

**JULIANA ABIBI SOARES DA SILVA**

**O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES COLETIVAS**

**COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E  
EXTENSÃO – COGEAE – PUC/SP  
SÃO PAULO - 2014**

**Juliana Abibi Soares da Silva**

**O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES COLETIVAS**

**ESPECIALIZAÇÃO:** Monográfica  
Jurídica apresentada à Banca Examinadora  
da Pontifícia Universidade Católica de São  
Paulo/COGEAE, como exigência parcial  
para obtenção do título de especialista na  
área de Direito Processual Civil sob  
orientação do Professor-Orientador José  
Maria Câmara Junior.

São Paulo – SP

2014

Aos meus pais, que sempre me apoiaram incondicionalmente; que me ensinaram a nunca desistir, pois tudo acontece por um motivo; e a não me contentar com o menos se posso ter o mais...

Às minhas irmãs, que suportaram as minhas crises, e me ajudaram a levantar sempre que caí...

Aos meus mestres, que me mostraram que a Justiça muitas vezes falha; que o certo nem sempre é justo; e que não vou mudar o mundo. Mas me ensinaram que o Direito é belo; que o pouco faz a diferença; e que sempre se pode recorrer...

À PUC gloriosa, por continuar definindo a minha formação Acadêmica, mesmo após graduação.

Agradeço ao meu orientador, José Maria Câmara Junior, por dedicar parte do seu tempo a me ajudar nessa árdua tarefa, orientando sobre qual o melhor caminho a ser seguido.

“Aquele que pergunta, pode ser um tolo por cinco minutos.  
Aquele que deixa de perguntar, será um tolo para o resto da  
vida.” (Provérbio chinês)

## RESUMO

O presente estudo visa abordar o ônus da prova à luz das ações coletivas, mas, principalmente, a forma como a inversão do ônus da prova não é admitida nas ações de improbidade administrativa.

Contudo, antes de apresentar o ônus da prova nas ações coletivas, faz-se necessário apresentar a *Teoria Geral da Prova*. Através do estudo dessa *teoria*, pretende-se situar o leitor no conceito de prova, o que deve ser provada, a quem ela se dirige, por quem deve ser produzida, sua classificação, os tipos de prova, e os meios de prova.

Ainda dentro da *teoria geral da prova*, apontaremos os principais princípios envolvendo o tema. Ainda que de forma superficial, serão apresentados 5 princípios: i) da atipicidade; ii) da identidade física do juiz; iii) do livre convencimento motivado; iv) da mediação ou imediatividade; v) da comunhão das provas.

Tais princípios exploram a função das provas no processo. Explicam porque qualquer tipo de prova lícita e moral é aceita no processo. O porquê da importância de o mesmo juiz que instruiu a causa ser o mesmo que proferirá a sentença.

Ainda, em relação a esse ponto, a liberdade controlada que o juiz tem em julgar a causa. Ou seja, ainda que possa decidir de acordo com o seu livre convencimento, deve motivá-lo de forma fundamentada, com toda informação que conste nos autos.

Ainda relacionado aos atos do juiz, o princípio da mediação determina que o juiz deve inquirir as testemunhas e o perito, fazendo a ponte entre as partes e as testemunhas/perito.

Por fim, o princípio da comunhão das provas determina que as provas pertencem aos autos, e não a quem as produziu.

Dessa forma, percebe-se que esses princípios regulam a utilização e a produção das provas, para que seja resguardada a busca melhor solução ao caso.

Diante da apresentação desses princípios, far-se-á necessária a exploração, ainda que breve, da *teoria dos frutos da árvore envenenada*, onde será abordada a diferença entre prova ilícita e prova obtida por meio ilícito. E que, ainda que ambas sejam vedadas pela lei, a jurisprudência entende que a prova obtida por meio ilícito é legal, e que, se provado que poderia ter sido obtida de forma lícita pode ser aceita no processo.

Assim, na conclusão desse primeiro capítulo, percebemos que a prova serve como instrumento para a busca da verdade dos fatos. E que essa busca não deve ser feita de forma superficial ou tendenciosa.

Tanto que, embora todos os tipos de provas lícitas são admitidos, desde que obtidas de forma lícita, ou que se prove que assim poderiam ter sido obtidas. Ainda, independente de quem a produziu, a prova pode ser utilizada em favor da parte contrária.

Logo, a prova serve como forma de se obter a verdade real dos fatos.

No capítulo dois apresentaremos de forma mais aprofundada o ônus de produzir a prova.

Primeiramente, explicaremos o porquê do ônus não ser uma obrigação, que é passível de sanção se for descumprida, mas sim, uma opção da parte, que pode prejudica-la se não o fizer.

Posto isso, será apresentada a regra geral do nosso ordenamento jurídico, que vem expressa no artigo 333, do Código de Processo Civil. Nele se determina que cada parte deve provar aquilo que alega, o autor o fato constitutivo do seu direito, e o réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Contudo, quando uma parte alegar a existência de um fato e a outra parte negá-lo, compete provar primeiro quem alegou a existência do direito. Se esse não for provado, a parte que negou a existência não precisa fazer contra-prova da inexistência. Somente se a outra parte apresentar prova da existência.

Em seguida, será introduzida a ideia de inversão do ônus da prova, que poderá ser feito *ope legis*, *ope iudicis*, ou por convenção entre as partes.

Posteriormente, será apresentada a *teoria da distribuição dinâmica das provas*, que tem suas origens no Código de Defesa do Consumidor. De acordo com essa *teoria*, o juiz poderia inverte o ônus da prova de acordo com a hipossuficiência das partes. Ou seja, se uma parte demonstrar ser hipossuficiente em relação à outra parte, seja econômica, técnica ou cultural, o ônus da prova será designado a outra parte.

Em outras palavras, além de provar o que alega, a parte hipersuficiente deverá provar que o fato alegado pela parte hipossuficiente não é verdadeiro ou não gera o direito alegado.

No terceiro capítulo, serão apresentadas as ações coletivas, e como o ônus da prova é atribuído nelas. Quais sejam: ação popular; ação civil pública; ações envolvendo direito do consumidor; ações de improbidade administrativa.

Nas ações consumeristas, abordaremos três formas de inversão do ônus da prova: as previstas em lei e as que podem ser decretadas pelo juiz.

No caso das outras três ações coletivas (popular, civil pública e de improbidade), veremos que, no caso da ação civil pública, há previsão expressa de aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, o que leva a entender que há a possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova a critério do juiz.

Ou seja, se presentes os requisitos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a inversão pode ser decretada.

Já, na ação de improbidade administrativa, será detectada a impossibilidade da inversão do ônus da prova. Tal impossibilidade se dará porque nenhum dos dois requisitos são encontrados nesse tipo ação.

O Ministério Público, quando autor da ação de improbidade, nunca poderá alegar hipossuficiência de ordem técnica, financeira ou cultural. Destacando-se que, seu poder de requisição em conjunto com as características do órgão Ministério Público, impedem o enquadramento do autor como hipossuficiente.

Quanto a verossimilhança da alegação, o obstáculo se encontra na natureza penal da ação de improbidade. Logo, a verossimilhança da alegação iria de encontro com a presunção de inocência, consagrada na Constituição Federal.

Por fim, a ação popular segue o mesmo princípio da ação de improbidade administrativa, pois, embora seja uma ação de ressarcimento ao erário, as implicações que uma condenação nessa esfera gera aos réus, resguarda o seu direito de presunção de inocência. Assim, a inversão do ônus da prova também não é admitida nessa ação que defende interesses coletivos.

Ao final, a conclusão será que a inversão do ônus da prova deve ser aplicada como exceção à regra, e quando não expressa em lei, deve ser analisada caso a caso, para que não se cometam injustiças.

Perceberá que a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor não abrange todas as ações que defendem interesses coletivos, muitas vezes prevalecendo a regra geral prevista no artigo 333, do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, que a *teoria da distribuição dinâmica das provas* veio com o intuito de facilitar o acesso à justiça e a obtenção da verdade real dos fatos, não podendo ser utilizada de forma indiscriminada, sendo respeitada a regra geral prevista no Código de Processo Civil.

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b>	01
<b>Capítulo 1 - Teoria Geral da Prova</b>	02
1.1 – Conceito de prova	02
1.2 – Objeto da prova	03
1.3 – Classificação das provas	04
1.4 – Classificação dos meios de prova	05
1.5 – Tipos de provas	05
1.6 – Princípios norteadores das provas	06
1.6.1 – Princípio da atipicidade das provas	06
1.6.2 – Princípio da identidade física do juiz	08
1.6.3 – Princípio do livre convencimento motivado	09
1.6.4 – Princípio da mediação ou imediatidade	10
1.6.5 – Princípio da aquisição da prova	11
1.7 – Provas ilícitas e provas obtidas por meios ilícitos	12
<b>Capítulo 2 – O ônus da prova</b>	15
2.1 – Conceito de ônus da prova e a regra geral do artigo 333, CPC	15
2.2 – A inversão do ônus da prova	18
2.3 – A teoria da carga dinâmica das provas	19
2.4 – O momento da inversão do ônus da prova	23
<b>Capítulo 3 – O ônus da prova nas ações coletivas</b>	25
3.1 – Ações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor	25
3.1.1 – A inversão <i>ope legis</i>	25
3.1.2 – A inversão <i>ope iudicis</i>	28
3.2 – Ação civil pública	30
3.3 – Ações de improbidade Administrativa	34
3.3.1 – Ausência de hipossuficiência do Ministério Público	35
3.3.2 – Ausência de verossimilhança nas alegações	37
3.4 – Ação popular	41

<b>Conclusão</b>	43
<b>Bibliografia</b>	47

## INTRODUÇÃO

No sistema jurídico brasileiro, o ônus da prova encontra sua regulamentação no artigo 333 e 334, ambos do Código de Processo Civil. Nesses dispositivos legais encontramos a chamada regra geral do ônus da prova.

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor, visando proteger a parte menos favorecida nas relações de consumo, criou uma regra que prevê que, quando houver uma situação de hipossuficiência e verossimilhança da alegação, pode ser aplicada a chamada “inversão do ônus da prova”.

Embora essa regra fosse aplicada inicialmente somente nas relações de consumo, o judiciário passou a abrir exceções, aplicando a inversão do ônus da prova em relações que não consumerista, valendo-se da ideia de proteger a parte hipossuficiente.

Nessa esteira, foi criada a “Teoria da carga dinâmica das provas”, onde, resumidamente, o juiz analisa a qual parte compete produzir a prova, de acordo com a hipossuficiência das partes, que pode ser técnica, econômica ou cultural.

Diante dessa ampliação da possibilidade de se aplicar a inversão do ônus da prova nas ações que não eram protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor, houve um avanço nas chamadas ações coletivas.

Embora algumas ações coletivas estejam sob o manto das relações de consumo, outras não se enquadro nesse rol, mas, por construção doutrinária e jurisprudencial, passaram a admitir a inversão do ônus da prova quando o juiz entender necessário.

Assim, nas ações envolvendo danos ambientais, por exemplo, passou a ser amplamente admitida a inversão do ônus da prova, mesmo que estas ações devam seguir a regra geral Código de Processo Civil.

Contudo, nas ações de improbidade administrativa, por conta de sua proximidade com a ação penal, a inversão do ônus da prova é rechaçada por grande parte da doutrina e pelos Tribunais.

Dessa forma, através da apresentação da regra geral, da necessidade da inversão do ônus da prova, e levando-se em conta a natureza das ações improbidade administrativa, pretende-se demonstrar a impossibilidade de se inverter o ônus da prova nesses tipos de ações, sob o risco de se violar princípios constitucionais.

## CAPÍTULO 01 – TEORIA GERAL DA PROVA

### 1.1– Conceito de prova

De acordo com a doutrina pátria, prova seria tudo aquilo que estiver nos autos e servir para formar a livre convicção do magistrado, seja para acolher ou rejeitar o pedido formulado pelo Autor.

Embora o tipo de prova a ser produzido apresente um extenso rol, exige-se que a prova esteja relacionada com o objeto do litígio.

CASSIO SCARPINELLA BUENO assim define prova:

‘Prova’ é palavra que deve ser compreendida para fins que aqui interessam como tudo o que puder influenciar na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento.

O tema, contudo, não se refere a provar qualquer fato mas, apenas tão-somente, os fatos que, direta ou indiretamente, relacionam-se com aquilo que o juiz precisa estar convencido para julgar. Objeto da prova, portanto, são os fatos relevantes e os pertinentes para aquilo que deve ser enfrentado pelo juiz, seja no plano processual (ocorrência de algum pressuposto processual negativo como a ‘litispendência’) ou no plano material (pagamento anterior da dívida reclamada pelo autor).<sup>1</sup>

Para ANTONIO CARLOS ARAUJO CINTRA, a palavra “prova” pode compreender diversos significados no processo civil:

Fala-se em prova para designar a atividade desenvolvida no processo com a finalidade de fornecer ao juiz elementos destinados a permitir a reconstrução mental dos fatos relevantes para o julgamento da lide ou de questão processual. (...) Às formas de que se reveste essa atividade probatória se dá o nome de meios de prova.

O vocábulo prova serve também para nomear os elementos fornecidos ao juiz, pela atividade probatória, para que este, com eles, reconstrua mentalmente aqueles fatos relevantes. (...) Esses elementos, sobre os quais recai a percepção sensorial direta do juiz e a sua crítica são as chamadas fontes de prova.

(...)

Usa-se, ainda, do termo prova para indicar a imagem produzida na mente do juiz pelos elementos fornecidos pela atividade probatória.<sup>2</sup>

Para HUMBERTO THEODORO JUNIOR, podemos conceituar “prova” em dois sentidos:

<sup>1</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, v.2, tomo I, 233.

<sup>2</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. IV – arts. 332 a 475, p. 1/2.

- a) Um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc).
- b) E outro *subjetivo*, que é 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>3</sup>

Para MARCELO F. XAVIER<sup>4</sup>, apresenta um significado mais processual, e prático, para o termo “prova”:

Em contrapartida, não se pode esquecer ser a atividade probatória um direito das partes (direito à prova), por meio do que se lhes assegura a possibilidade de demonstrar a verdade dos fatos que alegam, bem como a falsidade dos fatos alegados pela parte contrária.

Conjugadas essas vertentes, a conclusão é a de que, no processo, a prova é o instrumento de que se valem as partes para proporcionarem ao órgão jurisdicional o conhecimento dos fatos que compõem a causa de pedir apontada pelo autor, bem como os fatos declinados pelo réu como matéria de defesa. Noutros termos:

Prova é todo e qualquer instrumento ou meio hábil, previsto ou não em lei, que se preste a dar conhecimento ao juiz acerca da existência ou a inexistência do(s) fato(s) que interesse(m) à solução de um litígio.

Se um instrumento (lato sensu, que pode ser um testemunho, um objeto etc.) não se presta a dar conhecimento ao juiz a respeito de um fato importante para a solução da lide, não poderá ser considerado prova. Para que possa ser admitido como tal, esse instrumento deve ser útil à formação do conhecimento/convencimento do julgador. Do contrário, não será “prova” no sentido processual e deverá ser dispensado pelo juiz, já que inútil ou de mero fim protelatório.

Dos ensinamentos desses doutrinadores, podemos concluir que, tudo que estiver no processo, relacionado ao direito do autor ou do réu, e contribuir para a formação do convencimento do juiz acerca dos fatos alegados, será considerado prova.

## 1.2 – Objeto da prova

Destaca-se inicialmente que o que deve ser provado não é o direito requerido, mas os fatos é que devem ser provados.

CASSIO SCARPINELLA BUENO define o objeto da prova como:

Objeto de prova, isto é, sobre o que a prova deve recair, é tema de que se ocupa expressamente o Código de Processo Civil. Em geral, o objeto da prova recai sobre *fatos* cuja existência devidamente reconhecida pelo juiz darão ensejo ao acolhimento ou à rejeição do(s) pedido(s) de tutela jurisdicional.

<sup>3</sup> THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 50ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. I, p. 411.

<sup>4</sup> XAVIER, Marcelo F. *Provas: conceito, finalidade e formas de sua produção no processo civil*. Artigo retirado do sítio eletrônico <http://jus.com.br/artigos/22930/provas-conceito-finalidade-e-formas-de-sua-producao-no-processo-civil#ixzz3951hSo9t>

Essa descrição nos remete ao artigo 333<sup>5</sup>, do Código de Processo Civil, que dispõe que compete a parte provar o que alega.

Contudo, cumpre ressaltar o disposto no artigo 334<sup>6</sup>, também do Código de Processo Civil. De acordo com esse artigo, os fatos notórios, incontroversos, confessados, e com presunção de veracidade, não precisam ser provados.

Assim, temos que, sempre que a parte alegar algum fato que não estiver no rol trazido pelo artigo 334, CPC, deve prová-lo, através de qualquer um dos tipos de provas existentes.

Nos dizeres de JOÃO MONTEIRO, citado na obra de HUMBERTO THEODORO JUNIOR:

De tal sorte, às partes não basta simplesmente alegar os fatos. “Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigiosa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é, antes de tudo, que o juiz se certifique da verdade do fato alegado”, o que se dá através das provas.<sup>7</sup>

Logo, percebe-se que o que se deve provar não é o direito, mas o fato em que ele se sustenta. Fato este que deve ser pertinente a demanda e não esteja elencado no rol do artigo 334, do Código de Processo civil.

### 1.3 – Classificação das provas

As provas podem ser classificadas em “diretas” e “indiretas”.

Por provas diretas, temos aquelas que apresentam relação imediata com o fato a ser provado. As indiretas, não apresentam relação imediata com o fato, mas, está ligada a um outro fato que, por meio de induções e raciocínios, se conclua pela existência do fato principal, aquele que deverá ser provado.

---

<sup>5</sup> **Art. 333** - 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.

**Parágrafo único** - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

**I** - recair sobre direito indisponível da parte;

**II** - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

<sup>6</sup> **Art. 334** - 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.

CASSIO SCARPINELLA BUENO assim dispõe:

A distinção é importante para discernir as chamadas “provas *diretas*” das “provas *indiretas*”, critério classificatório que leva em consideração justamente seu objeto. As *diretas* são provas que apresentam relação imediata com o fato probando. As *indiretas* são as provas em que não há relação imediata com o fato probando, mas com um fato distinto que permite, por meio de raciocínios e induções, concluir pela existência ou conformidade do fato probando.<sup>8</sup>

#### 1.4 – Classificação dos meios de prova

De acordo com CASSIO SCARPINELLA BUENO<sup>9</sup>, existem três classificações relevantes quanto aos meios de prova: i) por quem é produzida; ii) a forma como é produzida; iii) o momento em que é produzido.

A primeira classificação, por quem a prova é produzida, recebe uma subclassificação: pessoais e reais. A pessoal seria a declaração ou afirmação feita por alguém. A real seria o exame de uma pessoa ou de uma coisa.

A forma como a prova é produzida, também se subdivide: orais ou escritas. Destaca-se que, um depoimento, posteriormente transcrito não é prova escrita, mas sim oral, pois a sua essência é oral, a transcrição é mera materialização do que foi dito.

Já o momento da produção se distingue em prova antecipada (produzida antes do processo por meio de cautelar) ou no momento (aquela juntada no processo com a petição inicial ou contestação, ou produzido no decorrer da fase instrutória).

#### 1.5 – Tipos de provas

Os tipos de prova são classificados na maneira pela qual elas se apresentam em juízo, se enquadrando na classificação anterior em “a forma como é produzida”, assim, pode ser: testemunhal, documental ou material.

Embora todas acabem se transformando em documentos (transcrições) para serem anexadas aos autos, a sua origem é que determina a sua classificação, e não a sua apresentação nos autos.

---

<sup>7</sup> Obra citada p. 415.

<sup>8</sup> Obra citada. P. 233.

<sup>9</sup> Obra citada, p. 234.

A prova testemunhal é a afirmação oral, através de um depoimento, de uma confissão, de um juramento, narração de um fato.

A prova documental é uma afirmação escrita ou gravada. Traduz-se em escrituras, contratos, plantas, projetos, correspondências, etc.

Por fim, a prova material, MOACYR AMARAL SANTOS assim dispõe: “*em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; é a atestação emanada da coisa: o corpo de delito, os exames periciais, os instrumentos do crime etc.*”<sup>10</sup>”

Ainda, destaca-se que, com os avanços tecnológicos, outros tipos de prova passaram a ser aceitos, sem que estivesse nesse rol, mas, está abarcado pela disposição do artigo 332, do Código de Processo Civil, que admite qualquer tipo de prova.

Nesse sentido temos as fotos, gravações em CD, DVD, pen drive, e-mails, áudios, etc.

Para o ordenamento jurídico, o formato como a prova se apresenta acaba não tendo muita importância, desde que tenha pertinência com os fatos que se pretende provar.

## **1.6 – Princípios norteadores das provas**

Os princípios norteadores da prova, em verdade, acabam sendo princípios reguladores da instrução probatória.

Alguns estão expressos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil, outros estão implícitos nesses diplomas.

A seguir, serão abordados os princípios essenciais.

### **1.6.1 – Princípio da atipicidade da prova**

O *princípio da atipicidade da prova* vem subentendido no artigo 332, do Código de Processo Civil:

**Art. 332** - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Da leitura desse artigo temos que, todo meio legal e moralmente legítimo são válidos para provar os fatos alegados, mesmo que não constem expressamente do Código de Processo Civil.

Ao exigir a legalidade e moralidade do meio como a prova foi obtida ou produzida, esse princípio se subordina aos princípios constitucionais como da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Trata-se de um reflexo do artigo 5, inciso LVI, da Constituição Federal, o qual veda expressamente as provas obtidas por meios ilícitos<sup>11</sup>.

Nas palavras de CASSIO SCARPINELLA BUENO,

O chamado “princípio da atipicidade da prova”, embora expresso no artigo 332, tem inegáveis raízes constitucionais: qualquer método probatório é admitido no plano do processo civil *desde que* não sejam agredidos os valores superiores do ordenamento jurídico, expressos ou implícitos na Constituição Federal. As prescrições legais, estejam ou não presentes no Código de Processo Civil, não podem violar aquela diretriz mais ampla, de que a prova, ela mesma considerada, não pode contrariar o ordenamento jurídico e, mesmo quando “lícita”, em conformidade, pois, com o ordenamento jurídico nacional, não pode ser *obtida* de forma *ilícita*, contrária ao ordenamento jurídico (“prova legítima”)<sup>12</sup>.

Esse princípio rege a instrução probatória, a forma como as provas são produzidas e a forma como são apresentadas.

Acerca da atipicidade das provas, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER<sup>13</sup> assim dispõem:

Segundo o artigo 332 do CPC, podem ser empregados “todos os meios [de provas] legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código”. Este dispositivo deve ser compreendido no sentido de que *os meios ilegais de prova* não podem ser admitidos, e não no sentido de que apenas os meios de prova típicos (isto é, previstos com antecedência pelo legislador) podem ser acolhidos. Meios de prova ainda não previstos em lei podem, assim, ser admitidos em juízo, devendo o magistrado justificar, fundamentadamente, a admissão de tal prova, bem como observar, no *iter* voltado à sua produção, as garantias decorrentes do princípio do devido processo legal. Nem sempre se poderá dizer que um meio é efetivamente atípico. O *documento eletrônico*, por exemplo, não deixa de ser prova documental. O problema é que, neste caso, *a atipicidade muitas vezes estará na não na previsão normativa da prova*, mas no *procedimento tendente à realização da prova*, no plano processual.

<sup>10</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2, p. 341.

<sup>11</sup> As provas ilícitas e obtidas por meio ilícitos serão estudadas adiante, no tópico 1.7 deste capítulo.

<sup>12</sup> Obra citada, p. 243.

<sup>13</sup> MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno – Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 3ª ed., ver. Atual. Ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, vol. 1, p. 238/289.

Assim, a atipicidade pode se dar tanto quanto ao tipo de prova, quanto a forma como esta será produzida.

Acredita-se que o legislador optou por ampliar os tipos de prova, e a sua produção, justamente por saber que não se trata de um rol taxativo, e o que deve prevalecer é a verdade dos fatos, sendo que esta pode ser obtida de forma lícita mas não prevista em lei.

### **1.6.2 – Princípio da identidade física do juiz**

Para JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER<sup>14</sup>, o *princípio da identidade física do juiz*, previsto no artigo 132, do Código de Processo Civil, deve ser interpretado à luz do princípio do juiz natural.

Dispõe o artigo 132, do Código de Processo Civil, que o juiz que concluir a audiência julgará o processo. Ou seja, o juiz que colheu as provas, ouviu as testemunhas, realizou a instrução probatória deverá julgar a lide.

Esse princípio se vincula ao próximo, *princípio do livre convencimento do juiz*, pois tem-se a ideia de que o juiz que acompanhou toda a fase instrutória foi formando o seu convencimento acerca dos fatos, determinou quais provas achava necessário, com base na sua visão.

Para CASSIO SCARPINELLA BUENO<sup>15</sup>, esse princípio guarda intimidade com o princípio da oralidade, justamente pela ideia de que o juiz que arguiu as testemunhas, colheu os depoimentos pessoais, pode interpretar melhor a reação e a emoção dos envolvidos.

Contudo, há exceções previstas em leis, onde essa identidade não se faz obrigatória. É o caso de férias, licença, promoção, aposentadoria.

Se o juiz que realizou a instrução probatória não for o mesmo que proferir a sentença, e não for pelas exceções previstas em lei, a sentença será nula.

Nesse ponto, os professores JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER<sup>16</sup> apontam uma questão interessante: diante do grande volume de processos que sobrecarregam o judiciário, por diversas vezes, vê-se mutirões ou grupos de apoio, onde juízes são designados para o julgamento de ações que se encontram em tramite em

---

<sup>14</sup> Obra citada, p. 74.

<sup>15</sup> Obra citada, p. 243.

<sup>16</sup> Obra citada, p. 274.

determinadas varas ou comarcas. Nesses casos, o juiz que instruiu o processo não será o mesmo que proferirá sentença.

Para os autores, essa situação não se encaixa em uma das exceções previstas em lei. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça<sup>17</sup> entende que a sentença é válida.

A nosso ver, tal situação não seria a ideal, podendo de fato prejudicar uma das partes. Contudo, diante da situação em que se encontra o judiciário, e da demora com que os processos são julgados, talvez aceitar essa situação como uma exceção seja uma opção válida para acelerar o andamento dos processos.

Destaca-se ainda que, se houver julgamento antecipado da lide, onde não haja audiência de instrução, não se faz necessário a *identidade física do juiz*.

### 1.6.3 – Princípio do livre convencimento motivado

Referido princípio encontra-se no artigo 131, do Código de Processo Civil, onde vem determinado que o juiz pode apreciar livremente as provas produzidas, contudo, deve fundamentar em sentença os motivos que formaram o seu convencimento acerca dos fatos.

Discorrem sobre o tema os professores JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER<sup>18</sup>:

(..) interessa saber não como o *juiz crê* que os fatos ocorreram (porque *convencido* de acontecerem deste ou daquele modo), mas como o *juiz conheceu* o fato, através de atividade cognitiva baseada em passagens extraídas das informações colhidas na atividade probatória, permitindo-se, assim, o controle da adequação entre o fato considerado provado e o fato identificado nas provas. Como se decidiu na jurisprudência, ao analisar a prova, “é tarefa judicial a valoração dos elementos de convicção, exteriorizada no convencimento racional motivado”.

Sob este prisma, diz-se que um fato “está provado” quando o juiz consegue atestar, objetiva e racionalmente, a sua existência, à luz dos elementos obtidos com a atividade probatória.

Esse princípio permite que o juiz atue de forma livre, de acordo com a sua convicção, contudo, dá uma liberdade controlada, pois exige que seu convencimento seja fundamento nas provas existentes nos autos, indicando o porque de considerar esse ou aquele fato como provado nos autos.

<sup>17</sup> REsp 149.366/SC; REsp 413.898/SC; AgRg no REsp 858.794/MS.

<sup>18</sup> Obra citada, p. 235/236.

Para CASSIO SCARPINELLA BUENO<sup>19</sup>, esse princípio encontra-se em consonância com as garantias constitucionais do sistema no processo civil brasileiro, onde não se admite qualquer liberdade ao juiz, nos moldes do artigo 93, da Constituição Federal.

Tal princípio concede uma discricionariedade motivada ao juiz. Dentre as provas produzidas no processo, ele pode se deixar levar pelo seu convencimento de qual é a “verdadeira”, contudo, deve apresentar uma justificativa fundamentada para tal decisão.

#### **1.6.4 – Princípio da aquisição ou da comunhão da prova**

De acordo com o esse princípio, não importa quem trouxe ou produziu as provas nos, ela passa ser do processo, não estando mais disponível às partes ou terceiros.

Isso quer dizer que, a prova produzida pode ser prejudicial a quem a produziu, mas, uma vez que ela passa a pertencer ao processo e não mais as partes, não pode ser inutilizada ou ignorada, sendo considerada no julgamento.

Um exemplo claro, é uma testemunha chamada por uma das partes, que, ao final, acaba auxiliando a comprovação dos fatos da parte contrária. Nesses casos, a parte que levou a testemunha não pode tentar inutilizar esse depoimento, e o solicitar que o juiz o desconsidere. Por já estar no processo, o juiz pode utilizá-lo para fundamentar seu convencimento em relação a tese da parte contrária.

Sobre esse princípio, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES assim se manifesta:

Segundo a doutrina que já enfrentou o fenômeno processual ora analisado, o princípio da comunhão das provas determina que uma prova produzida passa a ser do processo, pouco importando se o responsável pelo requerimento ou determinação de sua produção tenha sido o autor, réu, ou mesmo o juiz de ofício. Na verdade, até mesmo outros sujeitos processuais poderão ter requerido a produção de tal prova, como os terceiros intervenientes ou o Ministério Público como fiscal da lei, que ainda assim a prova não será de A, B, ou C, mas sim do processo. Significa dizer que não se admite que a prova tenha uma identidade subjetiva, pouco importando quem tenha sido responsável por sua produção.

(...)

A justificativa lógica de aplicação do princípio da comunhão das provas decorre da própria função desse instituto dentro do panorama processual, qual seja, convencer o juiz da veracidade dos fatos alegados, ainda que a veracidade processual ou veracidade possível, em decorrência de ser a verdade absoluta um valor meramente utópico e inalcançável. Seja como for, as provas servem como instrumento para que o juiz chegue o mais próximo possível a percepção de como os fatos realmente ocorreram, gerando-se

---

<sup>19</sup> Obra citada, p. 244.

dessa aproximação o seu convencimento. Sendo a prova instrumento de convencimento, seria absolutamente ilógico que para uma das partes a prova fosse suficiente para o juiz acreditar que o fato ocorreu, enquanto que para outra tal fato seria considerado inverídico, somente porque não foi ela a responsável pela produção da prova. A homogeneidade exigida no tocante ao convencimento dos fatos é a base justificadora do princípio da comunhão das provas, ao menos no tocante à prova já produzida, que não é, como veremos, o campo exclusivo de aplicação do princípio<sup>20</sup>.

### 1.6.5 - Princípio da mediação ou imediatidade

Referido princípio se encontra nos artigos 416 e 446, do Código de Processo Civil, onde determina que as partes não questionarão diretamente a testemunha, o perito ou a outra parte em depoimento pessoal.

Tal pratica costuma ser adotada para que o juiz possa ouvir a pergunta antes de repeti-la para a testemunha, e averiguar se ela é pertinente.

DANIEL BAGGIO MACIEL aborda esse princípio a luz do processo penal:

O princípio da mediação ou da imediatidade, conhecido pelos criminalistas como princípio presidencialista, é aquele segundo o qual incumbe ao juiz da causa presidir direta e pessoalmente a atividade de produção das provas já admitidas (CPC, art. 446, II). Portanto, durante a audiência de instrução e julgamento, compete a ele obter o depoimento pessoal do autor e do réu (art. 334), formular perguntas às testemunhas e inquirir o perito nomeado (arts. 413 e 416). Contudo, isso não significa que as partes, mediante a intervenção dos seus advogados, não possam perguntar umas às outras, às testemunhas e àquele auxiliar do juízo. Tecnicamente, todas as indagações que forem do interesse do demandante e do demandado devem ser dirigidas ao juiz que preside o ato, cabendo a ele, por sua vez, reperguntar à pessoa que estiver prestando declarações. Longe de ser um mero formalismo, essa prática processual é necessária porque é função do juiz examinar a pertinência das perguntas elaboradas pelas partes e indeferir aquelas que representem desperdício para a atividade jurisdicional. Além do mais, nem sempre as perguntas propostas pelos litigantes são suficientemente compreensíveis a quem é ouvido e, não raro, podem trazer embutidas as respostas desejadas por aquele que questiona. Invariavelmente neutro, cabe ao magistrado indagar os declarantes de modo a obter respostas isentas e que expressem exatamente o conhecimento que possuem sobre os fatos investigados. No mais, registre-se que o indeferimento de perguntas formuladas pelas partes na audiência de instrução e julgamento é decisão interlocutória (art. 162, §2º) e, como tal, deve ser fundamentada para evitar a nulidade (CF, art. 93, IX). Nos termos do § 3º do artigo 523 da Lei dos Ritos, essas interlocutórias desafiam agravo na forma retida, a ser interposto oral e imediatamente durante a audiência.<sup>21</sup>

Assim, a intenção desse princípio é permitir que o juiz verifique as perguntas antes de formulá-las as testemunhas, ver se são pertinentes, e até mesmo simplifica-las.

<sup>20</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O princípio da comunhão da prova*. <http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151758060.comunhaodasprovas.pdf>. P. 3 e 5.

<sup>21</sup> MACIEL, Daniel Baggio. *O princípio da mediação no processo civil*. Araçatuba: Página eletrônica Isto é Direito. Maio de 2008.

### **1.7 – Provas ilícitas e provas obtidas por meios ilícitas (teoria dos frutos da árvore envenenada)**

A Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVI, veda expressamente as provas obtidas por meios ilícitos. Em complementação, como já narrado, o artigo 332, do Código de Processo Civil, veda a utilização de provas ilícitas, uma vez que só admite provas *legais*.

Desses dois dispositivos percebemos dois tipos de provas que são inadmitidas no nosso ordenamento jurídico: i) as que são ilícitas em sua essência; ii) e as que poderiam ser lícitas, mas, pela forma como foram obtidas, se tornam ilícitas por derivação.

Essa ideia de provas ilícitas e provas ilícita por derivação ou obtidas por meio ilícito é uma herança do direito processual penal, mas, que tem plena aplicação no processo civil.

Nos dizeres de JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:

O princípio é profícuo no âmbito do processo penal, mas, a nosso ver, aplica-se também ao processo civil. Considera-se, assim, por exemplo, ilícita a interceptação eletrônica não autorizada judicialmente, orientação que tem sido aplicada pela jurisprudência tanto para o processo penal quanto para o processo civil. Não tem sido considerada ilícita, no entanto, a prova obtida através de gravação telefônica ou por vídeo, se realizada por um dos interlocutores<sup>22</sup>.

Por prova ilícita temos uma interceptação telefônica não autorizada pela justiça, uma quebra de sigilo bancário e fiscal que também não foram autorizadas. Por sua vez, como não houve autorização judicial para essa interceptação telefônica, eventual testemunha dos fatos apurados que tenha sido descoberta através dessa interceptação não pode ser chamada para depor. Assim, temos a prova obtida por meio ilícito ou por derivação.

Percebe-se que a prova ilícita é facilmente identificável, pois a maneira como foi produzida é ilegal. Outro exemplo é a confissão obtida por meio de tortura.

Por sua vez, a prova obtida por meio ilícito as vezes é mais difícil de ser identificada, pois, embora a prova seja lícita, a sua descoberta não foi obtida por um meio lícito, o que gera um certo conflito.

A *teoria do fruto da árvore envenenada* traduz essa ideia da prova ilícita por derivação.

De acordo com essa *teoria*, o fato da prova original ou da maneira como a prova foi obtida se ilegal, contamina todas as provas derivadas, fazendo com que todas sejam consideradas ilegais.

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA assim discorre sobre o tema:

Considera-se inadmissível não apenas a prova obtida por meio ilícito, mas também, por *derivação*, as provas *decorrentes do meio de prova obtido ilicitamente*: “Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação (...). A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos ‘frutos da árvore envenenada’) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal” (STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello). O princípio é previsto no artigo 157, *caput*, do Código de Processo Penal: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.<sup>23</sup>

Contudo, o professor defende que, a prova ilícita por derivação pode ser aceita, quando comprovado que ela poderia ter sido obtida de outra forma lícita:

Embora, como regra, sejam inadmissíveis as provas ilícitas e as provas delas derivadas, consideram-se admissíveis as provas derivadas quando “puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras” (artigo 157, parágrafo 1º, 2ª parte do CPP). A respeito, o STF decidiu, em julgado antes referido, que se “o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova — que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal —, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária” (STF, RHC 90.376/RJ, j. 03.04.2007, rel. Min. Celso de Mello). Neste caso, percebe-se que inexistente nexos causal, sequer podendo-se falar em ilicitude por derivação. Em outro julgado, decidiu o STF: “encontro fortuito de prova da prática de crime punido com detenção. (...) O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. (STF, [AI 626.214-AgR](#), rel. Min. Joaquim Barbosa, 2.a T., j. 21.09.2010).<sup>24</sup>

Assim, percebe-se que, a prova obtida por meio ilícito pode ser aceita, se for comprovado que ela poderia ter sido obtida de outra forma. Logo, deve ser analisado caso a caso antes de se descartar por completo a prova.

<sup>22</sup> Obra citada, 240.

<sup>23</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Provas ilícitas: uma leitura a partir da CF*. In <http://www.conjur.com.br/2012-abr-05/provas-obtidas-meios-ilicitos-leitura-partir-cf>

<sup>24</sup> Obra citada.

Entende-se que tal exceção é admitida porque a busca pela verdade é importante, e ela se obtém através da produção de provas. Dessa forma, a prova como foi obtida deve ser relevada em alguns casos, para que cumpra sua finalidade.

## CAPÍTULO 2 – O ÔNUS DA PROVA

### 2.1 – Conceito de ônus da prova e a regra geral do artigo 333, do Código de Processo Civil

O artigo 333, do Código de Processo Civil contém a regra geral acerca do ônus da prova: o ônus compete a quem alega o fato. Ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito, e ao réu, a prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Contudo, antes de aprofundarmos o estudo acerca da regra geral, cumpre explicar a ideia de ônus, e as suas consequências no caso da produção de provas.

De acordo com DE PLÁCIDO E SILVA, citado no artigo de CÉSAR AUGUSTO DE OLIVEIRA:

(...) a palavra ônus vem do latim *onus* (carga, peso obrigação), na significação técnico-jurídica, entende-se todo encargo, dever ou obrigação que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa em virtude do que está sendo obrigada a respeitá-los ou a cumpri-los<sup>25</sup>.

Assim, de uma leitura preliminar do artigo 333, do Código de Processo Civil, temos que, tanto o autor quanto o réu têm a *obrigação* de provar os fatos por eles alegados. Logo, seriam *obrigados* a produzir a prova necessária.

Ocorre que essa ideia de *obrigação* não parece muito apropriada, pois, embora possa trazer consequências de ordem processual às partes, a não produção de provas que confirmem suas alegações, não gera uma sanção dentro ou fora do processo. Eles não serão punidos pela não produção de provas.

CÉSAR AUGUSTO DE OLIVEIRA, no seu artigo, cita essa alteração do entendimento doutrinário:

Durante algum tempo conceituava-se o ônus como sendo uma categoria da obrigação, em que o indivíduo teria um prazo para realizar um determinado ato para se obter o efeito jurídico pretendido, devendo respeitar o comportamento previsto na norma. Posteriormente outra corrente foi tomando força no sentido de que o ônus não está ligado à obrigação, isto devido a sua faculdade, decorrendo que o seu não cumprimento, não haverá a conversão em um ato ilícito. Segundo Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, o ponto fundamental para distinção operada reside na percepção de que as idéias de liberdade e de poder estão abrangidas na noção de ônus, que indica um meio para o atingimento de determinado fim em favor do próprio onerado, e cuja inobservância não implica cometimento de ato ilícito. João Batista Lopes afirma que não existe dever jurídico de provar, mas simplesmente ônus de fazê-lo. Entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio.

<sup>25</sup> OLIVERIA, César Augusto de. *Ônus da prova*. Artigo disponível em [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br).

Desse modo podemos concluir que o ônus está ligado a uma faculdade, tanto do autor como do réu em optar ou não em provar o fato alegado, contudo, a inércia pode acarretar na decisão da causa uma situação desfavorável para aquele que era interessado e incumbido do ônus, mas não realizou a prova.

Logo, ao não produzir a prova, a parte corre o risco de desencadear uma situação desfavorável, sendo os fatos por ela alegados considerados como inexistentes, inverídicos, etc.

Dessa forma, embora não haja uma sanção, a não produção de provas é algo desfavorável à parte.

Contudo, vale lembrar que, muitas vezes, a prova produzida por uma parte pode ser favorável a outra. Assim, mesmo sem produzir provas, uma parte pode ter seu direito beneficiado pela produção da outra parte.

Ou, até mesmo, pela insuficiência das provas alegada por uma parte, a outra parte pode ser considerada “vencedora”, sem ter produzido qualquer prova.

No entanto, o artigo 333, do Código de Processo Civil, determina quem deve produzir que provas, para que não corram o risco de não ter suas alegações provadas.

Contudo, há situações em quem somente deve produzir a prova é a parte que faz a afirmação, enquanto a que faz uma negativa não. Explica-se melhor. “A” afirma que “B” deve duzentos reais a ele. “B” nega a existência de tal dívida. Logo, “A” deve fazer a prova constitutiva do seu direito. Como a negativa de existência da dívida não se enquadra no rol do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, o réu “B” não precisa comprovar a sua negativa sem antes “A” provar a sua afirmativa.

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, assim se manifestam:

O resultado da atividade probatória, como regra, decorre do que tiverem contribuído as partes, com a sua atividade, para o processo. Dispõe o art. 333, CPC que incumbe, ao autor, a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu a prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (defesa indireta). Há, contudo, exceções a esta regra geral. Exemplo: em princípio, “na colisão de um fato negativo com um fato positivo, quem afirma um fato positivo tem de prova-lo, com preferência a quem afirma um fato negativo”. No entanto, “há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa, que pode ser provada, de modo que apenas as negativas absolutas são insuscetíveis de prova”.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Obra citada, p. 246/247.

Cumpra destacar que, se a parte não produzir a prova constitutiva do seu direito, não será automático o julgamento em favor da outra parte. Isso porque, o juiz também pode produzir provas, desde que respeitado o contraditório e a imparcialidade<sup>27</sup>.

Destaca-se ainda que, mesmo quando ambas as partes tiverem produzidos provas, e o juiz ainda não estiver convencido de qual a verdade dos fatos, pode e deve determinar a produção de novas provas.

Sobre a liberdade (que outras vezes se transforma em dever) do juiz em produzir provas quando não estiver plenamente convencido, LUIZ GUILHERME MARINONI assim discorre:

A necessidade de imparcialidade judicial não é obstáculo para que o juiz possa determinar prova de ofício. Imparcialidade e neutralidade não se confundem. Será parcial o juiz que, sabendo da necessidade de prova, julga como se o fato que deve ser por ela provado não tivesse sido provado. A existência de normas sobre o ônus da prova, entendidas como regras de julgamento, tampouco impedem o juiz de instruir de ofício o processo, isso porque só se legitima o julgamento pelo art. 333, CPC, se, exauridas todas as possibilidades probatórias, o órgão jurisdicional ainda não se convence a respeito das alegações de fato pelas partes. [...] O juiz pode exercer seus poderes instrutórios independentemente da natureza do direito (disponível ou indisponível) posto em causa. Entender que nos casos de direitos disponíveis o juiz pode limitar-se a acolher o que as partes levaram ao processo é o mesmo que afirmar que o Estado não está muito preocupado com o que se passa com os direitos disponíveis, ou que o processo que trata de direitos disponíveis não é o processo que é instrumento público destinado a cumprir os fins do Estado Constitucional<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA GENÉTICA. DNA. REQUERIMENTO FEITO A DESTEMPO. VALIDADE. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130, CPC. CARACTERIZAÇÃO. DISSÍDIO CARACTERIZADO. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.

I - Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando, em face das provas produzidas, se encontra em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.

II - Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, § 3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória.

III - Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório.

IV - Na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz.

(REsp 222445/PR, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 07/03/2002, DJ 29/04/2002, p. 246)

<sup>28</sup> MARINONE, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p.

Contudo há situações em que o juiz pode determinar a inversão do ônus da prova, por achar que uma das partes não possui condições de produzir a prova necessária para a comprovação do fato por ela alegado.

Tal situação será estudada de forma mais geral a seguir, sendo que no capítulo 3 será aprofundada em algumas situações específicas.

## **2.2 – Inversão do ônus da prova**

Conforme narrado, há casos em que a inversão do ônus da prova se faz necessária. Ou seja a prova antes atribuída a uma parte passa a ser ônus da outra.

Essa inversão se faz por determinação legal (*ope legis*), ou por determinação do juiz (*ope iudicis*).

Ao contrário do que se acredita, nem todas as ações consumeristas são *ope legis* quando se trata da inversão do ônus da prova. Há a hipótese prevista no artigo 38, que prevê expressamente a inversão, que é a situação de propaganda enganosa. Por sua vez, o artigo 6º, em seu inciso VIII, prevê uma hipótese de *ope iudicis*, ou seja, deixa ao critério do juiz a inversão ou não do ônus da prova, desde que preenchidos os requisitos necessários.

Ainda, a legislação infraconstitucional autoriza a inversão do ônus da prova quando convencionado pelas partes.

O artigo 333, do Código de Processo Civil, em seu parágrafo único, autoriza a inversão do ônus da prova convencionado pelas partes, desde que: i) recaia sobre direito indisponível da parte; b) se torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Por sua vez, o artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor, veda a convenção que atribua ao consumidor o ônus da prova de suas alegações.

Percebe-se assim que, há lei traz situações expressas em que a inversão do ônus da prova é obrigatória. Em outros casos, a lei deixa ao critério do juiz, desde que preenchidos os requisitos necessários. Por fim, a lei autoriza a convenção entre as partes, desde que, obedeça as exigências legais.

Assim, a legislação nos passa a ideia de que a inversão do ônus da prova não pode ser feita indiscriminadamente, sob pena de ferir a regra geral trazida no Código de Processo Civil.

Contudo, a doutrina e a jurisprudência observaram que havia situações, não necessariamente relações de consumo, onde uma das partes se mostra hipossuficiente em relação a outra, não tendo condições de produzir as provas necessárias para confirmar os fatos por ela alegados.

Diante dessa situação, viu-se surgir a *teoria da distribuição dinâmica das provas*, a qual será aprofundada a seguir.

### 2.3 – A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

A inversão do ônus da prova em ações consumeristas será estudada no momento oportuno, contudo, o próprio Código de Defesa do Consumidor é de suma importância para a *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, pois sua origem se encontra neste diploma legal.

De acordo com os estudos de FERNANDO LUIZ VICENTINI<sup>29</sup>, a *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* teve origem na concepção do jurista JERÉMIE BENTHAM, “segundo a qual o ônus da prova incumbe à parte que tem melhores condições de produzi-la”<sup>30</sup>.

Embora a origem dessa *teoria* tenha sido os estudos de BENTHAM, o grande propagador dela foi o argentino JORGE WLATER PEYRANO. Os dois doutrinadores defendem a tese de que a parte em melhores condições deve ter o ônus da prova. Contudo divergem quanto a regra geral: para BENTHAM a distribuição dinâmica seria a regra geral, enquanto que para PEYRANO, seria a exceção.

VICENTINI explicita o pensamento de PEYRANO, da seguinte forma:

Peyrano passou a demonstrar que, em determinados casos, em circunstâncias específicas, a regra convencional do ônus da prova, que atribui o encargo da prova à parte em face da posição processual e da natureza dos fatos a serem provados, mostra-se insuficiente na coleta de provas que permita uma avaliação absoluta e justa pelo juízo de fato. A teoria difundida por Peyrano procura desatrelar a produção da prova com a posição processual da parte, assim como da natureza dos fatos alegados em juízo. Aquela ideia inflexível de que quem alega deve fazer sempre a prova passa a ser modificada pela ideia que a prova de determinada alegação, quando não for possível ser feita pela distribuição

<sup>29</sup> VICENTINI, Fernando Luiz. *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Jus navegandi, Teresina, ano 18, n. 3633, 12 jun. 2013, <http://jus.com.br/artigos/24683/teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova/2#ixzz39cdaUUU3>

<sup>30</sup> Obra citada, p. 10.

estática do ônus da prova, deve ser feita pela parte que está em melhores de condições de produzi-la.

Com isto procura-se na condução do processo afastar da parte a prova diabólica, qual seja, a prova inexequível, de modo aproximar a sentença de uma decisão justa e não apenas sob a égide da segurança jurídica.

Frise-se, contudo, que, na concepção de Peyrano, a dinamização não substitui a distribuição estática do ônus da prova. Ela é supletiva e não substitutiva.<sup>31</sup>

Finaliza o autor dizendo que:

Enfim, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pode ser conceituada como a atribuição do encargo da prova à parte que tem melhores condições de produzi-la, independentemente de sua posição processual e da natureza dos fatos a serem provados, de modo a permitir uma avaliação absoluta e justa dos fatos pelo juiz da causa<sup>32</sup>.

No Brasil, como narrado anteriormente, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem estudado a *teoria*, percebendo-se que, em alguns casos ela se faz necessária, sob o risco de a instrução probatória não culminar na verdade real dos fatos, mas sim, em uma verdade aparente, onde a parte hipossuficiente foi prejudicada, seja pela sua carência econômica, cultural ou técnica.

Para ELIZABETH DE CASTRO LOPES e JOÃO BATISTA LOPES, a utilização dessa *teoria*, de forma excepcional e não como regra geral, encontra respaldo na própria Constituição Federal:

(...) a teoria da carga dinâmica da prova compatibiliza-se plenamente com a Constituição Brasileira quando se coteja a teoria com os princípios constitucionais do acesso à justiça(artigo 5º, XXXV) do devido processo legal(art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa(art. 5º, LIV).

A teoria da distribuição do ônus da prova, embora ainda não positivada no Código de Processo Civil brasileiro, já vem sendo aplicada em determinados casos por nossos Tribunais, justamente tendo como porta de entrada o sistema constitucional que visa não só a segurança jurídica, mas também a efetividade da tutela jurisdicional.<sup>33</sup>

Tendo como base a Constituição Federal, e as ideias de isonomia entre as partes, devido processo legal, segurança jurídica, e outros princípios norteadores do processo, FREDIE DIDIER JUNIOR<sup>34</sup> aponta outros artigos do CPC que corroborariam também a distribuição dinâmica do ônus da prova, como os artigos 14, 16, 17,18 e 125, III, que tratam da lealdade, boa

<sup>31</sup> Obra citada, p. 10.

<sup>32</sup> Obra citada, p. 12.

<sup>33</sup> Citados pro VICENTINI, p. 12/13.

<sup>34</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil –Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: Podivum 9ª edição, 2008, p.52.

fé e veracidade processual, os artigos 339, 340, 342, 345 e 355, que tratam sobre a cooperação das partes com o magistrado na elucidação dos fatos controvertidos

Ainda, o próprio artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil, ao abordar a isonomia no tratamento das partes, bem como o artigo 333, parágrafo único, em conjunto com os artigos 130 e 339, todos do Código de Processo Civil, corroboram a ideia de que um tratamento isonômico muitas vezes pode significar uma inversão do ônus da prova sem que haja expressa previsão legal, mas apenas porque o juiz entendeu que seria mais justo e assegurado o melhor resultado ao processo essa inversão.

Na prática, a *teoria* é comumente aplicada em casos onde uma das partes possui a documentação necessária para provar o fato alegado pela outra parte. Assim, deve entregar tais documentos, mesmo que sejam contrários ao seu interesse:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A VERIFICAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE DA ELETROBRÁS.

1. Pode o juiz ordenar que a Eletrobrás exiba documento que se ache em seu poder, a fim de permitir-se que sejam efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório. Essa providência é salutar e caminha rumo ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, já que nessas ações são questionados valores referentes a quase quinze anos - normalmente valores relativos aos recolhimentos efetuados entre 1977 e 1993, correspondentes às 72ª, 82ª e 143ª Assembléias Gerais Extraordinárias da Eletrobrás, que homologaram respectivamente a 1ª, a 2ª e a 3ª conversões dos créditos em ações preferenciais - não sendo razoável exigir do contribuinte que guarde todas as suas contas mensais de energia elétrica a fim de calcular o devido. De fato, compete à Eletrobrás manter o exato controle dos valores pagos e a serem devolvidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, até porque é a própria Eletrobrás que constitui os créditos escriturais em favor dos contribuintes, os atualiza, sobre eles paga juros e posteriormente os converte em ações.

**2. Não há qualquer ilegalidade na determinação judicial para que a Eletrobrás, ora recorrente, apresente os documentos mencionados. Isso porque a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC.**

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 216.315/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 06/11/2012)

Destaca-se ainda uma situação interessante da aplicação dessa *teoria*, só que, dessa vez, envolvendo a comprovação de uma negativa.

Nos casos de investigação de paternidade, a prova da paternidade se faz realizando o exame de DNA entre o autor e o réu da demanda. Contudo, sabe-se que o réu não está obrigado a produzir tal prova, podendo se negar a realizar o exame.

Nesse caso, há uma inversão do ônus da prova, onde o réu, sob pena de se presumir verdadeira a alegação do autor (súmula 301/STJ), ele deve fazer prova da não paternidade. Ou seja, deve provar um fato negativo antes de o autor provar a existência do fato positivo.

Assim dispõe a jurisprudência:

Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA). Recusa. Inversão do ônus da prova. Relacionamento amoroso e relacionamento casual.

Paternidade reconhecida.

- A recusa do investigado em se submeter ao teste de DNA implica a inversão do ônus da prova e conseqüente presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

- Verificada a recusa, o reconhecimento da paternidade decorrerá de outras provas, estas suficientes a demonstrar ou a existência de relacionamento amoroso à época da concepção ou, ao menos, a existência de relacionamento casual, hábito hodierno que parte do simples 'ficar', relação fugaz, de apenas um encontro, mas que pode garantir a concepção, dada a forte dissolução que opera entre o envolvimento amoroso e o contato sexual.

Recurso especial provido.

(REsp 557365/RO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2005, DJ 03/10/2005, p. 242)

Há alguns casos em que a jurisprudência já consolidou o entendimento de que se deve aplicar a *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, fazendo com, o que o réu produza a prova constitutiva do fato alegado pelo autor.

São os casos de dano ambiental<sup>35</sup> (que será aprofundado quando abordamos a ação civil pública), e a hipótese de erro médico<sup>36</sup>.

Há outros casos já consolidados na jurisprudência, em que se aplica a inversão do ônus da prova, por se entender que uma parte possui melhores condições de produzir a prova, mesmo que não tenha alegado o fato constitutivo do direito, como no caso de responsabilidade civil objetiva, responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho, expurgos econômicos, etc.

Contudo, tirando a responsabilidade civil nos casos que decorrem do Código de Defesa do Consumidor, os demais casos não guardam relação com a temática central do presente

<sup>35</sup> Agravo de Instrumento n. 70011843224, Relator Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, DJe 09.11.2005.

<sup>36</sup> Apelação n. 597083534, Relator Des. Armínio José \Abreu Lima da Rosa. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, DJe 03.12.1997.

estudos, por isso não serão aprofundadas. Mas, convém destacar que, nesses casos o entendimento está pacificado no sentido de se realizar a inversão do ônus da prova.

#### 2.4 – O momento da inversão do ônus da prova

Outra discussão envolvendo o ônus da prova, é o momento de ser declarada a inversão.

A primeira corrente entende que a inversão deve ser declarada no momento da prolação da sentença. São adeptos dessa corrente ADA PELLEGRINI GRINOVER, KAZUO WATANABE, DINAMARCO, JOÃO BATISTA LOPES, NELSON NERY.

A segunda corrente entende que a inversão deve ser feita no saneamento do processo, com a abertura da instrução probatória. ANTONIO GIDI, MARINONI, CAMBI, ARTUR CARPES, MARISTELA, DA SILCA ALVES, defendem essa corrente.

VICENTINI entendeu que a segunda corrente parece a mais adequada, pois, após definir os pontos controvertidos é que deve atribuir o encargo probatório às partes, sob risco de violar o princípio do contraditório e da ampla defesa, resguardados pela Constituição Federal.

Para JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, a segunda corrente parece a mais correta, pois

(...) seja porque a inversão do ônus da prova, como se viu, não é automática, seja porque mais consentânea com os princípios do devido processo legal. Por isso, caso a inversão não tenha sido determinada na fase de saneamento do processo, deverá ser reaberta à parte a oportunidade de produzir provas<sup>37</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça entende que o momento adequado seria a instrução probatória:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

<sup>37</sup> Obra citada, p. 251.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).

Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (REsp 802832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)

Ao que parece, de fato a segunda corrente doutrinária, que defende a inversão antes da produção das provas, predomina e é a mais razoável. Isso porque, conforme apontado pelos doutrinadores citados, é a que respeita o contraditório e ampla defesa, além do devido processo legal e segurança jurídica.

Não faria sentido a inversão no momento da prolação da sentença, pois, nesse caso, as partes acabariam sendo obrigadas a produzir provas por precaução, até mesmo dos fatos negativos sem que a outra parte fizesse prova do fato positivo. Ainda, obrigaria a parte a produzir prova contra si mesmo, o que se sabe não ser possível.

## CAPÍTULO 3 – O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES COLETIVAS

### 3.1 – Ações regidas pelo Código de Defesa do Consumidor

Conforme narrado anteriormente, a ideia da inversão do ônus da prova surgiu com o advento do Código de Defesa do Consumidor, sendo o primeiro diploma legal a trazer de forma expressa uma situação onde a inversão do ônus da prova não é facultativa a convenção das partes ou ao critério do juiz, mas, é obrigatória. Um caso de inversão *ope legis*.

Ainda, previu uma situação onde, se preenchido os requisitos legais, a inversão se faria necessário, mesclando uma situação de previsão legal com entendimento do magistrado.

Por fim, como citado no capítulo anterior, a jurisprudência já consolidou o entendimento de que, em alguns casos, a inversão do ônus da prova se faz necessária. Ou seja, mesmo sem previsão expressa legal, a inversão acaba sendo feita, sem que o juiz tenha necessidade de analisar o caso concreto. Como já dito anteriormente, não guarda relação com a matéria analisada nesse momento.

Assim, à luz das relações de consumo, apenas duas situações de inversão do ônus da prova serão analisadas a seguir.

#### 3.1.1 – A inversão *ope legis*

O Código de Defesa do Consumidor prevê três situações de inversão do ônus da prova obrigatórios: artigos 12, parágrafo 3º; 14, parágrafo 3º; e 38.

Referidos artigos assim dispõem:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação

dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Nos dois primeiros casos temos uma situação de defeito do produto, onde basta para o consumidor provar que adquiriu um produto e sofreu um dano com ele. Dessa comprovação, decorre a presunção de que o produto era defeituoso, e por isso o dano foi causado.

Ao fabricante, construtor, produtor, importador ou fornecedor, compete o ônus da prova negativa, ou seja, comprovar que o defeito inexiste, ou que não foi ele o causador do defeito, mas sim o consumidor ou terceiros.

Sobre esses casos de inversão do ônus da prova, ALEXANDRE CÂMARA, assim se manifesta:

O primeiro tipo de inversão do *onus probandi* que se manifesta no CDC é a inversão *ope legis*. Em outras palavras, é a própria lei que inverte o ônus da prova. (...)

A primeira regra a ser examinada trata do ônus da prova nos casos em que se busca reparação de dano por fato do produto. Neste caso, a existência do defeito é fato constitutivo do direito do consumidor à reparação do dano. Apesar disso, incumbe ao fornecedor a prova de que não existe defeito (art. 12, § 3º, II). (...)

Significa isto dizer que, não havendo nos autos prova suficiente para convencer o juiz de que o defeito alegado pelo autor existe ou não, deverá o fornecedor suportar o prejuízo decorrente da insuficiência da prova, julgando-se, pois, procedente o pedido do consumidor.<sup>38</sup>

Assim, temos que, o Código de Defesa do Consumidor concedeu um benefício ao consumidor, mas, não o isentou por completo do ônus da prova.

O consumidor deve provar a aquisição do produto, e o nexos causal entre ele e o dano gerado. Dessa situação existe uma presunção *iuris tantum*, de que o produto é defeituoso e que isso gerou o dano. Assim, a inversão se dá nesse momento, onde passar a ser responsabilidade do réu (fabricante, construtor, produtor, importador ou fornecedor) demonstrar que o produto não era defeituoso. Não conseguindo provar, o consumidor será beneficiado com uma sentença de procedência.

<sup>38</sup> CÂMARA, Alexandre. *A inversão do ônus da prova*, Revista da EMERJ, Vol. 5, nº 18, 2002, p. 92/93.

CARLA MARIA MARTELLOTE VIOLA, no artigo *Inversão do ônus da prova ope legis*, assim conclui:

Cabe ressaltar que a norma inserta nos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, do CDC, é uma modalidade peculiar de inversão do ônus da prova, e que trata-se de mais uma vantagem (processual) concedida ao consumidor. Assim, o que o consumidor deve provar é o acidente de consumo (dano) e o nexo de causalidade entre este e o produto ou serviço, cujo defeito o consumidor não deve se preocupar em provar, bastando quanto a este ponto apenas relatar coerentemente o ocorrido, pois cabe ao fornecedor se livrar da presunção legal de sua existência.<sup>39</sup>

Recuperando a segunda hipótese apresentada por lei, a do artigo 38, tem-se que, quando for alegada a prática de propaganda enganosa, o fornecedor do produto veiculado na propaganda é que deverá provar que a propaganda não é enganosa.

Assim, se um consumidor, ou o próprio Ministério Público, entender que as informações veiculadas não condizem com a realidade do produto, ou se sentiram lesados pela propaganda inverídica, compete ao fornecedor do produto provar que tal inveracidade inexistente.

Sob este aspecto, ADA PELEGRINI GRINOVER já se manifestou:

O dispositivo refere-se ao princípio da inversão do ônus da prova que informa a matéria publicitária. A inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6º, VIII, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória. Refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção<sup>40</sup>.

FABIO ULHOA COELHO vai mais fundo, dizendo que a omissão de fatos probatórios de que a propaganda é enganosa, caracteriza crime previsto no próprio Código de Defesa do Consumidor:

Por fim, estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor a inversão do ônus de prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária, atribuindo-o ao fornecedor (CDC, art. 38). Desse modo, o consumidor, ou o legitimado a agir em nome da coletividade de consumidores (CDC, art. 82), na ação indenizatória encontra-se dispensado de provar a enganabilidade (isto é, o potencial de indução em erro do consumidor). Por definição do legislador, no campo do direito civil, cabe ao demandado demonstrar a inexistência do ilícito na publicidade. Tem o empresário, portanto, o dever jurídico de manter organizados os dados fáticos, técnicos e científicos em que embasa sua publicidade, para apresentá-los em juízo e quando demandado, sendo a omissão desse dever tipificada como crime, pelo art. 68 do CDC<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Artigo consultado no sítio eletrônico <http://pt.slideshare.net/carlaviola/texto-inverso-do-nus-da-prova-no-cdc-ope-legis-17655347>

<sup>40</sup> Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Forense Universitária, 6ª ed., págs. 304.

<sup>41</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *A Publicidade Enganosa no Código de Defesa do Consumidor*. Revista do Direito do Consumidor, vol. 8, pág. 78.

Cumpra destacar que, nos casos em que a lei prevê expressamente a inversão do ônus da prova, ela não precisa ser declarada, uma vez que se presume que seja de conhecimento geral tal situação.

Assim, presume-se a veracidade da alegação do autor se o réu não conseguir provar a sua inexistência, pois, ao inverter o ônus da prova, o legislador concedeu um benefício ao consumidor, presumindo que esse seria hipossuficiente ou não teria condições de produzir as provas necessárias para comprovar suas alegações.

### 3.1.2 – A inversão *ope iudicis*

De acordo com BRUNO PANDORI GIANCOLI e MARCO ANTONIO ARAUJO JUNIOR, a intenção do legislador em prever hipóteses em que o juiz poderia, de acordo com sua discricionariedade, em decorrência da presunção de vulnerabilidade do consumidor:

Em razão da vulnerabilidade presumida do consumidor, o legislador conferiu ao juiz o poder para decretar, a seu critério, a inversão do ônus da prova, se presente a verossimilhança das alegações do consumidor ou se presente a hipossuficiência. A verossimilhança pode ser determinada, inclusive, em razão de fato omissivo praticado pelo réu. Esta orientação encontra-se assentada no Informativo 358 do STJ.<sup>42</sup>

Essa previsão legal, traduzida no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, aborda a inversão *ope iudicis*, pois, embora seja uma previsão legal de uma situação onde pode ocorrer a inversão da prova, a lei prevê que fica ao critério do juiz determiná-la:

Artigo 6º - (...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, **A CRITÉRIO DO JUIZ, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiências;

Ou seja, se o juiz constatar que a alegação é verossímil ou quando a entender que a parte é hipossuficiente, pode determinar a inversão do ônus da prova.

Assim, aos olhos do juiz, para que ocorra a inversão do ônus da prova, um dos dois requisitos deve estar preenchido: a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor.

<sup>42</sup> GIANCOLI, Brunno Pandori e ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. *Direito do consumidor*, in elementos do direito, v. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52/53.

Por verossimilhança da alegação, não há maiores problemas, se tratando de fortes indícios de que os fatos alegados são verdadeiros.

Já a questão da hipossuficiência, carro condutor do Código de Defesa do Consumidor, deve ser analisada de forma mais cuidadosa, pois ela influencia nas demais ações coletivas.

De acordo com os autores BRUNNO PANDORI GIANCOLI e MARCO ANTONIO ARAUJO JUNIOR, nem todo consumidor é hipossuficiente, e a hipossuficiente pode ser vista sob dois aspectos:

A hipossuficiência pode ser econômica, quando o consumidor apresenta dificuldades financeiras, aproveitando-se o fornecedor desta condição, ou processual, quando o consumidor demonstra dificuldade de fazer prova em juízo. Esta condição de hipossuficiente deve ser verificada no caso concreto, e é caracterizada quando o consumidor apresenta traços de inferioridade cultural, técnica ou financeira.<sup>43</sup>.

Em outras palavras, a hipossuficiência pode ser caracterizada pelas dificuldades financeiras do Autor ou por sua dificuldade em produzir a prova pretendida, seja essa dificuldade financeira (custear a produção da prova), técnica (qual prova deve ser produzida e como) ou cultural (ignorância sobre o tema).

E continuam os doutrinadores:

É preciso esclarecer que a inversão do ônus da prova não é automática, e deve ser examinada no caso concreto. Os requisitos são analisados objetivamente pelo juiz e devem ser apurados segunda as regras ordinárias de experiência. A inversão do ônus da prova do CDC pressupõe dificuldade ou impossibilidade da prova apenas da parte do consumidor, não a impossibilidade absoluta da prova em si. Ela pode ser requerida, especialmente, quando ficar evidenciadas a vulnerabilidade técnica em estágio acentuado, surgindo assim a chamada hipossuficiência técnica.<sup>44</sup>

Para FERNANDO LUIZ VICENTINI, a hipossuficiência se traduz em:

(...) desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, de distribuição, de modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício<sup>45</sup>.

Logo, percebe-se que, o consumidor nem sempre será hipossuficiente. Pois, nem sempre o consumidor final será uma pessoa física, sem condições técnicas, cultural e financeiras de provar o fato que alega.

---

<sup>43</sup> Obra citada, p. 43.

<sup>44</sup> Obra citada, p. 53.

<sup>45</sup> Obra citada, p. 14.

Quando se fala em consumidor, esquece-se que uma empresa também pode ser considerada como consumidor final, o que traria a ideia de igualdade entre consumidor e fornecedor, não havendo que se falar em inversão do ônus da prova.

Contudo, pode-se esquecer que ela também pode ser hipossuficiente em relação ao réu.

Um exemplo muito claro dessa situação seria uma empresa que aciona o seu banco judicialmente, por cobranças indevidas, afirmando que não fez as transações por ele apontadas. Nesse caso, nítida relação de consumo, a pessoa jurídica autora não tem como produzir a prova referente a não realização das transações pelas quais está sendo cobrada pelo banco, sendo que somente este pode produzir a prova de que estão sendo feitas as transações. Assim, a inversão do ônus da prova é de suma importância.

Logo, percebe-se que o critério da inversão fica a cargo do juiz, porque, cada caso deve ser analisado em seu particular, e não simplesmente presumir-se que a relação de consumo já gera a inversão, ou que somente pessoas físicas podem precisar dela.

### **3.2 – Ação civil pública**

A Lei n. 7.347/1985, “*disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.*”

Como se percebe, referida lei visa a proteção de bens coletivos, inclusive a proteção ao consumidor de forma coletiva.

Tal situação direciona a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor, corroborada pela previsão do artigo 21:

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.

Como se perceber, a lei autoriza não o Código de Defesa do Consumidor como um todo, mas, somente o título III, que, não aborda a questão do ônus da prova, seja de forma expressa ou a critério do juiz.

Contudo, quando a ação discutir danos causados ao consumidor, parece óbvio a aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que, como explicitado

anteriormente, atribui ao juiz a discricionariedade de inverter o ônus da prova se verificar a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência da parte.

Ainda, mais óbvia se parece a inversão do ônus da prova quando se tratar de propaganda enganosa que afeta uma coletividade.

Diante da adoção pela doutrina e da jurisprudência da *teoria da inversão do ônus da prova*, ela pode ser plenamente adota nas ações civis publicadas, desde que se constate que a verdade real, ou que uma das partes não possui condições de produzir as provas necessárias.

Para JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e RAFAEL DE OLIVEIRA GUIMARÃES<sup>46</sup>, sempre que se estiver diante de direitos coletivos *lato sensu*, pode o magistrado, constatando a verossimilhança das alegações, inverter o ônus da prova.

EDUARDO ARRUDA ALVIM também defende que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às ações coletivas:

O sistema do Código de Defesa do Consumidor de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, aplica-se, mesmo que não estejam envolvidas relações de consumo, por força do art. 21 da Lei 7.347/85, que recebeu nova redação pelo art. 117 do CDC. Por esse dispositivo, a parte processual do Código do Consumidor tornou-se como que um sistema geral do processo das ações coletivas.<sup>47</sup>

RICARDO DE BARROS LEONEL, citado por JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e RAFAEL DE OLIVEIRA GUIMARÃES, entende que a aplicação da inversão do ônus da prova conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor, em virtude da disposição do artigo 21, da Lei da ACP:

Ricardo de Barros Leonel já vislumbra a aplicação da regra do ônus da prova às demais demandas coletivas em virtude do art. 21 da LACP. Este afirma que “quando o legislador afirma que às demandas coletivas com fundamento na Lei de Ação Civil Pública aplicam-se as normas do ‘capítulo processual’ do código do Consumidor, não faz referência meramente formal ou gramatical. Não apenas no ‘capítulo processual’ do Código identificam-se normas processuais. Exemplo típico disto é a norma sobre o ônus da prova”. (LEONEL, 2002, p. 340).<sup>48</sup>

Assim, percebe-se que a possibilidade de inversão do ônus da prova, de acordo com a discricionariedade do juiz é amplamente aceita nas ações civis públicas.

<sup>46</sup> MEDINA, José Miguel Garcia e GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *O ônus da prova na ação de improbidade administrativa*, in Depoimentos, Vitória, n. 12, p. 151-164, jul./dez., 2007, p. 157.

<sup>47</sup> ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Apontamento sobre o processo das ações coletivas*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: *Quarter Latin*, 2005, p. 46.

<sup>48</sup> Obra citada, p. 156.

No entanto, quando a ação civil pública versar sobre dano ambiental, a discussão não se prolonga.

Isso porque, a jurisprudência tem entendido que quando a ação versar sobre direito ambiental, **o juiz deve decretar a inversão do ônus da prova:**

PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - PERÍCIA - DANO AMBIENTAL - DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual.
2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
3. 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.
4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.
5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano.
6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial. (REsp 1060753/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 14/12/2009)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AMBIENTAIS. ADIANTAMENTO DE DESPESAS PERICIAIS. ART. 18 DA LEI 7.347/1985. ENCARGO DEVIDO À FAZENDA PÚBLICA. DISPOSITIVOS DO CPC. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Segundo jurisprudência firmada pela Primeira Seção, descabe o adiantamento dos honorários periciais pelo autor da ação civil pública, conforme disciplina o art. 18 da Lei 7.347/1985, sendo que o encargo financeiro para a realização da prova pericial deve recair sobre a Fazenda Pública a que o Ministério Público estiver vinculado, por meio da aplicação analógica da Súmula 232/STJ.
2. Diante da disposição específica na Lei das Ações Cíveis Públicas (art. 18 da Lei 7.347/1985), afasta-se aparente conflito de normas com os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o tema, por aplicação do princípio da especialidade.
3. Em ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso concreto o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução. Precedentes.
4. Recurso especial não provido. (REsp 1237893/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONSTRUÇÃO DE USINA HIDRELÉTRICA.

REDUÇÃO DA PRODUÇÃO PESQUEIRA. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO.

DISSÍDIO NOTÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANO INCONTESTE. NEXO CAUSAL. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

CABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Não há falar, na espécie, no óbice contido na Súmula nº 7/STJ, haja vista que os fatos já restaram delimitados nas instâncias ordinárias, devendo ser revista nesta instância somente a interpretação dada ao direito para a resolução da controvérsia.

Precedentes.

2. Tratando-se de dissídio notório, admite-se, excepcionalmente, a mitigação dos requisitos exigidos para a interposição do recurso pela alínea "c" "quando os elementos contidos no recurso são suficientes para se concluir que os julgados confrontados conferiram tratamento jurídico distinto à similar situação fática" (AgRg nos EAg 1.328.641/RJ, Rel. Min. Castro Meira, DJe 14/10/11).

3. A Lei nº 6.938/81 adotou a sistemática da responsabilidade objetiva, que foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante, na espécie, a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de reparação do dano causado, que, no caso, é inconteste.

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

5. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial a fim de determinar o retorno dos autos à origem para que, promovendo-se a inversão do ônus da prova, proceda-se a novo julgamento.

(AgRg no AREsp 206.748/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 27/02/2013)

Como se percebe da leitura desses julgados, o princípio da precaução vem sendo adotado como justificativa para a inversão do ônus da prova, o que pacificou esse entendimento.

O princípio da precaução do direito ambiental, assim dispõe:

No princípio da precaução o que se configura é a ausência de informações ou pesquisas científicas, conclusivas sobre a potencialidade e os efeitos de uma intervenção no meio ambiente. Tem-se aqui a incerteza científica, a incerteza sobre os efeitos do dano potencial.<sup>499</sup>

Assim, a doutrina e a jurisprudência entendem com base nesse princípio que, compete ao réu demonstrar que a sua intervenção na natureza não gerou um dano ao meio ambiente.

Dessa forma, sempre que a ação versar sobre direito ambiental, deve ocorrer a inversão do ônus da prova.

O Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n. 206.748, assim explica a adoção desse posicionamento:

Feitas essas considerações, não obstante a responsabilidade ser objetiva, o dano ser evidente e a necessidade de comprovação do nexo de causalidade ser a regra, não se

<sup>499</sup> OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. *Direito ambiental*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, elementos do direito v. 15, p. 46.

pode deixar de ter em conta os princípios que regem o direito ambiental (precaução, prevenção e reparação), principalmente, para a hipótese, o Princípio da Precaução, no qual o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre onexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo.

(...)

Nesse contexto, portanto, bastando que haja umnexo de causalidade provável entre a atividade exercida e a degradação, como foi o caso dos autos, deve ser transferida para a concessionária todo o encargo de provar que sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente, bem como a responsabilidade de indenizar os danos causados.

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

A legislação em questão é o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que autoriza a inversão a critério do juiz.

Contudo, tal inversão não deve ser presumida, uma vez que não decorre da lei, mas, depende da vontade do juiz, ainda que influenciado pelo entendimento dominante dos tribunais superiores. Logo, deve ser declarada.

Nesse momento, volta-se a discussão do capítulo anterior, de qual seria o momento de declarar a inversão. Ainda parece o mais correto no despacho saneador, após determinados os pontos controvertidos. Contudo, isso não é pacífico.

Assim, no caso de ação civil pública, é pacífico o entendimento de que a inversão do ônus da prova é cabível. E quando tratar de dano ambiental, sempre ocorrerá a inversão.

### 3.3 – Ação de Improbidade Administrativa

Conforme narrado anteriormente, a inversão do ônus da prova é admitida nas ações coletivas nos casos que se adequam ao disposto no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º:

Artigo 6º - (...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, **A CRITÉRIO DO JUIZ, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente**, segundo as regras ordinárias de experiências; (grifos nossos)

Assim, mesmo quando se trata de uma situação clara de relação de consumo, ainda assim, não necessariamente será decretada a inversão do ônus da prova, sendo somente decretada

se o juiz entender que o consumidor, no caso, é hipossuficiente ou que há verossimilhança na alegação.

Isso significa dizer que, embora a Lei da Ação Civil Pública tenha afirmado em seu artigo 21, que se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor, **não será em todas as ações coletivas que ocorrerá a inversão do ônus da prova, sendo analisado caso a caso.** Ou seja, há a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas não necessariamente a inversão do ônus da prova.

O próprio Diploma consumerista determina que a inversão do ônus da prova é regra subsidiária, podendo ser aplicada quando for constatada a hipossuficiência do Autor ou a verossimilhança dos fatos alegados.

Assim, o sistema jurídico brasileiro defende a não aplicação da inversão do ônus da prova nas ações de improbidade administrativa por entenderem que não estão presentes os requisitos exigidos por lei.

Isso decorre justamente da natureza da ação (equiparada a uma ação penal), como, também, do legitimado ativo para a propositura da ação, o Ministério Público.

Analisaremos os pontos a seguir.

### 3.3.1 – Ausência de hipossuficiência do Ministério Público

De acordo com JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e RAFAEL DE OLIVEIRA GUIMARÃES<sup>50</sup>, o artigo 333, do Código de Processo Civil é a regra, sendo a inversão subsidiária:

**A regra, mesmo na incidência do Código de Defesa do Consumidor, é a do ônus da prova para o autor** (CPC, 333, I), e se o juiz entender que há a presença da hipossuficiência técnica ou da verossimilhança das alegações do autor, pode inverter o ônus da prova, se possível, no despacho de saneamento. **A regra da inversão é subsidiária.** (grifos nossos)

Assim, somente quando houver verossimilhança dos fatos alegados ou hipossuficiência do autor é que será aplicada a inversão do ônus da prova.

---

<sup>50</sup> Obra citada, p. 155.

Como narrado no subitem que trata da inversão do ônus da prova *ope iudici*, nem todo consumidor é hipossuficiente, e a hipossuficiente pode ser vista sob dois aspectos: a hipossuficiência financeira ou a hipossuficiência processual.

Em outras palavras, a hipossuficiência pode ser caracterizada pelas dificuldades financeiras do Autor ou por sua dificuldade em produzir a prova pretendida nos autos, seja essa dificuldade financeira (custear a produção da prova), técnica (qual prova deve ser produzida e como) ou cultural (ignorância sobre o tema).

Diante desses conceitos, percebe-se que o Ministério Público, o legitimado para propor as ações de improbidade administrativa, não se enquadra em nenhuma das situações de hipossuficiência.

Não há que se alegar hipossuficiência econômica em relação aos réus das ações de improbidade administrativa, pois, de acordo com disposição legal, o Ministério Público, quando Autor de uma ação, é isento do pagamento de taxas, custas processuais, honorários advocatícios, e demais despesas processuais.

No tocante ao pagamento de eventual prova pericial, o a própria Lei de Ação Civil Pública, em seu artigo 18, isenta o autor da ação do adiantamento dos honorários periciais.

No entanto, caso seja compelido a fazê-lo, ainda poderá recorrer ao Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - ADMINISTRATIVO - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PARCELAMENTO IRREGULAR DE SOLO EM ÁREA DE MATA ATLÂNTICA - DECISÃO JUDICIAL RELATIVA A HONORÁRIOS PERICIAIS - RECORRIBILIDADE - SÚMULA 267/STF.

(...)

3. Inexistência de circunstância capaz de qualificar a decisão impugnada como manifestamente ilegal ou teratológica, pois a Primeira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsps 733.456/SP e 981.949/RS, ocorrido na assentada do dia 24 de fevereiro de 2010, decidiu que, conquanto não se possa obrigar o Ministério Público a adiantar os honorários do perito nas ações civis públicas em que figura como parte autora, diante da norma contida no art. 18 da Lei 7.347/85, também não se pode impor tal obrigação ao particular, tampouco exigir que o trabalho do perito seja prestado gratuitamente.

4. **Diante desse impasse, afigura-se plausível a solução adotada no caso, de se determinar a utilização de recursos do Fundo Estadual de Reparação de Interesses Difusos Lesados, criado pela Lei Estadual 6.536/89, considerando que a ação civil pública objetiva interromper o parcelamento irregular de solo em área de mata atlântica, ou seja, sua finalidade última é a proteção ao meio ambiente e a busca pela reparação de eventuais danos que tenham sido causados, coincidentemente com a destinação para a qual o Fundo foi criado.**

5. Recurso ordinário não provido.

(RMS 30.812/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 18/03/2010)

Quanto a hipossuficiência técnica, que se traduziria na ausência de todos os documentos necessários para a propositura da ação, ou a ausência de informações essenciais, também não vale como argumento para inversão do ônus da prova.

Nesse ponto, destaca-se o poder de requerimento atribuído ao Ministério Público pela Constituição Federal, no seu artigo 129, inciso VI:

**Art. 129** - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

**VI** - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

Ou seja, se durante a investigação, que acontece através do Inquérito Civil, constatando que não possui documentação suficiente para provar os fatos alegados, o Ministério Público pode oficiar aos investigados e a qualquer outro órgão ou pessoa que estiver em poder dos documentos que entender ser necessário para provar os fatos por ele alegados.

O Ministério Público, justamente pela sua atuação e pelas suas funções, possui conhecimento e discernimento para saber qual a documentação necessária para a produção de provas e o tipo de prova a ser produzida para corroborar suas alegações.

Além do que, o órgão Ministerial é altamente capacitado, tendo amplo conhecimento sobre a matéria, não só pelo conhecimento jurídico necessário para se ingressar no concurso público para Promotor de Justiça, como pela prática contínua na investigação e promoção de ações civis públicas de responsabilidade por atos de improbidade administrativa.

Assim, não o órgão Ministerial não possui hipossuficiência técnica, cultural ou econômica, não havendo justificativa para a inversão do ônus da prova sob essa alegação.

### **3.3.2 – Ausência de verossimilhança nas alegações**

Conforme narrado, além da hipossuficiência, a existência de verossimilhança dos fatos alegados também pode ser utilizada como justificativa para a inversão do ônus da prova.

Contudo, nas ações por atos de improbidade administrativa, a alegação de verossimilhança dos fatos não pode ser aplicada.

Isso porque, conforme amplamente defendido na doutrina e na jurisprudência, a presunção de verossimilidade das alegações do Ministério Público em ações que envolvam a suposta prática de atos de improbidade administrativa fere a presunção de inocência, defendida pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII.

JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA e RAFAEL DE OLIVEIRA GUIMARÃES<sup>51</sup>

assim entendem:

As demandas coletivas, em sua maioria, objetivam a despoluição de um manancial, a substituição de um produto, condutas estas nas quais se vislumbra uma facilitação da produção da prova pelo réu e, na maioria dos casos, nada mais estabelece do que sanções financeiras. **Nas ações de improbidade, tal fenômeno não ocorre.** A ação de improbidade possui características *sui generis*, como pesadas sanções no artigo 12 da Lei n. 8.429/92; exemplo disso é a perda do cargo, a proibição de contratar com o Poder Público e multa de até 100 vezes o valor envolvido; possui a preponderância do dolo nas condutas, e uma grande reprovação social. Desta forma, tal lei assume um caráter político-administrativo conforme entende Flávio Chein Jorge (2006, p. 260), não de natureza penal, mas com vários princípios que norteiam tal ramo do direito, pois penaliza o agente público com as penas aqui citadas.

**É por isso que vigora nos atos de improbidade administrativa a garantia constitucional da presunção de inocência, assegurada pelo inciso LVII do art. 5º da CF/88, que preceitua que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Vê-se que há uma “pequena” semelhança com o art. 20 da Lei de Improbidade que preceitua que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.” Não bastasse, tal garantia constitucional “tem sido admitida em relação às sanções administrativas, até mesmo nas de natureza tipicamente disciplinar”.** (PRADO, 2001, p. 45).

**Verificando-se algumas situações, como o art. 9º, VII da LIA, onde está estabelecido que incorrerão em ato ímprobo os agentes políticos que tiverem patrimônio incompatível com sua renda – assim se presumindo que o autor alega tal disparidade e que o réu deve provar a inoccorrência desta – mesmo neste caso, a inversão do ônus da prova não existe.** Fábio Medina Osório (2000, p. 388) afirma que “[...] basta a prova da ausência de origem do patrimônio adquirido, tornando-se ilícita a renda assim obtida, sobretudo levando-se em conta a transparência advinda do regime publicista do trabalho daqueles que lidam com a coisa pública, o que não traduziria, tecnicamente, inversão do ônus da prova”.

**Assim, vê-se que o princípio do processo penal da presunção de inocência norteia a lei de improbidade.** Não por fundamento diferente, que o Min. Teori Albino Zavascki atribui o ônus da prova ao autor, e mais do que isso, a existência de defesa efetiva, como no processo penal, também nas ações de improbidade.

**É importante salientar que, felizmente, os tribunais pátrios vêm adotando o entendimento de que as ações de improbidade possuem características diferentes das demais demandas coletivas no que tange à prova do fato constitutivo do direito, e por isso não podem se submeter à regra da inversão do ônus da prova.** (grifos nossos)

Ou seja, diante da proximidade existente entre a esfera penal e as sanções impostas pela lei de improbidade administrativa, e de sua gravidade, deve ser aplicada as ações por atos de

<sup>51</sup> **Obra citada, p. xx**

improbidade administrativa os princípios básicos do sistema penal, dentre eles a presunção de inocência.

Ora, realizar a inversão do ônus da prova sob a alegação de verossimilhança nada mais é do que ignorar por completo direito constitucional expresso, que defende a inocência até que se prove o contrário. Prova essa que deve ser produzida pelo Autor, o Ministério Público.

A ação por ato de improbidade administrativa é tão peculiar, tão diferente das demais ações coletivas que, para o Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, mesmo quando houver revelia, contestação por negativa geral ou sem impugnação por tópicos à inicial, a prova ainda assim deve ser feita pelo Autor, não se aplicando a regra prevista no artigo 300, Código de Processo Civil:

Um dos princípios do processo penal que é também comum ao sistema punitivo de atos de improbidade é o da presunção de inocência. **No campo do processo, a consequência principal decorrente da adoção desse princípio é impor ao autor da ação todo o ônus da prova dos fatos configuradores do ilícito imputado.** No que se refere à ação de improbidade, é descabida, assim, a invocação, contra o réu, dos efeitos da revelia, notadamente o da confissão ficta (CPC, art. 319). **A falta de contestação, ou a contestação por negativa geral, sem o detalhamento preconizado no art. 300 do CPC, não dispensa o autor do ônus imposto pelo art. 333, I, de fazer prova dos fatos constitutivos da infração.**<sup>52</sup>

Assim, se a doutrina sequer admite a aplicação dos efeitos da revelia nos casos de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, o que dirá admitir a inversão do ônus da prova.

Diante da presunção de inocência, torna-se impossível a aplicação da inversão do ônus da prova em ações que envolvam a suposta prática de atos de improbidade administrativa.

Essa proibição também é defendida pela Jurisprudência nos diversos Tribunais brasileiros:

Ação Civil Pública. Ato de Improbidade Administrativa. Contrato Administrativo. Ausência Indevida de Prévia Licitação. Dano ao Erário Público. Não Comprovação. **Ônus da Prova. Autor. Artigo 333, Inciso I, do CPC. Sentença Confirmada. Não obstante a ocorrência de ato de improbidade administrativa, atinente à ausência indevida de prévia licitação para firmar contrato administrativo, o ressarcimento ao erário impescinde que o autor traga aos autos prova de dano material ao patrimônio público, pois o ônus da prova incumbe a quem alega, segundo o artigo 333, I, do CPC.** Não se desincumbindo do “ônus probandi”, inviável o acolhimento do pedido inicial. Recurso desprovido.” (TJMG, ApCív. n. 1.0439.04.030152-5/001(1), rel. Des. Batista Franco, j. 07.03.2006, DJ 31.03.2006)

<sup>52</sup> *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006, p. 116.

Ação civil pública. Improbidade administrativa. Ministério Público. **O prejuízo ao erário público deve restar sobejamente comprovado ante o princípio, a que se submete o Ministério Público, de que o autor tem o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito.** [...]” (TJRS, 3.ª Câm. Civ., Ap. Cív. 70001704360, rel. Juiz Augusto Otávio Stern, j. 22.03.2001)

Apelação Cível. Ação Civil Pública. Ato de Improbidade Administrativa. Artigo 18 da Lei n. 7.347/85. Ausência de Prova. Improcedência do Pedido. **Inaplicabilidade de Inversão do Ônus da Prova na Ação Civil.** Apelo Desprovido” (TJPR, 8.ª Câm. Cív., ApCiv. n. 125537-0, rel. Des. Celso Rotoli de Melo, j. 12.11.2003).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Policial civil - Imputação de ato de improbidade administrativa definido no artigo 9o, inciso VII, da Lei nº 8 429/92 - Prescrição - Não ocorrência - Tratando-se de policial civil, o prazo prescricional é o previsto no artigo 23, II, da Lei de Improbidade - Prazo que começou a fluir a partir do dia em que a autoridade tomou conhecimento da falta (Art 80, III, da LCE 207/79) - Recurso adesivo não provido IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - Policial civil - **Imputação de conduta enquadrada no artigo 9o, inciso VII, da Lei 8 429/92 - Não comprovação - Na ação de improbidade, incumbe ao autor comprovar que o agente público adquiriu valores incompatíveis com a evolução de seu patrimônio e rendimentos em decorrência do exercício abusivo, corrompido, subvertido de seu mandato, cargo, emprego ou função pública - A inversão do ônus da prova envolve uma presunção de enriquecimento ilícito, que é incompatível com a presunção de inocência consagrada pela Constituição Federal na esfera penal, extensiva às sanções por improbidade administrativa** - Recurso não provido. (Apelação nº 0162225-60.2006.8.26.0000, Rel. Des. Reinaldo Miluzzi, da 5ª Câmara de Direito Público do TJSP, DJ 31.03.2010).

(...)

7. Mas, mais do que isso, a origem determinou que fosse reconhecida a inversão do ônus da prova contra os apelados (entre eles o recorrente), mesmo que, aparentemente, tenha havido promoção do recorrido - **titular da ação civil de improbidade, a quem incumbe comprovar o alegado na inicial** - no sentido de que eram desnecessárias novas provas.

**8. Como se sabe, é o autor que deve demonstrar a ocorrência de fatos e, mais do que isso, que tem o dever de delimitar as condutas de cada agente supostamente envolvido com o ato ímprobo.**

9. Se o próprio autor da ação civil pública está satisfeito com o conjunto probatório carreado aos autos, mas inexistente provas suficientes para condenar os réus, não é caso de reabrir a instrução processual; ao contrário, é hipótese de julgamento de improcedência.

(...)

(REsp 765.958/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 19/11/2009)

Assim, diante do exposto percebe-se que, não há meios de se considerar verossímeis os fatos alegados pelo Ministério Público em ações por ato de improbidade administrativa, justamente por ferir a presunção de inocência, resguardada pela Constituição Federal.

E é justamente essa ofensa que impede a aplicação da inversão do ônus da prova nesses tipos de ação.

### 3.4 – Ação popular

A ação popular visa “a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios<sup>53</sup>”.

Por sua vez, a ação de improbidade administrativa, “dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências<sup>54</sup>”.

Como se percebe, as duas ações abordam atos lesivos ao erário. A primeira, visa a anulação ou declaração do ato lesivo ao patrimônio. Por exemplo, um contrato fraudulento. A segunda, visa a punição dos agentes públicos que enriqueceram ilicitamente com a prática do ato lesivo ao patrimônio. Por exemplo, o servidor que fraudo o contrato e lucro com ele.

As ações estão conectadas, mas não se confundem, mas, mantém a ideia de presunção de inocência. O que afasta a verossimilhança da alegação, um dos requisitos da inversão do ônus da prova, por discricionariedade do juiz.

Embora o autor popular possa ser considerado como hipossuficiente, a jurisprudência entende que o direito defendido na ação popular não é compatível com a inversão do ônus da prova, isso porque, o que se defende é o patrimônio público, não sendo aplicada a lei de defesa do consumidor

ACÇÃO POPULAR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INAPLICABILIDADE. I - O instituto processual da inversão do ônus da prova constitui instrumento de realização das franquias que a norma especial de proteção ao consumo dispensa apenas ao consumidor-hipossuficiente (art. 6º, VIII, do CDC). II - No bojo da ação popular examina-se não a pretensão individual do cidadão, mas a da coletividade, a saber se o ato acoimado de lesivo atinge interesses transindividuais, ou, pertencentes a todos. III - A proteção consumerista ao hipossuficiente não se coaduna com a sede da 'actio' coletiva, eis que, face à gravidade das repercussões imponíveis a agentes administrativos que custodiam diretamente o interesse público, deve-se assegurar igualdade instrutória e amplo equilíbrio contraditório às partes. V.V.

(TJ-MG 100240698969590011 MG 1.0024.06.989695-9/001(1), Relator: ELIAS CAMILO, Data de Julgamento: 19/11/2009, Data de Publicação: 30/03/2010)

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO ADMINISTRATIVO - ACÇÃO POPULAR - AGRAVO RETIDO - PROVA PERICIAL - INDEFERIMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL - PONTO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - DIFERENÇA ENTRE O QUE É COBRADO POR ESTIMATIVA E O CONSUMIDO

<sup>53</sup> Lei da ação popular, artigo 1º.

<sup>54</sup> Lei de Improbidade administrativa, epígrafe.

- RESOLUÇÃO N. 456/2000, DA ANEEL - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU LESIVIDADE DO ATO COMBATIDO - CDC - INAPLICABILIDADE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA - SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

1. Cabe ao julgador, destinatário de todas as provas, nos termos do artigo 130 do CPC, indeferir aquelas desnecessárias à instrução do feito, não havendo que se falar em cerceamento quando a prova requerida é inútil ou meramente protelatória.

2. Não há falar em ilegalidade ou lesividade ao patrimônio público na contratação que estabelece cobrança do fornecimento de energia elétrica, destinada à iluminação pública, com base em consumo estimativo, quando realizada nos exatos termos autorizados pela Resolução nº 456/2006, da ANEEL.

3. Considerando que a ação popular visa à proteção de patrimônio público, é descabida a aplicação de dispositivo que autoriza a inversão do ônus da prova, presente no Código de Defesa do Consumidor, ao caso em análise.

6. Não sendo a lide manifestamente temerária e inexistindo prova de fraude processual da parte autora, impossível a condenação por litigância de má-fé, nos termos do art. 13, da Lei nº 4.717/65. (Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.06.929540-0/001, Relator(a): Des.(a) Luís Carlos Gambogi , 5ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/05/2014, publicação da súmula em 23/05/2014)

Este último julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim discorre em seu

voto:

Após análise dos autos, bem como dos dispositivos legais aplicáveis, estou que merece ser confirmada a sentença que julgou improcedentes os pedidos iniciais, pelos argumentos que passo a expor.

Primeiramente, considerando que a ação popular visa à proteção de patrimônio público, entendo ser descabida a aplicação de dispositivo que autoriza a inversão do ônus da prova, presente no Código de Defesa do Consumidor, ao caso em análise.

Na verdade, não se desconhece que, o "microsistema das ações coletivas" permite uma complementação de dispositivos específicos de uma lei por outros de outras leis coletivas, a fim de viabilizar a tutela dos chamados interesses coletivos ou metaindividuais.

Contudo, entendo que a inversão do ônus da prova prevista no CDC não se coaduna com a especificidade da ação popular, principalmente pela gravidade das repercussões impositivas à Administração Pública, devendo ser assegurada a igualdade instrutória nessas ações e amplo equilíbrio contraditório.

Assim, a ideia que afasta a inversão do ônus da prova na ação de improbidade administrativa, também afasta sua aplicação na ação popular.

Dessa forma, aplica-se a regra geral do artigo 333, do Código de Processo Civil, onde o autor prova os fatos constitutivos do seu direito, e o réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. Se o autor fizer prova do seu fato, o réu deverá fazer prova da sua negativa.

## CONCLUSÃO

O presente estudo visou apresentar, de forma sucinta, a teoria geral da prova, com seu conceito, objeto, destinação, princípios norteadores, etc.

Após, foi trazido o conceito de ônus da prova, bem como a regra geral, prevista no artigo 333, do Código de Processo Civil. Em seguida, foi abordada a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Explicou-se que essa inversão poderia se dar por lei, por discricionariedade do juiz, desde que preenchido os requisitos legais, ou por convenção das partes.

Contudo, destacou-se que a *teoria da distribuição dinâmica das provas*, vinda do direito estrangeiro, ganhou força na doutrina pátria, com posterior avanço para a jurisprudência.

Após, foi abordado o ônus da prova nas ações coletivas.

No Código de Defesa do Consumidor, percussor da inversão do ônus da prova, demonstrou-se que a lei prevê situações expressas de inversão e casos em que ficam a cargo do juiz, desde que haja verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do autor.

Na ação civil pública demonstrou-se a ligação desse tipo de ação com o Código de Defesa do Consumidor, sendo este aplicado de forma subsidiária. Inclusive, no que tange a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Deu-se um pequeno destaque as ações de cunho ambiental, onde a jurisprudência pacificou entendimento no sentido de que a inversão deve ser feita. Contudo, como deriva do costume e não da lei, tal inversão deve ser declarada expressamente.

Por fim, abordou-se as duas ações que não admitem a inversão do ônus da prova, em hipótese alguma: ação de improbidade e ação popular.

A justificativa para esse impedimento se deu pela natureza dessas ações e os bens nelas tutelados.

Assim, no presente estudo temos uma abordagem interessante acerca do ônus da prova, que foi além da regra geral, e não citou apenas as ações coletivas.

Isso porque, com a *teoria da distribuição do ônus da prova*, restou demonstrado que mesmo nas ações comuns, regidas pelo Código de Processo Civil, a inversão pode ser

determinada, desde que o juiz verifique que uma das partes não poderá produzir a prova necessária, seja por hipossuficiência financeira, seja por outro motivo.

Nesses casos, a verdade real deve prevalecer sobre a verdade aparente, devendo o juiz determinar que a outra parte produza a prova.

Ainda, ficou claro que nem todas as relações de consumo presumem a inversão do ônus da prova, sendo que ela só ocorrerá obrigatoriamente nos casos previstos em lei. Nos outros casos, ela ficará ao critério do juiz.

Não se pode esquecer que, muitas vezes a parte hipossuficiente não necessariamente é uma pessoa física, podendo ser uma pessoa jurídica, que pode ser beneficiada com a inversão do ônus da prova em decorrência da técnica exigida para a produção da prova.

Outras vezes, a parte pessoa física não terá o benefício da inversão do ônus da prova, pois, diante da sua condição social e econômica, possui condições de provar os fatos por ela alegados.

Cumprido lembrar que, embora nas relações de consumo a inversão do ônus da prova se de em favor do autor, nas demais ações ela pode ser dada em favor do réu, pois este também pode ser considerado como hipossuficiente em relação ao autor.

Uma vez que o presente estudo visa avaliar o ônus da prova nas ações coletivas, cumpre dar uma atenção especial a esse ponto.

Parece acertado o entendimento adotado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência nas ações coletivas.

A ação civil pública se assimila a ação consumerista, justificando a adoção da possibilidade de se inverter o ônus da prova. Inclusive, diante da adoção pelo ordenamento pátrio da *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*, não precisaria ser construída essa relação entre esses dois tipos de ação, bastaria o juiz entender que o réu possui melhores condições de produzir a prova do que o autor. Seja pela sua especificidade técnica, seja por estar em poder de documentos necessários para o deslinde da avença.

Ainda, no tocante a ação civil pública de dano ambiental, cumpre destacar que, mesmo havendo o entendimento pacificado que a inversão deve ser determinada, cumpre ao juiz declará-la, sob pena de nulidade da sentença, uma vez que ninguém é obrigado a produzir provas, se não por força de lei, o que não é o caso, ou por força de decisão judicial expressa nesse sentido.

Acerca do momento da declaração da inversão do ônus da prova, tanto na ação civil, pública, na ação consumerista ou nas ações comuns, entende-se que o correto é a sua declaração antes da produção das provas, junto com o despacho saneador.

Isso porque, retoma-se a ideia de que a parte produz a prova de acordo com a regra geral até que outra situação lhe seja imposta. Não tem como prever que possa ser determinada a produção de um fato negativo, ou até mesmo de fazer um contra-prova ao fato do autor, se este sequer fez a sua prova.

A declaração em sentença obsta o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, pois a parte pode ser condenada por não produzir uma prova que sequer sabia que era seu ônus produzir.

Finalizando com as ações de improbidade administrativa e popular, parece que tanto a doutrina quanto a jurisprudência acertaram no seu posicionamento.

A natureza de tais ações guarda uma certa proximidade com as ações penais, onde a regra geral é aplicada. Não se pode pedir que um acusado de homicídio prove ser inocente antes do Ministério Público apresentar provas de sua suposta culpa.

A presunção de inocência, abarcada pela Constituição Federal, garante ao réu não ser punido sem que lhe seja feita a acusação exata, e apresentada a prova de sua culpa. Não pode o réu se defender de fatos genéricos, nem de acusações sem provas.

Essa mesma ideia é trazida para essas duas ações. Não pode o réu sofrer uma pena de restrição de direitos porque não conseguiu provar que alegação do autor inexistente, sem que esse mesmo consiga prová-la.

Quando se admite a inversão do ônus da prova, abre-se a possibilidade de o réu ser condenado sem que o autor consiga provar a existência do seu direito. Há a condenação porque o réu não conseguiu comprovar a inexistência desse direito.

Ao se tratar de uma situação que envolve restrição de direitos, a Constituição Federal novamente visou proteger o réu. Isso porque, na dúvida, a decisão deve ser pro réu.

Se o autor não provar o que alega, o réu nem precisa se defender, é absolvido por insuficiência de provas.

Na improbidade administrativa o princípio é o mesmo, não comprovado o dano ao erário, a ação é julgada improcedente, mesmo que o réu não tenha provado que não lesou o erário.

Assim, pode-se dizer que a jurisprudência e a doutrina tem feito um uso acertado da inversão do ônus da prova, declarando-o somente nos casos em que é compatível com o objeto da demanda, e respeitando a regra geral do artigo 333, do Código de Processo Civil, quando não o for.

**BIBLIOGRAFIA**

- ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Apontamento sobre o processo das ações coletivas*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias. (coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: *Quarter Latin*, 2005.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, São Paulo: Saraiva, 2007, v.2, Tomo I.
- CÂMARA, Alexandre. *A inversão do ônus da prova*, Revista da EMERJ, Vol. 5, nº 18, 2002.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araujo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, vol. IV – arts. 332 a 475.
- COELHO, Fabio Ulhoa. *A Publicidade Enganosa no Código de Defesa do Consumidor*. Revista do Direito do Consumidor, vol. 8.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil –Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Salvador: Podivum 9ª edição, 2008.
- GIANCOLI, Brunno Pandori e ARAUJO JUNIOR, Marco Antonio. *Direito do consumidor*, in elementos do direito, v. 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 6ª ed., 2000.
- LEAL, Juliana Marrafon Linário, e FUNES, Gilmara Pesquero Fernandes. *Teoria Geral das provas*. <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2156/2215>.
- MACIEL, Daniel Baggio. *O princípio da mediação no processo civil*. Araçatuba: Página eletrônica Isto é Direito. Maio de 2008.

- MARINONE, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Provas ilícitas: uma leitura a partir da CF*. In <http://www.conjur.com.br/2012-abr-05/provas-obtidas-meios-ilicitos-leitura-partir-cf>
- MEDINA, José Miguel Garcia e GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *O ônus da prova na ação de improbidade administrativa*, in *Depoimentos*, Vitória, n. 12, p. 151-164, jul./dez., 2007.
- MEDINA, José Miguel Garcia e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo Civil Moderno – Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 3ª ed., ver. Atual. Ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, vol. 1.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *O princípio da comunhão da prova*. <http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151758060.comunhaodasprovas.pdf>.
- OLIVERIA, César Augusto de. *Ônus da prova*. Artigo disponível em [www.abdpc.org.br](http://www.abdpc.org.br).
- OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. *Direito ambiental*. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, elementos do direito v. 15.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, v. 2.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 50ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. I.
- VICENTINI, Fernando Luiz. *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Jus navegandi, Teresina, ano 18, n 3633, 12 jun. 2013, <http://jus.com.br/artigos/24683/teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova/2#ixzz39cdaUUU3>

- VIOLA, Carla Maria Martellote. *Inversão do ônus da prova ope legis*. Artigo consultado no sitio eletrônico <http://pt.slideshare.net/carlaviola/texto-inverso-do-nus-da-prova-no-cdc-ope-legis-17655347>
  
- XAVIER, Marcelo F. *Provas: conceito, finalidade e formas de sua produção no processo civil*. Artigo retirado do sitio eletrônico <http://jus.com.br/artigos/22930/provas-conceito-finalidade-e-formas-de-sua-producao-no-processo-civil#ixzz3951hSo9t>
  
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*. São Paulo: RT, 2006.