualdades.

No ponto, importa notar que os direitos de segunda dimensão não englobam apenas direitos de cunho prestacional, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização,

---

ingerência estatal. Por fim, o *status* positivo consiste na possibilidade de o indivíduo exigir atuações positivas do Estado em seu favor (JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**, *passim*).

do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, apenas para citar alguns dos mais representativos.

Nascia, assim, o modelo de *Estado Social ou do Bem-Estar Social* (voltado não apenas à garantia de um mínimo de liberdade, mas também para a efetiva promoção social), e, com ele, os *direitos humanos de segunda dimensão*.

Desses direitos, o primeiro a ser reconhecido numa Constituição foi o direito ao trabalho, consagrado na Constituição Francesa de 1848 após a revolução daquele mesmo ano. Posteriormente, os direitos sociais e econômicos chegaram à Constituição Mexicana de 1917, à Constituição Alemã (de Weimar) de 1919, e a Espanhola de 1931. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a ser influenciada por essa nova concepção, ao contemplar, no seu título IV, a disciplina da ordem econômica e social.

Por conta dessa nova dimensão, houve o reconhecimento jurídico dos primeiros interesses de dimensão coletiva, ou seja, que assistem a todo um grupo, classe ou categoria de pessoas (mulheres, crianças, idosos e trabalhadores), de modo que uma única lesão ou ameaça pode afetar a todos os componentes de determinada coletividade.

### **2.3. Os direitos fundamentais de terceira dimensão**

Após o terror de duas guerras mundiais e do holocausto, a paz entrou na pauta das discussões internacionais. Na mesma época, o incremento da industrialização trouxe a reboque a poluição sem fronteiras. Por outro lado, tornou-se inaceitável o abismo econômico que tornava cada vez mais distantes os países desenvolvidos dos não desenvolvidos.

---

<sup>6</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, p. 291.

O direito à paz, ao desenvolvimento (não apenas dos países, mas de cada indivíduo), e a um meio ambiente hígido não poderia ser concretizado senão por meio da cooperação entre as nações, ou seja, por meio do entendimento entre os povos, e, até mesmo, por meio da solidariedade entre as presentes e as futuras gerações de seres vivos. Por tal razão, os direitos surgidos nessa fase ficaram conhecidos como “direitos de fraternidade ou de solidariedade”, e compõem os direitos humanos de terceira dimensão.

Trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa<sup>7</sup>.

Exemplo mais significativo dessa dimensão é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Afinal, trata-se de direito essencial à vida humana digna, e que, portanto, é direito de todo ser humano. Demais disso, a poluição originada em um determinado país pode afetar outros, quando não todos os países, de modo que é fundamental que todas as nações colaborem entre si para a proteção ambiental. E sua fruição pelas gerações futuras depende da colaboração das gerações presentes.

Costuma-se dizer que, com os direitos de terceira geração – conhecidos como “direitos de fraternidade” –, a evolução dos direitos humanos acabou finalmente por completar o lema da Revolução Francesa: “liberdade, igualdade, fraternidade”.

#### **2.4. Os direitos fundamentais de quarta e quinta dimensões**

Não há consenso quanto às espécies que comporiam uma quarta dimensão (geração) de direitos fundamentais. Norberto Bobbio, por exemplo, aponta ser ela

---

<sup>7</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**, p. 131.

composta pelo direito à integridade do patrimônio genético perante as ameaças do desenvolvimento da biotecnologia<sup>8</sup>.

Paulo Bonavides, por sua vez, entende que são direitos da quarta dimensão o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Tão somente com eles será possível e legítima a globalização política<sup>9</sup>.

Para o renomado constitucionalista cearense, o direito à paz deveria ser deslocado da *terceira* para uma *quinta* dimensão de direitos fundamentais, haja vista que sua classificação tradicional entre os direitos de terceira dimensão o relega ao esquecimento. Em sua opinião, a paz, pela importância cada vez mais proeminente que vem assumindo nos últimos anos, deveria ter seu valor reconhecido nas constituições de todos os povos, como fez o Brasil na Constituição de 1988, que a erigiu como princípio de regência da República Federativa do Brasil em suas relações internacionais. Tal tese foi acolhida no 9.º Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional, realizado em Curitiba no ano de 2006<sup>10</sup>.

### **3. Surgimento e Evolução do Processo Coletivo**

Como vimos nos itens anteriores, os novos conflitos interpessoais resultantes da sociedade contemporânea reclamaram um novo arcabouço jurídico material.

Os direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões caracterizam-se por possuírem uma dimensão coletiva, ou seja, por consagrarem interesses de grupos, classes ou categorias de pessoas, quando não de toda a humanidade, diferenciando-se dos direitos tipicamente individuais, reconhecidos no interesse da autonomia privada (disciplinados, p. ex., no direito civil e no direito comercial), bem como dos

---

<sup>8</sup> **A Era dos Direitos**, p. 5-6.

<sup>9</sup> **Curso de direito constitucional**, p. 571-573.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 579-593.

direitos tipicamente públicos (regrados, p. ex., no direito administrativo e no direito penal).

Para a adequada proteção desse novo gênero de direitos substantivos (ou seja, materiais), fez-se mister o desenvolvimento de novos instrumentos de tutela processual, regidos por princípios, regras interpretativas e institutos processuais próprios, dando origem a um novo ramo do direito processual: o direito processual coletivo<sup>11</sup>.

Aqui são necessários parênteses. Parte da doutrina, com destaque para Gregório Assagra de Almeida, divide o direito processual coletivo em dois ramos: direito processual coletivo *comum* e direito processual coletivo *especial*. O primeiro tem por objeto material a tutela de direitos transindividuais (difusos e coletivos em sentido estrito) e individuais homogêneos, lesados ou ameaçados de lesão, ou seja, a resolução de “um ou vários conflitos coletivos surgidos no plano da concretude”. O segundo, o controle abstrato de constitucionalidade das normas jurídicas, ou seja, a tutela de um “interesse coletivo objetivo legítimo”<sup>12</sup>.

As normas do primeiro direito processual coletivo comum regem, por exemplo, as ações civis públicas, as ações populares e os mandados de segurança coletivos. As do direito processual coletivo especial disciplinam, entre outras, as ações diretas de inconstitucionalidade por ação ou omissão, as declaratórias de constitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceito fundamental.

Este estudo, naquilo em que tratar do direito coletivo formal, limitar-se-á aos institutos do direito processual coletivo comum.

Vejamos, nos tópicos seguintes, como se deu a evolução desse novo ramo do direito processual, com ênfase no cenário brasileiro.

---

<sup>11</sup> Defendendo a autonomia do direito processual coletivo como novo ramo do direito processual: GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo**, p. 11-15.

<sup>12</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual**, p. 26.

### 3.1. Antecedentes remotos do processo coletivo

Antes do advento do contexto socioeconômico pós-revolução industrial, que abriu caminho para o reconhecimento de direitos materiais de dimensão coletiva e do processo coletivo na forma como atualmente o conhecemos, é possível identificar, na história mundial mais remota, alguns instrumentos destinados à tutela de interesses coletivos.

Nos países de tradição romano-germânica, que adotam em sua maioria o sistema da *civil law*, a origem da tutela coletiva se confunde com a origem das *ações populares* existentes no direito romano, que permitiam ao cidadão a defesa dos logradouros públicos e das coisas de uso comum e domínio do povo<sup>13</sup>.

Para os romanos, a *res publica* era de todos os cidadãos, de modo que a ação judicial que visava a proteção de tais bens, quando ajuizada por um membro da coletividade, vinculava a todos os demais, embora fosse entendida como pretensão em defesa de direito próprio do cidadão-autor.

Com a queda do Império Romano, as ações populares não resistiram ao direito bárbaro, permanecendo sem aplicação durante o período feudal, sem ressonância nas monarquias absolutistas, tampouco no direito canônico<sup>14</sup>.

A doutrina aponta como marcos do renascimento da ação popular a Lei Comunal, de 30 de março de 1836, na Bélgica, e a Lei Comunal, de 18 de julho de 1837, da França, que teriam servido de base para a ação popular eleitoral italiana de 1859<sup>15</sup>.

Nos países da família do *common law*, a doutrina aponta a origem das ações coletivas na Inglaterra medieval do século XII, onde é possível identificar alguns

---

<sup>13</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**, p. 40.

<sup>14</sup> NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de processo coletivo**, p. 2.

<sup>15</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**, p. 44-46.

grupos sociais litigando em conjunto por meio da representação de seus líderes<sup>16</sup>. Nas ações coletivas medievais, uma comunidade sem personalidade jurídica, cujo direito material era compartilhado indistintamente por seus membros, era representada, para efeitos processuais, por um membro da comunidade, o que pode ser apontado como a origem das ações coletivas modernas que têm por objeto a tutela de direitos difusos<sup>17</sup>.

Já no século XVII, merece destaque o importante instrumento do *bill of peace* inglês, que consistia numa autorização, a pedido do autor da ação individual, para que ela passasse a ser processada coletivamente, ou seja, para que o provimento beneficiasse os direitos de todos os que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, e evitando a multiplicação de processos. Pontue-se que essa autorização só era concedida pelos tribunais de equidade (*courts of equity* ou *courts of chancery*) quando o número de interessados gerasse um litisconsórcio em número tão excessivo que tornasse inviável sua reunião no processo. As ações representativas (*representative actions*) autorizadas pelo *bill of peace* cuidavam de vários e independentes direitos individuais, cujos titulares, para fins processuais, eram representados por um terceiro.

Por essa razão, são apontadas como a origem remota da *class action* norte-americana, ação coletiva voltada à defesa de direitos individuais homogêneos<sup>18</sup>.

### **3.2. As mudanças socioeconômicas e o reflexo no direito material ao longo do século XX**

A Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra no século XVIII, deflagrou o início da produção em massa. À medida que o processo de industrialização se alastrava para outros países, experimentava-se uma crescente urbanização, o que

---

<sup>16</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas**, p. 43-45.

<sup>17</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações coletivas: história, teoria e prática**, p. 25.

<sup>18</sup> GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada**, p. 41-42.

fornecia à indústria, a um só tempo, mão de obra abundante e um mercado consumidor de fácil acesso em constante expansão, impulsionando o aumento da produção. No século XX, com os avanços da medicina, verificou-se uma explosão demográfica sem precedentes, o que contribuiu para uma demanda ainda maior por produtos industrializados.

A esse contexto somou-se o desenvolvimento dos meios de comunicação em massa, compondo-se o ambiente ideal para o surgimento de um novo modelo de sociedade, denominada “sociedade de massa”, cujas principais características são a produção em massa (industrial, agrícola, energética) e o consumo em massa, e, para ligar a produção ao consumo, os contratos de massa (ou contratos de adesão). Paralelamente, viu-se a necessidade do desenvolvimento de transporte de massa.

Numa sociedade cada vez mais complexa, em que as relações jurídicas foram massificadas, eventual falha em alguma de suas engrenagens tem potencial para lesar ou ameaçar de lesão interesses de centenas, milhares ou milhões de pessoas, quando não de toda a humanidade. Fez-se campo fértil para os conflitos de massa.

Precursos desses conflitos, a partir do século XIX, foram os embates entre os interesses dos operários (defendidos pelos sindicatos, primeiros expoentes dos “corpos intermediários”) e os dos empregadores.

Já no século XX, grandes indústrias, seja pela enorme quantidade de matérias-primas por elas consumidas, seja pelo lixo gerado durante seus processos produtivos, seja pelas características eventualmente nocivas ou perigosas dos seus produtos, tornaram-se potenciais fontes de danos ambientais, num conflito entre os interesses de seus proprietários e os da coletividade, titular do direito ao meio ambiente equilibrado.

A demanda massificada por energia, do mesmo modo, ensejou o desenvolvimento de fontes de poluição (termelétricas de carvão), ou com potencial para gerar danos em larga escala, até mesmo de âmbito planetário (usinas nucleares), ameaçando interesses de toda a humanidade.

A expansão do transporte coletivo, por seu turno, trouxe o conflito entre os interesses dos seus usuários e os dos prestadores do serviço.

A publicidade pelos meios de comunicação em massa e os contratos de consumo por adesão, por sua vez, importaram a possibilidade de lesar interesses de contingentes significativos de consumidores. A fragilidade dos consumidores frente aos fornecedores foi potencializada, não raro, pela formação de cartéis e monopólios.

Em suma, a massificação dos conflitos sociais fez necessário o reconhecimento, pelo direito objetivo, de direitos subjetivos de *segunda* (culturais, econômicos e sociais) e de *terceira* (meio ambiente, paz, desenvolvimento etc.) *dimensões*, todos eles relacionados à *qualidade de vida* e caracterizados por se situarem a meio caminho entre o interesse *público* (não pertencem propriamente ao Estado, nem tampouco coincidem necessariamente com o bem comum<sup>19</sup>) e o *privado* (não pertencem exclusivamente a nenhum indivíduo). Esses novos direitos caracterizaram-se por possuírem uma *dimensão coletiva* (pertencem a grupos, classes ou categorias de pessoas, ou à coletividade), sendo que, muitas vezes, é impossível precisar os seus titulares.

### **3.3. A insuficiência do modelo processual individualista para a resolução dos conflitos de massa, e o surgimento do processo de massa**

O direito processual, até meados da década de 1970, seguia sob o signo da propriedade individual e da autonomia da vontade, típicas do Estado liberal disseminado na Europa continental após a Revolução Francesa.

O modelo jurídico que emergira do ideário revolucionário não dava espaço para tratar do coletivo: o foco era a defesa do direito individual, e somente ao

---

<sup>19</sup> Por vezes podem coincidir com o bem comum, como no caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda<sup>20</sup>. Logo, os instrumentos processuais disponíveis eram formulados para atender a esse tipo de conflito de interesses, ou seja, para que os próprios titulares dos direitos materiais lesados ou ameaçados buscassem judicialmente sua proteção. O processo era interindividual: desenvolvia-se no modo sujeito x sujeito, credor x devedor.

Nosso Código Civil brasileiro de 1916 ecoou o pensamento individualista europeu, como se percebe na redação de seu art. 76, em especial do seu parágrafo único: “Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único – O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família”.

O mesmo enfoque foi repetido no Código de Processo Civil vigente, promulgado em 1973, também voltado à solução de conflitos interindividuais, por meio de ações individuais, em que, via de regra, exigia-se que o autor da ação fosse titular do direito material controvertido (legitimação ordinária).

Mas o modelo processual individualista, já em meados do século XX, começava a se revelar insuficiente para salvaguardar interesses coletivos que, por imposição de uma nova realidade social, vinham sendo progressivamente reconhecidos pelo direito material. Os principais óbices desse sistema eram os seguintes:

a) *A questão da legitimidade:* a Lei 5.869/1973, mais conhecida como Código de Processo Civil (CPC), seguindo o modelo instrumental clássico, em seu art. 6.º, preconizava (a redação remanesce até hoje) que ninguém poderia pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Ocorre que os novos direitos reconhecidos ao longo do século XX, em alguns casos, extrapolavam a titularidade individual, para compor o patrimônio de um conjunto muitas vezes

---

<sup>20</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**, v. 4, p. 26-27.

indeterminado de pessoas. Sob uma interpretação restritiva daquele dispositivo legal, não seria possível ao indivíduo pleitear isoladamente a defesa do meio ambiente, pois estaria ele buscando, em nome próprio, a tutela de direito não apenas próprio, mas também alheio. E, considerando que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pertence a todos, seria inviável reunir todos os seus titulares no polo ativo de um processo, cada vez que se buscasse judicialmente sua proteção. Portanto, o primeiro óbice à defesa dessas novas modalidades de direitos era o art. 6.º do CPC.

*b) A questão da coisa julgada:* ainda que se conseguisse superar o entrave do citado art. 6.º, teríamos o problema dos limites subjetivos da coisa julgada, ditados pelo art. 472 do CPC. Esse dispositivo proclamava (a redação persiste até hoje) que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”, salvo em causas relacionadas ao estado das pessoas, e desde que todos os interessados tenham sido citados. Como os efeitos da coisa julgada, segundo essa norma, deveriam se restringir às partes do processo, para que os lesados ou ameaçados de lesão nas questões de massa pudessem ser beneficiados por eventual sentença judicial deveria cada um deles propor sua ação individualmente. Ainda que se adotasse, em alguns casos, o litisconsórcio ativo, ante a inviabilidade de admitir todos os lesados no polo ativo (litisconsórcio multitudinário) essa via não bastaria para evitar verdadeiras avalanches de processos em nossos tribunais.

Além disso, havia os seguintes inconvenientes:

*(i) Risco de decisões judiciais conflitantes:* a sociedade de massa se caracteriza pelo dano de massa, ou seja, um dano apto a produzir, a partir de uma única causa, milhares ou até mesmo milhões de lesados. A defesa de um número tão elevado de pessoas por meio de ações individuais traria consigo a possibilidade de decisões judiciais conflitantes, gerando enorme insegurança jurídica e desprestígio do Poder Judiciário;

*(ii) Morosidade e gastos excessivos:* a defesa individualizada dessa multidão de lesados geraria morosidade processual e gastos significativos para eles e para o Estado, e, em consequência, prejuízo para a economia;

(iii) *“Litigiosidade contida”*: Watanabe chama de *litigiosidade contida* o fenômeno em que os cidadãos, por considerarem caro, complicado, ou até mesmo inútil buscar o Poder Judiciário, desistem de fazê-lo, e alerta que a insatisfação daí gerada pode se converter em fator de instabilidade social, exteriorizada em comportamentos violentos como “quebra-quebras” contra atrasos de trens e comportamentos violentos no trânsito<sup>21</sup>.

Nas relações jurídicas de massa, o prejuízo social resultante da litigiosidade contida é potencializado, dada a amplitude do conjunto de vítimas. Imagine-se, por exemplo, uma instituição bancária com 10 milhões de clientes, que viesse a descontar de suas contas-correntes, num determinado mês, uma tarifa ilegal de R\$ 1,50 (um Real e cinquenta centavos). Dificilmente um consumidor se sentiria encorajado a buscar judicialmente seu ressarcimento. Sem falar da ansiedade e do tempo gasto com o processo, só o preço de uma passagem de ônibus ou metrô até o fórum, ou do combustível de seu carro, já lhe custaria mais que o prejuízo sofrido. Considerado o universo de lesados, a inércia dos clientes em buscarem judicialmente a reparação de seu prejuízo individual resultaria um enorme prejuízo social, concretizado num lucro ilícito de R\$ 15 milhões para o banco.

(iv) *Pouca efetividade das decisões*: sentenças judiciais que, no exemplo anterior, condenassem o banco em ações individuais, não teriam nenhum efeito dissuasório contra novas condutas lesivas. Diante da insignificância das condenações, cujas ações individuais decerto seriam poucas, a instituição seria estimulada a continuar lesando aos milhões de clientes que não lutaram por seus direitos. A função jurisdicional teria pouca eficácia com relação à sua finalidade de pacificação social.

Assim, tínhamos o reconhecimento de novos direitos, de dimensão coletiva, mas não dispúnhamos de instrumentos eficazes para assegurá-los concretamente. A doutrina italiana, na década de 1970, já apontava a necessidade de uma “nova

---

<sup>21</sup> WATANABE, Kazuo. **Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas**, p. 2.

tutela”, *coletiva*, para os “novos direitos”. Cappelletti<sup>22</sup>, um dos que mais influenciou os doutrinadores brasileiros, em célebre artigo de 1977, observava:

Continuar, segundo a tradição individualística do modelo oitocentista, a atribuir direitos exclusivamente a pessoas individuais – como, por exemplo, ao proprietário vizinho, no caso de abusiva construção edilícia, ou ao adquirente pessoalmente prejudicado no caso da fraude alimentar perpetrada em larga escala por um fabricante – significaria tornar impossível uma efetiva proteção jurídica daqueles direitos, exatamente na ocasião em que surgem como elementos cada vez mais essenciais para a vida civil. Diante da deturpação, por exemplo, da esplêndida *collina fiorentina*, eu, cidadão isolado, sou praticamente impotente. O valor em jogo é coletivo e deve se dar, portanto, a possibilidade de construírem-se *tipos novos de tutela*, não confiados exclusivamente ao interesse material e ao capricho da iniciativa individual.

Para adequar-se à “sociedade de massa”, onde despontavam conflitos envolvendo coletividades mais ou menos extensas, desprovidas de personalidade definida, cuja vinda a juízo de todos os ofendidos era, senão impossível, extremamente difícil, era necessário desenvolver um *processo de massa*, ou seja, instrumentos processuais de defesa coletiva<sup>23</sup>:

Se temos hoje uma vida societária de massa, com tendência a um direito de massa, é preciso ter também um *processo de massa*, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e relativa superação das posturas individuais dominantes (...).

O caminho evolutivo rumo a esse “processo de massa” é ilustrado frequentemente pela seguinte metáfora: em lugar das “demandas-átomo”, das lides fragmentadas nas tradicionais ações individuais, necessitava-se concentrar a defesa judicial dos direitos de massa em “demandas-molécula”, ou seja, em ações coletivas, que dispensassem a exigência de todos os interessados integrarem o processo.

---

<sup>22</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**, p. 131-132.

<sup>23</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DIMAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**, p. 46.

Daí a necessidade de que normas que alterassem o paradigma da legitimidade ativa até então vigente, calcado na inseparabilidade entre a legitimidade para agir e a titularidade do direito material.

Paralelamente, seria mister reformular o modelo dos efeitos da coisa julgada, de modo a permitir que eles beneficiassem a todos os titulares do direito ameaçado ou lesado, mesmo àqueles que não viessem a integrar o polo ativo da demanda.

Nessa direção, inicialmente, tivemos a Lei 4.717/1965, da ação popular, com a previsão de coisa julgada *erga omnes*.

Posteriormente, sob inspiração das *class actions* dos países de sistema jurídico *common law* (especialmente dos Estados Unidos), da doutrina italiana dos anos 70 do século passado, e com a valiosa contribuição, no âmbito nacional, de Barbosa Moreira,<sup>24</sup> Oliveira Júnior,<sup>25</sup> Grinover<sup>26</sup> e Watanabe,<sup>27</sup> edificou-se no Brasil um sistema processual especificamente voltado à tutela coletiva.

### 3.4. Evolução do Processo Coletivo no Brasil

Os principais resultados do esforço de “engenharia jurídica” rumo à efetividade da defesa coletiva de direitos, no âmbito infraconstitucional, foram a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), que, integrados um ao outro, possibilitaram a formação de um verdadeiro *microssistema de processo coletivo*, um corpo de regras voltadas para a tutela jurisdicional de direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*) e individuais homogêneos. Tais diplomas, porém, não foram os primeiros, nem são os únicos a veicularem regras

---

<sup>24</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos**, *passim*.

<sup>25</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. **Tutela jurisdicional dos interesses coletivos**, p. 257-284.

<sup>26</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela jurisdicional dos interesses difusos**, p. 111-144.

<sup>27</sup> WATANABE, Kazuo. **Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir**, *passim*.

processuais coletivas. Antes mesmo de sua elaboração, podemos apontar a existência de outros voltados para a tutela coletiva de alguns campos específicos do direito material.

Com relação à origem remota do processo coletivo em nosso país, observamos que as ações populares do direito romano, especificamente as previstas no Digesto, e que permitiam ao cidadão a defesa de logradouros públicos e coisas de uso comum e domínio do povo, foram recepcionadas pelo direito português (pelas Ordenações Filipinas, promulgadas sob o reinado de Filipe, em 1603), e, por tal razão, chegaram a vigor no Brasil mesmo após a proclamação da independência, em razão do Decreto de 20 de outubro de 1823.

No direito estritamente brasileiro, pode-se apontar como marco a ação popular da Constituição de 1934, que em seu art. 113, item n. 38, permitia a qualquer cidadão pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios. Três anos depois, a ação popular foi suprimida pela Constituição de 1937, vindo a ser restabelecida pelo art. 141, § 38, da Constituição de 1946, mantendo-se nas subseqüentes Constituições de 1967 (art. 150, § 31) e 1969 (art. 153, § 31). Atualmente, a ação popular é tratada na Lei 4.717/1965 e na Constituição Federal de 1988.

A Lei 1.134, de 14 de junho de 1950 atribuiu legitimidade extraordinária a determinados entes de classe para a defesa judicial de interesses dos seus integrantes.

No início da década de 1980, quando a doutrina nacional reverberava os avanços científicos internacionais relacionados aos direitos difusos e coletivos, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981) legitimou o Ministério Público a ajuizar ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, ou seja, a defender, num único processo, direito que diz respeito a toda a coletividade<sup>28</sup>. Foi o surgimento da ação civil pública.

---

<sup>28</sup> Art. 14, parágrafo primeiro: "Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos

A Constituição Federal de 1988 refletiu os progressos legais e doutrinários na defesa de direitos de matiz coletiva. Sintomática foi a reformulação do princípio do acesso à Justiça: constituições anteriores declaravam que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão a *direito individual*. O art. 5.º, inciso XXXV, da atual constituição, por sua vez, dispõe que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, sem qualificá-lo<sup>29</sup>. Além disso, observe-se que tal garantia se encontra inserida no art. 5.º, dentro do capítulo dos Direitos e Deveres individuais e coletivos. Logo, é inequívoco que a garantia do acesso à tutela jurisdicional também se presta aos direitos coletivos.

No seu art. 5.º, inciso LXXIII, a Constituição cidadã ampliou o objeto de tutela da ação popular, tornando-a instrumento hábil para a defesa não apenas do patrimônio público definido na Lei 4.717/1965, mas também da moralidade administrativa e do meio ambiente.

No inciso LXX do mesmo artigo, criou o instrumento do mandado de segurança coletivo, que pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Já no inciso XXI do mesmo dispositivo, instituiu o direito de representação associativa, por força do qual as associações, quando expressamente autorizadas, podem representar seus filiados judicial e extrajudicialmente.

Na mesma toada, em seu art. 8.º, inciso III, legitimou os sindicatos (que são espécies de associações) à defesa de direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

---

causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente”.

<sup>29</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, p. 259-260.

Finalmente, em seu art. 129, III, a CF/88 atribuiu ao Ministério Público a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, ressaltando, no parágrafo primeiro desse dispositivo, que a legitimidade do *Parquet* para tais ações não impediria a de terceiros.

Posteriormente, outras leis trataram da tutela coletiva de direitos: Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989, que versou sobre os interesses das pessoas portadoras de deficiência; Lei 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que cuidou dos danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), voltado para a defesa dos interesses da criança e do adolescente; Lei Antitruste (Lei 8.884/1994 e, atualmente, Lei 12.529/2011), permitindo ajuizamento de ação civil pública de responsabilidade por danos decorrentes de infrações da ordem econômica e da economia popular; o Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001), que trata dos interesses relacionados ao urbanismo; e o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), que versa sobre a proteção dos interesses dos idosos.

#### 4. A Influência das *Class Actions*

As *class actions* são ações coletivas existentes em países de sistema jurídico *common law*. Elas foram criadas para suprir a ineficácia das clássicas ações individuais na tutela de direitos supraindividuais. O modelo norte-americano de *class actions* conta com mais de 70 anos de existência, e veio influenciar não apenas as *class actions* de outros países do sistema *common law* (Austrália e Canadá),<sup>30</sup> mas também inspirou as concepções das ações coletivas em países de *civil law*, como é o caso do Brasil.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado**, p. 254-267.

<sup>31</sup> FERRARESI, Eurico. **Ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo**, p. 153.

Não é por menos que nossa ação coletiva é por vezes chamada de *class action* brasileira.<sup>32</sup> Daí a importância de conhecermos a *class action* norte-americana, para bem compreendermos nosso modelo de ação coletiva.

Nos Estados Unidos, os Estados também têm competência para legislar sobre suas próprias regras processuais, o que deu azo ao surgimento de grande variedade de modelos de *class actions*, vigentes nas justiças estaduais. Nas cortes federais, porém, as *class actions* são regidas pela *Federal Rule of Civil Procedure* 23, ou, simplesmente, *Rule 23*. Essa norma foi promulgada em meio às demais *federal rules of procedure* em 1938, e sofreu alterações posteriores, sendo a mais significativa a de 1966.

Para que uma demanda possa ser processada com o *status* de *class action*, precisa preencher alguns requisitos previstos na *Rule 23*, e outros fixados pela jurisprudência<sup>33</sup>. Uma vez constatada a presença de todos eles, a ação recebe do juízo a *certificação (certification)*, que consiste na sua admissão como *class action*. Caso tais *pressupostos de admissibilidade* não sejam preenchidos, a demanda é admitida como ação coletiva, mas pode ter andamento na forma de ação individual. Entre os vários requisitos para a certificação podemos citar a comunhão de questões de fato ou de direito, e a representatividade adequada. Abordaremos a seguir esses dois requisitos, bem como outras características das *class actions*, e ponderaremos de que forma tais aspectos influenciaram ou não nossa ação civil pública.

#### 4.1. Pressuposto da comunhão de questões de fato ou de direito

Um dos requisitos para a admissibilidade das *class actions* é a existência, entre os interessados que se pretende tutelar, de uma comunhão de questões de fato ou de direito<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**, p. 195.

<sup>33</sup> Cassio Scarpinella Bueno formula excelente síntese dos referidos requisitos, para a aceitação em juízo da demanda como ação de classe, no direito norte-americano (**As *class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta**, p. 110-112).

<sup>34</sup> *Rule 23 (a) (2)*: “There are questions of law or fact common to the class.”

Existe, nessa condição, evidente semelhança com a ação civil pública do direito pátrio. A propósito, observe-se que o art. 81, I, do CDC exige, para que se admita uma ação coletiva para a defesa de interesses difusos, que seus titulares estejam ligados por “circunstâncias de fato”. Já para a defesa judicial dos direitos coletivos no inciso II se impõe que seus titulares estejam ligados “entre si” ou com a parte contrária por uma “relação jurídica base”. Finalmente, no que se refere aos direitos individuais homogêneos, o inciso III impõe que sejam aqueles decorrentes de “origem comum”. Pode-se considerar, portanto, como um ponto de influência sobre nossa ação civil pública.

#### 4.2. Legitimidade ativa

Aqui temos diferenças e semelhanças. Nas *class actions*, qualquer dos integrantes do grupo, classe ou categoria interessada tem legitimidade para a propositura da ação. Ele atua como “representante” (*representative*) dos demais interessados, sem que seja necessário que eles expressamente lhe outorguem poderes para tanto<sup>35</sup>. Nas ações civis públicas brasileiras, diferentemente, a legitimidade ativa é atribuída pela lei apenas a determinados órgãos ou entidades (p. ex., art. 5.º, incisos I a V, da LACP).

De todo modo, apesar dessa divergência, não se pode negar que a possibilidade de alguém defender interesses de uma coletividade, *independentemente de expressa autorização dos componentes do grupo, classe ou categoria* é outro fator de influência das *class actions* sobre nossa ação civil pública.

#### 4.3. Coisa julgada

Nas *class actions* norte-americanas, os efeitos da coisa julgada alcançam todos os componentes do grupo, classe ou categoria, ainda que não tenham

---

<sup>35</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 79.

participado do contraditório, nem tenham expressamente desejado submeter-se a tal sentença. Ademais, essa eficácia se dá *pro et contra*, quer dizer: seja a sentença de procedência ou de improcedência<sup>36</sup>. Esse modelo influenciou parcialmente o sistema brasileiro.

Em nosso país, tradicionalmente, os efeitos da coisa julgada somente atingiam quem fosse parte no processo (CPC, art. 472), excetuadas remotas hipóteses de substituição processual autorizadas por lei (CPC, art. 6.º). Sob influência das *class actions*, e com o objetivo de dar maior efetividade à tutela jurisdicional dos direitos coletivos, ampliou-se a possibilidade de os efeitos da coisa julgada extravasarem as partes do processo, embora sem a mesma amplitude do modelo norte-americano.

Com efeito, há diferenças entre os dois sistemas. Se nas *class actions*, normalmente, a coisa julgada é *pro et contra*, nas ações coletivas brasileiras ela é *secundum eventum litis*: no caso de procedência da ação, em regra, os efeitos da coisa julgada beneficiarão todos os interessados (coisa julgada *in utilibus*), ainda que não tenham composto o polo ativo (efeitos *erga omnes*, nas ações para defesa de interesses difusos e individuais homogêneos, ou *ultra partes*, nas ações para defesa de interesses coletivos em sentido estrito); já no caso de improcedência da ação, na maior parte das vezes, os efeitos não afetarão quem não foi parte na relação jurídica processual.

Essa “extravazão” da coisa julgada nas *class actions* norte-americanas trouxe consigo um problema: como legitimar a extensão dos efeitos negativos da coisa julgada àqueles que não participaram do processo, sem com isso desrespeitar os princípios do contraditório e do devido processo legal?

---

<sup>36</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; e MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*: uma análise de direito comparado**, p. 167.

Para contrabalancear os pontos negativos de tamanha amplitude dos efeitos da coisa julgada, o processo coletivo americano adotou os institutos da *representatividade adequada* e do *opt-out* (direito de autoexclusão).

#### 4.4. Pressuposto da representatividade adequada (*adequacy of representation*)

Trata-se de mais um requisito para a certificação de uma *class action*. Uma vez que no sistema das ações coletivas norte-americanas a coisa julgada atinge todos os integrantes de um grupo, mesmo os que não participaram do processo, é necessário garantir que tais pessoas não sejam prejudicadas pela inépcia daquele que compareceu em juízo arvorando-se na condição de representante dos interesses do grupo. Por tal razão, em qualquer fase do processo, o juiz deve verificar se o autor tem ou teve capacidade para defender adequada e eficazmente o interesse do grupo, ou seja, se o grupo será por ele *adequadamente representado* em juízo.

Logo, *representatividade adequada* ou *representação adequada* é a qualidade que habilita alguém a comparecer em juízo como representante dos interesses de um grupo, classe ou categoria de pessoas, e a exercer com zelo e competência a defesa judicial desses interesses.

Para constatar se o autor preenche tal requisito, o magistrado deve atentar para diversos fatores<sup>37</sup>. Primeiro, deve constatar se o interesse não é apenas do grupo, mas do próprio representante, pois, assim, ele decerto zelará por bem defendê-lo. O magistrado deve apurar, ainda, a idoneidade moral, intelectual e econômica do representante, sua boa-fé, sua experiência, e a capacidade técnica de seu advogado<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Segundo Robert Klonoff, a questão deve ser apreciada pelo tribunal de primeira instância e é revista apenas nos casos de abuso de discricção (*Class action and other multi-party litigation in a nutshell*, p. 38).

<sup>38</sup> FRIEDENTAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*, p. 745-746.

No Brasil, o problema da representatividade adequada assume dimensão diferente. Aqui, a condição de representante de interesses metaindividuais e a capacidade para bem representá-los em juízo é controlada pela lei (*ope legis*), que a presume de modo absoluto (*iuris et de iure*): desde que o autor seja um dos órgãos ou entidades previstos nos respectivos diplomas legais, e preencha os requisitos nela especificados (caso das associações), não cabe ao julgador contestar sua *representatividade adequada*, ao contrário do sistema norte-americano, em que cabe ao magistrado, em cada caso concreto, verificar se há *representatividade adequada* (o controle é *ope judicis*). Ademais, em nosso país, de fato, não há tanta necessidade de se constatar a *representatividade adequada*, pois a coisa julgada normalmente só alcança os demais interessados para beneficiá-los (coisa julgada *in utilibus*).

Pelas razões expostas no último parágrafo, não se pode dizer que nosso país foi influenciado pelo modelo de representatividade adequada das *class actions* estadunidenses. As diferenças são muitas. Isso, porém, não quer dizer que nosso modelo simplesmente não se preocupou com a *representatividade adequada*, mas sim que adotou solução distinta daquela escolhida pelo país do norte.

#### **4.5. Opt-out e opt in**

Há vários tipos de *class actions* nos Estados Unidos. Um deles é especificamente voltado à defesa de interesses individuais homogêneos: as *class actions for damages*. Particularmente nessa espécie de *class action* existe o direito de *opt-out* (direito de optar por ficar de fora do raio de ação do julgado), por força do qual é possível a qualquer interessado requerer, tempestivamente, não ser atingido pelos efeitos da futura sentença.

Funciona da seguinte maneira: caso a ação seja admitida na forma de uma *class action*, ou seja, obtenha a certificação (*certification*), os interessados devem ser notificados sobre a existência do processo. Essa notificação é denominada *fair notice*, e deve ser feita da melhor maneira possível dentro das circunstâncias,

incluindo notificações pessoais para todos os componentes que possam ser identificados por meio de razoável esforço<sup>39</sup>. Uma vez cientificados, se não se opuserem expressamente, estarão sujeitos aos efeitos da futura sentença e de sua coisa julgada, tendo adotado, tacitamente, uma postura de *opt-in*. Poderão, em vez disso, tempestivamente requerer sua exclusão desses efeitos, exercendo o direito de *opt-out*, ou, ainda, integrar a lide como litisconsortes. Outra oportunidade de *opt-out* deve ser concedida aos interessados na hipótese de ser celebrado um acordo durante o processo, mas antes de sua homologação judicial.

Nas ações civis públicas para defesa de *interesses individuais homogêneos* também existe um mecanismo de controle da submissão dos interessados aos efeitos dos julgados, mas ele opera “às avessas” da sistemática estadunidense: se lá a extensão dos efeitos da sentença a terceiros decorre automaticamente da *inércia* dos interessados, aqui ela depende de sua *conduta ativa*.

De fato, no Brasil, se o interessado já houver ajuizado uma ação individual, somente poderá ser beneficiado pelos efeitos de futura sentença em uma ação civil pública que verse sobre direitos individuais homogêneos, caso, no prazo de 30 dias depois de ter ciência da existência dessa ação coletiva, requeira a suspensão de sua ação individual (CDC, art. 104). Pode-se dizer, nessa hipótese (guardadas as devidas diferenças em relação ao sistema norte-americano), que se previu um mecanismo assemelhado a um direito de *opt-in*. Por sua vez, se o interessado permanecer inerte, estar-se-ia valendo de seu direito de *opt-out*, de modo que não será beneficiado pela futura sentença.

#### 4.6. Legitimação extraordinária passiva

No sistema estadunidense é possível a *legitimação passiva coletiva*, ou seja, que o grupo, classe ou categoria de pessoas interessadas figure no polo passivo da ação, nas denominadas *defendant class actions*.

---

<sup>39</sup> FRIEDENTAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*, op. cit., p. 749.

Assim como nas *plaintiff class actions* (ações coletivas em que os interesses coletivos são defendidos pelo autor), nas *defendant class actions* cumpre ao juiz, em cada caso concreto, apurar se a pessoa em face de quem foi ajuizada a ação preenche os atributos necessários para atuar como adequado representante dos interesses da classe (controle da representatividade *ope judicis*)<sup>40</sup>. A coisa julgada também será *pro et contra*, gerando efeitos contra os membros que não participaram no processo.

Já no direito brasileiro, esse tema é bastante controvertido. Para parcela da doutrina, o mesmo fenômeno não pode ser admitido em nossas ações civis públicas<sup>41</sup>. Pondera-se, nesse sentido, que a substituição processual é instituto excepcional, e que as normas que regem a ação coletiva somente autorizam a legitimação extraordinária no polo ativo. Admitir o contrário atentaria contra o art. 472 do CPC, que reza que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”, bem como ofenderia os postulados constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Pela mesma razão, não se admitiria a reconvenção em ações coletivas.

De outro lado, respeitadas vozes vêm sustentando a viabilidade de ajuizamento das denominadas ações coletivas passivas (*defendant class actions*), aduzindo, inclusive, que são fenômenos já existentes, independentemente de previsão legal<sup>42</sup>. Alega-se, em tal defesa, que o art. 5.º, § 2.º, da LACP facultaria ao Poder Público e às associações legitimadas se habilitarem como litisconsortes de *quaisquer das partes*, inclusive do réu. Nesta última hipótese, a ação teria sido

---

<sup>40</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso acusa a possibilidade por expressa previsão legal na *Rule 23 (Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*, p. 103).

<sup>41</sup> DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*, p. 268-271; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, p.361-364; ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo; SOUZA, James J. Marins de. *Código do Consumidor Comentado*, p. 346-347.

<sup>42</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*, p. 218-230. v. 4; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa Julgada*, p. 6-9; MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 188; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, p. 830-831.

proposta contra os interesses de determinada coletividade, e o litisconsorte passivo a estaria defendendo em legitimidade extraordinária passiva. Aduz-se, também, que os artigos 81 e 82 do CDC não restringem a defesa dos interesses transindividuais ao polo ativo. Seria mister, porém, para admitir a legitimação coletiva passiva, que o juiz controlasse, caso a caso, a representatividade adequada dos réus (controle da representatividade *ope judicis*), a exemplo do que se dá nos Estados Unidos.

A professora Ada Pellegrini cita, como hipóteses de aplicação dessa legitimação passiva, os seguintes exemplos de Kazuo Watanabe: uma ação civil pública ajuizada contra uma associação de moradores de um bairro que decidisse bloquear o acesso de automóveis a determinadas ruas, ou outra em que o Ministério Público buscasse a proibição do ingresso das torcidas organizadas aos estádios de futebol<sup>43</sup>.

Respeitado o entendimento contrário, também adotamos uma posição mais restritiva neste tema, pelos argumentos acima destacados, aos quais se soma nossa preocupação quanto à imposição de soluções judiciais à coletividade que não participou de determinada ação. Sem embargo, admitimos que existem exceções nas quais se afigura possível a substituição processual no polo passivo da ação coletiva, quais sejam:

a) os legitimados à promoção da ação civil pública (incluído o Ministério Público) poderiam substituir a coletividade no polo passivo nas hipóteses de *embargos do executado*, *embargos de terceiro*, *ação rescisória* e *ação de anulação de compromisso de ajustamento de conduta*, que somente são admitidas porque, caso contrário, o executado, o terceiro prejudicado ou a parte contra quem se formou um título executivo viciado ficariam sem acesso a tais meios de defesa judicial de direitos;

---

<sup>43</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa Julgada**, p. 7.

b) os dissídios coletivos de trabalho e as ações propostas contra sindicatos procurando restringir o exercício abusivo do direito de greve.<sup>44</sup>

#### 4.7. Fluid recovery

As ações coletivas que têm por objeto a reparação dos danos causados a pessoas indeterminadas podem carrear consigo algumas dificuldades. É o que tem demonstrado a experiência norte-americana, quando a sentença condena o réu a ressarcir o dano causado a centenas ou milhares de membros da *class*, surgindo então problemas de identificação das referidas pessoas; de distribuição entre elas da arrecadação; do uso do eventual resíduo não reclamado pelos membros da coletividade.

A jurisprudência americana concebeu então o mecanismo denominado *fluid recovery* (reparação fluida), a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade lesada: por exemplo, para fins gerais de tutela dos consumidores ou do meio ambiente<sup>45</sup>.

No Brasil, por força do art. 100 do CDC, adotou-se também uma espécie de *fluid recovery*: nas ações civis públicas condenatórias do ressarcimento dos direitos individuais homogêneos lesados, caso decorra um ano sem habilitação dos interessados em número compatível com a gravidade do dano, qualquer dos legitimados à propositura da ação poderá promover sua liquidação, caso em que o produto da indenização será revertido para o fundo criado pelo art. 13 da LACP. Nesse caso, a reparação deixará de se realizar na forma do ressarcimento dos prejuízos individualmente sofridos, para dar-se de maneira difusa, via programas financiados pelo citado fundo, e relacionados com a natureza do direito objeto da condenação.

---

<sup>44</sup> Nesse sentido, inclusive, já decidiu o STJ: REsp 1.051.302, 3.ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 23.03.2010, *DJe* 28.04.2010.

<sup>45</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 823.

## 5. Definições e Terminologias

Antes de aprofundarmos o exame do direito processual coletivo, especialmente no que se refere ao ônus da prova e sua distribuição nas ações civis públicas, convém analisarmos a terminologia pertinente a nosso objeto de estudo.

### 5.1. Tutela Jurisdicional Coletiva

Aquele que se considera titular de um direito material lesado ou ameaçado de lesão, ou quem está autorizado a defendê-lo, pode buscar a atuação coercitiva da regra material, solicitando a interferência do Estado-Juiz, que se concretiza por meio da tutela jurisdicional. Nesse sentir, e de modo bastante simplificado, tutela jurisdicional corresponde à proteção dada pelo Estado a um direito material lesado ou ameaçado de lesão.

O Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, foi estruturado para atender à prestação da tutela jurisdicional em casos de lesões a direitos materiais individuais, mediante demandas promovidas pelo próprio lesado. Nesse sistema, opera-se a *tutela jurisdicional individual*. Não se previram, ali, instrumentos para a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos, tampouco para a tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Conforme visto, esse modelo processual individualista se revelou insuficiente para salvaguardar interesses transindividuais que, por imposição de uma nova realidade social, vinham sendo progressivamente reconhecidos pelo direito material.

Para a adequada proteção desses direitos, o legislador instituiu técnicas ou modelos processuais diferenciados, isto é, voltados a atender as suas especificidades. Assim, buscando superar os já citados óbices da legitimidade e da coisa julgada, deferiu a determinados entes, como as associações, legitimidade para a propositura de ações destinadas à tutela dos direitos difusos e coletivos, e ao

mesmo tempo concebeu a sentença de procedência como capaz de produzir efeitos benéficos a todos os titulares do direito afirmado pelo ente legitimado.

Contemporaneamente à introdução dos mecanismos destinados a salvaguardar direitos transindividuais, foram também criados instrumentos para a defesa coletiva de interesses individuais homogêneos, com vistas a superar os já citados inconvenientes (*risco de decisões conflitantes, morosidade e gastos excessivos, litigiosidade contida e pouca efetividade das decisões*) da defesa individual.

Nesse contexto, a tutela jurisdicional coletiva deve ser compreendida como uma espécie de tutela jurisdicional voltada à defesa tanto dos direitos transindividuais (*difusos e coletivos* em sentido estrito) quanto dos direitos individuais homogêneos.

No ponto, importa destacar que a definição de quais direitos podem ser protegidos por meio da tutela jurisdicional coletiva é tarefa do legislador. De fato, como bem observa Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>46</sup>, não há uma necessária relação entre a natureza do direito tutelado e a possibilidade de sua tutela coletiva em juízo. Vale dizer: mesmo direitos individuais podem ser protegidos pela tutela coletiva, bastando para tanto que o legislador expressamente determine a aplicação do microssistema de processo coletivo a tais direitos.

Essa parece ser a opção do sistema pátrio (CDC, art. 81), embora se reconheça a importância da adequada identificação da natureza do direito material lesado ou ameaçado, com vistas à adequada definição dos meios, dos modos e dos instrumentos de natureza processual que podem ser utilizados para sua proteção em juízo<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo coletivo**, p. 6.

<sup>47</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, p. 33.

## 5.2. Microssistema de Tutela Jurisdicional Coletiva

Um microssistema jurídico pode ser definido como a instrumentalização de várias normas, constitucionais e infraconstitucionais, voltadas ao trato particular de determinada matéria, cuja amplitude e peculiaridade reclamam incidência conjunta e harmônica dos comandos normativos para efetiva aplicação de seus ditames<sup>48</sup>.

Gregório Assagra de Almeida<sup>49</sup> observa que esse tipo de sistematização teve incidência no Brasil a partir das décadas de 1960 e 1970, apresentando uma nova metodologia legislativa representada pelos seguintes fatores:

Abandono da técnica legislativa de elaboração de comandos normativos genéricos e neutros; definição dos objetivos da política legislativa com finalidades próprias de um Estado promocional de valores e políticas públicas por meio do Direito; utilização de expressões setoriais com o abandono do caráter universal e precisão linguística das codificações clássicas; regulamentação exaustiva e extensa das matérias, de forma a abranger questões do direito material, do direito processual, do direito material penal, do direito administrativo, abrangendo vários ramos do Direito dentro de uma concepção multidisciplinar e transversal; reconhecimento de novos sujeitos dos direitos com a implementação de tutela jurídica de direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Postas essas premissas, não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema processual, a existência de um verdadeiro microssistema de tutela jurisdicional coletiva, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos de massa, característicos da sociedade moderna. A tutela processual dos interesses coletivos tem base no texto constitucional. A Ação Civil Pública está prevista no art. 129, III, da CF. Também os incisos LXX e LXXIII do art. 5º da Constituição,

---

<sup>48</sup> AZEVEDO, Júlio Camargo de. O Microssistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**. São Paulo: ESMP, 2012, v. 2, p. 117.

<sup>49</sup> **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**, p. 8-9.

conferem *status* constitucional ao mandado de Segurança Coletivo e à Ação Popular, que podem veicular interesses dessa mesma espécie.

No plano infraconstitucional, são inúmeras as leis que compõem o microsistema de tutela jurisdicional coletiva, por exemplo: Lei 4.717/1965 (Ação Popular); Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente); Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública); Lei 7.853/1985 (Lei das Pessoas com Deficiência); Lei 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Mobiliários); Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso); Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança); Lei 12.529/2011 (Lei Antitruste).

A despeito da pluralidade de leis que compõem o microsistema de tutela jurisdicional coletiva, há um consenso em doutrina no sentido de que o núcleo duro desse microsistema é formado pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e pelas disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). A perfeita interação entre esses dois diplomas (arts. 21 da LACP e 90 do CDC) fornece as regras gerais do microsistema. Outros diplomas (ECA, Estatuto do Idoso<sup>50</sup>, Lei de improbidade administrativa etc.), com normas mais específicas, integram o mesmo microsistema, afastando, no que dispuserem de forma especial, a incidência daquelas normas gerais<sup>51</sup>.

Havendo lacuna em alguma das leis desse microsistema, convém ao intérprete supri-la por meio de normas do mesmo microsistema. Permanecendo a omissão, restará valer-se do Código de Processo Civil, desde que a norma processual presente neste diploma legal não afronte a principiologia do microsistema de tutela jurisdicional coletiva, o que leva parte da doutrina a afirmar que a aplicação do CPC não se faz subsidiariamente, mas sim residualmente<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> O ECA e o Estatuto do Idoso dispõem expressamente, nos seus arts. 224 e 93, respectivamente, que lhes são aplicáveis, no que couber, as disposições da LACP.

<sup>51</sup> GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários à nova Lei de Mandado de Segurança**, p.112-113.

<sup>52</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**, v. 4, p. 50.

### 5.3. Direitos tutelados pelo Microssistema

Até a década de 70 do século passado, tanto os direitos subjetivos, quanto as normas jurídicas que os asseguravam (direito objetivo) eram classificados segundo a *summa divisio* Direito Público e Direito Privado.

Os vários ramos dogmáticos do direito (direito penal, constitucional, administrativo, civil, comercial etc.) eram inseridos no domínio do Direito Público ou do Direito Privado, conforme fosse a natureza pública ou privada do *interesse predominante* e dos *sujeitos* das relações por eles disciplinadas.

A nova realidade social de massa trouxe consigo a proteção jurídica de novas espécies de interesses, e os novos ramos dogmáticos daí resultantes (direito ambiental, direito do consumidor etc.) não se amoldam confortavelmente ao Direito Público, nem ao Privado.

Com efeito, as normas consagradoras desses novos “direitos” não se encaixam adequadamente como ramos do Direito Privado, pois se afastam do modelo segundo o qual as partes envolvidas são sempre determinadas, estão em pé de igualdade nas relações jurídicas, gozam de ampla autonomia para celebrar seus negócios, e cujos direitos podem ser fruídos ou dispostos de modo exclusivo por uma única pessoa.

Por outro lado, os novos “direitos” tampouco se conformam ao Direito Público, pois suas regras não se baseiam no disciplinamento de relações em que a Administração Pública surge numa relação de superioridade em relação a administrados.

A nota distintiva de tais direitos reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável. Tais direitos ou interesses são direitos subjetivamente transindividuais (= sem titular individualmente determinado) e materialmente indivisíveis, por pertencerem a grupos, classes ou categorias mais

ou menos extensas de pessoas, por vezes indetermináveis (como a coletividade), e por não serem passíveis de apropriação e disposição individuais<sup>53</sup>.

O reconhecimento e a normatização jurídica dos interesses de dimensão coletiva permitem identificar, a par dos já consagrados campos do Direito Público e do Direito Privado, uma terceira e novel seara, que se pode denominar por Direito Coletivo, composto pelas regras e princípios que se prestam a concretizar os interesses ou direitos subjetivos de natureza transindividual.

Direito Coletivo é designação genérica para as duas modalidades de direitos transindividuais: os difusos e os coletivos *stricto sensu*. Debate a doutrina, porém, quanto à possibilidade de inserção dos interesses individuais homogêneos dentro desse mesmo gênero, dada a possibilidade de serem tutelados coletivamente.

Abordaremos tal querela quando deles tratarmos. De todo modo, por questões metodológicas, não os incluiremos como espécie dos interesses transindividuais (coletivos em sentido amplo).

### **5.3.1. Direitos ou Interesses?**

Interesse é qualquer pretensão em geral, é o desejo de obter determinado valor ou bem da vida, de satisfazer uma necessidade. O interesse de alguém pode encontrar, ou não, respaldo no ordenamento jurídico.

Direito subjetivo, por sua vez, segundo Reale, é “a possibilidade de exigir-se, de maneira garantida, aquilo que as normas de direito atribuem a alguém como próprio”<sup>54</sup>. É, portanto, a posição jurídica que o ordenamento jurídico assegura a uma pessoa, a um grupo de pessoas ou a um ente, em relação a um determinado bem e/ou pessoas.

---

<sup>53</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, p. 33-34.

<sup>54</sup> REALE, Miguel. **Noções preliminares de direito**, p. 260.

Vimos que interesses de dimensão coletiva foram sendo progressivamente amparados pelo ordenamento jurídico, ao longo dos últimos dois séculos. Poder-se-ia afirmar, portanto, que passaram do *status* de *interesses* para o de *direitos*.

Sem embargo, a doutrina mais conservadora, ainda movida pelos valores individualistas herdados dos ideais liberais, somente reconhece como direitos subjetivos, passíveis de tutela jurisdicional, aqueles cujos titulares sejam perfeitamente individualizáveis (requisito de difícil ou impossível consecução no que toca aos interesses de dimensão coletiva).

Por conta dessa divergência, e visando evitar questionamentos sobre a possibilidade de defesa judicial desses novos direitos (ou interesses, na voz da opinião conservadora), a Constituição de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor empregaram ambos os termos – *direitos* e *interesses* –, deixando clara a possibilidade da tutela judicial tanto de uns, quanto de outros.

Com efeito, a Constituição da República, em seu art. 8.º, inciso III, legitima os sindicatos à defesa judicial dos *direitos* e *interesses* coletivos ou individuais da categoria. Já no art. 127, incumbe ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos *interesses* sociais e individuais indisponíveis” (destacamos). Em seu art. 129, inciso III, atribui à mesma instituição a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros *interesses* difusos e coletivos. O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, prevê a possibilidade de tutela judicial coletiva de *direitos* e *interesses* (art. 81).

Para fins deste estudo, utilizaremos indistintamente os vocábulos *direitos* e *interesses*, dada a absoluta irrelevância da distinção entre ambos no que se refere à tutela jurisdicional coletiva.

---

### **5.3.2. Interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos**

A Lei da Ação Civil Pública (LACP), embora tenha sido o primeiro grande diploma a sistematizar a tutela processual de certas espécies de direitos difusos e coletivos, não chegou a fornecer seu conceito. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, embora empregue a expressão *direitos difusos e coletivos* (art. 129, III), tampouco chegou a conceituá-los.

A definição legal dessas categorias jurídicas e também dos direitos individuais e homogêneos somente foi estabelecida posteriormente, no parágrafo único do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Registre-se, antes de tudo, que apesar de o *caput* do supracitado dispositivo fazer menção, tão somente, aos *direitos dos consumidores e das vítimas*, seus conceitos de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos se aplicam a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de quaisquer naturezas, por força da já citada integração entre o CDC e a LACP.

Vejamos, a seguir, a configuração de cada uma dessas espécies de direitos.

#### **5.3.2.1. Direitos ou Interesses Difusos**

Nos termos do art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, são “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas<sup>55</sup> e ligadas por circunstâncias de fato”.

A exemplo dos direitos coletivos (*stricto sensu*), os direitos difusos apresentam como nota marcante a sua transindividualidade, é dizer, são direitos

---

<sup>55</sup> O legislador empregou o termo “indeterminadas”, mas a norma deve ser interpretada no sentido de admitir também o significado “indetermináveis”, já que os titulares desses direitos não são passíveis de determinação.

que não pertencem a indivíduos particularmente determinados, mas sim a uma coletividade de pessoas.

Outra característica dos direitos difusos é a *indivisibilidade de seu objeto*. Isso significa que o direito difuso não pode ser fracionado entre os seus titulares. Assim, havendo violação ao direito difuso, todos suportarão por igual tal violação, o mesmo ocorrendo com a tutela jurisdicional, que uma vez obtida aproveitará a todos indistintamente.

A terceira nota característica desses direitos é que seus titulares estão agregados em função de uma *situação de fato em comum*. Portanto, o que caracteriza, sob esse aspecto, um direito difuso, é que todos os seus titulares são titulares justamente por estarem numa determinada situação fática homogênea. Ao contrário do que ocorre nos direitos coletivos, para cuja defesa coletiva se exige que os titulares do direito atacado estejam ligados por um vínculo *jurídico* entre si ou com a parte contrária, na defesa dos direitos difusos, o liame é *fático*, não jurídico. Basta que as pessoas se encontrem na situação prevista na norma de direito material que positivou o direito.

Assim, por exemplo, a emissão de poluentes industriais na atmosfera é um fato que lesa o direito ao meio ambiente hígido. Como visto, a Constituição Federal assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dada a natureza difusa dos bens ambientais, como é o ar atmosférico, é impossível determinar quem são as pessoas atingidas pela poluição. A circunstância fática em questão é extremamente fluida: varia conforme o grau de poluição, as chuvas, a direção e força do vento. O que importa para a análise deste aspecto dos interesses difusos – o fator de agregação dos seus titulares - é que o que une tais pessoas a um mesmo direito é uma circunstância de fato: é o *fato* de estarem sujeitas ao desequilíbrio ambiental.

Enfim, outro atributo dessa categoria jurídica é que seus *titulares são indeterminados e indetermináveis*.

No caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, imagine-se quem seriam os titulares desse direito no que diz respeito aos efeitos deletérios dos gases da queimada da cana-de-açúcar produzidos num canavial do interior do Estado de São Paulo. As localidades atingidas dependeriam da direção e velocidade do vento, da quantidade de poluentes liberados na atmosfera, das demais condições climáticas, entre outras variáveis. Ademais, nunca seria possível determinar todos os que, mesmo sem residirem nos municípios afetados, seriam obrigados a respirar o ar conspurcado por estarem de passagem por aqueles locais. Por outro lado, considerando o que proclama o *caput* do art. 225 da Constituição Federal, quando reza que *todos* têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, seria também sustentável afirmar que todos os brasileiros, bem como os estrangeiros que estejam no Brasil, estariam sendo lesados por essa conduta ilícita, já que o direito envolvido é fundamental, cuja titularidade, no âmbito do direito interno, é ditada pelo art. 5.º, *caput*, da CF. Em sendo assim, pouco importa onde houve o desequilíbrio ambiental: todos têm direito ao restabelecimento da higidez ecológica.

Não se deve confundir, contudo, o direito difuso de todos ao restabelecimento da higidez ambiental, com o direito à reparação pelos danos efetivamente sofridos por alguns – danos, estes, individualizáveis – em razão da poluição ambiental. Neste caso, em relação a esses titulares individualmente lesados, estaríamos diante de interesses individuais homogêneos, pois, apesar de uma origem em comum, os objetos são divisíveis, e os titulares identificáveis.

#### 5.3.2.2. *Direitos ou Interesses Coletivos stricto sensu*

Segundo o art. 81, parágrafo único, II, do CDC, os direitos ou interesses coletivos são os “transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Tal como nos direitos difusos, os coletivos se notabilizam tanto pela *transindividualidade* (não pertencem a um indivíduo determinado, mas sim a um grupo, classe ou categoria de pessoas) quanto pela *indivisibilidade de seu objeto*.

Neles, a lesão ou ameaça ao direito de um dos seus titulares significará a lesão ou ameaça ao direito de todos, ao passo que a cessação da lesão ou ameaça beneficiará concomitantemente a todos.

É justamente a indivisibilidade do seu objeto que faz com que a coisa julgada em relação aos direitos coletivos seja *ultra partes*, o que quer dizer que uma sentença de procedência beneficiará não apenas, por exemplo, aos membros de uma associação ou sindicato que porventura tenha ajuizado a ação coletiva, mas a todas as pessoas que estejam na mesma situação jurídica base que fundamentou a sentença.

Os titulares dos direitos coletivos têm em comum uma relação jurídica que os une entre si, ou que une cada um deles com a parte contrária.

Hipóteses do primeiro tipo de relação jurídica base são os liames que unem os membros de um sindicato, de uma associação ou de um partido político. Observe-se o seguinte exemplo: todos os advogados têm interesse que o instituto do quinto constitucional (CF, art. 94), no que diz respeito à nomeação de um integrante de sua classe, seja respeitado pelos tribunais. Os titulares desse interesse possuem um vínculo que os une, qual seja, eles são membros da Ordem dos Advogados do Brasil: essa é a relação jurídica base, que une os titulares entre si.

Como modalidade do segundo tipo de relação jurídica base (com a “parte contrária”) podemos citar o exemplo do grupo de alunos de uma escola quando discute o aumento abusivo do valor da mensalidade.

Importa destacar, na esteira da melhor doutrina<sup>56</sup>, que essa relação jurídica base (quer seja entre os próprios sujeitos do grupo, quer seja entre estes e a parte contrária) é *preexistente* àquela relação jurídica que surge após a lesão ou ameaça

---

<sup>56</sup> WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 803.

de lesão, não podendo ser confundida com ela. Por exemplo: entre um estabelecimento de ensino e seus alunos já existe uma relação jurídica base, de modo que, à adoção de alguma medida ilegal ou abusiva, será perfeitamente factível a determinação das pessoas atingidas pela medida. Não se pode confundir essa relação jurídica base preexistente com a relação jurídica originária da lesão ou ameaça de lesão.

Graças à relação jurídica existente entre os titulares do direito coletivo, ou deles com a parte contrária, é possível determiná-los, identificá-los. Eles serão todos aqueles que fizerem parte da relação jurídica em comum. Assim, no exemplo dos alunos submetidos ao reajuste abusivo das mensalidades escolares, os titulares do interesse serão todos os alunos. Logo, nos direitos coletivos, os titulares são determináveis.

### 5.3.2.3. *Interesses Individuais Homogêneos*

O CDC os define singelamente, em seu art. 81, parágrafo único, III, como sendo “os decorrentes de origem comum”. Os direitos individuais homogêneos, como sua própria definição legal indica, nada mais são que direitos subjetivos individuais com um traço de identidade, de homogeneidade, na sua origem.

Em sendo simples direitos individuais, nada obsta que seus titulares, caso prefiram, busquem individualmente sua tutela judicial. Sem embargo, em função das sérias limitações à eficácia das ações individuais para a defesa de direitos individuais homogêneos, por nós já apontadas, o CDC não apenas viabilizou como também estimulou sua tutela por meio de ações coletivas.

Note-se que os interesses individuais homogêneos não são transindividuais. O titular do interesse individual homogêneo não é a coletividade nem um grupo, categoria ou classe de pessoas, mas sim o indivíduo. Justamente por não ser transindividual, o objeto dos direitos individuais homogêneos é divisível: a lesão sofrida por cada titular pode ser reparada na proporção da respectiva ofensa, o que permite ao lesado optar pelo ressarcimento de seu prejuízo via ação individual. Nos

direitos difusos e nos coletivos, pelo contrário, o objeto é indivisível. Portanto, esse é o principal traço distintivo dos direitos individuais homogêneos.

Por conta dessas diferenças, alguns autores denominaram os conflitos que envolvem interesses individuais homogêneos de “litígios acidentalmente coletivos”, ao passo que os que envolvem direitos difusos e coletivos *stricto sensu* seriam “litígios essencialmente coletivos”<sup>57</sup>.

Para ilustrar, imaginemos um mesmo contexto, sob dois diferentes enfoques. No primeiro, consideremos uma indústria que libera poluentes na atmosfera, degradando a qualidade do ar. O desequilíbrio ambiental resultante dessa conduta não pode ser individualizado em relação aos titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não há como dizer que um ou outro cidadão tem mais direito ao ar puro, e que o outro tem menos. Se a higidez ecológica é afetada, toda a coletividade é lesada. Do mesmo modo, não há como restaurar o equilíbrio do ar em relação a um ou dois indivíduos, ou restaurá-lo em uma quantia determinada para um, e numa quantia duas ou três vezes maior ou menor para outro. Ou a indústria corrige o problema, restaurando o equilíbrio ambiental, beneficiando a todos, ou não o corrige, e o desequilíbrio remanesce, em detrimento de todos. Estamos falando aqui de um objeto indivisível, a saber, o equilíbrio ecológico do meio ambiente, e, portanto, tratamos de um direito difuso: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Suponhamos, agora abordando um outro aspecto do mesmo contexto, que determinados cidadãos que vivam perto daquela indústria poluidora, em virtude dos gases tóxicos por ela emitidos, venham a desenvolver uma doença pulmonar incapacitante para o trabalho. Decerto que o prejuízo material e moral sofrido por cada um desses lesados em razão da doença oriunda da poluição poderá ser aferido individualmente, e sua reparação poderá ser buscada em Juízo, na proporção do dano sofrido por cada um. Nessa hipótese, além do dano ao direito

---

<sup>57</sup> ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**, p. 39; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos e coletivos**, p. 80; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na constituição federal de 1988**, p. 187-200.

difuso (direito ao meio ambiente equilibrado), haverá danos a direitos cujos objetos serão divisíveis (saúde, capacidade laborativa e dignidade individuais), pois a esfera jurídica atingida, em relação a cada um dos lesados, será passível de mensuração individualizada. Estaremos falando, neste particular enfoque, de lesões a direitos individuais homogêneos.

Voltando agora ao exemplo do aumento abusivo na mensalidade de um estabelecimento de ensino, podemos diferenciar o direito coletivo em relação aos direitos individuais homogêneos. O aumento seria ilegal em relação a todos os alunos que estivessem na mesma situação. Não haveria como dizer que foi ilegal em relação a uns, e legal em relação a outros, ou como afastar o aumento em relação a uns, e não em relação a outros. Ante a indivisibilidade do objeto, teremos ofensa a um direito coletivo.

Em meio a esse mesmo contexto, porém, é possível que alguns dos alunos, antes mesmo de sobrevir uma decisão judicial determinando a cessação da incidência do aumento, já tenham pago algumas mensalidades ilicitamente majoradas. Neste caso, nem todos os titulares terão direito à restituição dos valores pagos a maior, mas apenas aqueles que os pagaram. Além disso, mesmo dentre os que pagaram poderá haver diferenças de valores a ser restituídos (sabe-se que as mensalidades desse gênero de serviço variam conforme o ano escolar, os tipos de benefícios de que gozam os alunos, o plano de fidelização), motivo pelo qual o valor a ser restituído variará em relação a cada um dos titulares lesados. Assim, o objeto do direito à restituição de cada um dos titulares seria individualizável, divisível, razão pela qual os direitos à restituição desses valores ilegalmente pagos não consistirão direito coletivo, mas sim direitos individuais homogêneos.

O que possibilita denominar os direitos individuais como “homogêneos” é a identidade de sua origem. O inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC não esclarece se essa origem em comum consiste em homogeneidade de relações jurídicas ou de circunstâncias de fato.

Para a melhor doutrina, essa origem em comum pode ser de fato ou de direito<sup>58</sup>, devendo-se ressaltar que essa comunhão de origem não implica que os direitos tenham se originado de um fato ocorrido num mesmo tempo, e num mesmo lugar. A propósito, confira-se escólio de Watanabe:

A origem comum pode ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias de produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles<sup>59</sup>.

A determinabilidade dos titulares dos direitos individuais homogêneos deve-se à sua natureza: eles são direitos subjetivos individuais. Pela mesma razão, sua defesa judicial pode se dar em ações individuais, embora, dados os entraves que essa modalidade de tutela importa (especialmente se o número de lesados é elevado), a defesa coletiva é não apenas admitida como estimulada pelo CDC.

Para além da origem comum, prevista expressamente em lei, a doutrina<sup>60</sup> e a jurisprudência têm exigido um segundo requisito para a defesa coletiva de interesses individuais homogêneos: que seja recomendável o tratamento conjunto dos direitos ou interesses individuais em razão da utilidade coletiva dessa tutela.

---

<sup>58</sup> BENJAMIN, Antonio Herman V. **A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor**, p. 96; ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, p. 35.

<sup>59</sup> **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 806.

<sup>60</sup> Exigindo número razoável de lesados, merece destaque a lição de Marcelo Abelha Rodrigues, que se vale de dispositivos do próprio CDC para fundamentar tal conclusão: a) o art. 94 prevê a publicação de editais, o que só se justifica quando forem desconhecidos ou incertos aqueles a quem se pretende informar; b) o art. 95 prevê sentença condenatória genérica, não identificando os tutelados por ela, o que só se justifica quando um número considerável tenha sido beneficiado; c) o art. 100 prevê a execução coletiva por *fluid recovery* determinando a análise da extensão do dano, o que demonstra a necessidade de um número considerável de sujeitos tutelados (**Ação civil pública e meio ambiente**, p. 353-354).

Em outras palavras, é mister que, num caso concreto, em razão da eventual presença dos já apontados óbices e inconvenientes da tutela individual, a tutela coletiva mostre-se mais vantajosa. No ponto, fala-se em prevalência da dimensão coletiva sobre a individual.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça só tem admitido ações coletivas em prol de direitos individuais quando haja vantagem (utilidade) em relação à tutela individual, exigindo a existência de um *número razoável* de indivíduos a serem defendidos. A defesa coletiva de um pequeno grupo de indivíduos não se afiguraria útil, se comparada à tutela individual. E, na ausência dessa utilidade, tem-se decretado a carência da ação coletiva por inadequação da via eleita e/ou ilegitimidade ativa, não se reconhecendo, em tais casos, a presença de direitos individuais homogêneos<sup>61</sup>.

#### **5.3.4. Ação civil pública ou ação coletiva?**

A expressão *ação civil pública*, originariamente, não era empregada no sentido de instrumento processual destinado à defesa de direitos transindividuais e individuais homogêneos.

Com efeito, antes da promulgação da LACP, ações civis públicas eram as ações de natureza não penal, ajuizadas pelo Ministério Público. Eram *civis* porque não penais. Eram *públicas* porque ajuizadas por um órgão público: o Ministério Público.

Assim, desde que ajuizadas pelo Ministério Público, eram denominadas ações civis públicas tanto as ações voltadas à defesa de direitos individuais como a ação de interdição de incapaz e a *actio civilis ex delicto*, quanto as ações para tutela do direito difuso ao meio ambiente, amparada no art. 14, § 1.º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981).

---

<sup>61</sup> REsp 823.063/PR, 4.ª T., STJ, Rel. Min. Raul Araújo, j. 14.02.2012, v.u., DJe 22.02.2012; REsp 1.109.335/SE, 4.ª T., STJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 21.06.2011, v.u., DJe 01.08.2011.

Com o advento da LACP, duas mudanças se fizeram sentir. Primeiro, consolidou-se o emprego da locução *ação civil pública* para designar, especificamente, as ações voltadas à defesa de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*. A segunda é que a expressão *ação civil pública* deixou de ser utilizada com exclusividade para as ações ajuizadas pelo Ministério Público, pois a lei atribuiu legitimidade ativa a uma série de entes políticos e, até mesmo, a pessoas jurídicas de direito privado, como é o caso das associações.

Em seguida, com a promulgação do CDC, e a integração entre suas regras processuais e as da LACP (aplicáveis reciprocamente), introduziu-se a possibilidade de se tutelarem coletivamente os interesses individuais homogêneos em geral, e permitiu-se fossem também denominadas como ações civis públicas as voltadas à tutela dessa espécie de interesses individuais.

A adoção da expressão “*ação civil pública*” pela LACP sofre críticas da doutrina. Em suma, não se vê razão para denominá-la como *pública*, seja tendo em conta a natureza dos legitimados para ajuizá-la (associações de direito *privado* também podem fazê-lo), seja em razão do objeto que ela se dispõe a tutelar (as ações não são voltadas à tutela de direitos *públicos*, mas sim de interesses transindividuais e individuais homogêneos). Daí elogia-se o CDC quando, em vez de *ação civil pública*, adotou a locução *ação coletiva* para designar as ações voltadas à defesa desses direitos. De todo modo, a partir de então as controvérsias terminológicas aumentaram.

Em uma acepção mais ampla, a locução *ações coletivas* pode ser empregada para significar o *gênero de ações* onde se faz possível a tutela coletiva, seja dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos<sup>62</sup>. Nesse sentido, pode-se dizer que são *ações coletivas* a ação popular, o mandado de segurança coletivo, e as ações civis públicas (ou coletivas em sentido estrito, conforme os diferentes entendimentos).

---

<sup>62</sup> Shimura, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**, p. 43.

Uma vez que não há consenso quanto ao modo ou mesmo à utilidade de distinguir as locuções *ação civil pública* e *ação coletiva* (no seu sentido estrito), elas serão empregadas neste trabalho, indistintamente, como sinônimas.

Conforme o contexto, o leitor saberá diferenciar quando estivermos significando *ação coletiva* em sentido estrito (como sinônimo de *ação civil pública*), ou em sentido amplo (para se referir, indistintamente, ao gênero de ações coletivas que congrega as ações civis públicas, as ações populares e o mandado de segurança coletivo).

## 6. Princípios do Processo Coletivo

Em sendo um ramo do Direito Processual, os princípios gerais do processo, como o contraditório e a ampla defesa, também se aplicam ao Direito Processual Coletivo Comum. Alguns desses princípios gerais, tanto no processo individual como no coletivo, mantêm idênticas suas características. Outros, porém, quando aplicados ao Direito Processual Coletivo Comum, assumem características peculiares, em razão das diferenças existentes entre o processo coletivo comum e o tradicional processo individual. Tais peculiaridades se manifestam nos princípios do acesso à justiça, da universalidade da jurisdição, da participação no processo, da participação pelo processo e da economia processual, e serão abordadas neste tópico<sup>63</sup>.

Além disso, serão aqui identificados princípios específicos do Direito Processual Coletivo Comum, e que, por tal razão, ajudam a lhe conferir o *status* de disciplina autônoma<sup>64</sup>. São os seguintes: do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo, da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva,

---

<sup>63</sup> Para a análise dessas particularidades, inspiramo-nos em artigo de Ada Pellegrini Grinover, que destaca as nuances que tais princípios assumem no processo coletivo, em comparação com suas manifestações no tradicional processo civil, de natureza individual (**Direito processual coletivo**, p. 11-15).

<sup>64</sup> Quanto aos princípios específicos do direito processual coletivo comum, baseamo-nos na obra **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**, de Gregório Assagra de Almeida (p. 570-579).

da disponibilidade motivada da ação coletiva, da não taxatividade da ação coletiva, do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva, da máxima amplitude do processo coletivo, da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público e da integração entre a LACP e o CDC.

### **6.1. Princípio do acesso à justiça**

Para viabilizar o efetivo acesso à justiça dos titulares dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, para atribuir-lhes uma técnica processual apta a realizar a pacificação do conflito com justiça, o *modo de ser do processo* foi sensivelmente modificado no processo coletivo, especificamente no que toca à legitimação ativa.

Assim, enquanto no processo individual a regra é a legitimação ordinária (apenas o titular do direito material controvertido pode ir a juízo em nome próprio), no processo coletivo foi necessário instituir a legitimação extraordinária como padrão, admitindo-se que determinadas pessoas ou entes compareçam a juízo, em nome próprio, para defender direito ou interesse alheio.

### **6.2. Princípio da universalidade da jurisdição**

Trata-se de princípio estreitamente relacionado com o princípio do acesso à justiça, já que tem por escopo ampliá-lo a um número progressivamente maior de pessoas e de causas.

Se, no processo individual, o alargamento do acesso à justiça limitava-se às lides interindividuais, o desenvolvimento do processo coletivo representou um imenso ganho para a universalização da jurisdição, uma vez que somente ele levou a tutela jurisdicional às massas e aos conflitos de massas.

### 6.3. Princípios da participação no processo e pelo processo

Pode-se falar em dois tipos de princípios processuais da participação: o que assegura a “participação *no processo*” e o que contempla a “participação *pelo processo*”. Participar no processo, em suma, é ter assegurado o direito ao contraditório, ou seja, de ser informado acerca dos atos processuais e de praticá-los. Participar pelo processo, diversamente, é utilizá-lo para influir nos destinos da nação e do Estado, ou seja, é empregá-lo com vistas ao seu escopo político.

No processo civil tradicional, de índole individual, sobressai-se o princípio da participação *no processo*, ao passo que, no processo coletivo, avulta-se a participação *pelo processo*.

O processo coletivo valorizou a participação *pelo processo* ao outorgar aos corpos intermediários (sindicatos e associações em geral) a legitimidade para a defesa em juízo de grandes causas, caracterizadas pelos conflitos de massa, bem como ao outorgar ao cidadão a legitimidade para fiscalizar a gestão da coisa pública e a gestão pública do meio ambiente. Nesse sentir, as ações coletivas têm importante relação com os direitos fundamentais a prestações. Como bem anotou Luiz Guilherme Marinoni<sup>65</sup>:

Tais ações permitem a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que exigem prestações sociais (direito à saúde etc.) e adequada proteção – inclusive contra os particulares (direito ambiental etc.) -, mas além disso tudo, constituem condutos vocacionados a permitir ao povo reivindicar os seus direitos fundamentais materiais.

De outro lado, enquanto no processo individual o contraditório é quase sempre exercido pelo titular do direito material, no coletivo isso é feito por um legitimado extraordinário (o “representante adequado”).

---

<sup>65</sup> Teoria geral do processo, p. 113-114.

Conforme explana Grinover:<sup>66</sup>

Há, assim, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior *pelo processo*, e uma participação menor *no processo*: menor por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, onde o contraditório se exerce pelo chamado representante adequado.

#### **6.4. Princípio da economia processual**

Trata-se do princípio segundo o qual o direito deve resolver os conflitos de interesse empregando o mínimo possível de atividades processuais.

São exemplos de sua aplicação os casos de reunião de processos e decisões conjuntas por conexão e continência, bem como de extinção de processos em razão de litispendência e de coisa julgada. O processo coletivo potencializa o alcance desse princípio, mormente no caso das ações em prol de direitos individuais homogêneos, já que possibilita decidir, num único processo, questões que, relegadas aos métodos convencionais, restariam pulverizadas numa infinidade de ações individuais.

#### **6.5. Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo**

O apego exagerado a questões formais (condições da ação, pressupostos processuais, nulidades, preclusões etc.) tem sido fator de ineficácia do processo individual. Contra ele, advoga-se cada vez com mais contundência o princípio da *instrumentalidade das formas*.

---

<sup>66</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito processual coletivo**, p. 13.

No processo coletivo comum esse princípio deve ser potencializado, pois nele se apresentam os grandes conflitos sociais. Logo, no âmbito processual coletivo é ainda mais necessário o abandono do formalismo excessivo – que descarta dos valores que o processo deve buscar realizar.

Na sociedade de nosso tempo, é por meio de um processo coletivo comum eficaz que o Judiciário soluciona as grandes causas, cumprindo sua função de pacificação social, e, desse modo, legitima sua existência.

Para a consecução de tal escopo – pacificação advinda da resolução dos grandes conflitos sociais –, mais que uma simples intensificação do princípio da instrumentalidade das formas, Gregório Assagra de Almeida visualiza a existência de um verdadeiro novo princípio, por ele denominado *princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo*<sup>67</sup>.

No propósito de mitigar a rigidez formalista, o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos<sup>68</sup>, em seu art. 2.º, arrola expressamente entre os “princípios da tutela jurisdicional coletiva” a *instrumentalidade das formas* (alínea “h”) e a *flexibilização da técnica processual* (alínea “j”); em seu art. 5.º, determina a interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir, admitindo que a parte interessada, até a prolação da sentença, promova sua alteração, desde que não haja prejuízo injustificado à parte contrária e lhe seja garantido o contraditório, e em seu art. 11, institui a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova. Quanto a este último aspecto, revela uma outra faceta do princípio em exame: para o processo coletivo, não basta uma sentença de mérito; há interesse no *melhor julgamento de mérito possível*. Daí a importância de se flexibilizar as regras sobre distribuição do ônus da prova, o que confere maior efetividade à tutela dos interesses transindividuais e individuais homogêneos, nas hipóteses em que a produção da prova é mais difícil

---

<sup>67</sup> **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**, p. 571-572.

<sup>68</sup> Na versão de janeiro de 2007, do Ministério da Justiça, já incorporadas as sugestões da Casa Civil, da Secretaria de Assuntos Legislativos, da PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo.

para o autor da ação coletiva. Entendo ser no mesmo sentido a coisa julgada *secundum eventum probationis* (art. 16 da LACP).

### **6.6. Princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva**

Há várias razões que recomendam que se dê prioridade ao processamento e julgamento dos feitos coletivos em relação aos individuais:

(i) pela solução das lides coletivas, pode-se evitar a proliferação de processos individuais, já que será lícito aos interessados individuais aproveitar-se dos efeitos da coisa julgada coletiva;

(ii) em se priorizando o julgamento dos processos coletivos pode-se, muitas vezes, afastar o indesejável efeito das sentenças individuais conflitantes entre si e com a sentença coletiva;

(iii) a prioridade é recomendada pela regra interpretativa do sopesamento: uma vez que, em geral, o interesse social prevalece sobre os individuais, nada mais justo que dar preferência à solução das lides coletivas.

### **6.7. Princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva**

Dada a relevância social dos interesses objeto das ações coletivas, delas não se pode desistir sem um justo motivo, tampouco se pode simplesmente abandoná-las. Segundo esse princípio, a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva demandam a assunção do polo ativo pelo Ministério Público ou por outro legitimado (LACP, art. 5.º, § 3.º; LAP, art. 9.º). Se a desistência for fundada (motivada), até mesmo o Ministério Público estará dispensado de assumir o polo ativo.

Quando o autor da ação for o Ministério Público, o magistrado poderá se opor a uma desistência que considere infundada ou ao abandono da ação, submetendo tal ato ao controle de um outro órgão do *Parquet*. Defendemos que tal órgão deve

ser o Conselho Superior do Ministério Público, por analogia ao art. 9.º, § 4.º, da LACP, embora haja quem entenda que o órgão apropriado, por analogia ao art. 28 do CPP, seja o chefe da instituição (Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República) <sup>69</sup>.

De todo modo, urge atentar que tal princípio refere-se à disponibilidade *da* ação, mas não de seu objeto. Deste, o autor da ação jamais poderá abrir mão, uma vez que não é seu titular, ou, pelo menos, não é seu titular exclusivo, e sim um mero portador (representante adequado, legitimado extraordinário) dos interesses levados a juízo.

#### **6.8. Princípio da não taxatividade da ação coletiva**

Anteriormente ao advento do CDC, a LACP arrolava, em *numerus clausus*, no seu art. 1.º, as espécies de bens que poderiam ser defendidos por meio de ações civis públicas. Eles se resumiam ao meio ambiente, ao consumidor, e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O CDC, porém, incluiu um inciso IV ao dispositivo citado, tornando possível o manejo das ações civis públicas em prol de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. E, a partir da integração entre o artigo 90 do CDC e o artigo 21 da LACP, também se tornou possível a defesa, via ação civil pública, de quaisquer espécies de interesses individuais homogêneos. Não se pode, desde então, falar em taxatividade dos bens defensáveis por ações coletivas.

Em verdade, antes mesmo do CDC, com a proclamação da Constituição de 1988, já não havia falar mais nessa taxatividade, ao menos no que dizia respeito ao Ministério Público, já que o art. 129, III, outorgou-lhe a promoção da ação civil pública em defesa não apenas do patrimônio público e social e do meio ambiente, mas também “de outros interesses difusos e coletivos”. Do mesmo modo, no inciso

---

<sup>69</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**, p. 1999.

LXX do seu art. 5.º, a CF/88 conferiu a determinados entes a legitimidade ativa para o mandado de segurança coletivo, sem delimitar a natureza dos bens tuteláveis por esse instrumento<sup>70</sup>.

### 6.9. Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum

Trata-se do princípio segundo o qual a imutabilidade dos efeitos da sentença de procedência da ação coletiva beneficia as vítimas e seus sucessores, que, para verem satisfeitas suas pretensões, poderão invocar o direito nela reconhecido, e proceder à liquidação e à execução do título, em proveito individual.

Em outras palavras, elas não precisarão ajuizar ações individuais visando a obter um título judicial: desde que estejam incluídas na situação de fato que motivou a sentença coletiva, poderão utilizá-la para, desde já, promover a sua liquidação e execução no que disser respeito aos seus direitos individuais.

Esse fenômeno também é conhecido como transporte ou extensão *in utilibus* da coisa julgada coletiva, e é assegurado no art. 103, § 3.º, do CDC. Consiste em verdadeira norma de superdireito processual coletivo comum<sup>71</sup>, aplicando-se, por isso, às ações coletivas comuns em geral (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo).

O objetivo desse postulado é potencializar os efeitos benéficos da tutela jurisdicional, fazendo com que uma única sentença possa aproveitar um expressivo número de interessados, otimizando a pacificação dos conflitos sociais, e evitando a proliferação de ações individuais na fase de conhecimento.

---

<sup>70</sup> Embora no caso dos *mandamus* coletivos impetrados pelas organizações sindicais, entidades de classes ou associações a Constituição exija que o remédio seja proposto em defesa do interesse de seus membros ou associados, não define a natureza desses bens, de modo que tampouco aí se pode identificar uma taxatividade.

<sup>71</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**, p. 575.

### **6.10. Princípio da máxima amplitude do processo coletivo**

Conforme tal princípio, para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são cabíveis todas as espécies de ações (conhecimento, cautelar, execução), procedimentos, provimentos (declaratório, condenatório, constitutivo ou mandamental), e medidas, inclusive liminares (cautelares e de antecipação da tutela).

Daí serem possíveis ações civis públicas de conhecimento, cautelares ou executivas, buscando provimentos das mais diversas naturezas, e deflagrando procedimentos e medidas das mais variadas espécies legalmente previstas, desde que necessários e adequados à eficaz tutela do direito em questão.

O substrato legal desse postulado extrai-se da análise conjunta da LACP (arts. 12 e 21) e do CDC (arts. 83 e 90), bem como do princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5.º, XXXV).

### **6.11. Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público**

No processo coletivo comum, caso o autor da ação deixe de executar a sentença, o Ministério Público é obrigado a fazê-lo. No caso da ação civil pública, tal obrigação só incide depois do trânsito em julgado (LACP, art. 15). Já na hipótese da ação popular, basta que exista uma sentença exequível, fato que só ocorrerá, porém, após o julgamento de segunda instância (LAP, art. 16). Por analogia, tais regras aplicam-se também às sentenças homologatórias de acordos judiciais.

### **6.12. Princípio da integração entre a LACP e o CDC**

O Código de Defesa do Consumidor promoveu uma integração entre suas disposições processuais e as normas veiculadas na LACP, ampliando, em muito, a

abrangência das ações civis públicas. O art. 117 do CDC acresceu o art. 21 à LACP, com a seguinte redação:

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

Por outro lado, em seu art. 90, o CDC dispõe, *in verbis*:

Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

O Título III do CDC dispõe sobre a defesa do consumidor em Juízo, e traz, como principais inovações, uma conceituação dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos a possibilidade da defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos e um processo específico para sua tutela, bem como uma disciplina mais aprofundada dos efeitos da coisa julgada coletiva.

Mas as inovações não pararam por aí. Até o advento do CDC, a LACP, em seu art. 1.º, incisos I a III, previa a possibilidade da defesa, via ação civil pública, dos direitos difusos e coletivos relacionados ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. O CDC promoveu-lhe a inclusão do inciso IV, por força do qual a ação civil pública passou a ser empregável na defesa de “qualquer outro direito difuso ou coletivo”.

Essa interação entre os dois diplomas também tornou possível que as ações civis públicas pudessem ser utilizadas para a defesa de interesses individuais homogêneos em geral.

O resultado da conjugação do art. 90 do CDC com o art. 21, que ele introduziu na LACP, é conhecido como *princípio da integração*.

Importa notar que o art. 21 da LACP, quando afirma ser aplicável o Título III do CDC à defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, disse menos do que pretendia. A intenção da lei seria de que todas as normas processuais do CDC são aplicáveis à LACP, no que couber. Isso traria a possibilidade, por exemplo, de se aplicar às ações civis públicas em geral a regra de inversão do ônus da prova (CDC, art. 6.º, VIII), que está fora do Título III do CDC. Abordaremos tal questão com mais vagar quando estudarmos a distribuição do ônus da prova nas ações civis públicas.

De todo modo, é certo que se criou, a partir da simbiose entre os dois diplomas, um verdadeiro microssistema de tutela jurisdicional coletiva, do qual já dissemos que a LACP e o CDC são os diplomas centrais.

Vistos alguns dos principais aspectos do direito processual coletivo, passamos, na sequência, à análise de outro tema fundamental para a compreensão da problemática posta: o ônus da prova.

## II. ÔNUS DA PROVA

### 1. Breves noções sobre prova

O vocábulo *prova* vem do latim *probatio* e, em sentido lato, significa “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade”.<sup>72</sup>

A noção de prova está presente em todas as manifestações da vida humana e transcende o campo do Direito<sup>73</sup>. Trata-se de noção comum a todos os ramos da ciência, como elemento para a validação dos processos empíricos.

Em senso jurídico, o vocábulo prova pode assumir diferentes conotações. Pode significar os instrumentos de que se serve o juiz para o conhecimento dos fatos submetidos à sua análise, designando o meio de prova considerado em si mesmo (testemunhal, documental, pericial etc.). Pode representar o procedimento por meio do qual tais instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo – esse é o espaço em que se alude à produção da prova. Também pode designar a atividade lógica, desenvolvida pelo magistrado, para o conhecimento dos fatos. E, finalmente, pode representar o resultado da atividade lógica do conhecimento.

Em interessante construção, Humberto Theodoro Junior<sup>74</sup> conceitua a prova sob dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. Na primeira ótica (objetiva), a prova pode ser enxergada como o instrumento ou o meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.). Já no aspecto subjetivo, a prova é vista como a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

---

<sup>72</sup> NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis**, p. 14.

<sup>73</sup> ECHANDÍA, Hermande Devis. **Teoria general de La prueba judicial**, p. 9.

<sup>74</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual e processo de conhecimento**, v. 1, p. 421-422.

O aspecto relativo à convicção do juiz tem merecido acentuada importância. Giuseppe Chiovenda, por exemplo, define prova como “a convicção do juiz sobre a existência, ou não, de fatos relevantes no processo”.<sup>75</sup> Nessa mesma linha, Liebman define prova como sendo “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”<sup>76</sup>. Jaime Guast, a seu turno, considera a prova como o conjunto de operações destinadas a obter a convicção psicológica do julgador a respeito de um determinado dado processual<sup>77</sup>.

Seja como for, em todas essas construções observa-se a nítida vinculação à ideia de que a prova se destina à reconstrução de um fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência.

Sem o objetivo de exaurir a multiplicidade de conceitos de prova existente na doutrina, é interessante notar que a existência ou inexistência dos fatos – e não das afirmações<sup>78</sup> – sobre os quais versa a lide, constituem o objeto da prova<sup>79</sup>, cuja finalidade é a formação da convicção do seu destinatário, que é o juiz.

São três os princípios fundamentais formadores da teoria geral da prova: o *ônus da prova*<sup>80</sup>, que é uma consequência do ônus de afirmar; a *necessidade da prova*, segundo a qual o juiz só deve decidir com base nos fatos alegados e provados pelas partes no processo; e, finalmente, a *contradição da prova*, que significa permitir à parte, contra quem se produz a prova, o direito de conhecê-la, de impugná-la e de produzir contraprova, antes que o juiz a utilize como elemento de convicção em sua sentença.

---

<sup>75</sup> **Instituições de direito processual civil**, vol. 3, p. 91.

<sup>76</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto proessuale civile – Principi**, p. 318.

<sup>77</sup> **La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales**, p. 393.

<sup>78</sup> CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**, p. 68.

<sup>79</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, p. 339.

<sup>80</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Teoria geral do processo civil**, p. 299. Para o autor, embora a questão sobre quem deva provar não integre propriamente o capítulo dos chamados princípios fundamentais, é lícito incluí-la ao lado destes, para simplificar a exposição e reduzi-la à dimensão desejada. Pretende-se aqui, neste tópico inicial do Título II, aproveitar o mesmo raciocínio do ilustre jurista.

No que toca à apreciação da prova, são três os sistemas que podem ser acolhidos pelos ordenamentos processuais: o da *prova legal*, em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; o da valoração *secundum conscientiam*, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; e o da chamada *persuasão racional* ou do *livre convencimento*, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados<sup>81</sup>. Este o sistema adotado por nossa legislação.

Tecidas estas noções preliminares sobre a prova, e considerando que o objetivo do presente estudo reside na controvérsia existente sobre quem deve assumir o risco pela não produção da prova nas ações civis públicas, tem-se por relevante a análise mais aprofundada do perfil dogmático do ônus da prova, com destaque para as regras de distribuição deste ônus existentes tanto no Código de Processo Civil como no Código de Defesa do Consumidor.

## 2. Conceito de ônus e de ônus da prova

Provar não é um dever jurídico, mas uma condição para alcançar uma maior chance de convencimento do juiz; em sentido técnico, fala-se, então, em *ônus da prova*. Antes, porém, de analisar especificamente essa categoria jurídica, cumpre examinar o conceito de *ônus*.

A expressão *ônus* vem do latim “onus”, que significa carga, fardo, peso, gravame. A doutrina é unânime em dotá-lo de autonomia conceitual, não o confundindo com a obrigação, com o direito subjetivo ou com outras situações jurídicas, além de afirmar que se trata de uma noção fundamental, quer para a teoria geral do direito, quer para a ciência do processo<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo civil**, p. 351-352.

<sup>82</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**, p. 23.

Goldschimidt a ele se refere como imperativo do próprio interesse”<sup>83</sup> (definição adotada por inúmeros autores, de Couture a Dinamarco). De forma similar, afirma Carnelutti ser o ônus “*una facultad, cuyo ejercicio es necesario para el logro de un interés*”<sup>84</sup>.

Essa situação jurídica está no mesmo grupo dos *poderes e facultades*<sup>85</sup>, porque o sujeito tem *liberdade* para a realização do ato, que reverte em seu próprio benefício e cuja não realização pode acarretar-lhe, apenas, consequências desfavoráveis. Não se trata de obrigação, pois não cria para outrem o direito de exigir o seu cumprimento. Quem descumpra a um ônus não pratica ato ilícito. Pelo contrário, o adversário não deseja outra coisa, senão que a parte deixe de desincumbir-se de seu ônus de fundamentar, de provar, de comparecer, de contestar, de recorrer etc.

A partir de tais lições, o ônus pode ser definido como a liberdade de realização de certos atos ou condutas previstas em uma norma jurídica, para a satisfação de um interesse próprio, sem sujeição nem coerção, e sem que exista um outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância pode acarretar consequências desfavoráveis à própria parte onerada<sup>86</sup>.

Embora não se trate de categoria exclusiva do direito processual, é neste campo que os ônus têm maior aplicação, haja vista que a existência do processo, do nascimento à extinção, é marcada por uma sucessão de ônus processuais (de demandar, de alegar, de contestar, de requerer a produção de provas, de provar, de recorrer etc.).

No que toca ao ônus da prova, impende destacar que ele apresenta uma característica específica em relação à categoria de ônus em sentido geral: a parte

---

<sup>83</sup> GOLDSCHIMIDT, James. *Derecho procesal civil*, p. 203.

<sup>84</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, p. 65.

<sup>85</sup> CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 330.

<sup>86</sup> ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de La prueba judicial*, p. 420-421.

onerada pode obter um resultado favorável mesmo sem cumprir o seu ônus, isto é, ainda que sem produzir prova<sup>87</sup>.

Dito de outro modo, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir; mas se não o fizer nem por isso será automaticamente prejudicado, já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes (CPC, art. 131).

Isso indica, claramente, que a produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova verá aumentado o risco de uma decisão desfavorável. Como bem observa o professor Nelson Nery Junior, “o não atendimento do ônus da prova coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho da causa”<sup>88</sup>.

Vê-se, assim, que a ideia de ônus da prova não tem o objetivo de ligar a produção da prova a um resultado favorável, mas sim o de relacionar a produção da prova a uma maior chance de convencimento do juiz<sup>89</sup>.

### 3. Fundamento do ônus da prova

O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem. Nas hipóteses em que o bem-estar social é turbado pela existência de conflitos entre pessoas, o Estado se vale da função jurisdicional para, eliminando os conflitos, devolver à sociedade a paz desejada (escopo social da jurisdição)<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> Cândido Rangel Dinamarco, na página 237 da obra **A instrumentalidade do processo**, enfatiza a existência de *ônus absolutos ou relativos (perfeitos ou menos perfeitos)*, conforme seu descumprimento conduza fatal e invariavelmente à consequência desfavorável ou prive inexoravelmente o sujeito de uma situação vantajosa possível – ou somente torne improvável a vantagem ou provável prejuízo.

<sup>88</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**, p. 608.

<sup>89</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**, p. 179.

<sup>90</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria**

Todos os pretensos direitos subjetivos que podem figurar nos litígios a serem solucionados pela atividade jurisdicional se originam de fatos (*ex facto ius oritur*). Por essa razão, o autor, quando propõe a ação, e o réu, quando oferece sua resposta, não de invocar fatos e de sua adequação ao direito objetivo, o juiz extrairá a solução do litígio que será revelada na sentença.

O direito é de conhecimento do juiz (*iura novit curia*) e, salvo exceções, não exige prova<sup>91</sup>. Se no ordenamento jurídico o juiz encontra lacunas, obscuridades ou contradições, pode afastá-las mediante o emprego de técnicas que lhes são familiares (caso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito)<sup>92</sup>. Os fatos, ao contrário, quase sempre exigem prova para gerar no órgão judicial a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência<sup>93</sup>.

Contudo, não raras vezes, diante de um material probatório insuficiente, o órgão julgador não se convence da existência dos fatos que dão suporte à aplicação da norma jurídica cujos efeitos são pretendidos pelas partes. Nesses casos, como proceder? No direito romano, na fase do *ordo iudiciorum privatorum*, havendo dúvidas quanto à existência dos fatos que serviam de pressupostos concretos à aplicação da norma abstrata, o juiz estava autorizado a abster-se de qualquer pronunciamento sobre o mérito da causa: ele declarava encerrado o processo, sem acolher nem rejeitar o pedido, jurando *sib non liquere*<sup>94</sup>. Semelhante “solução”, todavia, não foi adotada pelo nosso direito (art. 126 do CPC) nem pelo direito de vários outros países.

---

geral do processo, p. 41.

<sup>91</sup> Nos termos do art. 337 do CPC, “a parte que alegar direito municipal, estadual ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”.

<sup>92</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Julgamento e ônus da prova**, p. 73.

<sup>93</sup> Segundo o art. 334 do CDC, “não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

<sup>94</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, op. cit., p. 74.

Ao juiz moderno e mesmo ao magistrado romano, na fase da *extraordinária cognitio*, a decisão da controvérsia é inafastável e deve ocorrer mesmo num cenário de dúvida<sup>95</sup>.

Assim, como mesmo diante de material probatório incompleto o juiz está obrigado a julgar (impossibilidade de pronunciamento *non liquet*), a regra do ônus da prova se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz ou, em outros termos, a dar ao magistrado não convencido a possibilidade de decidir.

A essência do ônus da prova é precisamente a de autorizar o pronunciamento judicial (no mérito) nos casos de dúvida, indicando o conteúdo da decisão. Com isso, evita-se o *non liquet*, que representaria inadmissível renúncia ao exercício da jurisdição, ao mesmo tempo em que se impedem decisões arbitrárias por parte do juiz, fundadas em preferências ou preconceitos pessoais<sup>96</sup>.

#### 4. Estruturação do ônus da prova: aspectos objetivo e subjetivo

Estruturalmente, segundo reconhece a doutrina, o ônus da prova pode ser compreendido sob dois aspectos: um objetivo e outro subjetivo<sup>97</sup>.

Sob o aspecto objetivo, o ônus da prova constitui uma *regra de julgamento*, dirigida ao juiz, que indica como ele deverá julgar caso não encontre a prova dos fatos. Estabelece qual dos litigantes há de sofrer as consequências negativas da falta de prova deste ou daquele fato, pois alegar e não provar é como não alegar (*allegatio et non probatio quase non allegatio*).

---

<sup>95</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**, p. 19.

<sup>96</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**, p. 117-120.

<sup>97</sup> Fala-se também, no direito europeu, em ônus objetivo e subjetivo da prova, para indicar, respectivamente, a incidência desta regra como proposição de julgamento e procedimento (ROSENBERG, Leo. **La carga de La prueba**, p. 15-16).

Nesse viés objetivo, o ônus da prova é uma exigência prática. Isso porque, não sendo possível a pronúncia judicial *non liquet*, se não existisse esse mecanismo de resolução das dúvidas, dar-se-ia ensejo à denegação de justiça, em clara ofensa ao princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, da CF). Trata-se, igualmente, de um critério de racionalização da dúvida para, além de possibilitar o julgamento, evitar, mediante a disciplina de um modelo legal preexistente, o arbítrio judicial<sup>98</sup>.

Já sob o aspecto subjetivo, o ônus da prova volta-se para as partes, advertindo-as, como exige o contraditório, das consequências da não demonstração dos fatos alegados e conseqüentemente estimulando-as a participar da instrução probatória. Daí ser correto dizer que se trata de *regra de conduta*, dirigida às partes.

Tratando do ônus subjetivo, ensina Barbosa Moreira<sup>99</sup>:

O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, a propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (ônus subjetivo ou formal).

Vê-se, portanto, que a categoria jurídica do ônus da prova tem duas faces: uma voltada para as partes, indicando quais fatos cada uma deverá demonstrar para afastar o risco de um provimento desfavorável. É o aspecto subjetivo. E outra voltada para o órgão julgador, conferindo-lhe uma regra de julgamento para o cumprimento de seu dever de decidir, mesmo ausentes quaisquer provas. É o aspecto objetivo<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 327.

<sup>99</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, op. cit., p. 74-75.

<sup>100</sup> BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova. Estudos de direito**, p. 66.

#### 4.1. A prevalência do aspecto objetivo (regra de julgamento)

Embora se reconheça a importância dos dois aspectos do ônus da prova acima apontados, a rigor, as regras sobre ônus da prova são essencialmente *regras de julgamento* (= prevalência do aspecto objetivo) e *de aplicação subsidiária*.

Com efeito, ainda que o juiz não se convença acerca da realidade fática discutida no processo, ele deve pronunciar uma sentença de mérito (impossibilidade de pronunciamento *non liquet*). Tal é a função da regra de julgamento fundada no ônus da prova: permitir que o juiz alcance o conteúdo da decisão que deverá ser proferida em caso de não-reconstrução satisfatória dos fatos que integram o *thema probandi*. E, como se colhe das obras dedicadas ao estudo do tema, o aspecto essencial do ônus da prova reside precisamente nessa função<sup>101</sup>. Desse teor o ensinamento de Rosenberg:

“A essência e o valor das normas sobre o ônus da prova consistem nesta instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve pronunciar, em um caso em que não se pode comprovar a verdade de uma afirmação de fato importante”<sup>102</sup>.

Entre nós, assim, também, manifesta-se Barbosa Moreira, dizendo que “o órgão judicial só tem de preocupar-se, a rigor, como o aspecto *objetivo* do ônus da prova, não com o seu aspecto *subjutivo*”<sup>103</sup>.

Sérgio Cruz Arenhart acolhe o mesmo entendimento, ao prelecionar que a regra de ônus da prova é determinação voltada ao juiz, para apontar-lhe como deve julgar a causa diante da impossibilidade concreta de produzir-se a prova sobre determinada alegação de fato<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, op. cit., p. 154.

<sup>102</sup> ROSENBERG, Leo, op. cit., p. 2.

<sup>103</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos, op. cit., p. 75.

<sup>104</sup> **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**, p. 30.

No ponto, uma observação se faz necessária: se, por um lado, é praticamente incontroversa a natureza de regra de julgamento do instituto do ônus da prova, por outro, há forte controvérsia sobre a natureza das regras que modificam este ônus – se de julgamento ou de procedimento. Dessa controvérsia cuidaremos mais adiante (*infra*, tópico, n. 7.2), quando analisarmos a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º. VIII, do CDC.

Diz-se, ainda, que sua aplicação é subsidiária porque chega a ser dispensável o emprego da regra do ônus da prova caso o juiz forme sua convicção pelas provas produzidas nos autos. A propósito, confira-se o ensinamento de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>105</sup>:

“As regras sobre o ônus da prova constituem a ‘última saída para o juiz’, que não pode deixar de decidir. São necessárias, mas devem ser tratadas como exceção, pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções.”

Embora a doutrina tenha consagrado a prevalência do aspecto objetivo do ônus da prova, por repercutir diretamente sobre o julgamento do mérito, não se pode negar a importância do seu aspecto subjetivo, alegando, por exemplo, tratar-se de fenômeno psicológico e não jurídico. Semelhante opção, além de antihistórica<sup>106</sup>, ignora que o estímulo à atividade instrutória das partes tem precisamente o propósito de evitar que o julgamento seja feito mediante a aplicação de regras como as do art. 333 do nosso CPC<sup>107</sup>.

Na realidade, os dois aspectos do ônus da prova não são excludentes, mas sim complementares, representando apenas duas faces de um mesmo fenômeno. Afinal, ciente a parte de que a ausência de prova sobre certo fato poderá vir em seu

---

<sup>105</sup> **Poderes instrutórios do juiz**, p. 130.

<sup>106</sup> Leo Rosenborg informa que o aspecto objetivo do ônus da prova somente passou a ser percebido no final do século XIX, depois da obra do alemão Julius Glaser (*La carga de la prueba*, p. 34).

<sup>107</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**, p. 122.

prejuízo, terá ela motivação suficiente para empenhar-se em produzir prova sobre aquele fato, de forma a evitar a superveniência do gravame (pelo menos é o que se espera, pois provar é necessário – em princípio – para vencer<sup>108</sup>, e a parte busca no processo - e pelo processo – a prevalência do seu interesse sobre o interesse contrário do adversário).

Em outras palavras, se a regra do ônus da prova tem em mira, primariamente, a figura do juiz (aspecto objetivo), não se pode negar que ela exerce, de forma reflexa, influência sobre a conduta das partes (aspecto subjetivo), já que os riscos da insuficiência de provas para formação de convicção judicial projetam-se sobre os litigantes.

#### 4.2. Ônus da prova e poderes instrutórios do juiz

De acordo com o art. 130 do CPC, “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. O art. 333 do CPC, a seu turno, estabelece as regras concernentes ao ônus da prova: ao autor compete provar o fato constitutivo de seu direito; ao réu, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo desse direito.

Respeitadas vozes<sup>109</sup>, conjugando esses dois dispositivos legais, entendem que as regras referentes ao ônus da prova implicam verdadeiro limite aos poderes instrutórios do juiz. Nesse sentir, o juiz somente poderia determinar, *ex officio*, a produção de provas, em caráter *subsidiário*, vale dizer, quando, após o desenvolvimento da atividade probatória pelas partes, permanecesse em estado de dúvida. Ou seja, diante da omissão da parte na apresentação da prova que lhe competia, o provimento ser-lhe-á desfavorável, não devendo o juiz diligenciar no sentido de complementar a instrução.

---

<sup>108</sup> “A necessidade de provar para vencer, diz Wilhelm Kisch, tem o nome de *ônus da prova*” (MARQUES, Frederico. **Manual de direito processual civil**, p. 193).

<sup>109</sup> LOPES, João Batista. **Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional**, p. 37.

Os defensores dessa tese alegam que a outorga de poderes instrutórios ilimitados ao juiz afrontaria a igualdade de tratamento entre as partes (art. 125, I, do CPC), comprometeria a imparcialidade do órgão julgador e implicaria eliminação das regras sobre o ônus da prova.

Em sentido diverso, prestigiada doutrina<sup>110</sup> tem admitido a possibilidade de o juiz determinar desde logo e em caráter principal a produção das provas que entender necessárias ao julgamento da lide, sem que isso importe no esvaziamento do ônus da prova ou na quebra da imparcialidade do órgão julgador. Essa posição considera o ônus da prova uma regra de julgamento (aspecto objetivo), que deve ser levada em consideração pelo juiz apenas no momento de julgar, caso a prova reste frustrada.

A nosso ver, esta segunda opinião é a que melhor se harmoniza com a orientação do CPC atual, que não consagra o princípio dispositivo em sua plenitude. Com efeito, se a parte tem a disposição da ação, que só pode ser ajuizada por ela, o impulso do processo, após o ajuizamento, é oficial<sup>111</sup>. Além do interesse da parte, em jogo na lide, há o interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do direito. Mesmo nos processos que versem sobre direitos disponíveis, há sempre um interesse público subjacente: o de que seja proferida a melhor sentença possível, para que se dê efetividade ao processo e garanta-se àquele que tem razão uma tutela jurisdicional adequada. Por esse motivo, o juiz, no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa.

Embora sejam amplos os poderes instrutórios do juiz, há limites impostos pela técnica processual. Assim acontece, por exemplo, quando o réu deixa de

---

<sup>110</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 430; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Julgamento e ônus da prova**, p. 76.

<sup>111</sup> No que se refere à participação do juiz no conjunto probatório, José Roberto dos Santos Bedaque defende que o CPC brasileiro adotou o modelo europeu-continental do *inquisitorial system* (aquele em que o processo, uma vez instaurado, se desenvolve por impulso oficial), repelindo o *adversarial system* do sistema anglo-saxão (no qual o processo, uma vez instaurado, se desenvolve por disposição das partes). **Poderes instrutórios do juiz**, p. 102-103.

contestar a ação e esta não versa sobre direitos indisponíveis, ou quando, na contestação, deixa de impugnar precisamente os fatos ou algum fato narrado na inicial. Nesses casos, ocorre presunção legal de veracidade dos fatos que se tornaram incontroversos (arts. 319 e 302) e ao juiz não será dado produzir prova de sua iniciativa para contrariar a presunção<sup>112</sup>.

Nessa quadra, não parece acertada a ideia de que a concessão de poderes instrutórios ao juiz implicaria eliminação das regras sobre o ônus da prova. Tal ilação encara o ônus da prova apenas e tão somente sob o prisma subjetivo; e, conforme já destacamos, as regras sobre ônus da prova são essencialmente *regras de julgamento* (= prevalência do aspecto objetivo).

Na verdade, quando se percebe que as provas podem não ser suficientes, ainda que o juiz possa determiná-las de ofício e não deva considerar a sua proveniência, torna-se mais evidente a importância da regra do ônus da prova como regra de julgamento<sup>113</sup>. Afinal, se o resultado da atividade instrutória se mostrar suficiente para esclarecer o julgador sobre os fatos alegados pelas partes, irá ele decidir com base nas provas trazidas para os autos, sem se importar como elas ali chegaram. Quando, porém, o conjunto probatório não permitir a conclusão segura sobre os fatos controvertidos, ainda que as partes e o próprio juiz tenham esgotado os esforços para prová-los, incidirão inexoravelmente as regras legais referentes ao ônus da prova.

Por outro lado, não há que se falar em comprometimento da imparcialidade do juiz que determina *ex officio* a realização de uma prova. A esse respeito, precisas são as palavras de Barbosa Moreira<sup>114</sup>:

Ao juiz, como órgão de Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele

---

<sup>112</sup> Os limites do trabalho não comportam maiores discussões sobre tão relevante tema. Para visão mais completa a respeito dos poderes instrutórios do juiz, vide, por todos, José Roberto dos Santos Bedaque, **Poderes instrutórios do juiz**.

<sup>113</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**, p.192-193.

<sup>114</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz e a prova**, p. 180.

que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada pelo juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade.

Seguindo a mesma trilha, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que a iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. Ao se pronunciar a esse respeito, a colenda Corte Superior proclamou que “a doutrina processual mais recente combate a assertiva de comprometimento da imparcialidade do magistrado, defendida, entre outros, por Liebman, e admite a iniciativa probatória do juiz, ainda que de ofício”<sup>115</sup>.

O fato é que o poder instrutório do juiz previsto no art. 130 não se subordina às regras sobre o ônus da prova; e não as afeta, porquanto são questões a serem solucionadas em momentos diversos. O julgamento segundo o ônus da prova só deve sobrevir depois que se esgotarem todos os meios. E, na oportuna advertência de Barbosa Moreira, “não está dito em parte alguma que entre esses meios não possa figurar a iniciativa oficial do juiz”<sup>116</sup>.

Essa leitura da norma insculpida no art. 130 do CPC reforça a tese, por nós já anotada, no sentido de que o ônus da prova é regra de julgamento e de *aplicação subsidiária*. Afinal, não há dúvida de que a atividade instrutória oficial pode reduzir os casos em que seja necessário recorrer às normas de distribuição dos riscos pela obscuridade dos fatos. Vale dizer, se além das partes também o juiz desenvolve esforços para obtenção da prova, maior a possibilidade de formação de seu convencimento, o que diminui, na mesma proporção, a necessidade de se apelar para a distribuição dos encargos do art. 333 do CPC, propiciando, assim, julgamentos mais adequados à realidade fática.

Frise-se, demais disso, que o fato de o juiz poder considerar todas as provas trazidas aos autos e, inclusive, determiná-las de ofício não elimina a necessidade de

---

<sup>115</sup> REsp 345436/SP, 3ª T., STJ, Rel. Min. Nancy Andrigui, DJU 13.05.2002.

<sup>116</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O juiz e a prova**, p. 181-182.

que as partes saibam, de antemão, o que devem provar (aspecto subjetivo do ônus da prova). Aliás, as partes é que estão em condições de conhecer os fatos – que realmente importam para a demonstração do fato principal – e as provas que podem colaborar para a elucidação do litígio.

Em síntese, é fundamental perceber que o ativismo judicial pertinente à instrução probatória jamais eliminará a importância da regra do ônus da prova em sentido objetivo (*como regra de julgamento dirigida ao juiz*) e em sentido subjetivo (*como regra de conduta dirigida às partes*).

## 5. Critérios gerais para a distribuição do ônus da prova

Desde o direito romano sentia-se a necessidade prática de estabelecer critérios gerais para a distribuição do ônus da prova entre as partes no processo. Naquela época, a *posição ocupada pelos litigantes* era de suma importância para a distribuição do ônus probatório: o fato afirmado pelo autor, por ele devia ser provado; o réu, a seu turno, se oferecesse uma *exceção*, fazia as vezes de autor, devendo, igualmente, provar a sua alegação<sup>117</sup>.

Durante o período medieval prevaleceu o critério baseado na *qualidade dos fatos afirmados* (positivos ou negativos), segundo o qual as negativas não deveriam ser objeto de prova.

Diante da insuficiência do critério baseado na posição ocupada pelas partes no processo (os juristas clássicos perceberam que o fato de uma alegação ter sido feita na *intentio* ou na *exceptio* não definiria necessariamente a parte onerada da prova) e da invalidade da teoria das negativas (esse critério é rechaçado como regra geral para a distribuição do ônus da prova pela doutrina processual atual, haja vista que a máxima *negativa non sunt probanda* é parcialmente verdadeira, aplicando-se apenas às negativas indefinidas, cuja prova se tem como impraticável<sup>118</sup>), a

---

<sup>117</sup> BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova**, p. 52.

<sup>118</sup> TUCI, Rogério Lauria. **Verbete *onus probandi***, p. 102.

pesquisa destinada a estabelecer um critério seguro para a distribuição do ônus da prova traduziu-se em árdua e longa tarefa da doutrina.

As várias teorias que procuram explicar os critérios de distribuição podem ser classificadas, como o fez Alfredo Buzaid<sup>119</sup>, em antigas e modernas.

De inspiração civilística, as antigas (Bentham, Webber, Bethmann-Hollweg, Fitting, Gianturco e Demogue) formaram-se principalmente em torno da exegese dos textos romanos<sup>120</sup>.

O *critério da normalidade*, presente em quase todas as teorias antigas, também repercutiu nas ideias de insignes processualistas do século passado. Em apoio à classificação dos fatos em constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, a normalidade foi frequentemente utilizada para explicar a repartição dos riscos da ausência de prova entre as partes nas teorias modernas. Além das ideias provindas principalmente da doutrina alemã, merece destaque a codificação civil francesa, quer sobre as codificações que seguiram seus passos (caso das legislações italiana, espanhola e holandesa), quer sobre o desenvolvimento das teorias modernas, fundadas na *natureza dos fatos* (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos).

Nessa quadra, o Código Civil napoleônico estabeleceu o princípio legal (art. 1315) segundo o qual quem demanda a execução de uma obrigação deve prová-la; e quem pretende liberar-se deve provar o pagamento ou o fato que produziu a sua extinção. O primeiro passo dos estudiosos foi atribuir caráter geral a esse princípio<sup>121</sup>. Vale dizer: das relações obrigacionais, a sua aplicação foi estendida às demais hipóteses, atribuindo-se genericamente ao autor o ônus da prova dos fatos deduzidos em juízo como fundamento de seu direito, e ao réu, o encargo da prova dos fatos sobre os quais fundamenta a paralisação ou a extinção da pretensão adversária.

---

<sup>119</sup> Ibid., p. 45.

<sup>120</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**, p. 95-105.

<sup>121</sup> Ibid., p. 107.

A teoria fundada na natureza dos fatos, conjugada à posição assumida pelas partes no processo, teve profunda repercussão na doutrina e na legislação de diversos países. Adotada por Chiovenda, Carnelutti, Betti e outros ilustres juristas, Echandia observa que essa teoria foi consagrada em muitos códigos, como o italiano (art. 1312), o espanhol (art. 1315), o chileno (art. 1315) e o colombiano (art. 1757)<sup>122</sup>.

A despeito do inegável avanço que essa teoria representou, seja em relação aos critérios desenvolvidos no direito romano, em que o ônus da prova repartia-se em conformidade com a posição que as partes ocupavam no processo, seja em relação às ideias desenvolvidas no período medieval, em que a qualidade dos fatos (positivos ou negativos) ocupou grande importância, também foi objeto de fortes críticas, justamente por não estabelecer um critério geral e seguro para a distribuição do ônus da prova<sup>123</sup>.

Com efeito, não basta dizer que o autor é onerado da prova dos fatos constitutivos e o réu, dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos. Além da dificuldade de se estabelecer, em cada caso, a distinção entre essas categorias, não raras vezes o demandante afirma circunstâncias impeditivas ou extintivas, hipóteses em que o ônus da prova lhe incumbe.

Como anota Hugo Alsina, um fato impeditivo, extintivo ou modificativo pode fundamentar uma demanda, e é isso que se dá com frequência nas ações declaratórias. O autor, nesses casos, deverá provar o fato que impediu, extinguiu ou modificou a constituição de uma relação jurídica<sup>124</sup>.

É esse também o pensamento de Cândido Rangel Dinamarco<sup>125</sup>, para quem nenhum ato ou fato juridicamente relevante é em si mesmo constitutivo, impeditivo, extintivo ou modificativo de direitos. A capacidade de constituir, impedir, extinguir ou

---

<sup>122</sup> ECHANDIA, Hermande Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, p. 467.

<sup>123</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, op.cit., p. 117.

<sup>124</sup> *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, vol. 3, p. 257.

<sup>125</sup> *Instituições de direito processual civil*, v. 2, p. 260-261.

modificar revela-se sempre em relação à finalidade com que o ato é alegado em cada litígio.

Nesse sentir, em clássico exemplo, o renomado autor aponta que a incapacidade do agente é fato impeditivo quando alegada pelo réu, em defesa, na ação em que o autor quer fazer valer um contrato. E assim é porque o contrato terá deixado de produzir os efeitos programados, caso realmente seja incapaz o agente. Mas a mesma incapacidade é fato constitutivo do direito de quem tiver vindo a juízo, como autor em pedido de ação declaratória deste: é da concreta ocorrência desse fato que emerge a *sanctio juris* consistente na retirada de eficácia do contrato impugnado.

Percebeu-se, assim, que a distinção entre fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, com fundamento em critério puramente processual (posição das partes no processo), não solucionava satisfatoriamente a questão do ônus da prova. Diante da insuficiência do critério fundado na natureza dos fatos afirmados, fez-se necessário o desenvolvimento de novos critérios, a partir dos quais fosse possível estabelecer uma regra geral e segura para a distribuição do ônus da prova.

As teorias desenvolvidas por Leo Rosenberg, na Alemanha, e Gian Antonio Micheli, na Itália, são citadas pela doutrina como as que mais contribuíram para o desenvolvimento de critérios mais eficazes para a distribuição do ônus da prova, e que, atualmente, podem ser considerados sedimentados.

Autor de uma das mais importantes obras específicas sobre o tema, Leo Rosenberg construiu uma teoria marcada pela prevalência do direito material na distribuição do ônus da prova. Segundo Rosenberg, cada parte tem o ônus da prova com relação aos pressupostos da norma jurídica cujo efeito reclama, independentemente da posição que ocupa no processo<sup>126</sup>. O autor deve provar a realização dos pressupostos da norma sobre a qual funda sua pretensão. E o réu deve provar os pressupostos da norma em virtude da qual alcança o rechaço da

---

<sup>126</sup> *La carga de la prueba*, p. 158.

demanda. Não se trata de fatos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos, mas dos pressupostos nas normas constitutivas, impeditivas etc., mesmo porque o fundamento do direito está na norma, e não dos fatos: “Os fatos produzem seus efeitos sobre as relações jurídicas não por si mesmos, mas sim em virtude dos preceitos jurídicos”<sup>127</sup>.

Sem ignorar a relevância do valor desempenhado pelas regras substanciais, a teoria desenvolvida por Micheli acrescenta a importância de outro critério, de índole processual, consistente na identificação da pretensão do autor e dos efeitos pleiteados mediante o processo<sup>128</sup>. Analisando o fenômeno do ponto de vista do autor, tem-se que este sempre pede um efeito jurídico. E são as normas de direito material que definem os fatos que devem ser provados para a produção do efeito almejado.

Na teoria de Micheli, portanto, para se obter a qualificação do fato relevante, é preciso identificar a pretensão do autor e os efeitos pleiteados mediante o processo, bem como relacioná-los às normas de direito material aplicáveis. Ou seja, a norma aplicável estabelece a relação entre a parte e o efeito jurídico pretendido.

Aproximando as teorias de Micheli e Rosenberg, sob o argumento de que a essência de ambas é a mesma, Echandía formula uma regra distributiva geral, segundo a qual “a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressuposto à norma que consagra o efeito jurídico por ela perseguido, qualquer que seja sua posição processual”.<sup>129</sup> Sobre tais critérios, anota Boaventura que, ressalvadas pequenas variações, a doutrina específica parece pacífica<sup>130</sup>.

Em última análise, apurada a insuficiência de critérios puramente processuais para definir a natureza de um fato, a conclusão fundamental a que a doutrina especializada chegou é a de que a qualificação dos fatos só pode ser feita por meio

---

<sup>127</sup> Ibid., p. 99.

<sup>128</sup> MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*, p. 498.

<sup>129</sup> ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*, p. 490.

<sup>130</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, op. cit., p. 117.

da análise das pretensões deduzidas em juízo e das normas substanciais que estão na base da relação jurídica controvertida.

### **5.1. Distribuição do ônus da prova no CPC (insuficiência dos critérios vigentes)**

Conforme visto, tendo sido vedado pelo direito positivo brasileiro o *non liquet* em caso de incerteza do julgador quanto à matéria de fato relevante para o deslinde da causa, faz-se necessário disciplinar quem deve sofrer as consequências da prova frustrada, o que é feito entre nós pelo art. 333 do CPC, que assim dispõe:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parece desnecessário dizer que a regra geral de distribuição do ônus da prova estabelecida no citado dispositivo legal encampou as teorias formuladas com base na natureza dos fatos (*constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos*) e na posição assumida pelas partes em juízo, analisadas no item anterior.

Embora essas teorias tenham representado importante avanço nos critérios distributivos do ônus da prova, vimos que elas não são idôneas para servir de critério geral. Isso porque, ao estabelecer que ao autor incumbe a prova do fato constitutivo e ao réu, a do impeditivo, modificativo ou extintivo, não se indica critério seguro para a qualificação de certo fato dentro dessas categorias.

Portanto, a grande questão que encerra a forma de distribuição do ônus da prova estabelecida no art. 333 do CPC se liga à exata caracterização dos fatos que devem ser classificados como *constitutivos* do direito do autor e aqueles outros a serem tidos como *extintivos, modificativos ou impeditivos* daquele.

O tema demanda estudo aprofundado, que não tem espaço neste contexto. Todavia, pode-se dizer, de modo singelo, que a determinação desta qualidade do fato se dá com base na apreciação tanto da *norma de direito material* a incidir no caso concreto como das *pretensões deduzidas pelas partes no processo*.

No ponto, perfilhamos o entendimento da doutrina especializada no tema<sup>131</sup>, segundo o qual as teorias de Rosenberg e Micheli, por serem compatíveis com o disposto no artigo 333 do CPC, a este se aplicam para a construção de um critério geral e seguro de distribuição do ônus da prova. Nesse sentir, serão constitutivos os fatos que compõem o substrato fático da norma que gera o efeito pretendido pelo autor; a seu turno, serão modificativos, extintivos ou impeditivos os fatos que integram as normas modificativas, extintivas ou impeditivas, capazes de eliminar o efeito buscado pelo demandante<sup>132</sup>.

Em última análise, como a técnica adotada pelo legislador brasileiro para determinar com precisão os fatos a serem provados pelo autor e pelo réu é insuficiente<sup>133</sup>, faz-se necessária a utilização das conquistas mais recentes da doutrina, permeadas com essa preocupação de ressaltar a importância do direito substancial, sem ignorar o papel desempenhado pelas pretensões deduzidas pelas partes em juízo, para se construir um critério distributivo geral e seguro.

Essas observações parecem igualmente válidas para o dispositivo distributivo do ônus da prova previsto no Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei 8.046/2010), em tramitação na Câmara dos Deputados<sup>134</sup>. Os princípios gerais de repartição do ônus da prova agasalhados no art. 380<sup>135</sup> da legislação projetada encontram fiel correspondência nos proclamados da legislação vigente (art. 333 do CPC), vinculando-se claramente às teorias formuladas com base na natureza dos

---

<sup>131</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, op. cit., p. 148.

<sup>132</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**, p. 26-27.

<sup>133</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, p. 123.

<sup>134</sup> Na versão de julho de 2013, após aprovação do parecer do deputado Paulo Teixeira pela Comissão Especial da Câmara.

<sup>135</sup> Art. 380. "O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor."

fatos e na posição das partes em juízo. Com isso, é correto afirmar que o CPC projetado ressentir-se da mesma incompletude.

## 5.2. Leis processuais que incorporaram princípios mais modernos

As leis processuais de alguns países já incorporaram os noticiados avanços doutrinários no campo da distribuição do ônus da prova. Veja-se, nesse sentido, o disposto no art. 377 do Código de Processo Civil nacional da Argentina:

Artículo 377. Incumbirá la carga de la prueba a La parte que afirme la existencia de um hecho controvertido o de um precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción.

O critério adotado na norma em destaque inspira-se claramente na doutrina de Rosenberg<sup>136</sup>.

Seguindo a mesma trilha, mas gozando de melhor técnica, tem-se o artigo 177 do Código de Processo Civil colombiano, que assim dispõe: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagram el efecto jurídico que ellas persiguen”.

A recente *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (Lei n. 01/2000, em vigor desde o dia 8 de janeiro de 2001), igualmente inspirada nas mais modernas doutrinas que realçam o papel tanto das *normas de direito material aplicáveis* quanto das *pretensões deduzidas pelas partes em juízo*, assim disciplinou a distribuição do ônus da prova:

---

<sup>136</sup> ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*, p. 89. O autor critica o texto da lei no ponto em que se refere aos pressupostos fáticos das normas invocadas pelas partes, haja vista que os pressupostos fáticos que importam não são os relativos às normas invocadas, mas sim os das normas aplicadas pelo órgão jurisdicional, em consonância com o princípio *jura novit curia*.

Artículo 217. Carga de la prueba.

1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones.
2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.
3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

Na oportuna ponderação de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, o legislador brasileiro poderia aproveitar o momento em que se discute o projeto do novo CPC para adotar em nossa lei os princípios proclamados nessas teorias, os quais, fornecendo critérios para a definição, no caso concreto, dos fatos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos, servem como guias mais seguros para a elucidação do *onus probandi*<sup>137</sup>.

## 6. Modificação do ônus da prova

Conforme visto, a regra geral de distribuição do ônus da prova está estabelecida na norma fixada no artigo 333 do CPC, segundo a qual incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I); e, ao réu, a existência de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor (inciso II).

---

<sup>137</sup> Ibid., p. 2

Com isso, adotou o nosso CPC uma concepção *estática* do ônus da prova, que é distribuído prévia e abstratamente pela lei, sem a observância das peculiaridades do caso concreto.

Note-se, contudo, que a regra em análise não tem caráter cogente. Ao contrário, possui ela natureza dispositiva. Várias circunstâncias podem determinar a modificação do regime do ônus da prova estatuído no art. 333 do CPC. As condições para tanto são da mais diversa natureza, e a classificação adiante exposta representa apenas uma tentativa de agrupá-las em categorias mais ou menos homogêneas, a fim de possibilitar tratamento mais didático da questão.

Segundo essas condições, podemos conceber três formas de modificação do regime do ônus da prova: a convencional, a legal e a judicial. A seguir, são examinados os principais aspectos de cada uma dessas formas de modificação do regime do ônus da prova.

### 6.1. Modificação convencional

Prevista no art. 333, parágrafo único, do CPC, a primeira forma de modificação do ônus da prova é a convencional, que decorre de um acordo de vontades entre as partes, formado antes ou no curso do processo<sup>138</sup>.

Pontue-se que o citado dispositivo, ao mesmo tempo em que autoriza às partes distribuir de maneira diversa o ônus da prova, mediante convenção, estabelece alguns limites, prevendo a nulidade dessa inversão, quando: "I - recair

---

<sup>138</sup> O dispositivo em análise, vale recordar, cuida das chamadas convenções probatórias, assim entendidas as "estipulações relativas às provas, autorizando ou interdizendo certos meios de provas (incluídas as presunções), taxando-lhes o valor, alterando o formalismo processual aplicável, invertendo ou atenuando o ônus probatório" (ANDRADE, Manuel. **Noções elementares de processo civil**, p. 212), variando de ordenamento para ordenamento sua admissibilidade, sendo entre nós expressa sua admissibilidade. Sobre isso, v. RANGEL, Rui Manuel Freitas. **O ônus da prova no processo civil**, p. 177.

sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Outra limitação a essa forma de modificação do regime do ônus probatório é encontrada no artigo 51, VI, do CDC, que fulmina de nulidade as cláusulas que “estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”. Atento à vulnerabilidade do consumidor, o CDC distribui adequadamente o ônus da prova, permitindo sua inversão na hipótese do art. 6.º, VIII (verossimilhança da alegação ou hipossuficiência), e designando expressamente o ônus de provar do fornecedor em várias passagens: art. 12, § 3.º, (excludentes da responsabilidade pelo fato do produto), art. 14, § 3.º (excludentes da responsabilidade pelo fato do serviço), e art. 38 (veracidade e correção da publicidade). Admitir a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, por meio de ajuste contratual, representaria o esvaziamento de todo esse modelo normativo de caráter público (art. 1º). Daí por que o CDC fulmina de nulidade toda e qualquer convenção sobre o ônus da prova que traga prejuízo para o consumidor.

Por fim, impende ressaltar que a modificação convencional do ônus da prova pode ser veiculada de qualquer forma, uma vez que a lei não impõe modo predeterminado<sup>139</sup>.

## 6.2. Modificação legal

A modificação legal (*ope legis*) do ônus da prova, como o próprio nome indica, é aquela determinada previamente pela lei, no plano abstrato, independentemente da atuação do juiz e das circunstâncias do caso concreto. A lei determina *a priori* que, numa determinada situação, o ônus da prova será repartido de maneira diferente do regramento comum previsto no artigo 333 do CPC, de forma a facilitar a situação processual de alguma das partes no processo.

---

<sup>139</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**, p. 33.

A rigor, as hipóteses de modificação legal do ônus da prova encerram verdadeiras *presunções legais relativas*<sup>140</sup>. Estas, como se sabe, fixam previamente uma “verdade” a respeito de certo fato, que deve ser aceita pelo julgador salvo se existir prova em contrário.

Assim, as presunções se colocam no lugar da regra do art. 333 do CPC, como guia para o magistrado que está em dúvida a respeito de determinado fato. Em vez de ele aplicar a diretriz da distribuição do ônus da prova (art. 333 do Código de Processo Civil), utilizará do preceito que especifica a presunção<sup>141</sup>.

Um bom exemplo de modificação legal é encontrado no artigo 38 do CDC, que assim dispõe: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Por força desse dispositivo, quando o consumidor alega a enganiosidade ou abusividade de uma determinada publicidade, o ônus de provar a veracidade e a correção do anúncio transfere-se automaticamente para o fornecedor patrocinador.

Outra hipótese dessa modificação é encontrada no art. 12, § 3º, II, do CDC, que transferiu para o fornecedor o ônus de provar que o defeito (*pressuposto da responsabilidade*) de um determinado produto não existe. Por força dessa regra, em ação civil de responsabilidade pelo fato do produto, o consumidor precisa provar apenas o seu dano e a relação de causa e efeito entre este e o produto colocado pelo fornecedor no mercado. Ao fornecedor demandado caberá, em seguida, provar que o dano, embora causado pelo produto, não o foi em função de um defeito.

---

<sup>140</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório...**, v. 2, p. 83.

<sup>141</sup> Anote-se, contudo, que a presunção legal relativa, eventualmente, poderá não se resolver em modificação do regime do ônus da prova, pois poderá coincidir, em determinado caso, com o resultado que se obteria aplicando à espécie a regra geral de distribuição daquele ônus (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **As presunções e a prova**, p. 60-61).

### 6.3. Modificação judicial

A modificação Judicial é aquela que depende da apreciação subjetiva do magistrado. Diz-se judicial porque o legislador confere ao magistrado, ao apreciar o caso concreto, a possibilidade de repartir o ônus da prova de maneira diferente da regra geral do art. 333 do CPC, *modificando-o no curso do processo*, desde que observadas as condições exigidas para tanto.

A modificação *ope iudicis* do ônus da prova, portanto, é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus não pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele em desfavor de quem foi feita a modificação.

Assim, prevalece, *a priori*, a regra geral do art. 333 do CPC, podendo o juiz, no caso concreto, a depender das circunstâncias, excepcioná-la, dispondo de que forma será redistribuído o ônus da prova.

O melhor exemplo de modificação judicial é encontrado no art. 6.º, VIII, do CDC, que flexibiliza as regras sobre a distribuição do ônus da prova, conferindo ao juiz a possibilidade de determinar a inversão deste ônus em benefício do consumidor, quando verificar, no processo, a presença dos requisitos legais, a saber, verossimilhança da alegação ou hipossuficiência.

Dada a importância do tema para a sistematização do regime do ônus da prova na ação civil pública, serão analisados, a seguir, os principais aspectos do direito do consumidor à inversão do ônus da prova.

## 7. Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor aplica amplamente a técnica de manipular o regime do ônus da prova. Em vários preceitos<sup>142</sup> se encontra alteração

---

<sup>142</sup> É o caso do já citado art. 38: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

em relação ao regime padrão (estabelecido pelo art. 333 do CPC), o que se explica em razão da peculiaridade das relações sujeitas a este estatuto. Para os fins deste trabalho, a atenção se focará apenas – em razão da limitação imposta por estas curtas linhas – na regra do art. 6.º, inciso VIII, do CDC, por se tratar do preceito *geral*<sup>143</sup> de modificação do regime do ônus da prova, com importante repercussão no microssistema de processo coletivo.

Como cediço, uma das mais importantes inovações do Código de Defesa do Consumidor, com grande repercussão prática, está prevista em seu art. 6.º, VIII, que estabelece como direito básico 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 de experiência”.

Inicialmente, cabe destacar – e parece que isto é fundamental – que a inversão do ônus da prova, na espécie, nada mais é que um reflexo do princípio fundamental deduzido no seu art. 6º, VIII. Por outras palavras, a garantia expressa do preceito em exame não é, verdadeiramente, a modificação do ônus da prova, mas sim a *facilitação da defesa dos interesses do consumidor em juízo*, sendo a técnica da modificação do *ônus probandi* apenas uma forma de alcançar este objetivo.

Desse modo, todas as discussões a respeito da aplicação desta regra devem considerar essa premissa maior – a facilitação da defesa do consumidor -, sendo vedado extrair da norma qualquer interpretação que afronte essa finalidade. O objetivo do CDC, insiste-se, é *facilitar a defesa dos interesses do consumidor* no campo da instrução probatória, de modo a permitir a igualdade substancial também no plano processual<sup>144</sup>, com o que o juiz se aproximará mais da verdade e proferirá uma decisão de melhor qualidade.

---

<sup>143</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**, p. 35.

<sup>144</sup> BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. **A carga probatória segundo a doutrina e o código de defesa do consumidor**, p. 101-108.

Contudo, deve ficar claro que o que se visa é apenas a facilitação da defesa do consumidor para compensar a vulnerabilidade deste agente econômico, sem que isto importe em prejuízo das garantias constitucionais (*ampla defesa e contraditório*) do fornecedor.

Desse teor o ensinamento de Arenhart<sup>145</sup>:

Vale dizer que esta facilitação, imposta pela lei, jamais poderá importar sacrifício ao direito de defesa da outra parte. Sempre, assim, que esta facilitação (inclusive pela técnica da modificação do ônus da prova) importar tolhimento concreto do direito da outra parte em apresentar suas razões, a aplicação do comando em questão não pode ser admitida, pois viola regra maior, inscrita no texto constitucional.

Esse direito à inversão do ônus da prova, conforme será visto no momento oportuno (*infra*, Cap. IV, tópico n. 2), deve ser reconhecido tanto no plano da tutela individual quanto no plano da tutela coletiva, já que a própria legislação consumerista não faz distinção entre consumidor individual e coletividade (art. 81 do CDC).

## 7.1. Requisitos

O reconhecimento do direito à inversão do ônus da prova não é automático.<sup>146</sup> Está condicionado à verificação, pelo juiz da causa (*ope iudicis*), da presença, *alternativamente*, dos requisitos autorizadores, a saber: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor.

A própria conjunção disjuntiva empregada pelo legislador está a apontar no sentido da alternatividade de tais requisitos; é dizer: basta a presença de um deles

---

<sup>145</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 37.

<sup>146</sup> Na jurisprudência: AgRg no REsp 728.303/SP, 3.ª T., STJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 21.10.2010, v.u., DJe 28.10.2010.

para que o juiz aplique a inversão. É esse o entendimento majoritário da doutrina<sup>147</sup>, com ressonância na jurisprudência do STJ:

Consumidor. Recurso especial. Indenização. Danos morais e materiais. Inversão do ônus da prova. Saque indevido em conta bancária. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido da possibilidade de inversão do ônus da prova em hipóteses que versem acerca de saques indevidos em conta bancária, diante do reconhecimento da hipossuficiência técnica do consumidor, ainda que não reconhecida a verossimilhança das alegações apresentadas. Precedentes. Agravo não provido<sup>148</sup>.

A tese daqueles que sustentam a cumulatividade<sup>149</sup> de tais requisitos não pode ser admitida: em primeiro lugar, porque o enunciado normativo em análise é unívoco - deixa clara a exigência de apenas uma das situações descritas; em segundo lugar, porque a exigência de conjugação de ambos os requisitos não se coaduna com a finalidade da norma, que é a de tornar mais fácil, no campo específico da instrução, a defesa dos direitos do consumidor.

Do mesmo modo, não colhe o argumento de que a inversão, ditada pela simples hipossuficiência, poderia conduzir a situações de extrema iniquidade, como a do mendigo de rua que, propondo ação contra luxuoso *shopping center*, requeresse a inversão “para que o réu prove que seu carro (do mendigo) não estava nas dependências do shopping e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de Natal”<sup>150</sup>. Inconvenientes desse jaez serão evitados adequadamente, se o Judiciário vir na hipossuficiência algo além da mera indigência financeira, e se, além disso, for bem manejado o instrumento em exame, como mais adiante

---

<sup>147</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 135-149; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório...**, v. 2, p. 85; MARQUES, Claudia Lima. BENJAMIM, Antonio Herman Vasconcelos. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**, p. 62; ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 37.

<sup>148</sup> AgRg no REsp 906708/RO, 3ª T., STJ, Rel. Min. Tarso Sanseverino, j. 19.05.2011, v.u., DJe 30.05.2011.

<sup>149</sup> GIDI, Antonio. **Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor**, p. 584.

<sup>150</sup> Ibid., p. 34.

procuraremos demonstrar, ao tratarmos do conceito de hipossuficiência e dos efeitos da inversão do *onus probandi*.

Sublinhe-se que o juiz possui ampla liberdade na apreciação dos requisitos legais ao deferimento da inversão: se lhe parecerem ausentes, indeferirá a medida, pois o que a lei não impõe é o convencimento judicial; se, porém, concluir pela presença dos requisitos, deverá ordenar a inversão. A doutrina, aliás, se mostra uniforme sobre o ponto, manifestando a ideia de que, em tal situação, a providência não constitui mera *faculdade* do magistrado. Tratar-se-ia, portanto, de um *direito público subjetivo do consumidor*, que não poderá ser negado pelo juiz, se preenchidos os requisitos legais<sup>151</sup>.

Também porque todas as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social (CDC, art. 1º), pode o juiz, de ofício, reconhecer o direito à inversão do ônus da prova, independentemente de pedido da parte<sup>152</sup>.

Fixadas essas premissas, passemos, então, à análise de cada um dos requisitos.

### **7.1.1 Verossimilhança da alegação**

Considera-se verossímil<sup>153</sup> a *alegação que tem aparência de verdade*, que é plausível, ou, ainda, que é provável, que não repugna à verdade. Em outras palavras, verossímil é a alegação do consumidor que aparenta ser verdadeira.

---

<sup>151</sup> CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Ainda a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor**, p.64-65.

<sup>152</sup> MOREIRA, Carlos Alberto Barbosa. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 299.

<sup>153</sup> O termo verossímil é anotado no dicionário Houaiss como algo “que parece verdadeiro, que é possível ou provável por não contrariar a verdade” (HOUISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**, p. 2849).

Essa verossimilhança o juiz extrairá dos indícios, fatos alegados e provados, dos quais se possa deduzir, com base no que ordinariamente acontece, a ocorrência de outro fato, este, todavia, não provado.

Se, por um lado, a norma consumerista em estudo não exige prova inequívoca, robusta ou definitiva - no que se difere do art. 273, *caput*, do CPC<sup>154</sup> -, por outro, reclama a chamada *prova de primeira aparência*, prova de verossimilhança, decorrente das máximas de experiência, que autoriza um juízo de probabilidade.

Remarque-se que o juiz extrairá a verossimilhança dos indícios, fatos alegados e *provados*, dos quais se possa deduzir, com base no que ordinariamente acontece, a ocorrência de outro fato - que constitui o *thema probandum*-, este, todavia, não provado. É esse também o pensamento de Humberto Theodoro Junior, para quem a verossimilhança é fruto de um “juízo de probabilidade extraído de material probatório de feitiço indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor”<sup>155</sup>.

Em sentido diverso, há quem defenda ser a verossimilhança uma aparência da verdade pela mera alegação de um fato que costuma ordinariamente ocorrer, não se exigindo para sua caracterização qualquer espécie de prova. Ou seja, verossímil é a alegação do consumidor que aparenta ser verdadeira, tomando-se por base apenas aquilo que costuma acontecer em situações similares à narrada na inicial, independentemente dos elementos de prova dos autos<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> A esse respeito, vide: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**, p. 427.

<sup>155</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito do consumidor**, p. 135. No mesmo sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**, p. 292; CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Ainda a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor**, p.69; MOREIRA, Carlos Alberto Barbosa. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, 302; CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 159.

<sup>156</sup> AMORIM, Daniel; TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**, p. 518.

Essa tese, embora sedutora – porque mais favorável ao consumidor -, não deve ser admitida, uma vez que não guarda compatibilidade com as garantias democráticas do processo. Com efeito, os pressupostos lógicos que justificam esse tratamento diferenciado do consumidor no campo da instrução são justamente a sua vulnerabilidade e a existência de prova ao menos indiciária do pressuposto fático de aplicação da norma favorável a seu direito. Ausentes tais pressupostos, a concessão do benefício ao consumidor importaria em afronta à isonomia e ao devido processo legal.

Pontue-se que a convicção de verossimilhança nada mais é do que a convicção derivada da redução das exigências de prova, e assim, em princípio, seria distinta da inversão do ônus da prova.

De fato, a situação ora examinada não corresponde, genuinamente, a caso de inversão do ônus da prova. O que se dá é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras da vida, considera provável que, diante das provas dos autos, a versão apresentada pelo consumidor seja verdadeira. Neste caso, impedido que está de decidir-se pela ausência de clareza dos fatos (*non liquet*), deverá ele julgar a causa, em definitivo, calcado exclusivamente em juízo de probabilidade. Desse teor o ensinamento de Kazuo Watanabe<sup>157</sup>:

Na *primeira situação*, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova.

---

<sup>157</sup> WATANABE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, p. 733.

Na hipótese, como o juízo de verossimilhança, derivado da redução das exigências de prova, opera-se na fase de valoração judicial - e não na fase de julgamento propriamente dita -, é correto afirmar que a sentença, porque lastreada em juízo de probabilidade, prescindirá do recurso à regra sobre o ônus da prova. É esse também o entendimento de Sérgio Cruz Arenhart<sup>158</sup>:

Se a regra do ônus da prova é uma regra que se destina ao juiz para dizer a ele como julgar em caso em que não atinja juízo conclusivo (convicção de certeza) a respeito de como as coisas aconteceram, é claro que em havendo verossimilhança (que beneficia a alegação do consumidor) a solução já está feita pelo próprio caso concreto.

Mas, o art. 6.º, VIII, do CDC alude expressamente à possibilidade de inversão do ônus da prova quando a alegação for verossímil. Na verdade, quando esse Código mistura verossimilhança preponderante com inversão do ônus da prova, está querendo dizer que basta a verossimilhança preponderante, embora chame a técnica da verossimilhança preponderante de inversão do ônus da prova<sup>159</sup>.

Aqui, importa, talvez, mais a segunda das hipóteses, justamente pelo que de comum tem com o tema a que me propus desenvolver.

### **7.1.2. Hipossuficiência**

A segunda hipótese, na qual se admite a inversão do ônus da prova, reside na circunstância de ser o consumidor *hipossuficiente*, termo que o dicionário Houaiss<sup>160</sup> registra, dando-lhe a acepção de “pessoa de poucos recursos econômicos, que não é auto-suficiente”.

---

<sup>158</sup> ARENHART, Sérgio Cruz, op. cit., p. 39.

<sup>159</sup> No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**, p. 19.

<sup>160</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**, p. 1540.

Com o surgimento do CDC, alguns autores interpretaram esta hipótese de forma restritiva<sup>161</sup>, pretendendo enxergar no consumidor hipossuficiente uma pessoa que, por ser desprovida de recursos financeiros, não se mostra capaz, por exemplo, de arcar com os custos de uma perícia, necessária à comprovação de suas alegações. Outros<sup>162</sup>, porém, deram ao vocábulo maior extensão: não se trata de conceito ligado exclusivamente ao aspecto econômico, mas engloba, igualmente, o aspecto técnico, vale dizer, a dificuldade enfrentada pelo consumidor para produzir a prova do fato necessário à satisfação de sua pretensão. Dificuldade essa que decorre, principalmente, do total desconhecimento, por parte do cidadão médio, do projeto, da técnica e do processo utilizado pelo fornecedor na produção e comercialização dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo.

Entendo que o conceito de hipossuficiência deva ser elaborado a partir da finalidade da norma, que é a de tornar mais fácil, no campo específico da instrução, a defesa dos direitos do consumidor. Nesse propósito, sempre que o consumidor encontrar dificuldade para provar o fato favorável a seu interesse, seja por questão econômica, seja por questão técnica, no afã de restabelecer a igualdade substancial no processo, quebrada pela desigualdade concreta e específica do caso entre consumidor e fornecedor, justifica-se a modificação do regime do ônus da prova.

A ideia de que a hipossuficiência do consumidor deve ser analisada não apenas sob o *prisma econômico e social*, mas, sobretudo, quanto ao aspecto da *produção de prova técnica*, tem se difundido na jurisprudência do STJ. A título de exemplo, destaca-se:

O art. 6.º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua hipossuficiência. Reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a

---

<sup>161</sup> NASCIMENTO, Tupinambá Miguel castro do. **Responsabilidade civil no código do consumidor**, p. 128.

realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório<sup>163</sup>.

É importante registrar que o conceito de consumidor hipossuficiente não equivale ao de *necessitado*, previsto no art. 2º, parágrafo único, da Lei 1.060/50 (Lei da Assistência Judiciária Gratuita)<sup>164</sup>.

De fato, um determinado consumidor, mesmo não sendo considerado pobre, poderá ser considerado hipossuficiente, caso a produção da prova, sob o prisma da técnica, seja considerada muito difícil para ele. Exemplo: o usuário de uma rodovia pedagiada, em regra, não terá condições de provar, no processo, que a tarifa cobrada pela concessionária é abusiva, porque isto demandaria o conhecimento de informações técnicas absolutamente estranhas ao seu conhecimento. Nesse caso, mesmo não sendo pobre, deverá ser reconhecida sua hipossuficiência.

Por outro lado, registre-se que o simples fato de o consumidor ser considerado *necessitado*, para os fins legais, não autoriza, *de per se*, a inversão do ônus da prova, haja vista que ele poderá não encontrar dificuldades para produzir a prova do fato favorável a seu interesse, valendo-se, por exemplo, do benefício que o exime do pagamento dos honorários do perito (Lei 1060/2050, art. 3º, V). Daí ser correto afirmar que a hipossuficiência econômica não será reconhecida em todos os casos que o consumidor fizer *jus* ao benefício da assistência judiciária gratuita.

Imagine-se, por exemplo, a situação de um necessitado que adquire um produto alimentício com o prazo de validade vencido. Caso busque a reparação dos

---

<sup>162</sup> LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**, p. 90; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil comentado e legislação extravagante**, p. 957; ARENHART, Sergio Cruz. **Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro**, p. 44.

<sup>163</sup> REsp 1.155.770-PB, 3ª T., STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.12.2011, v.u., 2, in Informativo STJ n.º 489. No mesmo sentido: AgRg no REsp 906708/RO, 3ª T., STJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.05.2011, v.u., DJe 30.05.2011; REsp 1178105 / SP, 3ª T., STJ, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrighi, j. 07.04.2011, m.v., DJe 25.04.2011.

<sup>164</sup> Art. 2º. (...) Parágrafo único. “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.”

danos em juízo, fará *jus* à assistência judiciária gratuita, mas nem por isso terá direito à inversão do ônus da prova. Na hipótese, os gastos que terá que arcar com o processo estarão cobertos pela isenção e a produção da prova do fato favorável à sua pretensão será muito simples: bastará confrontar a data da aquisição do produto, aposta na nota fiscal, com a data do seu prazo de validade, fixada no rótulo ou embalagem. Nesse cenário, não há que ser reconhecida a hipossuficiência do consumidor, para os fins do art. 6.º, VIII, do CDC, embora seja ele um “necessitado” para os fins da Lei 1060/50.

A despeito disso, não podemos deixar de reconhecer que, em muitos casos, configurada a condição de “juridicamente necessitado”, estará caracterizada, de igual modo, a situação de hipossuficiência (econômica ou fática) do consumidor. Isso poderá ocorrer nas seguintes situações:

a) sempre que, deferido o benefício da gratuidade, a realização da prova depender de gastos com os quais a parte não possa arcar e que *não estejam cobertos pela isenção*. A prova pericial, por exemplo, embora coberta pela isenção (art. 3º, V, da Lei 1060/50), pode gerar outras despesas, como as de deslocamento do perito para uma cidade distante. A esse respeito, inclusive, já foi dito que “o perito está obrigado a prestar esse serviço gratuitamente: a empresa da aviação não está”<sup>165</sup>. Nesses casos, a hipossuficiência poderá ser reconhecida com base na fraqueza econômica do consumidor, decretando-se, por conseguinte, a inversão; com isso, transfere-se para o fornecedor o ônus da prova, sofrendo as consequências de sua omissão em custear as despesas necessárias ao deslocamento do perito, não abrangidas pelas normas sobre a assistência judiciária<sup>166</sup>; e

b) quando, determinada a realização de uma perícia especializada, se constatar a impossibilidade prática de realização gratuita. Muitas vezes, as perícias são complexas e demandam altos custos. Ao remeter para o final do processo o

---

<sup>165</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O direito à assistência jurídica**, p. 136.

<sup>166</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 304-305.

pagamento dos honorários periciais – em razão da gratuidade conferida ao consumidor -, os peritos serão obrigados a financiar seu próprio trabalho, e, além disso, correr o risco de, ao final da ação, ter de executar a Fazenda Pública para receber seus honorários, entrando na fila dos precatórios (no caso de sucumbência do consumidor, pois a obrigação de pagar os peritos irá recair sobre um ente público), ou, o que seria ainda pior, de ter de executar um particular eventualmente insolvente (no caso de sucumbência do fornecedor, quando a obrigação de custeá-los poderá recair sobre um ente privado). Não surpreende, portanto, ser difícil encontrar peritos dispostos a aceitar as nomeações judiciais para realizarem perícias de alto custo em ações cobertas pela gratuidade, não sendo razoável exigir que eles trabalhem sem o devido adiantamento de seus honorários. Nesses casos, o mais que o magistrado pode fazer para viabilizar a produção da perícia, tal seja o custo da prova a ser colhida, é reconhecer a hipossuficiência econômica do consumidor e, de conseguinte, determinar a inversão do ônus da prova.

Em última análise, a hipossuficiência pode ser definida como a *difficuldade do consumidor para produzir, no processo, a prova do fato favorável a seu interesse*, quer seja porque ele não possui conhecimento técnico específico sobre o produto ou serviço adquirido (*hipossuficiência técnico-científica*) – hipótese mais comum -, quer seja porque ele não dispõe de recursos financeiros para arcar com os custos da produção dessa prova (*hipossuficiência econômica ou fática*).

## 7.2. Momento da inversão do ônus da prova

Não há consenso em doutrina a respeito do momento mais adequado para se decretar a inversão do ônus da prova.

Para alguns<sup>167</sup>, a inversão deve ser decidida antes do encerramento da instrução processual - preferencialmente por ocasião do despacho saneador -, pois

---

<sup>167</sup> RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de direito do consumidor**, p. 784; ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**, p. 82; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 306-307; MORAES, Voltaire de Lima. **Anotações sobre o ônus da prova no código de processo civil e no código de defesa do consumidor**,

que se trata de *regra de procedimento*. Nesse sentido, argumenta-se que tal procedimento evitaria surpresas para o fornecedor, possibilitando-lhe, em caso de inversão, a produção das provas necessárias à concretização da sua defesa, o que se harmoniza com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Em sentido diverso<sup>168</sup>, respeitadas vozes defendem que a inversão deve ser decidida na sentença, porquanto se trata de *regra de julgamento*. Nessa linha, argumenta-se que a inversão pode ser decretada somente após a produção e valoração da prova, se e quando o julgador estiver em dúvida (situação de *non liquet*). Tanto é assim que chega a ser dispensável a decretação da inversão caso o juiz forme sua convicção pelas provas produzidas nos autos. Demais disso, não há que se falar em surpresa para o fornecedor, porque a possibilidade de reconhecimento desse direito está expressamente prevista em lei (art. 6.º, VIII, do CDC).

No Superior Tribunal de Justiça, igualmente, há forte divergência sobre o tema. Na Terceira Turma prevalece o entendimento de que a sentença é o momento mais adequado para se decretar a inversão do ônus da prova, porquanto se trata de regra de julgamento. A propósito:

Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2.º grau de jurisdição, não implicando esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não

---

p. 63-69; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do consumidor**, p. 141. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante**, p. 1093.

<sup>168</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor**, p. 608; WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, p. 734; e CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**, p. 293.

possui nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro. (grifamos)<sup>169</sup>.

A Quarta Turma, por sua vez, entende que a inversão do ônus da prova é regra de procedimento e, de conseguinte, deve ser decidida antes do fim da instrução, de modo a oportunizar ao fornecedor a produção das provas que atendam aos seus interesses, sob pena de cerceamento de defesa. Anote-se:

A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6.º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida (grifou-se)<sup>170</sup>.

Muito bem. Respeitadas as vozes contrárias, também pensamos que a inversão do ônus da prova é regra de procedimento, que autoriza o desvio de rota e, de conseguinte, deve ser feita em momento que permita àquele que assumiu o encargo livrar-se dele. Não se trata, pois, de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova.

Justamente por depender da apreciação subjetiva do magistrado sobre os fatos da demanda, a inversão *ope iudicis* sempre será uma regra de processo, e não de julgamento, o que significa dizer que o juiz não poderá dela se valer se não conferir à parte a quem imputou o ônus de provar a oportunidade de produzir a sua prova.

---

<sup>169</sup> AgRg nos EDcl no Ag 977.795/PR, 3ª T., STJ, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 23.09.2008, *v.u.*, *DJe* 13.10.2008. No mesmo sentido: REsp 974.994/SP, 3ª t., STJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05.06.2008, *m.v.*, *DJe* 03.11.2008. Esse entendimento também encontra forte ressonância na jurisprudência do TJSP: Ag 0129718-36.2012.8.26.0000, 22.ª Câmara. Dir. Privado, TJSP, Rel. Des. Andrade Marques, *v.u.*, j. 19.07.2012; Ag 990.09.364135-6, 31.ª Câmara. Dir. Privado, TJSP, Rel. Des. Armando Toledo, *v.u.*, j. 30.03.2010; e Ap. 1746974/0-00, 1.ª Câmara de Direito Privado, TJSP, Rel. Des. Paulo Razuk, *v.u.*, j. 07.10.2008.

<sup>170</sup> REsp 881.651/BA, 4ª T., STJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, j. 10.04.2007, *v.u.*, *DJ* 21.05.2007. No mesmo sentido: REsp 720.930/RS, 4ª T., STJ, Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, j. 20.10.2009, *v.u.*,

É dever do magistrado, portanto, anunciar a inversão antes de prolatar a sentença e em tempo de o sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório. Se não for assim, a inversão do ônus da prova significará a imposição de uma pena e, não, a simples transferência de ônus.

Com efeito, se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus à parte, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia<sup>171</sup>. Afinal, uma coisa é a *regra que se inverte* (a regra do ônus – indiscutivelmente, uma regra de julgamento), outra é a *regra que inverte* (a da inversão do ônus).

Nesse sentido, precisas são as palavras de Fredie Didier Junior<sup>172</sup>:

Reservar a inversão do ônus da prova ao momento da sentença representa uma ruptura com o sistema do devido processo legal, ofendendo a garantia do contraditório. Não se pode apenar a parte que não provou a veracidade ou inveracidade de uma determinada alegação sem que se tenha conferido a ela a oportunidade de fazê-lo (lembre-se que o ônus subjetivo acaba por condicionar a atuação processual da parte). Por outro lado, exigir que o fornecedor, apenas por vislumbrar uma possível inversão do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que eventualmente alegar, é tornar legal a inversão que o legislador quis que fosse judicial (tanto que exigiu o preenchimento, no caso concreto, de certos requisitos).

No ponto, importa destacar que a 2.<sup>a</sup> Seção do Superior Tribunal de Justiça (que reúne a 3.<sup>a</sup> e a 4.<sup>a</sup> Turmas), em decisão recente, acolheu, por maioria de votos, a tese de que o momento mais adequado para se decretar a inversão do ônus da prova é o do despacho saneador, ocasião em que o juiz decidirá as questões

---

09.11.2009.

<sup>171</sup> GIDI, Antonio. **Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor**, p. 38.

<sup>172</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório...**, p. 84-88.

processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento (art. 331, §§ 2.º e 3.º, do CPC). Assim, como bem ponderou o nobre Relator do acórdão, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, “confere-se maior certeza às partes referente aos seus encargos processuais, evitando-se, por conseguinte, a insegurança”<sup>173</sup>.

Com essa decisão, é possível afirmar que atualmente prevalece no STJ o entendimento segundo o qual a inversão do ônus da prova é regra de procedimento, a ser decidida no despacho saneador ou em outro momento<sup>174</sup>, desde que anterior ao encerramento da instrução. Assim, se, terminada a instrução e conclusos os autos para sentença, o juiz se der conta, só aí, de que deveria ter invertido o ônus da prova, deverá ele reabrir a fase instrutória, a fim de que o fornecedor possa produzir a prova adequada a que se libere do novo ônus. No mesmo sentido está a lição de Humberto Theodoro Junior<sup>175</sup>:

Se o juiz convencer-se da necessidade de inverter o ônus da prova depois de já encerrada a instrução da causa, terá de reabrir a fase probatória, a fim de que o fornecedor tenha oportunidade de produzir a prova que julgar conveniente para liberar-se do novo *onus probandi*.

Em qualquer caso, a decisão que aplicar a inversão ou indeferir o pedido de inversão constituirá decisão interlocutória, impugnável por meio de agravo (CPC, art. 522)<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> REsp 802.832/MG, 2ª Seção, STJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.04.2011, *m.v.*, in *Informativo STJ* nº 469. Em igual sentido: ERESp 422.778/SP, 2ª Seção, STJ, Rel. . p. acórdão Min. Maria Isabel Galotti, j. 29.02.2012, *m.v.*, in *Informativo STJ* nº 492.

<sup>174</sup> A observação é importante em razão de procedimentos que não têm um momento saneador. Penso no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais, no qual a inversão deverá ser determinada preferencialmente na audiência de instrução e julgamento, inquirindo-se diretamente o fornecedor se ele tem alguma prova a produzir. Sendo afirmativa a resposta, e não sendo possível produzi-la na própria audiência, cabe ao juiz redesignar a audiência, dando ao fornecedor a oportunidade de se desincumbir do ônus que recebeu.

<sup>175</sup> **Direitos do consumidor**, p. 142.

<sup>176</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor**, p. 308.

Seguindo essa mesma orientação, considerar-se-ão nulos as sentenças (*para a hipótese de inversão do ônus da prova em primeira instância*) e os acórdãos (*para a hipótese de inversão em grau de apelação*) que aplicarem a inversão do ônus da prova somente no momento do julgamento. Como consectário lógico dessa anulação - na primeira hipótese -, será determinado ao juiz de primeiro grau que reabra a instrução, a fim de propiciar a produção da prova à parte a quem foi dirigida a ordem judicial de inversão e que irá suportar as consequências processuais de sua eventual não produção; já na segunda hipótese, competirá ao juízo *ad quem* promover diligências, isto é, reabrir a instrução probatória, permitindo à parte onerada a produção de provas de seu interesse, antes do julgamento do apelo.

É oportuno destacar que o Projeto de Lei 8.046/2010, em tramitação na Câmara dos Deputados<sup>177</sup>, que disciplina o novo Código de Processo Civil, parece ter encampado o entendimento de que a inversão do ônus da prova é regra de procedimento e, de conseguinte, deve ser aplicada antes da sentença, oportunizando-se à parte onerada o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído (art. 380, § 1º)<sup>178</sup>.

### 7.3. A questão do custeio das provas

Outra questão polêmica diz respeito à responsabilidade pelo pagamento das despesas com as provas requeridas pelo consumidor, quando a este é reconhecido o direito à inversão do ônus da prova.

Como conciliar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor com o custeio da prova nos casos que esta se faz necessária? Essa é a questão nodal.

---

<sup>177</sup> Na versão de julho de 2013, depois da aprovação do parecer do deputado Paulo Teixeira pela Comissão Especial da Câmara.

<sup>178</sup> Art. 380. (...) § 1º: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. *Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído*” (grifamos).

Para autorizada doutrina, uma vez decretada a inversão do ônus da prova, transfere-se automaticamente para o fornecedor a obrigação de arcar com os custos da produção probatória. Se assim não fosse, instaurar-se-ia uma incrível contradição: o ônus da prova seria do réu (fornecedor) e o ônus econômico seria do autor (consumidor). Como este não tem poder econômico, não poderia produzir a prova. Nesse caso, se o ônus da não produção da prova recair sobre o réu (fornecedor), restaria configurado inegável prejuízo para sua defesa<sup>179</sup>.

Em sentido contrário, respeitadas vozes<sup>180</sup> defendem a ideia de que a inversão do ônus da prova não tem o efeito de obrigar o fornecedor a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor, porquanto não se deve confundir o ônus de provar com o ônus financeiro de realização dos atos probatórios. Assim, uma vez reconhecido o direito a essa inversão, obriga-se o fornecedor apenas a suportar o ônus de sua não produção, ou seja, serão considerados verdadeiros os fatos que, por meio dessa prova, se pretendia provar.

Também pensamos assim. Se, decidida a inversão, a parte adversa não se dispuser a custear a produção da prova, sofrerá as consequências processuais de sua cômoda resistência, quanto ao peso que se atribuirá aos fatos afirmados pelo consumidor, ainda que carentes de comprovação pelos meios de prova cujo manejo a recusa do fornecedor inviabilizou. Desse teor o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho:

“Não se trata de impor ao fornecedor o custeio da prova (honorários periciais), mas de transferir-lhe o *onus probandi* em sentido contrário. Se não quiser arcar com esse ônus, bastará deixar de realizar a prova. Nesse caso, entretanto, terá contra si a presunção de veracidade que milita em favor do consumidor<sup>181</sup>”.

---

<sup>179</sup> RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de direito do consumidor**, p. 785; CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 427.

<sup>180</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**, p. 529-530.

<sup>181</sup> **Programa de direito do consumidor**, p. 297.

Nessa mesma trilha, aliás, consolidou-se a jurisprudência do STJ:

“A simples inversão do ônus da prova, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, não gera a obrigação de custear as despesas com a perícia, embora sofra a parte ré as consequências decorrentes de sua não produção. (REsp 639.534/MT, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 13.02.6). Precedentes. Recurso especial provido”<sup>182</sup>.

Reconhecemos, contudo, que essa questão é bastante polêmica e ainda não foi definitivamente pacificada. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, encontramos julgados recentes no sentido de que a inversão do ônus da prova acarreta a inversão do seu custeio. A título de exemplo, anote-se:

PROCESSO CIVIL. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Presença dos pressupostos legais. Artigo 6o, VIII do CDC. Litiga o autor contra grande incorporadora imobiliária e não tem qualificação técnica para aferir os critérios de cálculo frente à oferta por ocasião da assinatura do contrato, muito menos para verificar se os juros cobrados estavam corretos. Inversão do custeio da prova. Cabimento. Decisão mantida. Recurso não provido.<sup>183</sup>

#### **7.4. Efeitos da inversão**

O órgão julgador, ao inverter o ônus da prova, deve fazê-lo sobre fato ou fatos específicos, referindo-se a eles expressamente<sup>184</sup>.

Conforme visto, a verossimilhança o juiz extrairá dos indícios, fatos alegados e provados, dos quais se possa deduzir, com base no que ordinariamente acontece, a ocorrência de outro fato, este, todavia, não provado.

---

<sup>182</sup> REsp 1.063.639/MS, 2ª T., STJ, Rel. Min. Castro Meira, j. 1º.10.2009, v.u., DJe 04.11.2009.

<sup>183</sup> Ag 0154592-22.2011.8.26.0000, 4.ª Câmara de Dir. Privado, TJSP, Rel. Des. Francisco Loureiro, v.u., j. 11.08.2011.

Não raras vezes, contudo, o juiz poderá considerar a alegação do consumidor apenas parcialmente verossímil. Nesses casos, a “inversão”<sup>185</sup> alcançará tão somente os fatos em relação aos quais exista a chamada *prova de primeira aparência*; quanto aos demais, considerados inverossímeis, o ônus da prova continuará sendo do consumidor. Suponhamos, por exemplo, uma ação movida por um consumidor que foi vítima de um acidente de automóvel, causado por um defeito no sistema de freios do veículo. Na petição inicial, o autor alega que, em razão do acidente, sofreu danos materiais e deixou de participar de uma entrevista de emprego agendada para o dia seguinte. Forte em tais razões, ele pede a condenação da concessionária à reparação dos danos materiais diretamente relacionados com o acidente (desvalorização do automóvel, custos de reparo do bem danificado, despesas com carro de aluguel etc.), bem como dos danos relacionados à perda de uma chance – representada, na hipótese, pela não participação na entrevista de emprego. Ao analisar as provas dos autos, o juiz pode entender que a alegação do consumidor é verossímil, tão somente, quanto aos danos imediatamente relacionados com o acidente de consumo; já em relação ao dano decorrente da perda de uma chance, poderá entender que não há sequer prova indiciária – afinal, a entrevista ocorreu no dia seguinte ao do acidente, na mesma cidade e o consumidor não estava fisicamente impedido de se deslocar ao local marcado. Na espécie, o magistrado poderá julgar a pretensão do autor parcialmente procedente, para o fim de condenar a concessionária – com base em juízo de probabilidade – à reparação dos danos materiais imediatamente causados pelo defeito do produto, isentando-a de responsabilidade, contudo, em relação aos danos decorrentes da perda de uma chance, uma vez que neste aspecto a alegação do consumidor não aparentava ser verdadeira.

Da mesma forma, somente aqueles fatos diretamente relacionados com a hipossuficiência do consumidor autorizam a inversão<sup>186</sup>; já os fatos que não geram

---

<sup>184</sup> CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 420; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa, op. cit., p. 309.

<sup>185</sup> Remarque-se que esta hipótese não é genuinamente uma espécie de inversão do ônus da prova, mas sim julgamento calcado em juízo de probabilidade.

<sup>186</sup> CARVALHO FILHO, Milton Paulo. **Ainda a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor**, p.66.

dificuldades para o consumidor demonstrá-los devem ser comprovados por ele<sup>187</sup>. Imagine-se, por exemplo, o caso de um consumidor que, após pagar uma consulta particular, sofre um dano grave a sua saúde, em razão de erro de diagnóstico por parte do médico. Ao ajuizar a correspondente ação de reparação dos danos, o consumidor deverá comprovar a presença dos pressupostos da responsabilidade pelo fato do serviço<sup>188</sup>, quais sejam: (a) *conduta* - que foi atendido pelo médico; (b) *dano* - que sofreu um dano a sua saúde; (c) *culpa profissional* – que houve erro médico (CDC, art. 14, § 4.º); e d) *nexo causal* - que o dano foi causado pelo erro médico. Ao analisar o processo, se entender que o consumidor terá dificuldade para provar os fatos referidos nos itens “c” e “d”, o juiz poderá inverter o ônus da prova apenas em relação a tais fatos, mantendo-se, para os demais, o regime geral do ônus da prova.

Conjura-se, assim, o risco de o fornecedor se ver em situação excessivamente gravosa quanto à prova, como no exemplo, antes descrito (*supra*, tópico n. 7.1), do mendigo, que pretendesse obter gorda indenização do *shopping center*, pelo suposto furto de seu automóvel: a inversão, aí, jamais irá ao ponto de eximir o autor da ação do encargo de provar a propriedade do veículo e a aquisição dos presentes de natal supostamente deixados em seu interior – indiscutivelmente, fatos constitutivos do direito à indenização, de fácil prova e, em relação aos quais, logicamente, não poderá ser reconhecida a verossimilhança.

Noutro giro, cabe destacar a impossibilidade de se transferir para o fornecedor o ônus da demonstração de fatos que também não são possíveis para ele (prova diabólica reversa)<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> GIDI, Antônio. **Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor**, p. 34. Segundo o jurista, se o autor, em tese, dispõe de meios para provar as suas alegações, a inversão é de todo desautorizada.

<sup>188</sup> No ponto, cabe ressaltar que o defeito do serviço (descumprimento de dever de qualidade-segurança) é presumido por lei (CDC, art. 14, § 3º, I).

<sup>189</sup> CARVALHO FILHO, Milton Paulo, op. cit., p.66; GIDI, Antônio, op. cit., p. 36. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova**, p. 101.

Em princípio, para que se possa falar em verdadeiro ônus da prova, é preciso que a parte tenha, antes de tudo, efetiva liberdade de produzir prova, o que pressupõe a real possibilidade<sup>190</sup>, vislumbrada pelo magistrado por evidências do caso concreto, de que o fornecedor tenha condições de demonstrar a inexistência do fato constitutivo do direito do consumidor, ou então, a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos deste direito. Ausente esse pressuposto, estar-se-ão violando as garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF). No ponto, escreve Cândido Rangel Dinamarco<sup>191</sup>:

Mas, se é ineficaz a inversão exagerada mesmo quando resultante de ato voluntário de pessoas maiores e capazes (art. 333, parágrafo único, II, do CPC), com mais fortes razões sua imposição por decisão do juiz não poderá ser eficaz quando for além do razoável e chegar ao ponto de tornar *excessivamente difícil ao fornecedor o exercício de sua defesa*. Eventuais exageros dessa ordem transgrediriam a garantia constitucional da ampla defesa e conseqüentemente comprometeriam a superior promessa de dar tutela jurisdicional a quem tiver razão (acesso à Justiça).

Justamente por se tratar de regra de procedimento, a inversão do ônus da prova deve dar à parte que originariamente não possui o ônus a oportunidade de produzi-la. Nessa lógica, quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, sob pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. Pela pertinência, importa destacar que o Projeto do novo CPC (PL 8.040/2010) autoriza o juiz, em determinadas situações, a modificar o ônus da prova. Contudo - e neste aspecto a proposta está em sintonia com as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório -, a legislação projetada condiciona tal flexibilização do ônus probatório à possibilidade de a parte onerada dele se desincumbir<sup>192</sup>.

---

<sup>190</sup> REICHELTL, Luis Alberto. **A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial**, p. 131.

<sup>191</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 3, p. 79.

<sup>192</sup> Art. 380. "O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º

### III. TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

#### 1. Introdução

Atribuída a Peyrano, a teoria do ônus dinâmico da prova deita raízes na concepção de Jeremy Bentham, para quem o ônus da prova incumbe à parte que puder produzi-la com menores inconvenientes, ou seja, com menos esforço, vexames e despesas<sup>193</sup>.

Nesse propósito, seria irrelevante cogitar da divisão dos fatos em *constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos*, pois o que importa é saber qual das partes está em melhores condições de demonstrá-los.

Segundo noticia Moacyr Amaral dos Santos, o francês Demogue teria defendido tese semelhante, ao afirmar, escudado no princípio da solidariedade entre as partes, que a obrigação da prova deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a pode desempenhar com menos incômodo.<sup>194</sup>

Mesmo no direito romano, em que vigoravam algumas máximas sobre o ônus da prova, havia situações particulares que as excepcionavam. Por exemplo, ao contrário do que geralmente se proclama, a conhecida máxima *onus probandi incumbit actori* não tinha caráter absoluto, vale dizer, não era aplicada indiscriminadamente, porque como adverte Scialoja, havia numerosos casos em que o demandado tinha o ônus da prova, ao oferecer defesa<sup>195</sup>.

---

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º: **A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil** (grifamos).

<sup>193</sup> BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*, p. 150.

<sup>194</sup> **Prova judiciária no cível e comercial**, vol. 1, p. 103.

<sup>195</sup> SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*, p. 391.

O vigente Código de Processo Civil, como se sabe, adotou uma concepção *estática* do ônus da prova, que é distribuído prévia e abstratamente pela lei, sem a observância das peculiaridades do caso concreto. Pelos critérios do art. 333 do CPC, incumbe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, a existência de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Essa distribuição do ônus da prova conforme a *posição da parte em juízo* e quanto à *espécie do fato* (CPC, art. 333) está muito mais preocupada com a decisão judicial – aliás, com qualquer decisão (já que se veda o *non liquet*) - do que com a efetiva tutela do direito lesado ou ameaçado de lesão. Em determinadas situações, sua aplicação rígida pode conduzir o caso a um desfecho manifestamente injusto.

Põe-se em debate, assim, o problema de saber se a regra capitulada no art. 333, *caput*, do CPC, é fixa ou pode ser relativizada pelo juiz, no caso concreto, quando tornar excessivamente difícil ou mesmo impossível a uma parte o exercício do direito.

A discussão é antiga. Rosemberg afirmava peremptoriamente que as regras sobre a distribuição do ônus da prova deveriam ser fixas e prévias em nome da segurança jurídica<sup>196</sup>.

Para o renomado autor, tal imobilidade tem por premissa um processo civil liberal, no qual o que importa é estabelecer e assegurar a paz jurídica, eliminando de forma definitiva a incerteza entre as partes<sup>197</sup>, percebendo-se clara a sintonia entre a rigidez da distribuição do ônus da prova e a ideia de que o escopo da jurisdição é apenas pacificar (e, não, como modernamente se entende, pacificar com justiça)<sup>198</sup>.

Por essa razão, não espanta que a defesa da mobilidade dessas mesmas regras tenha premissas substancialmente diversas, inspiradas em visão

---

<sup>196</sup> ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*, p. 86.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>198</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 224.

cooperatória e publicista do processo<sup>199</sup>. Parte-se da compreensão segundo a qual a regra consagrada no art. 333 do CPC estabeleceu uma distribuição estática do ônus probatório, construída em atenção à sintaxe da norma e independentemente das circunstâncias do caso concreto, o que não excluiria, porém, a possibilidade de flexibilização dessa regra, para resolver situações particulares em que sua aplicação estrita conduziria a soluções iníquas.

Nesse sentido, o fenômeno probatório passa a ser visto sob a perspectiva da finalidade do processo, distribuição e do valor justiça, e não sob o ângulo do mero cumprimento de formas processuais abstratas.<sup>200</sup>

Mais recentemente, Augusto M. Morello, processualista argentino, atento a questões de seu tempo, propugnou por uma visão solidarista do encargo de provar, superando-se a de feição individualista, retirando-se de posição demasiado subalterna valores que merecem ser resgatados. Nesse sentir, observa o jurista, está a referir-se “obviamente ao princípio da solidariedade que ‘obriga’ – dito isso em seu sabor próprio, dentro do quadrante do processo, isto é, como ônus técnico de um mais acentuado rigor – à aquela parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova”.<sup>201</sup>

Importa notar que a ideia de um ônus dinâmico não afasta, por si só, as regras de distribuição estática do ônus da prova fixadas pelo legislador; ao contrário, persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional.

A invocação do ônus dinâmico entraria em cena quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzisse a uma *probatio diabolica*, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elisabeth de Castro. **O juiz, as regras sobre o ônus da prova e a teoria das cargas dinâmicas**, p. 478.

<sup>200</sup> RAMBALDO, Juan Alberto. **Cargas probatorias dinâmicas: un giro epistemológico**, p. 33 ss.

<sup>201</sup> MORELLO, Augusto Mario. **La prueba: tendencias modernas**, p. 58.

<sup>202</sup> KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” ...**, p. 946.

## 2. Flexibilização das regras sobre ônus da prova: a contribuição de Peyrano

Embora a tese da flexibilização das regras sobre ônus da prova não seja uma novidade absoluta, não se pode deixar de reconhecer a importância dos estudos de Jorge Peyrano para o desenvolvimento do tema.

Com efeito, coube ao ilustre processualista argentino o mérito de divulgar a concepção de que o ônus da prova deve recair sobre a parte que se encontrar em *melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova do fato controvertido*<sup>203</sup>.

Ao adotar critério estático e invariável para a distribuição do ônus da prova, a doutrina tradicional se mostrava indiferente à possibilidade de ocorrerem injustiças. Partindo dessa constatação, Jorge W. Peyrano propôs a flexibilização dessas regras para atender às circunstâncias de cada caso concreto, com vistas a proporcionar maior efetividade no plano material através do aperfeiçoamento da técnica processual.<sup>204</sup>

Em um de seus escritos, o autor informa que o mais remoto precedente da aplicação da doutrina do ônus dinâmico provém da justiça civil rosarina e data de 1978. Trava-se de um caso de erro médico em procedimento cirúrgico. De acordo com a tradicional repartição do ônus probatório, ao autor incumbiria comprovar o erro do cirurgião, porquanto *fato constitutivo*. Todavia, impor ao autor, vítima de uma lesão cirúrgica, a prova acabada do que ocorreu e como ocorreu no ato cirúrgico, equivaleria a negar-lhe toda e qualquer chance de êxito. Por outro lado, os médicos e enfermeiros partícipes da cirurgia teriam muito mais condições de produzir a respectiva prova. Nessa lógica, inverteu-se o ônus da prova da culpa profissional<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> PEYRANO, Jorge W. *Lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*, p. 16.

<sup>204</sup> *Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*, p. 15.

<sup>205</sup> PEYRANO, Jorge W. *La doctrina de las cargas probatorias y la maquina de impedir en materia jurídica*, p. 79.

Objetivando aprofundar a análise do tema e, com isso, tornar efetiva a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova, Peyrano constituiu uma comissão de juristas, cujos estudos desaguaram numa coletânea, por ele coordenada, na qual vários aspectos do tema foram abordados. A título de exemplo, confirmam-se: (i) Juan Alberto Rambaldo mostra que a doutrina do ônus dinâmico da prova representou um giro epistemológico fundamental no modo de observar o fenômeno probatório, sob a perspectiva da finalidade do processo e do valor justiça; (ii) Inés Lépori White estuda o tema com os olhos voltados para o comportamento das partes, a responsabilidade do juiz e a justiça do caso concreto; (iii) Ivana María Airasca ressalta que a teoria não viola o direito de defesa, mas, ao contrário, mantém a igualdade material e real das partes no processo e atende ao valor justiça; (iv) María Belén Tepsich sustenta que a doutrina atende aos anseios da sociedade e reflete visão solidarista e de colaboração das partes com o órgão judicial; e (v) Sílvia Pereira Marques dioscorre sobre a repercussão da teoria na Argentina, França, Itália, Alemanha etc.<sup>206</sup>

A teoria engendradora conquistou muitos adeptos na Argentina, onde vem sendo amplamente aplicada, em várias matérias, como acidentes de trânsito, concursos públicos, contrato de depósito, contrato de garagem, contratos de trabalho, perdas e danos, direito bancário, entidades financeiras, falsificação de cheques, imprensa, responsabilidade contratual, responsabilidade extracontratual, responsabilidade médica, seguro social, simulação, títulos de crédito etc.<sup>207</sup>

Conforme bem observado por Boaventura em estudo sobre o direito processual argentino, a doutrina daquele país é enfática ao criticar o imobilismo do legislador, cuja atividade não tem acompanhado os significativos avanços doutrinários e jurisprudenciais experimentados nas últimas décadas<sup>208</sup>. Essa “paralisa legislativa” parece explicar – pelo menos em boa parte – a difusão da teoria em apreço no país vizinho.

---

<sup>206</sup> *Cargas probatorias dinámicas*, p. 33, 73, 151, 166, 495.

<sup>207</sup> WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinámicas*, p. 70.

<sup>208</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Direito processual civil argentino*, p.15.

## 2.1. A excepcional incidência do ônus dinâmico da prova

Conforme visto, não há nenhuma novidade na ideia de incumbir o ônus da prova à parte que se apresentar em melhores condições de produzi-la. Diversas correntes doutrinárias, entre elas as de Bentham e Demogue, utilizaram esse norte para regular a distribuição do *onus probandi*.

O pioneirismo da doutrina de Jorge Peyrano consiste na aplicação do ônus dinâmico da prova apenas em caráter *excepcional*. Noutras palavras, o que de novo contém sua doutrina é empregar o aludido princípio de forma subsidiária e complementar – se e quando os critérios distributivos gerais conduzirem o caso a uma solução iníqua. Na ilustrativa metáfora do autor, a repartição dinâmica deve funcionar como uma “válvula de escape”, a ser utilizada somente *in extremis*, quando as regras tradicionais gerarem consequências “claramente inconvenientes e iníquas”.<sup>209</sup>

Para enfatizar o caráter excepcional de incidência da teoria, Jorge W. Peyrano sublinha que não se trata de propiciar outra regra rígida de distribuição do ônus da prova, que concorra em pé de igualdade com os critérios já estabelecidos, mas sim “de formular una pauta ‘excepcional’ que sólo puede funcionar allí donde aquéllas manifestamente operan mal porque fueron elaboradas para supuestos ‘normales y corrientes’ que non son los correspondientes al caso”.<sup>210</sup>

Vê-se, portanto, que a teoria em análise não busca substituir os critérios tradicionais de repartição do ônus da prova, mas sim complementá-los e aperfeiçoá-los, flexibilizando sua aplicação nos casos em que a parte que deveria produzir a prova segundo as regras estáticas e clássicas se vê impossibilitada de fazê-lo por motivos absolutamente alheios a sua vontade.<sup>211</sup>

---

<sup>209</sup> PEYRANO, Jorge W. *Carga de la prueba. Las razones de ser que explican...*, p. 352.

<sup>210</sup> *Lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*, p. 19.

<sup>211</sup> É oportuno mencionar que, em conclave recente (XVII Congresso Nacional de Derecho Procesal), a doutrina argentina apresentou resultados de pesquisas sobre a teoria do ônus dinâmico da prova e, entre as conclusões, merece destaque o *caráter excepcional* de sua aplicação.

Nesse particular, merece aplausos a doutrina de Peyrano. Afinal, seria temerário abandonar os critérios de repartição do ônus da prova, forjados ao longo de séculos de maturação jurisprudencial e pesquisas doutrinárias, por uma teoria que deixasse inteiramente ao critério judicial a distribuição do ônus da prova. Por outro lado, relegar toda a distribuição do ônus da prova à discricionariedade judicial, inevitavelmente permeada de subjetivismo, geraria inaceitável insegurança jurídica. Definitivamente não é isso o que propõe a doutrina em estudo<sup>212</sup>.

## **2.2. Estruturação da teoria do ônus dinâmico: pressupostos, efeitos e momento de aplicação**

A excepcionalidade da incidência da teoria em apreço significa que a sua aplicação se dá em caráter complementar e subsidiário, para hipóteses especiais e claramente delineadas, nas quais a incidência das regras tradicionais conduza à chamada *prova diabólica* (impossível) ou de difícil produção.

Dessa noção extraímos o primeiro pressuposto para a dinamização: a *impossibilidade ou grande dificuldade de produção da prova pela parte ordinariamente onerada*<sup>213</sup>.

Para que se possa falar em verdadeiro ônus probatório, é preciso que a parte tenha, antes de tudo, efetiva liberdade de produzir a prova, o que pressupõe um mínimo de condições práticas para que isso seja possível. É exatamente a ausência de tais condições que caracteriza o primeiro pressuposto para a aplicação da teoria do ônus dinâmico. Imagine-se, por exemplo, uma situação na qual a parte autora não tem nenhuma condição de trazer a juízo a prova do fato constitutivo de seu direito. Considerando que a falta de prova dessa circunstância implica, inexoravelmente, a rejeição de sua demanda, não há dúvida de que, neste caso, a

---

<sup>212</sup> A doutrina pátria também já vem defendendo o caráter excepcional da distribuição dinâmica do ônus da prova: Knijnik, DANILO. **As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova”...**, p. 946; YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**, p. 86-87; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**, p. 226.

<sup>213</sup> WHITE, Inés Lépori. **Cargas probatórias dinâmicas**, p. 60.

aplicação estática do ônus da prova funciona como impeditivo absoluto para a proteção judicial do interesse invocado, devendo, portanto, ser flexibilizada.

Seguindo o mesmo princípio – o de que o ônus da prova pressupõe liberdade de agir -, Jorge W. Peyrano definiu o segundo pressuposto para a aplicação da teoria: *a efetiva possibilidade de a parte adversa desincumbir-se do encargo (por razões profissionais, técnicas ou fáticas)*.<sup>214</sup> Isso significa dizer que o juiz somente está autorizado a modificar o encargo probatório quando identificar, diante das circunstâncias do caso concreto, a real possibilidade de a parte contrária produzir a prova.

Por outras palavras, *a prova redirecionada deve ser possível*; se nenhuma das partes tem condição de provar o fato (= prova diabólica bilateral), não se admite a flexibilização do *onus probandi*. Aqui, uma vez mais, merece elogios a doutrina do processualista argentino. Afinal, faltando o segundo pressuposto, toda e qualquer modificação do ônus da prova importaria em flagrante afronta às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa<sup>215</sup>.

Outro aspecto importante a ser destacado na doutrina do ônus dinâmico – e que guarda relação direta com os citados pressupostos - diz respeito aos *efeitos* da modificação.

Conforme visto, a repartição dinâmica do ônus da prova pressupõe, de um lado, que a parte ordinariamente onerada não tenha condições de produzir prova de determinado fato (prova diabólica) ou tenha extrema dificuldade em fazê-lo e, de outro, que a parte contrária encontre real possibilidade de desincumbir-se do encargo. Dessa estruturação da teoria do ônus dinâmico resulta um importante corolário: *a modificação do ônus da prova deve operar-se sobre fatos específicos*, a respeito dos quais se verifica a assimetria de poder probatório.

---

<sup>214</sup> PEYRANO, Jorge W. *Lineamentos de las cargas probatorias dinámicas*, p. 16.

<sup>215</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. 3, p. 79.

É esse o pensamento de Jorge W. Peyrano, para quem a aplicação da teoria do ônus dinâmico resulta num descolamento apenas parcial das regras ordinárias de repartição do *onus probandi*. É dizer, presentes os pressupostos, a modificação do ônus da prova incidirá apenas sobre alguns fatos específicos, mantendo-se os critérios originais de repartição do ônus probatório para o restante do material fático. Retomando o citado precedente da responsabilidade civil por erro médico, conclui o autor que incumbe à vítima o encargo de demonstrar, pelo menos, a existência da prestação do serviço médico, do dano sofrido e do correspondente nexos causal, modificando-se o ônus da prova apenas em relação à culpa do profissional.<sup>216</sup>

Acrescente-se, ainda, que a doutrina do ônus dinâmico da prova consolidou o entendimento segundo o qual o momento mais adequado para a modificação do ônus probatório é o da sentença. Embora fiel a esse entendimento, Jorge W. Peyrano não vê inconveniente em que o juiz, diante das peculiaridades do caso concreto, advirta às partes sobre a possibilidade de sua aplicação na sentença. Todavia, ressalva que tal aviso não tem caráter definitivo, pois a fase instrutória pode revelar ao juiz que a parte que reúne melhores condições para produzir a prova não seja a mesma inicialmente onerada<sup>217</sup>.

Nesse particular, ousamos discordar da doutrina argentina. Pelos mesmos argumentos já apresentados no capítulo II, tópico n. 7.2, deste estudo, entendemos que a modificação do ônus da prova pela aplicação da teoria dinâmica deva se dar antes do encerramento da fase instrutória, oportunizando-se aos litigantes onerados a produção da prova, em respeito ao contraditório. Nessa mesma ordem de ideias, confira-se o escólio de Danilo Knijnik<sup>218</sup>:

É dizer, o juiz, caso entenda por bem dinamizar o ônus, deverá previamente intimar as partes a respeito, fundamentando sua decisão, sob pena de caracterizar-se *retroatividade oculta*. Somente assim se poderá

---

<sup>216</sup> *La doctrina de las cargas probatorias y la maquina de impedir en materia jurídica*, p. 95.

<sup>217</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>218</sup> KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” ...*, p. 948.

conciliar a dinamização com o princípio da segurança jurídica, que, na matéria, preconizava Rosenberg.

Logicamente, se há necessidade de advertir às partes sobre a modificação do ônus da prova nas hipóteses do art. 6º, VIII, do CDC, como maior razão deverá o magistrado comunicar, com antecedência, às partes esta sua decisão quando fundada na teoria do ônus dinâmico, especialmente por se tratar de *aplicação direta de garantias constitucionais*, até para que possam se insurgir contra esta deliberação.

### 3. Recepção da teoria do ônus dinâmico da prova no direito brasileiro

Vistos os principais aspectos da teoria do ônus dinâmico da prova, a questão que se impõe pontualmente é a seguinte: em que medida referida doutrina repercutiu no direito brasileiro?

Tomada a locução – *direito brasileiro* – em seu sentido amplo, compreendendo legislação, doutrina e jurisprudência, observa-se que, bem ou mal, inseriu-se ela apenas na segunda e na terceira.

Embora não esteja positivada em nosso ordenamento jurídico, a doutrina pátria já vem admitindo a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova no processo civil atual.<sup>219</sup>

Danilo Knijnik<sup>220</sup>, por exemplo, admite a teoria, mas apenas nas hipóteses em que a aplicação das regras tradicionais conduza à chamada prova diabólica, ou

---

<sup>219</sup> Assim, entre outros: THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**, p. 431; DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório...**, p. 95-102; MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**, p. 21. Manuel Dominguez cita farta doutrina italiana e espanhola nesse sentido, admitindo a distribuição judicial e casuística do ônus da prova, tendo em conta a normalidade e a facilidade probatória (DOMINGUEZ, Manuel Serra. *Estudios de Derecho Probatorio*, p. 118-119).

seja, a prova impossível ou muito difícil de ser produzida, posição também adotada por Fredie Didier Junior<sup>221</sup>.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico<sup>222</sup>, outrossim, defende a aplicação da teoria, mas adverte que o resultado dessa distribuição não pode importar numa prova diabólica reversa.

Antônio Janyr Dall'agnol afasta a fixação prévia e abstrata do encargo de provar, declara irrelevante a posição da parte no processo e propõe a desconsideração da distinção tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos<sup>223</sup>.

Cotejando a posição de Peyrano com a de Bentham conclui Paulo Rogério Zaneti:<sup>224</sup>

(...) a única diferença é que, enquanto BENTHAM traça sua regra de distribuição do ônus da prova à parte que tem melhores condições de produzi-la *como um princípio ou regra geral*, PEYRANO trata a sua teoria da carga dinâmica da prova como regra especial, aplicável somente quando, no caso concreto, as regras clássicas de repartição do ônus da prova se mostrarem inoportunas/inadequadas para a busca da verdade e consequente solução do litígio.

Com muita propriedade, João Batista Lopes e Maria Elisabeth de Castro asseveram que a teoria da dinamização do ônus da prova está estruturada sob uma visão publicista do processo em detrimento a uma visão exclusivamente privatista-

---

<sup>220</sup> Ibid., p. 947.

<sup>221</sup> Ibid., p. 98.

<sup>222</sup> **O ônus da prova**, p. 228.

<sup>223</sup> DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**, p. 92-107.

<sup>224</sup> **O ônus da prova no código de processo civil e sua flexibilização (a teoria da carga dinâmica da prova)**, f. 125.

liberal que sempre conduziu o pensamento sobre o tema da prova em âmbito geral<sup>225</sup>.

Para os defensores da aplicação da teoria no direito brasileiro, a distribuição dinâmica do ônus da prova seria uma decorrência da aplicação dos seguintes princípios:

a) **princípio da igualdade** (art. 5º, *caput*, da CF, e art. 125, I, do CPC): a incidência da doutrina em exame pressupõe uma situação de desigualdade no que concerne à possibilidade probatória. Uma parte se posiciona com dominante poder de apresentação de provas diante da outra que, sendo inferior, está impedida de produzi-la. Como deve haver uma paridade de armas das partes no processo, o juiz promove um reequilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo. Partindo da premissa de que o processo deve servir para a realização do direito material, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira anota que a lei processual não pode “estabelecer regulação que, por motivos meramente processuais, coloque em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material”.<sup>226</sup>

b) **princípio da lealdade, boa-fé e veracidade** (arts. 14, 16, 17, 18 e 125, III, do CPC): as partes têm o dever de conduzir-se com lealdade, boa-fé e probidade no processo, não podendo agir ou se omitir, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte. Nas palavras de Antônio Janyr Dall’agnol Junior, “logicamente, é insustentável que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos, deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições do ônus de demonstração”. Afinal, arremata o autor, “o processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade”.<sup>227</sup>

---

<sup>225</sup> LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elisabeth de Castro. **O juiz, as regras sobre o ônus da prova e a teoria das cargas dinâmicas**, p. 478.

<sup>226</sup> **Do formalismo no processo civil**, p. 66.

<sup>227</sup> *Ibid.*, p. 101-102.

c) **princípio da solidariedade com o órgão judicial** (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC): todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos, isto é, exige-se que a parte colabore em matéria de prova para que o juiz alcance a verdade. Segundo essa visão solidarista do encargo probatório, as partes devem, desde logo, se esforçar em trazer ao processo, dentro do que for possível, todos os fatos que possam ser relevantes para o julgamento da causa<sup>228</sup>;

d) **princípio do devido processo legal** (art. 5º, XIV, CF): devido processo legal é aquele que produz resultados justos e equânimes<sup>229</sup>;

e) **princípio do acesso à justiça** (art. 5º, XXXV, CF): garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva. Se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que impossibilite à parte dele se desincumbir, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional. Consoante o escólio de Robson Renult Godinho<sup>230</sup>:

Aquele que vai ao Judiciário para proteger um direito afirmado e encontra regras abstratas que lhe atribuam a demonstração de determinados fatos, cuja prova, circunstancialmente, é de difícil ou impossível produção, tem a garantia de acesso à justiça atendida apenas formalmente, já que não terá sua pretensão examinada adequadamente pelo julgador. Para um processo de resultados comprometido com o acesso à justiça, a distribuição do ônus da prova não pode ser apenas uma preocupação com a existência formal de uma decisão judicial, devendo ser o instrumento para a efetiva tutela de direitos.

Também pensamos que se faz necessária uma mudança de eixo de paradigma na compreensão do fenômeno da distribuição do ônus da prova.

---

<sup>228</sup> DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr, op. cit., p. 99-100.

<sup>229</sup> DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório...**, p. 95-102;

<sup>230</sup> **A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais**, p. 182-194.

Conforme visto, as regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente de que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo. Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável de lhe ser negada a tutela de direitos, frustrando a expectativa constitucionalmente legítima de acesso à justiça.

Ora, será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, pouco importando a sua incapacidade de atender de maneira idônea o direito material? Responder positivamente a esta indagação seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas, deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo<sup>231</sup>.

A rigor, a distribuição do ônus da prova é uma questão constitucional, porquanto vinculada ao exercício dos direitos fundamentais de igualdade e acesso à justiça. Nessa medida, eventual vedação, limitação ou restrição excessiva quanto às fontes e meios de prova, a ponto de inviabilizar o acesso útil ao Poder Judiciário, pode caracterizar-se como inconstitucional.

Por outras palavras, o legislador infraconstitucional não é livre para impor restrições absolutas à modificação das regras sobre ônus probatório, podendo-se falar em limites constitucionais materiais no caso de os critérios ordinários de distribuição desse ônus frustrarem a fruição de um direito fundamental<sup>232</sup>.

É sob esse pano de fundo, para fazer frente à eventual iniquidade a que a aplicação do art. 333, *caput*, do CPC, poderia conduzir, que se insinuou a aplicação

---

<sup>231</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**, p. 425.

<sup>232</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O ônus da prova na jurisdição das liberdades...**, p. 193.

da teoria do ônus dinâmico da prova no direito brasileiro, independentemente de integração legislativa.

E não é só a doutrina brasileira que se mostra receptiva à teoria em estudo. Muitos de nossos tribunais têm extraído a regra de nosso sistema processual. Situação hipotética emblemática em que se encampa a tese ora examinada é a da responsabilidade civil por erro médico, uma vez que este profissional, quando demandado, normalmente tem melhores condições de provar que agiu regularmente do que a vítima de provar sua atuação irregular – a despeito de, pela regra estática de distribuição do ônus da prova, a ele não caber tal ônus.<sup>233</sup>

Encontram-se várias decisões que seguem essa orientação em ações de alimentos<sup>234</sup>, em causas envolvendo contratos bancários<sup>235</sup>, direito de imagem<sup>236</sup>, acidente de trânsito<sup>237</sup>, entre outras.

Como posto em relevo em acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de relatoria do eminente Desembargador Ênio Zuliani:

A teoria da das cargas dinâmicas rompe com as regras rígidas da distribuição do ônus probatório, tornando-as mais flexíveis a adaptáveis a cada caso especificamente. (...) Pode-se dizer, assim, que sua aplicação, aceita pela doutrina e jurisprudência, não ofende a lei, mas faz uma interpretação mais equânime, diversa da distribuição do ônus prevista no art. 333 do CPC, considerando o princípio da proporcionalidade<sup>238</sup>.

---

<sup>233</sup> REsp 69.309/SC, 4.ª T., STJ, rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.06.1996, v.u., DJ 26.08.1996. Na Argentina, a aplicação jurisprudencial é farta, inclusive pela Suprema Corte (DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. **Distribuição dinâmica dos ônus probatórios**, p. 100).

<sup>234</sup> Ap. 70004756425, 7ª Câmara. Cív., TJRS, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 18.12.2002.

<sup>235</sup> Resp 1189679/RS, 2ª Seção, STJ, rel. Min. Nancy Andrigui, j. 24.11.2010, v.u., DJe 17.12.2010.

<sup>236</sup> REsp 1135543/SP, 3.ª T., STJ, rel. Min. Nancy Andrigui, j. 22.05.2012, v.u., DJe 07.11.2012.

<sup>237</sup> Ap. 2009.001.02789, 18.ª Câmara. Civ., TJRJ, rel. Des. Cristina Tereza Gaulia, v.u., j. 17.03.2009.

<sup>238</sup> Ag 0139366.74.2011.8.26.000, 4.ª Câmara. Direito Privado, TJSP, Rel. Des. Ênio Zuliani, v.u., j. 11.08.2011. No mesmo sentido: Ap. 9161151-07.2009.8.26.0000, 8.ª Câmara. Direito Privado, TJSP, Rel. Des. Caetano Lagrasta Neto, v.u., j. 13.10.2011; e AgRg 0068563-66.2011.8.26.0000/50000, 3.ª Câmara. Direito Privado, TJSP, Rel. Des. Beretta da Silveira, v.u., j. 24.05.2011.

Concluindo, embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação *de lege lata* dessa teoria, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da isonomia (arts. 5º, caput, da CF, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art. 5º XXXV, da CF), da solidariedade (art. 339 do CPC) e da lealdade e boa-fé processual (art. 14, II, do CPC), bem como os poderes instrutórios do Juiz (arts. 130 e 355 do CPC), diante da análise detida de cada caso concreto.

#### **4. Incorporação da teoria à legislação espanhola e perspectivas de inserção no direito positivo brasileiro**

A doutrina do ônus dinâmico da prova foi incorporada expressamente na *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (Lei 1/200), em seu art. 217, parágrafo 7, que dispõe *in verbis*:

Art. 217. Carga de la prueba. (...) 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.

Nos parágrafos anteriores do citado artigo, vimos que o recente estatuto processual espanhol adotou critérios modernos para a repartição do ônus da prova, segundo os quais a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de pressupostos à norma que consagra o efeito jurídico por ela perseguido, qualquer que seja sua posição processual.<sup>239</sup>

Já em seu parágrafo 7, o legislador, sensível ao fato de que a aplicação de tais critérios, em dadas situações, pode conduzir a soluções claramente injustas, conferiu ao juiz a possibilidade de flexibilizá-los, em razão da *disponibilidad* e *facilidad* da prova. Vale dizer, como regra, incidem os critérios ordinários

---

<sup>239</sup> Cf. capítulo II, tópico n.º 5.2, deste trabalho.

estabelecidos prévia e abstratamente pelo legislador; contudo, em casos excepcionais, consideradas a disponibilidade e a facilidade da prova, o magistrado poderá flexibilizá-los, em consonância com a teoria do ônus dinâmico da prova. No ponto, importa destacar a diferença entre os termos disponibilidade e facilidade: o primeiro tem a ver com o acesso às fontes de prova, enquanto o segundo é mais amplo e significa menor esforço para produzir a prova<sup>240</sup>.

Voltando os olhos ao direito positivo brasileiro, merece destaque o Projeto de Lei 8.046/2010 (em tramitação na Câmara dos Deputados<sup>241</sup>), que disciplina o novo Código de Processo Civil e adota expressamente a teoria do ônus dinâmico da prova. A propósito, assim dispôs, no art. 380:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

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

A orientação adotada merece encômios. Escorada em autorizada doutrina, a legislação projetada autoriza o juiz, diante de peculiaridades da causa, a modificar o ônus da prova nos casos em que a parte que deveria produzi-la segundo as regras estáticas e clássicas se vir impossibilitada de fazê-lo, ou então, quando se afigurar mais fácil à parte adversa produzir a prova do fato contrário.

---

<sup>240</sup> MELLADO, José Maria Ascencio. *Derecho procesal civil*, p. 227.

<sup>241</sup> Na versão de julho de 2013, posterior à aprovação do parecer do deputado Paulo Teixeira pela Comissão Especial da Câmara.

Também merece elogios o dispositivo em exame porque, em consonância com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, condiciona a modificação do ônus da prova à possibilidade de a parte contrária dele se desincumbir, o que significa dizer que: *(i)* a decisão que modifica o ônus da prova deve ser anterior ao encerramento da instrução; e *(ii)* a prova redirecionada deve ser possível (não se admite a prova diabólica reversa).

Do mesmo modo, acolheu essa concepção o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), ao estabelecer, em seu art. 11, § 1º, que o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, sem prejuízo do disposto no art. 333, *caput*, do CPC.

Note-se que tanto no Projeto de Lei do novo CPC como no anteprojeto de Código de Brasileiro de Processo Coletivo do IBDP a teoria do ônus dinâmico da prova é aplicada em caráter subsidiário, em consonância com a doutrina de Peyrano.

Finalmente, o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, ao incumbir o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração (art. 12, § 1º), também estabelece um regime de distribuição dinâmica do ônus da prova. Aqui, a diferença é que a dinamização do ônus da prova é a regra do sistema; vale dizer, não existe fixação prévia e abstrata do encargo de provar, conferindo-se ao juiz ampla discricionariedade para repartir casuisticamente o *onus probandi*.

## IV. FLEXIBILIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 1. Introdução

Nas ações civis públicas são cabíveis os mesmos meios de prova previstos nas leis (principalmente no CPC), bem como os moralmente legítimos (CPC, art. 332). Sua produção - inclusive no que toca ao *onus probandi* -, em regras gerais, é ditada pelo CPC, que, como se sabe, aplica-se subsidiariamente ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei da Ação Civil Pública.

Assim, a norma geral continua sendo a da distribuição estática do ônus da prova, baseada em regras objetivas e fixas, distribuídas prévia e abstratamente pela lei (art. 333 do CPC).

A dinamicidade das relações sociais e a evolução tecnológica modificam a todo instante as relações jurídicas daí derivadas, influenciando o como provar (meios), o que deve e necessita ser provado (*thema probandum*), quem pode provar e quem deve sofrer as consequências da ausência de provas (ônus da prova).

Mas, o modelo processual individualista, já em meados do século XX, começava a se revelar insuficiente para salvaguardar os interesses coletivos que, por imposição dessa nova realidade social, vinham sendo progressivamente reconhecidos pelo direito material.

Em decorrência, o sistema processual perde em legitimidade ao continuar se servindo de regras absolutamente rígidas e não consegue evoluir no mesmo passo que a sociedade exige.

Para os fins do presente estudo, interessa analisar as hipóteses de flexibilização dessas regras gerais de repartição dos encargos probatórios,

independentemente de implementação legislativa, com vistas a conferir maior efetividade ao processo coletivo. Afinal, o processo, visto como instrumento, também deve ser dinâmico, pois somente assim poderá adequar-se, imediatamente, aos fatores temporais, territoriais e até circunstanciais de si exigidos e, por conseguinte, abstrair-se deste todo o proveito devido e desejado para o alcance de seus fins.

Nesse propósito, antecipamos que a flexibilização dos critérios ordinários previstos no art. 333 do CPC tem encontrado três principais ordens de fundamentação: (i) aplicação da regra prevista no art. 6.º, VIII, do CDC; (ii) aplicação do princípio da precaução nas ações civis públicas ambientais; e (iii) aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova.

A seguir, examinaremos cada uma dessas hipóteses de flexibilização, dentro da concepção vertente do instrumentalismo substancial, na qual deve trilhar-se o instrumento da forma mais adequada possível para o atendimento de cada situação substancial, reconhecendo-se a influência e importância do direito material com relação ao processo<sup>242</sup>.

Desde já, adianta-se que em todas as hipóteses de flexibilização abaixo analisadas:

a) a modificação do encargo de provar não tem o efeito de obrigar a parte onerada a arcar com as custas da prova requerida pela parte contrária. Nesse particular, reitera-se o que já foi dito quando do estudo do direito à inversão do ônus da prova, previsto no art. 6.º, VIII, do CDC: uma vez promovida a modificação, obriga-se a parte onerada apenas a suportar o ônus de sua não produção, ou seja, serão considerados verdadeiros os fatos que, por meio dessa prova, se pretendia provar;

---

<sup>242</sup> Linha de pensamento desenvolvida por José Roberto dos Santos Bedaque, em **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**.

b) o juiz pode determinar *ex officio* a modificação do ônus da prova, uma vez que sua atuação está fundamentada em normas de ordem pública e interesse social. Na realidade, após verificar a presença dos pressupostos de aplicação das hipóteses de flexibilização do ônus da prova, o magistrado tem o poder-dever de modificar a repartição do ônus probatório, não lhe sendo possível, diante do caso concreto, optar pela não flexibilização e pela adoção do critério tradicional de distribuição do ônus da prova, gerando assim efetivos prejuízos a uma das partes e violando as regras constitucionais e sistêmicas que fundam a flexibilização;

c) a modificação do ônus da prova deve ser decidida antes do encerramento da instrução processual - preferencialmente por ocasião do despacho saneador -, pois que se trata de *regra de procedimento*. Tal procedimento evita surpresas para a parte onerada, possibilitando-lhe a produção das provas necessárias à concretização da sua defesa, o que se harmoniza com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

## **2. Aplicação da regra prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC**

Conforme visto, uma das mais importantes inovações do CDC, com grande repercussão prática, está prevista em seu art. 6.º, VIII, que estabelece como direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando presentes os requisitos da verossimilhança ou hipossuficiência.

Delineados os principais aspectos dessa regra de modificação do ônus da prova, cumpre indagar: estaria ela adstrita às demandas individuais fundadas no CDC? Seria viável sua aplicação no plano da tutela coletiva dos consumidores? Poderia ser empregada em ações civis públicas para a defesa de interesses e direitos não consumeristas?

Muito bem. Dúvidas não pode haver de que o direito à inversão do ônus da prova, previsto no CDC, por ser instrumento relevante, que assegura a proteção

privilegiada dos interesses do consumidor, deve ser reconhecido tanto no plano da tutela individual quanto no plano da tutela coletiva, já que a própria legislação consumerista não faz distinção entre consumidor individual e coletividade (CDC, art. 81).

Essa interpretação, aliás, é a única que se coaduna com a garantia expressa do preceito em exame - a *facilitação da defesa dos interesses do consumidor em juízo* -, bem como com o mandamento constitucional de efetiva defesa dos direitos do consumidor (arts. 5º, XXXII<sup>243</sup>, e 170, V<sup>244</sup>, da CF). Desse teor o ensinamento de Cristiano Chaves de Farias<sup>245</sup>:

Ora, a norma que permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor tem de ser interpretada tendo na tela da imaginação o fundamento constitucional de proteção do consumidor e a própria função social a que se dirige a norma (referida pelo art. 5º). O raciocínio que exsurge é fatal: a proteção privilegiada do consumidor, decorrente do garantismo constitucional, somente pode se concretizar com a possibilidade de inversão do ônus da prova também nas ações coletivas de consumo, reconhecida a força normativa da Constituição, dela extraindo a mais ampla e construtiva interpretação.

Sintetizando, o termo “consumidor” não pode ser entendido simplesmente como parte processual, mas sim como parte jurídica extraprocessual, ou seja, como o destinatário do propósito de proteção da norma<sup>246</sup>.

---

<sup>243</sup> Art. 5.º “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos”: (...) XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

<sup>244</sup> Art. 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”: (...) V. “defesa do consumidor”.

<sup>245</sup> **A inversão do ônus da prova nas ações coletivas: o verso e o reverso da moeda**, p. 234.

<sup>246</sup> Na jurisprudência do STJ, confirmam-se: REsp 1049822/RS, 1ª Turma, rel. Min. Francisco Falcão, j. 23.04.2009, *DJe* 18.05.2009; AgRg no REsp 1300588/RJ, 2ª T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 03.05.2012, v.u., *DJe* 18.05.2012; REsp 736308/RS, 4.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 15.12.2009, v.u., *DJe* 02.02.2010; e REsp 773171/RN, 2.ª T, rel. Min. Antonio Herman Benjamin, j. 20.08.2009, v.u., *DJe* 15.12.2009..

Por outro lado, quando o art. 21 da Lei 7.347/85 determina a aplicação das regras do título III do CDC às ações civis públicas, não se deve interpretá-las gramatical ou formalmente. Considerando que o título III do CDC trata da defesa do consumidor em juízo, é evidente que o propósito do art. 21 da LACP foi que incidissem sobre as ações civis públicas todas as normas processuais aplicáveis à defesa do consumidor.

Essa interpretação extensiva do alcance do art. 21 da LACP está em perfeita consonância com o pensamento científico contemporâneo, identificando como valor subjacente ao processo a concretização de sua máxima efetividade. Nas palavras de Ricardo de Barros Leonel<sup>247</sup>:

Acrescente-se que a interpretação ampliativa – aplicação recíproca de todas as normas processuais do ordenamento coletivo – é a que melhor se amolda ao ordenamento constitucional e infraconstitucional, pois ultimamente o labor legislativo tem sido voltado à ampliação da abrangência e da eficácia da tutela jurisdicional coletiva.

Anote-se que a 2.<sup>a</sup> Turma do STJ, ao julgar o REsp 883.656/RS, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 28.02.2012, confirmou essa tese. Da ementa do julgado constou que:

A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6.<sup>o</sup>, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1.049.822/RS, rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, *DJe* 18.05.2009).

No ponto, chamamos a atenção para um aspecto importante do instituto da inversão do ônus da prova, aparentemente ignorado pela doutrina e jurisprudência: não basta a presença dos requisitos previstos no art. 6.<sup>o</sup>, VIII, do CDC, a saber, verossimilhança da alegação ou hipossuficiência (*dificuldade para a produção da*

---

<sup>247</sup> Manual do Processo Coletivo, p. 372-375.

*prova*), para o juiz determinar a modificação do *onus probandi* nas ações civis públicas não consumeristas. É preciso que o autor da lesão ou ameaça de lesão esteja numa condição de superioridade técnica, econômica ou jurídica em relação à coletividade lesada. Noutras palavras, a aplicação na regra prevista no art. 6º, VIII, do CDC às situações que não envolvam relação de consumo deve ser feita em consonância com o princípio da vulnerabilidade.

Explico melhor: o princípio da vulnerabilidade é o fundamento da existência do direito do consumidor, é o ponto de partida da aplicação de todas as suas normas de proteção a esse sujeito especial de direitos, vulnerável em suas relações frente aos fornecedores.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor tem assento na própria Constituição Federal de 1988, que instituiu a *defesa do consumidor* como espécie de direito fundamental (art. 5.º, XXXII) e princípio geral da ordem econômica (art. 170, V). No plano infraconstitucional, referida vulnerabilidade constitui presunção legal absoluta – *jure et de jure* (art. 4.º, I, do CDC), o que equivale a dizer que em qualquer relação de consumo a situação de debilidade do consumidor frente ao fornecedor é presumida *ope legis*.

Nas relações de consumo, o consumidor participa apenas da última etapa do processo produtivo (*consumo*), ao passo que o fornecedor detém os mecanismos de controle desse processo (*produção, distribuição, comercialização*). Por essa razão, o consumidor não está em condições de avaliar, corretamente, a qualidade e segurança dos produtos e serviços a ele oferecidos. Diante dessa realidade, é perfeitamente compreensível o caráter protecionista do CDC, que busca eliminar a injusta desigualdade existente entre consumidor e fornecedor, com o consequente restabelecimento do equilíbrio na relação de consumo. Desse teor a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

Ressalte-se, por derradeiro, que o CDC trata de maneira desigual o consumidor não para conferir-lhe privilégios ou vantagens indevidas, mas, sim, prerrogativas legais – materiais e instrumentais – para que se atinja o desiderato constitucional da igualdade real. A igualdade, na aristotélica

lição de Rui Barbosa, importa em tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.<sup>248</sup>

Essa importância do princípio da vulnerabilidade para o direito do consumidor já foi reconhecida pelo próprio Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.<sup>249</sup>

É na vulnerabilidade do consumidor, portanto, que se funda o direito do consumidor. Essa é sua espinha dorsal que sustenta toda a sua linha filosófica.

Pois bem, fixada essa premissa, pensamos que a aplicação da regra prevista no art. 6º, VIII, do CDC às ações civis públicas não consumeristas só se justifica quando demonstrada, *in concreto*, a posição de superioridade (técnica, fática ou jurídica) do autor da lesão ou ameaça de lesão em relação aos titulares dos interesses transindividuais ou individuais homogêneos, sob pena de afronta ao princípio da igualdade.

Imagine-se, por exemplo, uma ação civil pública ajuizada para a defesa dos interesses das crianças e adolescentes de um determinado município, que estão sendo vítimas da péssima qualidade da merenda fornecida por uma empresa do setor alimentício contratada pela prefeitura para prestar este tipo de serviço. É evidente que referida empresa, em razão da especialidade do serviço por ela prestado, está numa posição de superioridade técnica frente aos destinatários imediatos da merenda escolar. Nesta hipótese está justificada a aplicação, por analogia (*ubi eadem ratio ibi idem jus*), das regras de proteção previstas no CDC,

---

<sup>248</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**, p. 39.

<sup>249</sup> REsp 586.316/MG, 2ª T., STJ, rel. Min. Herman Benjamin, j. 14.07.2007, v.u., DJ 19.03.2009.

notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova, quando presentes estiverem os requisitos legais.

A mesma solução não pode ser adotada, contudo, numa ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em face de um pequeno e humilde produtor rural que, no exercício de uma atividade agrícola de subsistência, supostamente gera algum dano ao meio ambiente. Neste caso, ausente a ventilada situação de superioridade (técnica, fática ou jurídica), não se pode admitir a aplicação da regra do art. 6º, VIII, do CDC, sob pena de afronta ao princípio da igualdade. Em efeito, a utilização desse “privilegio processual” para situações que não envolvam relação de consumo deve ser feita, sempre, em consonância com o princípio da vulnerabilidade, espinha dorsal do CDC, que justifica esse tratamento diferenciado em favor dos consumidores.

Concluindo, a despeito de o art. 6.º, VIII, do CDC, estar topograficamente fora do título III, é inegável que se trata de norma voltada à defesa do consumidor em juízo, e, portanto, que é aplicável às ações civis públicas em geral, por força do princípio da integração, o que não afasta, contudo, a necessidade de observar, *in concreto*, a condição de “vulnerabilidade” dos destinatários da proteção da norma. Sem a ressalva, corre-se o risco de o seu uso indiscriminado gerar decisões tão ou mais injustas do que as que se pretendia evitar.

### **3. Aplicação do princípio da precaução nas ações civis públicas ambientais**

Outra ordem de fundamentação utilizada pela doutrina e jurisprudência pátrias para a flexibilização do ônus da prova radica no princípio da precaução, incidente especificamente nas ações civis públicas ambientais.

Dada a importância do tema, faremos uma breve análise do princípio em questão para, na sequência, avaliarmos sua aptidão para determinar a modificação do ônus da prova em ações civis públicas ambientais.

### 3.1. Princípio da precaução

O direito ambiental, entendido sob o prisma de uma ciência autônoma, apesar de seu caráter multidisciplinar, obedece, na aplicação de suas normas, a princípios específicos de proteção ambiental, dentre os quais merece destaque o princípio da precaução, principal orientador das políticas públicas ambientais.

O princípio da precaução consiste na orientação de se imprimir um elevado nível de proteção ao meio ambiente. Nesse sentido, quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a incerteza científica não pode ser utilizada como razão para postergar as medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Incentiva-se, portanto, a antecipação de ação preventiva, ainda que não se tenha certeza sobre a sua necessidade. Noutras palavras, o princípio da precaução traduz a ideia de que não basta a proteção contra o perigo concreto, sendo necessário igualmente acautelar-se em relação ao perigo hipotético, no intuito de minimizá-lo. A propósito, ensina Tereza Ancona Lopez:<sup>250</sup>

Princípio da precaução é aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de prevenção de riscos hipotéticos, coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de prevenir o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza.

Diferentemente do princípio da prevenção, cuja aplicação busca evitar um dano nos casos em que os riscos decorrentes de uma atividade são conhecidos, o princípio da precaução é usado nos casos em que não há certeza científica quanto a estes riscos. Nas palavras de Paulo Affonso Lemes Machado<sup>251</sup>:

---

<sup>250</sup> **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**, p. 90.

<sup>251</sup> **Direito ambiental brasileiro**, p. 55. Autores há que reúnem os princípios da precaução e da prevenção em um só, usando indistintamente ambas as expressões. Na verdade, entendemos que os dois princípios são complementares e ambos se acham incorporados no texto constitucional de

Em caso de certeza do dano ambiental, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção.

O citado autor ainda lembra que o Brasil é signatário de dois tratados internacionais que preconizam o princípio da precaução, a saber, a Convenção da Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, estando ambos ratificados e promulgados.<sup>252</sup>

Na Constituição Federal de 1988, malgrado não previsto expressamente, o princípio da precaução decorre tanto do direito à saúde (art. 6.º, *caput*) como do princípio de proteção ao meio ambiente (art. 225), sendo dever do Poder Público defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No plano infraconstitucional, o art. 1º da Lei 11.105, de 25 de março de 2005 (Lei de Biossegurança) estabelece que as normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, e seus derivados, devem ter como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, à proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Um ótimo exemplo de aplicação do princípio da precaução é o licenciamento ambiental, pois por meio dele é que se mostra possível avaliar os impactos que determinada atividade, obra ou conduta pode causar no meio ambiente, ou atestar a impossibilidade de detecção dos limites de potencialidade danosa, o que levaria à total inviabilidade de implementação daquelas.

---

1988, quando, no art. 225, *caput*, está consagrada a defesa e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

<sup>252</sup> Ibid., p. 58-59.

Outra área em que a aplicação do princípio da precaução é muito debatida nos dias atuais é a do uso de sementes geneticamente modificadas, pois não há estudos conclusivos sobre os efeitos destes organismos no ambiente natural e para a saúde humana.

### **3.2. A inversão do ônus da prova por força do princípio da precaução**

A imposição dos riscos da atividade econômica para o poluidor implica na redefinição do modelo de responsabilidade civil. Evoluiu-se do sistema de responsabilização subjetiva – fundado na ideia de culpa – para o sistema objetivo, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo art. 14 da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81) e recepcionado pelo art. 225, § 3.º da Constituição Federal, que expressa: “O poluidor é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados por esta atividade”.

Essa mudança de paradigma decorre de uma nova consciência, alinhada com o reconhecimento de que a degradação ao meio ambiente não raro tem causadores plúrimos, quando não incertos, vítimas pulverizadas e por vezes anônimas, e danos de manifestação retardada ou de caráter cumulativo, atingindo não apenas a integridade patrimonial ou física das gerações presentes e futuras, mas também interesses da sociedade em geral ou até a realidade abstrata do meio ambiente.

Nesse contexto, o princípio da precaução, reconhecido implícita e explicitamente pelo direito brasileiro, estabelece, diante do dever genérico e abstrato de conservação do meio ambiente, um regime ético-jurídico em que o exercício de atividade potencialmente poluidora, sobretudo quando perigosa, conduz à inversão das regras de gestão da licitude e causalidade da conduta, com a imposição ao empreendedor do encargo de demonstrar a sua inofensividade<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> BENJAMIN, Antonio Herman. **Responsabilidade civil pelo dano ambiental**, p. 21.

Dito de outra forma, é possível afirmar que, no contexto do direito ambiental, o adágio *in dubio pro reo* é transmutado, no rastro do princípio da precaução, em *in dubio pro natura*, carregando consigo uma forte presunção em favor da proteção da saúde humana e da biota. Tal, por óbvio, coloca a responsabilidade pela demonstração da segurança naqueles que conduzem atividades potencialmente perigosas, o que simboliza claramente um novo paradigma: antes, o poluidor se beneficiava da dúvida científica; doravante, a dúvida funcionará em benefício do ambiente.

Em doutrina<sup>254</sup>, são identificadas três concepções sobre o conteúdo, extensão e aceção do princípio da precaução, que podem ser assim classificadas: a) *radical* – visa a garantir o risco zero, pregando a moratória ou a abstenção definitiva da atividade potencialmente danosa e gerando a inversão do ônus da prova; b) *minimalista* – requer riscos sérios e irreversíveis, afasta a moratória e não conduz à inversão do ônus da prova; e c) *intermediária* – requer risco científico crível, não exclui a moratória e implica a carga dinâmica da prova.

Dessas três concepções, o direito brasileiro, acertadamente, parece ter encampado a terceira. Nesse sentir, sempre que existir dúvida científica expressa com argumentos razoáveis a respeito dos riscos de determinada atividade, terá incidência o princípio da precaução, com a consequente inversão do ônus da prova, quer seja em relação ao dano, quer seja em relação ao nexo causal. Como enfatiza Milaré, “a incerteza científica milita em favor do meio ambiente, carregando-se ao interessado o ônus de provar que as intervenções pretendidas não trarão consequências indesejáveis”.<sup>255</sup>

Centrado nos reflexos processuais do princípio da precaução, esclarece Álvaro Luiz Valery Mirra:<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental**, p.31.

<sup>255</sup> MILARÉ, Édes. **Direito do ambiente...**, p. 60-61.

<sup>256</sup> **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**, p. 268.

Como decorrência da substituição do critério da certeza pelo da probabilidade, consagrado com o advento do princípio da precaução, pode-se dizer que, nas ações ambientais, para o autor da demanda basta a demonstração de elementos concretos e com base científica, que levem à conclusão quanto à probabilidade da caracterização da degradação, cabendo, então, ao réu a comprovação de que a sua conduta ou atividade, com absoluta segurança, não provoca ou não provocará a alegada ou temida lesão do meio ambiente. Assim, o princípio da precaução tem também essa outra relevantíssima consequência na esfera judicial: acarretar a inversão do ônus da prova, impondo ao degradador o encargo de provar, sem sombra de dúvida, que a sua atividade questionada não é efetiva ou potencialmente degradadora da qualidade ambiental. Do contrário, a conclusão será no sentido de considerar caracterizada a degradação ambiental.

Um bom exemplo da aplicação desse princípio diz com as emissões eletromagnéticas geradas pelas estações rádio-base da telefonia celular, as quais vêm sendo judicialmente questionadas por meio de ações civis públicas. Nessas demandas o correto é impor às concessionárias o ônus da prova da inofensividade das emissões, por força da incidência do princípio da precaução, que possui assento no texto constitucional e, de conseguinte, irradia efeitos no campo processual, com vistas a assegurar a efetiva tutela do bem jurídico ambiental.<sup>257</sup>

Em resumo, nas ações civis públicas ambientais, ao autor incumbirá, em regra, a comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil por dano ambiental, quais sejam: atividade danosa, dano e nexo causal. Comprovada, contudo, a existência de dúvida científica razoável a respeito dos riscos de determinada atividade, o princípio da precaução sugere, então, que o ônus da prova seja sempre invertido de maneira que o réu-empresendedor tenha que demonstrar a ausência de perigo ou dano decorrente dessa atividade.

---

<sup>257</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise. **Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais**, p. 23.

### 3.3. Aplicação na jurisprudência

Também na jurisprudência brasileira se fizeram sentir os reflexos da aplicação do princípio da precaução para justificar a inversão do ônus da prova em ações civis públicas ambientais. A 22.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o agravo regimental n.º 70050580943, do qual foi relatora a Desembargadora Denise Oliveira Cezar (j. 27.09.2012, v.u., *in* DJ 04.10.2012), acolheu a tese. Da ementa do julgado constou que:

Ação civil pública para retirada de estação rádio-base. Antecipação de tutela. Presença dos requisitos da verossimilhança e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Ausência de licenciamento para a instalação de ERB. Princípio da precaução. A lei municipal n. 4.083/06 prevê a necessidade de obtenção de duas licenças para a instalação de estação rádio-base. Ausente, no caso, a licença da secretaria municipal de meio ambiente, e também a licença da secretaria municipal de desenvolvimento urbano. **O princípio da precaução determina a necessidade de se evitar o exercício de atividades com efeitos potencialmente nocivos à saúde humana, enquanto pendente prova desta circunstância, por meio de perícia já determinada nos autos.** Decisão mantida. Agravo desprovido (grifo nosso).

Em igual sentido decidiu a 3.<sup>a</sup> Câmara Cível da mesma Corte, no julgamento do agravo de instrumento n. 70052160207 (j. 21.03.2013, v.u., *in* DJ 15.04.2013), relatado pelo Desembargador Rogério Gesta Leal. A propósito, confira-se trecho da ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. Necessária a inversão do ônus da prova para que sejam apurados os fatos denunciados na origem. Princípio da precaução aplicado à hipótese, pois pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou.

Essa mesma orientação foi adotada pela 2ª Turma do Colendo Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial n.º 1060753/SP, da relatoria da Ministra Eliana Calmon (j. 01.12.2009, v.u., *in DJe* 14.12.2009). Da ementa do acórdão constou que:

O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.

É oportuno registrar que a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas ambientais, por força da aplicação da teoria da precaução, em vários julgados, vem reforçada pela invocação da regra prevista no art. 6.º, VIII, do CDC. A título de exemplo, confira-se trecho da seguinte ementa:

Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.<sup>258</sup>

#### **4. Aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova nas ações civis públicas**

Neste tópico, a questão que se coloca é saber se a teoria do ônus dinâmico da prova pode ser aplicada no universo das ações civis públicas. Por outras palavras, admite-se a flexibilização da repartição do ônus probatório nas ações civis públicas por força da incidência da já estudada teoria do ônus dinâmico? E, caso afirmativo, em que termos e condições?

---

<sup>258</sup> REsp n. 972.902/RS, 2ª T., STJ, rel. Min. Eliana Calmon, j. 25.08.2009, v.u., *DJe* 14.09.2009. Em igual sentido: <sup>258</sup> REsp 1.049.822/RS, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, j. 23.04.2009, v.u., *DJe* 18.05.2009<sup>258</sup>

A única resposta possível à primeira indagação é positiva, a começar pela circunstância de que a doutrina e a jurisprudência pátrias, de há muito, vêm admitindo a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova no processo civil tradicional, como decorrência dos princípios da isonomia, do devido processo legal, do acesso à justiça, da solidariedade, e da lealdade e boa-fé processual, bem como dos poderes instrutórios do juiz, não havendo motivo para essa dinamização não se refletir no plano das ações civis públicas.

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

Partindo-se da premissa de que, atualmente, os interesses transindividuais assumem especial destaque no quadro do ordenamento constitucional e infraconstitucional e do próprio funcionamento da prestação jurisdicional, impõe-se a necessidade de flexibilização do rigor da distribuição prevista no art. 333 do CPC. Tal tarefa vem sendo levada a cabo nos vários ordenamentos jurídicos, seja de *civil law*, seja de *common Law*, atentos à preocupação contemporânea com a igualdade real no processo, a solidariedade (individual e coletiva) e a busca da efetividade dos direitos pela facilitação do acesso à Justiça.

O atributo *social*, que qualifica o modelo de Estado brasileiro adotado em 1988, eleva a uma posição de protagonista central, no plano da renovada fundamentação axiológica da prova, algo mais de que o simples interesse pessoal dos litigantes, que tendem, naturalmente, à defesa egoística da posição de cada um no processo. Sem dúvida, essa visão individualista da prova, tanto mais em processos coletivos, nas palavras de Augusto Morello, “deixa navegando a jurisdição

---

em mar de dúvidas”, daí a necessidade de criação de mecanismos de combate à “posição abusiva por omissão” dos sujeitos processuais e de reconstrução do princípio dispositivo (mormente nas demandas de interesse público ou de grande densidade coletiva), de forma a fazer dialogar o devido processo legal com as responsabilidades sociais de todos no processo.<sup>259</sup>

Para a plena efetividade do processo coletivo, faz-se necessário o correto manejo da técnica, não escapando dessa realidade as regras sobre a instrução do processo, mas os instrumentos disponíveis devem ser adequados às exigências para a efetiva tutela do direito material, não bastando a previsão formal de meios inidôneos para a realização de direitos.

Por isso, ao lado das hipóteses já tratadas – (i) aplicação da regra prevista no artigo 6º, VIII do CDC para toda e qualquer ação civil pública; e (ii) incidência do princípio ambiental da precaução -, pensamos que a flexibilização do *onus probandi* nas ações civis públicas também poderá ser operada por força da aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova, igualmente em *caráter excepcional* e, conforme já assinalado, desde que *a prova redirecionada seja possível para a parte que receber o ônus*.

Reconhecendo a possibilidade de aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova na ação civil pública, anota Eduardo Cambi<sup>260</sup>:

Deste modo, a carga (ou o ônus) da prova, assim distribuída, por consolidar uma visão amplamente solidarista do *onus probandi*, supera a visão individualista (e patrimonialista) do processo civil clássico e, destarte, permite facilitar a tutela judicial dos bens coletivos. Conseqüentemente, evita-se que, por ser muito difícil para o demandante demonstrar a licitude ou a não-lesividade do comportamento do demandado (*maior dificuldade na produção da prova*), se mantenha a situação como está (*status quo*), em prejuízo da proteção dos direitos difusos, coletivos ou individuais

---

<sup>259</sup> **La prueba: tendencias modernas**, p. 58-63.

<sup>260</sup> **A prova civil: admissibilidade e relevância**, p. 343-344.

homogêneos, sem retirar do suposto causador da ilicitude ou dos danos as amplas oportunidades de provar o contrário.

Por outro lado, não podemos olvidar que o processo coletivo não se contenta com a prolação de uma sentença de mérito: há interesse no *melhor julgamento de mérito possível*. Daí a importância de se flexibilizar as regras sobre distribuição do ônus da prova, o que confere maior efetividade à tutela jurisdicional, a fim de se alcançar decisões consentâneas com a indiscutível essencialidade dos interesses transindividuais, cuja violação implica reflexos às presentes e futuras gerações.

No ponto, remarque-se que a teoria do ônus dinâmico da prova foi acolhida no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), no termos do art. 11, § 1º, que assim dispõe: “Sem prejuízo do disposto no art. 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração”. Conforme anotado na Exposição de Motivos do aludido anteprojeto, de lavra da jurista Ada Pellegrini Grinover, “*a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova*”.

Da mesma forma, vimos que o Projeto de Lei 8.046/2010 (em tramitação na Câmara dos Deputados), que disciplina o novo Código de Processo Civil, adota expressamente a teoria do ônus dinâmico da prova (art. 380).

Sintetizando, se o direito brasileiro já vem admitindo a aplicação dessa teoria nos processos civis individuais, com maior razão deve aceitá-la nos processos coletivos, nos quais se tutela, em regra, direitos indivisíveis, indisponíveis e de interesse de toda coletividade.

Por último, impende destacar que a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova no processo coletivo opera-se nos mesmos moldes de sua incidência no processo civil individual, o que significa dizer que: a) a modificação do *onus probandi* pressupõe, de um lado, que a parte ordinariamente onerada não tenha condições de produzir prova de determinado fato (prova diabólica) ou tenha extrema dificuldade

em fazê-lo e, de outro, que a parte contrária encontre real possibilidade de desincumbir-se do encargo; b) tal modificação deve recair sobre fatos específicos, a respeito dos quais se verifica a assimetria de poder probatório; e c) a dinamização do ônus da prova é levada a efeito de forma subsidiária e suplementar – se e quando os critérios distributivos gerais conduzirem o caso a uma solução iníqua.

#### 4.1. Aplicação na jurisprudência

A aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova em ações civis públicas já vem se fazendo sentir em muitos dos nossos tribunais, como é exemplo notável o julgamento levado a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça, através da talentosa pena do Min. Herman Benjamin.<sup>261</sup> Ali, o Juiz e o jurista, braços dados, depois de lançar os contornos da teoria do ônus dinâmico da prova e fundamentar sua aplicação no direito brasileiro, arremata:

Em síntese, no processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como de um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda, tendo por aspiração final afastar a *probatio diabolica* do caminho dos sujeitos vulneráveis. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas pelo sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

---

<sup>261</sup> Resp n.º 883.656/RS, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, j. 09.03.2010, v.u., DJe 28.02.2012.

A 21.<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também acolheu a tese, em decisão monocrática da lavra do Desembargador Arminio José Abreu Lima da Rosa, prolatada no agravo de instrumento n. 70056015084 (j. 14.08.2013). Da ementa constou o seguinte:

Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Inversão do ônus da prova. Momento. Cabimento e amplitude. Carga dinâmica da prova. Realidade dos autos.

Em se tratando de inversão do ônus da prova dependente de definição judicial, tal há de ocorrer antes da fase instrutória, visando eliminar surpresas a quem em princípio, não tocara tal fardo.

Ao demandado, em sede de ação civil pública que visa preservação do meio ambiente, corresponde o ônus probatório de demonstrar a inoccorrência dos danos ambientais.

(...) As regras relativas à distribuição do ônus da prova merecem leitura dinâmica e não estática, imputando-se o encargo probatório a quem melhor detém condições de dele se desincumbir.

Em sentido semelhante, a mesma Corte voltou a aplicar a teoria do ônus dinâmico, ao julgar recurso tirado de ação civil pública proposta pelo Ministério Público<sup>262</sup>:

Inversão do ônus da prova. Aplicação do princípio da carga dinâmica da prova. Assegurada a aplicação do princípio da carga dinâmica da prova, em que aquele que melhor pode demonstrar aos fatos deve fazê-lo – no caso, obviamente, o município e entidade por ele contratada –, resta atendida a liberação probatória pretendida pelo autor.

Percebe-se, assim, que a aplicação da teoria do ônus dinâmico nos processos coletivos, embora ainda de forma tímida, já vem encontrando ressonância em nossos sodalícios.

---

<sup>262</sup> Ag 70052421757, 21.<sup>a</sup> Câ. civ., TJRS, rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, j. 08.05.2013, v.u., DJ 13.05.2013

## CONCLUSÃO

O presente estudo procurou demonstrar que as hipóteses de flexibilização dos critérios gerais de distribuição do ônus da prova nas ações civis públicas encontram-se afinadas com uma das principais preocupações dos cultores do direito processual: buscar maior efetividade no plano material por meio do aprimoramento da técnica processual.

Conforme visto, a massificação dos conflitos sociais fez necessário o reconhecimento, pelo direito objetivo, de direitos subjetivos de *segunda* (culturais, econômicos e sociais) e de *terceira* (meio ambiente, paz, desenvolvimento etc.) *dimensões*, todos eles relacionados à *qualidade de vida* e caracterizados por se situarem a meio caminho entre o interesse *público* (não pertencem propriamente ao Estado, nem tampouco coincidem necessariamente com o bem comum) e o *privado* (não pertencem exclusivamente a nenhum indivíduo). Esses novos direitos caracterizaram-se por possuírem uma *dimensão coletiva* (pertencem a grupos, classes ou categorias de pessoas, ou à coletividade), sendo que, muitas vezes, é impossível precisar os seus titulares.

O direito processual, até meados da década de 1970, seguia sob o signo da propriedade individual e da autonomia da vontade, típicas do Estado liberal disseminado na Europa continental após a Revolução Francesa.

O modelo jurídico que emergira do ideário revolucionário não dava espaço para tratar do coletivo: o foco era a defesa do direito individual, e somente ao titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda. Logo, os instrumentos processuais disponíveis eram formulados para atender a esse tipo de conflito de interesses, ou seja, para que os próprios titulares dos direitos materiais lesados ou ameaçados buscassem judicialmente sua proteção. O processo era interindividual: desenvolvia-se no modo sujeito x sujeito, credor x devedor.

Esse modelo processual individualista, já em meados do século XX, começava a se revelar insuficiente para salvaguardar interesses coletivos que, por imposição de uma nova realidade social, vinham sendo progressivamente reconhecidos pelo direito material. Os principais óbices desse sistema eram a questão da legitimidade e da coisa julgada. Se não bastasse, havia os seguintes inconvenientes: a) risco de decisões conflitantes; b) morosidade e gastos excessivos; c) “litigiosidade contida”; e d) pouca efetividade das decisões.

Assim, tínhamos o reconhecimento de novos direitos, de dimensão coletiva, mas não dispúnhamos de instrumentos eficazes para assegurá-los concretamente.

Daí a necessidade de normas que alterassem o paradigma da legitimidade ativa até então vigente, calcado na inseparabilidade entre a legitimidade para agir e a titularidade do direito material. Paralelamente, seria mister reformular o modelo dos efeitos da coisa julgada, de modo a permitir que eles beneficiassem a todos os titulares do direito ameaçado ou lesado, mesmo àqueles que não viessem a integrar o polo ativo da demanda.

Nessa direção, inicialmente, tivemos a Lei 4.717/1965, da ação popular, com a previsão de coisa julgada *erga omnes*.

Posteriormente, sob inspiração das *class actions* dos países de sistema jurídico *common law* (especialmente dos Estados Unidos), da doutrina italiana dos anos 70 do século passado, edificou-se no Brasil um sistema processual especificamente voltado à tutela coletiva.

Os principais resultados do esforço de “engenharia jurídica” rumo à efetividade da defesa coletiva de direitos, no âmbito infraconstitucional, foram a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), que, integrados um ao outro, possibilitaram a formação de um verdadeiro *microsistema de processo coletivo*, um corpo de regras voltadas para a tutela jurisdicional de direitos transindividuais (difusos e coletivos *stricto sensu*) e individuais homogêneos.

Nesse microsistema de processo coletivo, especificamente no que toca às ações civis públicas, vimos serem cabíveis os mesmos meios de prova previstos nas leis (principalmente no CPC), bem como os moralmente legítimos (CPC, art. 332). Sua produção - inclusive no que toca ao *onus probandi* -, em regras gerais, é ditada pelo CPC, que, como se sabe, aplica-se subsidiariamente ao Código de Defesa do Consumidor e à Lei da Ação Civil Pública.

Assim, a norma geral continua sendo a da distribuição estática do ônus da prova, baseada em regras objetivas e fixas, distribuídas prévia e abstratamente pela lei (art. 331 do CPC).

O problema é que a dinamicidade das relações sociais e a evolução tecnológica modificam a todo instante as relações jurídicas daí derivadas, influenciando o como provar (meios), o que deve e necessita ser provado (*thema probandum*), quem pode provar e quem deve sofrer as consequências da ausência de provas (ônus da prova).

Em decorrência, o sistema processual perde em legitimidade ao continuar se servindo de regras absolutamente rígidas e não consegue evoluir no mesmo passo que a sociedade exige.

Foi demonstrado ao longo do trabalho que, em determinadas situações concretas, a aplicação das regras gerais de distribuição do ônus da prova – fundadas quer na natureza dos fatos, quer em teorias mais modernas que cuidaram de aprofundar tais critérios - pode conduzir a situações claramente injustas, em evidente comprometimento da tão almejada efetividade do processo coletivo.

Diante desse cenário, buscou-se demonstrar que a flexibilização *de lege lata* dessas regras gerais de repartição dos encargos probatórios instrumentaliza e potencializa a efetividade da tutela dos direitos materiais coletivos através do exercício do poder jurisdicional.

Nesse propósito, foi possível perceber com clareza que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo de índole processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 21 da LACP, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo.

Em efeito, essa interpretação extensiva do alcance do art. 21 da LACP está em perfeita consonância com o pensamento científico contemporâneo, identificando como valor subjacente ao processo a concretização de sua máxima efetividade.

Nesse particular, chamamos a atenção para um aspecto importante do instituto da inversão do ônus da prova, aparentemente ignorado pela doutrina e jurisprudência: a aplicação na regra prevista no art. 6º, VIII, do CDC às situações que não envolvam relação de consumo deve ser feita em consonância com o princípio da vulnerabilidade.

Por outro lado, foi demonstrado que o princípio da precaução, reconhecido implícita e explicitamente pelo direito brasileiro, estabelece, diante do dever genérico e abstrato de conservação do meio ambiente, um regime ético-jurídico em que o exercício de atividade potencialmente poluidora, sobretudo quando perigosa, conduz à inversão das regras de gestão da licitude e causalidade da conduta, com a imposição ao empreendedor do encargo de demonstrar a sua inofensividade.

Nesse sentir, sempre que existir dúvida científica expressa com argumentos razoáveis a respeito dos riscos de determinada atividade, terá incidência o princípio da precaução, com a conseqüente inversão do ônus da prova, quer seja em relação ao dano, quer seja em relação ao nexa causal.

A terceira e última hipótese de flexibilização das regras gerais de repartição do *onus probandi* estudada, e nem por isso a menos importante, foi a da aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova.

Fixada a premissa de que os interesses transindividuais assumem especial destaque no quadro do ordenamento constitucional e infraconstitucional e do próprio

funcionamento da prestação jurisdicional, restou demonstrada a necessidade de flexibilização do rigor da distribuição prevista no art. 333 do CPC, sob o influxo da teoria do ônus dinâmico da prova.

Conforme visto, a dinamização do ônus da prova nas ações civis públicas, por consolidar uma visão amplamente solidarista do *onus probandi*, supera a visão individualista (e patrimonialista) do processo civil clássico e, destarte, permite facilitar a tutela judicial dos bens coletivos.

Como pano de fundo, revelou-se que a teoria do ônus dinâmico da prova está estruturada sob uma visão publicista do processo em detrimento a uma visão exclusivamente privatista-liberal que sempre conduziu o pensamento sobre o tema em âmbito geral.

Ainda nesse viés estrutural, foi preconizada a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova no processo coletivo nos mesmos moldes de sua incidência no processo civil individual, o que significa dizer que:

(i) a modificação do *onus probandi* pressupõe, de um lado, que a parte ordinariamente onerada não tenha condições de produzir prova de determinado fato (prova diabólica) ou tenha extrema dificuldade em fazê-lo e, de outro, que a parte contrária encontre real possibilidade de desincumbir-se do encargo;

(ii) tal modificação deve recair sobre fatos específicos, a respeito dos quais se verifica a assimetria de poder probatório; e

(iii) a dinamização do ônus da prova é levada a efeito de forma subsidiária e suplementar – se e quando os critérios distributivos gerais conduzirem o caso a uma solução iníqua.

Por outro lado, visando evitar dúvidas e incertezas no operador do direito, entendemos que seria oportuna a inclusão da teoria do ônus dinâmico da prova em nossa legislação, explicitando-se na própria norma seus pressupostos, seu caráter excepcional, bem como sua natureza de regra de procedimento, tal qual previsto no

Projeto de Lei 8.046/2010, que disciplina o novo Código de Processo Civil e adota expressamente tal teoria em seu art. 380, § 1º.

Ainda resta afirmar, a título de conclusão, que nas três hipóteses de flexibilização das regras gerais do ônus da prova estudadas:

a) a modificação do encargo de provar não tem o efeito de obrigar a parte onerada a arcar com as custas da prova requerida pela parte contrária;

b) o juiz pode determinar *ex officio* a modificação do ônus da prova, uma vez que sua atuação está fundamentada em normas de ordem pública e interesse social. Na realidade, após verificar a presença dos pressupostos de aplicação das hipóteses de flexibilização do ônus da prova, o magistrado tem o poder-dever de modificar a repartição do ônus probatório, não lhe sendo possível, diante do caso concreto, optar pela não flexibilização e pela adoção do critério tradicional de distribuição do ônus da prova, gerando assim efetivos prejuízos a uma das partes e violando as regras constitucionais e sistêmicas que fundam a flexibilização; e

c) a modificação do ônus da prova deve ser decidida antes do encerramento da instrução processual - preferencialmente por ocasião do despacho saneador -, pois que se trata de *regra de procedimento*. Tal procedimento evita surpresas para a parte onerada, possibilitando-lhe a produção das provas necessárias à concretização da sua defesa, o que se harmoniza com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- \_\_\_\_\_. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALSINA, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial**. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 1961. v. 3.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda; ALVIM, Thereza; ARRUDA ALVIM, Eduardo; SOUZA, James J. Marins de. **Código do Consumidor Comentado**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AMORIM, Daniel; TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual**. São Paulo: Método, 2012.
- ANDRADE, Manuel. **Noções elementares de processo civil**. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.
- ARAZI, Roland. **La prueba en el proceso civil**. 3 ed. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2008.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. **Revista Jurídica**. São Paulo: Fonte do Direito, n. 343, p. 25-60, 2006.
- AZEVEDO, Júlio Camargo de. O Microsistema de processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo**. São Paulo: ESMP,

- vol. 2, p. 111-130, 2012.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Ação Popular no Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos Chamados Interesses Difusos. **Temas de Direito Processual***. São Paulo: Saraiva, 1977.
- \_\_\_\_\_. O juiz e a prova. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 177-184, 1984.
- \_\_\_\_\_. As presunções e a prova. **Temas de direito processual, 1ª série**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. Julgamento e ônus da prova. **Temas de direito processual, segunda série**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- \_\_\_\_\_. Ações coletivas na constituição federal de 1988. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, n. 61, p. 187-200, 1991.
- \_\_\_\_\_. O direito à assistência jurídica. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n.º 5, p. 122-137, 1991.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Poderes instrutórios do juiz**. 6 ed. São Paulo: RT, 2012.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. A Insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico – apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. **Ação civil pública: Lei 7.347/1985, reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação**. In: MILARÉ, Édis (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 71-151.
- \_\_\_\_\_. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. **Revista de direito ambiental**. São Paulo: vol n. 9, p. 5-52, 1998.
- BENTHAM, Jérémie. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: EJEJA, 1971.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BORTOWSKI, Marco Aurélio Moreira. A carga probatória segundo a doutrina e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São

Paulo: Revista dos Tribunais, n. 7, p. 101-188, 1993.

BUENO, Cássio Scarpinella. *As class actions* norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 82, p. 92-151, 1996.

BUZAID, Alfredo. **Do ônus da prova: estudos de direito**. São Paulo: Saraiva, 1972, v.1.

CÂMARA, Alexandre Freitas. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; DIDIER JUNIOR, Fredie (coords.). **Procedimentos especiais cíveis: legislação extravagante**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades: para uma teoria do direito constitucional à prova. In: BRANDÃO, Cláudio; ADEODATO, João Maurício (orgs). **Direito ao extremo: coletânea de estudos**. Rio de Janeiro: Forense, p. 187-193, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Trad. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo e Santiago Sentos Melendo. Buenos Aires: Tteha, 1944, t. I.

\_\_\_\_\_. **A prova civil**. 2 ed. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2002.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 807, p. 56-81, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos* diante da justiça civil. Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. **Revista de processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, 1977.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, 3 v.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos Del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires, 1974.
- DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 788, p. 92-107, 2001.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 3 ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 4.
- \_\_\_\_\_. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 6.<sup>a</sup> ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed. São Paulo Malheiros, 2009, 3 v.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DOMINGUEZ, Manuel Serra. **Estudios de Derecho Probatorio**. Lima: Libreria Communitas EIRI, 2009.
- ECHANDÍA, Hermando Devis. **Teoría general de la prueba judicial**. 5 ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981, t. 1.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. A inversão do ônus da prova nas ações coletivas: o verso e o reverso da moeda. In: CHAVES, Cristiano; SAMPAIO, Aurisvaldo (coords.). **Estudos de Direito do Consumidor: Tutela Coletiva (Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública)**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.
- FERRARESI, Eurico. **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FRIEDENTAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. St Paul: Minn., 1999.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Comentários à nova Lei de mandado de segurança**. São Paulo: Método, 2009.

GIDI, Antônio. **Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor**. Curitiba: Gênese, 1996.

\_\_\_\_\_. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos – as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GODINHO, Robson Renault. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais**. Salvador: JusPodivum, p. 182-194, 2006.

GOLDSCHIMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Trad. Leonardo Prieto castro. Barcelona: labor, 1936.

GNOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, n. 12, p. 111-144, 1978.

\_\_\_\_\_. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa Julgada. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 361, p. 3-12, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (coords.). **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: RT, 2007.

\_\_\_\_\_. WATANABE, Kazuo; e MULLENIX, Linda. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. 2 ed. São Paulo: RT, 2011.

GUASP, Jaime. *La prueba en el proceso civil español: principios fundamentales*. In: ARAGONESES, Pedro (org.). **Estudios jurídicos**. Madrid: Civitas, 1996.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Trad. Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros: 1970.

KLONOFF, Robert H. **Class action and other multi-party litigation in a nutshell**. St. Paul: west, 1999.

- KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; Nery Junior, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 3.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile – principi**. 5 ed. Milano: Giuffrè, 1992, v. 1.
- LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: RT, 2001.
- LOPES, João Batista. Os poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 24-67, 1984.
- \_\_\_\_\_; LOPES, Maria Elisabeth de Castro. O juiz, as regras sobre o ônus da prova e a teoria das cargas dinâmicas. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Pietro; BRUSCHI, Gilberto Gomes (coords.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da Responsabilidade Civil**. Tese (Titularidade em Direito Civil). São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 11.<sup>a</sup> ed.. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos e coletivos. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 87, n. 747, p. 67-84, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Ação civil pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e**

**dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar.** 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro. Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais. **Revista da Ajuris.** Porto Alegre, n. 90, p. 10-27, 2003.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. CAPPELLI, Sílvia. **Direito Ambiental.** 5.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista dos Tribunais.** São Paulo, vol. 862, p. 11-21, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Processo.** 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil.** São Paulo: 2005, v. 5, t. I.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman Vasconcelos. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Frederico. **Manual de direito processual civil.** 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p

MELLADO, José Maria Ascencio. **Derecho procesal civil, parte primera.** 3.<sup>a</sup> ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova.** 2 ed. Padova: Cedam, 1966.

MILARÉ, Édes. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, prática, glossário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio**

- ambiente**. 2ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- MORAES, Voltaire de Lima. 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: Revista dos Tribunais, n. 31, p. 63-69, 1999.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 22, p. 135-149, 1997.
- MORELLO, Augusto Mario. **La prueba: tendencias modernas**. Buenos Aires: Platense – Abeledo Perrot, 1991.
- \_\_\_\_\_. **La tutela de los intereses difusos em el derecho argentino: legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo colectivo**. La Plata: Platense, 1999.
- MULLENIX, Linda; GRINOVER, Ada Pelegrini; e WATANABE, Kazuo. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel castro do. **Responsabilidade civil no código do consumidor**. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado e legislação extravagante**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.
- NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de processo coletivo**. São Paulo: Método, 2012.
- \_\_\_\_\_. TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Método, 2012.
- NEVES E CASTRO, Francisco Augusto. **Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis**. 2. ed. Anotada por Pontes de Miranda. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1917.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela Jurisdicional dos Interesses

Coletivos. **Estudos sobre o Amanhã – Ano 2000, Caderno 2.** São Paulo: Resenha Universitária, 1978, p. 257-284.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. . Direito processual civil argentino. In: Cruz e TUCCI, José Rogério (coord.). **Direito processual civil americano contemporâneo.** São Paulo: Lex, 2010.

\_\_\_\_\_. **O ônus da prova.** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEYRANO, Jorge W.; CHIAPPINI, O. *Lineamentos de las cargas probatorias ‘dinámicas’.* In: PEYRANO, Jorge W. (org.); WHITE, Lépori Inés (coord.). **Cargas probatorias dinámicas.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

\_\_\_\_\_. *Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas.* In: PEYRANO, Jorge W. (org.); WHITE, Lépori Inés (coord.). **Cargas probatorias dinámicas.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

\_\_\_\_\_. **La doctrina de las cargas probatorias y la maquina de impedir en materia jurídica.** In: PEYRANO, Jorge W. (org.); WHITE, Lépori Inés (coord.). **Cargas probatorias dinámicas.** Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

\_\_\_\_\_. *Carga de la prueba. Las razones de ser que explican el reparto de esfuerzos probatorios: la mayor facilidad probatoria y la disponoibilidad de los medios probatorios.* **Problemas y soluciones procesales.** Rosario: Juris, 2008.

RAMBALDO, Juan Alberto. *Cargas probatórias dinámicas: un giro epistemológico.* In: PEYRANO, Jorge W. (org.); WHITE, Inés Lépori (coord). **Cargas probatórias dinámicas.** Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004.

RANGEL, Rui Manuel Freitas. **O ônus da prova no processo civil.** Coimbra: Almedina, 2000.

REALE, Miguel. **Noções preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICHELDT, Luis Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 36, p. 127-144, 2011.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de direito do consumidor.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

- ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. 3 ed. Trad. Ernesto Krotoschin, da obra original intitulada *Die Beweislast*. 3 ed. C. H. Beck'sche Verlagsbuchchhandlung, München und Berlin, 1951. Buenos Aires: Ejea, 1956.
- SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1.
- \_\_\_\_\_. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.
- SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEJA, 1954.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Ovídio A. batista da. **Teoria geral do processo civil**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SHIMURA, Sérgio. **Tutela coletiva e sua efetividade**. São Paulo: Método, 2006.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direito do consumidor**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual e processo de conhecimento**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Fabris, 1997, v. 1.
- TUCI, Rogério Lauria. Verbete *Onus probandi*. **Enciclopédia Saraiva do Direito**. São Paulo: Saraiva. v. 56.
- WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). **A Tutela dos Interesses Difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- \_\_\_\_\_. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas

Causas. In: WATANABE, Kazuo. (Org.). **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_; GRINOVER, Ada Pellegrini; e NERY JUNIOR, Nelson et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinamicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (org.); WHITE, Inés Lépori (coord.). **Cargas probatórias dinámicas**. Argentina: Rubinzal-Culzoni, 2004.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo, Malheiros, 2009.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. In: ALVIM, Arruda (dir.); WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 37, vol. 205, p. 115-159, 2012.

ZANETI, Paulo Rogério. **O ônus da prova no Código de Processo Civil e sua flexibilização (a teoria da carga dinâmica da prova)**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 5 ed. São Paulo: RT, 2011.