

MILENA JACKELINE REIS

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

**CURITIBA
2005**

MILENA JACKELINE REIS

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Monografia apresentada à disciplina Direito Processual Civil como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof.º Luiz Guilherme Marinoni

Co-orientador: Prof.º Sérgio Cruz Arenhart

**CURITIBA
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

MILENA JACKELINE REIS

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Monografia aprovada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Orientador: Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Co-orientador: Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Dr. Alcides A. Munhoz da Cunha
Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Curitiba, 24 de outubro de 2005.

A Verdade

*A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com o mesmo perfil.
E os meios perfis não coincidiam.*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia.*

Carlos Drummond de Andrade

Páginas destinadas a agradecimento em monografias, teses, livros não são o local apropriado para demonstrar a gratidão, carinho, amor, amizade para com aqueles que contribuíram para o resultado de um trabalho. A verdadeira dedicatória está um pouco distante dos nossos olhos, mas num local fácil de se encontrar: o coração de cada um.

Mesmo assim, agradeço aos meus queridos pais e irmã, pelo apoio, conselhos, paciência, carinho, durante toda a faculdade e principalmente na elaboração da monografia. Aos meus amigos pelas horas de discussão e correção (da monografia), estudos, e também pelos momentos de diversão, risadas, conversas. Às inesquecíveis idas ao café. À biblioteca da faculdade e os seus funcionários, pela constante ajuda na busca de livros, revistas, artigos. Ao meu computador por não ter pifado quando eu mais precisei. À minha viagem, pelo amadurecimento, conhecimento e dúvidas que me trouxe.

Muito obrigada!!!

SUMÁRIO

RESUMO	VI
PALAVRAS-CHAVE	VI
1. INTRUDUÇÃO	01
2. A PROVA E O DIREITO CONSTITUCIONAL	03
2.1 O acesso à justiça	04
2.2 O devido processo legal	06
2.3 O princípio da isonomia	09
2.4 O princípio do contraditório	11
3. CONCEITOS E QUESTÕES PRELIMINARES PARA A COMPREENSÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL	13
3.1 Conceito de prova e objeto de prova	13
3.2 Ônus da Prova	14
3.2.1 Ônus subjetivo – regra de procedimento	16
3.2.2 Ônus objetivo – regra de julgamento	16
3.3 Poderes instrutórios do juiz	18
3.4 Prova e verdade no processo civil	21
4. HIPÓTESES DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL	24
4.1 Inversão convencional do ônus da prova	26
4.2 Inversão do ônus da prova com base na teoria de J. BENTHAM	27
4.3 Inversão do ônus da prova com base em presunções	31
4.3.1 Presunção simples	31
4.3.2 Presunções legais	32
4.3.2.1 Presunção legal absoluta	33
4.3.2.2 Presunção legal relativa	34
4.4 A teoria de G. WALTER	35
4.5 Inversão do ônus da prova com base na necessidade de direito material	37
5. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS	39
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43

RESUMO

A questão da prova no processo desde o Império Romano tem ocupado o estudo dos processualistas. É através da mesma que as partes demonstram (atividade) a veracidade das suas alegações (meio) e conseqüentemente convencem (fim) o magistrado de qual parte esta com a razão. O conceito de prova assume várias facetas, quais sejam: atividade, como ato jurídico; meio pelo qual se pretende demonstrar ao Estado-juiz a “verdade” dos fatos alegados; fim através do qual é formado o convencimento do juiz. Ainda no âmbito probatório pode-se, dentre outras, colocar questões como: “o que será objeto de prova?”; “quais os meios probatórios?”; “qual a distribuição do ônus da prova?”; “este ônus poderá ser invertido?”. Nota-se que as duas ultimas indagações são os principais objetos desse projeto de pesquisa. O Código de Processo Civil, em seu artigo 333, distribui o ônus probatório, afirmando que caberá ao autor prova de fato constitutivo, e ao réu prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. O que parece uma regra muito clara e objetiva causa várias discussões doutrinárias, visto que parte dos autores considera a mesma como regra de procedimento, e outra como regra de julgamento. Se o ônus da prova for visto como uma regra de procedimento, não se percebe tão claramente a possibilidade de inversão do ônus, uma vez que está definida como deverá proceder a distribuição; já se o mesmo for posto como uma regra de julgamento, segundo a qual o juiz deverá decidir mesmo diante de uma instrução insuficiente (posto que é vedado o “*non liquet*”), e juntamente com os poderes instrutórios do qual é dotado o magistrado, vislumbra-se a inversão do ônus da prova no processo civil (mesmo que o ordenamento não contenha disposição neste sentido). O anteprojeto de um “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América” disciplina a questão do ônus probatório, incumbindo a parte que tiver melhores conhecimentos ou maior facilidade para a produzir. A inversão do ônus da prova já foi consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, mas resta saber se somente nas causas de consumo seria possível essa inversão? Ou se poderia haver uma extensão das idéias e teorias lançadas no CDC para outros casos? O presente trabalho tem como objetivo primordial demonstrar a inversão do ônus probatório, fora dos casos regidos pelo regramento consumerista, analisando a nossa legislação em vigor, o anteprojeto citado acima, a doutrina nacional e estrangeira, e também o atual posicionamento da jurisprudência sobre a questão.

Palavras-chave: Direito Processual Civil; Prova; Inversão do Ônus da Prova.

1. INTRODUÇÃO

A proposta desse trabalho é analisar as possibilidades de inversão do ônus probatório no Processo Civil, excluindo-se os casos autorizados pelo Direito do Consumidor (art. 6º VIII, Código de Defesa do Consumidor). A princípio, a prova incumbe ao autor, quanto aos fatos constitutivos do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, incisos I e II do Código de Processo Civil).

Para uma melhor compreensão do tema fez-se necessário um estudo preliminar dos princípios constitucionais relacionados à prova, pois a Lei Maior é a norma iluminadora de todo o ordenamento jurídico. No que concerne ao Processo Civil, a Carta Magna exara princípios de acesso à justiça, devido processo legal, igualdade, ação, defesa, contraditório, ampla defesa, publicidade dos autos processuais, dentre outros. Porém nesta pesquisa será tratado especificamente do acesso à justiça, devido processo legal, contraditório e igualdade, isso porque, foram nesses princípios que a pesquisadora encontrou uma maior pertinência com a questão da prova. E também foram a partir desses institutos que se concluiu que o direito a prova é uma garantia fundamental. Procurou-se estudar e justificar a alteração da carga probatória, a partir das garantias constitucionais.

Após essa análise da estrutura constitucional da prova e a sua inversão, passou-se a examinar os conceitos preliminares de prova: objeto de prova, ônus probatório, ônus subjetivo (regra de procedimento), ônus objetivo (regra de julgamento), poderes instrutórios do juiz. E por último o tema da verdade, dentro do Processo Civil, mas pela perspectiva de que esta é inalcançável como objeto da atividade judicial. A passagem por esses conceitos e teorias se fez imprescindível para compreender em quais termos se procede à distribuição da carga probante.

Num terceiro momento a pesquisa tratou exatamente do tema proposto por este trabalho, qual seja, a inversão do ônus da prova no processo civil. Essa prática é polêmica no ordenamento jurídico brasileiro, visto que em geral não se encontra legitimado. Dentre as vias de distribuição da carga probatória diversa da positivada no ordenamento jurídico (art. 333, incisos I e II, do CPC), pode-se afirmar que: a primeira insere-se no campo do direito do consumidor (art. 6º, VIII do CDC), mas não será objeto dessa pesquisa, visto que já esta consagrada na legislação, doutrina e

jurisprudência nacional; a segunda, esta prevista no caderno processual (art. 333, parágrafo único), dá-se por disposição das partes processuais, salvo quando não se tratar de direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a prova, por aquela que ficou incumbida de produzi-la; a outra refere-se a inversão procedida por meio das presunções tanto legais quanto judiciais, neste tópico a pesquisadora encontrou algumas divergências doutrinárias que foram detidamente estudadas.

A pesquisa também procurou estar atenta as inovações pretendidas pelos operadores do direito, no âmbito processual, uma delas foi questão da alteração da carga probatória proposta pelo anteprojeto de código modelo de processo coletivo para ibero-américa. O art. 12 do ACMPC retoma a teoria propugnada por BENTHAM, e põe em discussão a visão dinâmica da prova, segundo a qual a prova deveria ser produzida pela parte que detivesse melhores conhecimentos ou condições técnicas de fazê-la.

Ainda fez-se um apanhado geral dos estudos de WALTER, jurista alemão que muito contribuiu para o tema da prova e convencimento do juiz. Este teorizou que em certas situações concretas poderia se reduzir as exigências de prova e também se inverter o ônus probatório. Por último, analisou a inversão do ônus da prova em relação às necessidades do direito material.

O estudo estruturou a questão da carga probatória e da inversão sob a perspectiva de um processo efetivo e justo, o qual atenda às necessidades da comunidade e do direito material posto em litígio.

2. NOÇÕES DE DIREITO CONSTITUCIONAL E A PROVA

A Constituição Federal é a norma iluminadora de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Esta no topo do sistema legal irradiando-se para todo o direito. Cabe aos operadores do direito, a interpretação das leis conforme a Carta Magna, pela hierarquização dos valores, princípios e regras. Tudo isso com a finalidade de contrapor ao caso concreto, paradigmas de justiça, de modo a legitimar o poder jurisdicional concedido pelos cidadãos ao Estado.

Segundo CAMBI¹, o estudo dos institutos processuais pela Constituição Federal visa a concretização da justiça, ressaltando que não é tão somente uma técnica lógico-formal.

NERY Jr.² afirma que existe por um lado “Direito Constitucional Processual”, que são normas de direito processual encontradas no texto constitucional. E por outro, “Direito Processual Constitucional”, que são a união de princípios com a finalidade de regulamentar a chamada jurisdição constitucional.

MARINONI³ coloca que a Constituição contém princípios que regem o processo. Segundo ele, a jurisdição tem por escopo permitir a participação do povo no poder, pela via do processo, realizando dessa forma os fins do Estado.

COUTURE⁴ afirma que as garantias processuais se realizam por meio das previsões constitucionais, conjuntamente com os direitos humanos e garantias que se fizerem necessárias.

Nota-se que vários institutos de direito processual não estão consagrados no bojo da Constituição, porém, os mesmos podem ser deduzidos dos princípios que nela estão presentes, como por exemplo, o direito à prova⁵.

¹ CAMBI, E. *Direito constitucional a prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001. p. 99

² NERY, N. Jr. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997. p.19

³ MARINONI, L. G. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 21

⁴ “La tutela del proceso se realiza por império de las previsiones constitucionales”. E ainda em outra passagem: “Las Constituciones del siglo XX han considerado, ..., que una proclamación programática de principios de derecho procesal era necesaria, en el conjunto de los derechos de la persona humana y de las garantías a que ella se hace acreedora”. COUTURE, E. J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 17ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 148 e 151.

⁵ Nessa linha: CAMBI, E. *Direito...* op. cit. p. 163; SILVA, J. C. P. A. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 13; ZOLANDECK, J. C. A. *Ônus da prova: no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 67.

O processo civil além de ser um instrumento técnico, também visa uma efetiva tutela dos direitos, e conseqüentemente justiça da decisão. Assim, as regras processuais devem refletir as garantias de justiça contidas na Carta Magna.

2.1 O acesso à justiça

O acesso à justiça remonta a questão da teoria processual e do processo em si, buscando adequá-los a idéia de justiça social, a denominada democracia social. Isso porque, não há como imaginar que tão somente as normas materiais protejam a parte mais fraca da relação litigiosa, se inexistente um sistema processual, que supra as necessidades buscadas pela coletividade.

O acesso à justiça propicia uma justiça, que esta ao alcance de toda sociedade⁶. É um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Não é tão somente ter o direito de ingressar com uma ação, mas adequada assistência jurídica, garantia de justiça imparcial, processo justo, participação das partes no processo, informação e orientação jurídica, real efetividade dos direitos (considerando as diferenças existentes no âmbito do direito substancial e do caso concreto), introdução de meios alternativos para solução de litígios⁷. Disso se conclui que o acesso à justiça tem como característica primordial a participação dos sujeitos processuais na atividade jurisdicional, refletindo ideais de democracia típicos da atuação estatal⁸.

O efetivo acesso à ordem jurídica justa é dotado de várias obstruções. A primeira delas é custo do processo (os gastos com custas processuais, perícia, oficial de justiça, leiloeiro, honorários de advogado) que impede o cidadão de

⁶ "O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado com o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos". CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988. p. 12.

⁷ "... acesso à justiça quer dizer acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à informação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos". MARINONI, L. G. *Novas ... op. cit.* p. 28.

⁸ Conforme: RAMIRES, L. H. D. *As provas como instrumento de efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 17.

requerer ao Estado-Juiz a solução do litígio. Outra é a duração do processo⁹, a justiça brasileira¹⁰ é morosa¹¹ (grande número de ações¹², estrutura precária do Judiciário, generalização do procedimento ordinário, incorreto exercício da advocacia¹³, a lentidão processual¹⁴) favorece a parte que é economicamente mais forte, em razão dos desprivilegiados¹⁵. O procedimento comum clássico e a divisão trinária das sentenças não atendem às necessidades das relações sociais, deixando, muitas vezes, os interessados em buscar o Poder Judiciário, sem o correto instrumento para ver tutelada a pretensão. Além do grave problema cultural existente no Brasil, a maior parte da população é pobre e não detém conhecimentos jurídicos, não há eficiente assistência judiciária, nem jurídica¹⁶.

O ordenamento jurídico, em razão do panorama apresentado, procurou apresentar soluções para tentar contornar o problema do acesso à justiça. Dentre os

⁹ “A morosidade gera a descrença do probo na justiça; o cidadão se vê desestimulado de recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento da sua lentidão e dos males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser provocados pela morosidade da litispendência”. MARINONI, L. G. *Novas...* op. cit. p. 36.

¹⁰GAJARDONI analisou estatisticamente dados da justiça brasileira. Nas palavras do autor: “Na justiça federal, seguramente a mais lenta do país, a lentidão dos processos é algo manifesto. No Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mesmo excluindo-se o tempo do processo em 1º grau, uma causa simples (previdenciária, por exemplo) leva de 2 a 4 anos para ser julgada. Causas mais complexas chegam a levar 10 anos, só em 2º grau. Na 3ª Região, apesar da inexistência de dados oficiais, identificamos um verdadeiro caos, quando se fala em tempo do processo, na segunda instância. Da análise de 7 processos recebidos desse Tribunal na Comarca de Patrocínio Paulista/SP (art. 109, § 3º, da Constituição Federal), no período compreendido entre 1998 e 2002, notamos que cada um deles, apesar de tratarem do mesmo assunto (previdenciário), tem duração absolutamente díspar. Há feitos que demoram cerca de 3 anos e 8 meses para receber julgamento em segundo grau, enquanto outros, em menos de ano, são julgados. Tomando-se em consideração 10 processos, constatou-se que o tempo médio de trâmite do feito, em segunda instância, na 3ª Região — da remessa até o recebimento em primeiro grau — é de aproximadamente 601 dias, mais ou menos 1 ano e 8 meses. A experiência prática está a demonstrar, ainda, que feitos de natureza tributária têm levado mais de 4 anos, para serem apreciados”. GAJARDONI, F. F. *Os reflexos do tempo no Direito Processual Civil: uma breve análise da qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu. Revista da Escola Paulista da Magistratura*. São Paulo, v. 4, nº 1, jan./jun. 2003, p. 63-64.

¹¹ Nota-se que não é tão somente a justiça brasileira dotada dessa característica da morosidade. Em palestra proferida na Universidade Federal do Paraná, o prof. Álvaro Ragone expôs que em pesquisas realizadas chegou-se a conclusão de que as ações judiciais demoram 8 anos na Itália, 3 anos da Áustria, 5 anos na Inglaterra para julgamento.

¹² Referente a dados estatísticos sobre o número de ações e julgamentos na justiça estadual e federal, STF e STJ, verificar: ARAÚJO, J. R. C.; LIMA, F. D.; SADEK, M. T. *O judiciário e a prestação de justiça*. In: **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 13-41.

¹³ Alguns advogados utilizam-se da lentidão processual para ganhar dinheiro, as custas do cliente que esta defendendo.

¹⁴ Entendida aqui como a burocracia do Poder Judiciário.

¹⁵ “A lentidão pode favorecer a parte economicamente mais forte em detrimento da menos favorecida; a demora da justiça pode pressionar os economicamente mais débeis a aceitar acordos nem sempre razoáveis”. MARINONI, L. G. *Novas...* op. cit. p. 35.

¹⁶ Assistência judiciária refere-se aos serviços de advogado; já a assistência jurídica é informação e conscientização da população quantos aos seus direitos e obrigações.

quais se pode citar criação de Juizados Especiais¹⁷ (Leis 9099/95 e 10259/01), assistência judiciária gratuita (Lei 1060/50), os PROCON's (Lei 7347/85), as ações populares, coletivas e civis públicas, os pólos de conciliação realizados dentro das universidades, os escritórios modelos de assistência jurídica também dentro do recinto acadêmico.

Além desses instrumentos, não há como haver acesso à justiça, sendo que a parte não tem plenas condições de demonstrar o fato alegado¹⁸. Reconhecer o direito à prova é um dos caminhos para a mudança de um regime processual autoritário para o democrático, uma vez que permite maior participação das partes no processo e contribui para o convencimento do julgador. Dessa forma, o processo fica mais próximo do preceituado “processo justo”¹⁹. Pode-se ainda acrescentar que a inversão do ônus probatório também é uma maneira de garantir a justiça da decisão²⁰, e conseqüentemente o atingimento de um processo democrático. Porém, não apenas nos casos tutelados pelo diploma consumidor²¹, mas também, naqueles que exigem a alteração para se ter efetivo o processo e o direito material.

2.2 O devido processo legal

O princípio do devido processo legal é um direito fundamental consagrado na Constituição Federal de 1988. O seu art. 5º, inc. LIV afirma que “ninguém será privada da liberdade ou de seus bens sem o **devido processo legal**” (g.n.)²². Muitos autores consideram esse princípio como o gênero dos demais fundamentos

¹⁷ Criação dos juizados especiais cíveis como superação do problema do acesso à justiça verificar RAMIRES, L. H. D. op. cit. p. 22.

¹⁸ MICHELI e TARUFFO acreditam que a questão do acesso a justiça esta postada sobre o direito que as partes tem em relação à prova. MICHELI, G. A.; TARUFFO, M. *A prova*. Tradução: Tereza Arruda Alvim. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 16, out./dez., 1979, p. 164.

¹⁹ CAMBI, E. *Direito...* op. cit. p. 101.

²⁰ RAMIREZ aposta que “a instrução probatória pode contribuir para a melhoria da atividade jurisdicional, pois é necessário facilitar a realização das provas...” RAMIRES, L. H. D. op. cit. p. 30.

²¹ “Não bastam Juizados Especializados, assistência jurídica e benefícios de justiça gratuita. Urge a disseminação de uma mentalidade dos operadores das ciências jurídicas, em especial, dos magistrados, no sentido de ampliar sua visão, dos conflitos sociais que nos cercam, passando a aplicar institutos, como a inversão do ônus da prova, não só nas demandas que envolvem as relações de consumo, mas em todas aquelas em que, sem o referido instituto, impossível a ampla produção de provas, e conseqüente, mas difícil a justa solução do litígio”. SANTOS, S. A. S. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002. p. 42-43.

²² Sobre a origem do devido processo legal pesquisar em NERY, N. Jr. op. cit. p. 24-33.

processuais, pois a partir dele decorrem todos os demais princípios processuais para garantia da sociedade²³.

O devido processo legal é garantia indispensável ao Estado de Direito e aos direitos fundamentais²⁴. O princípio é dotado de dois sentidos, o procedimental e o substancial. O primeiro foi explicado por COUTURE citado por DEL CLARO²⁵:

Interpretando o sentido dessa garantia, a Suprema Corte decidiu que 'his day in Court' equivale às seguintes coisas: 1) que o demandado tenha sido devidamente informado, de forma real ou implícita, da propositura de procedimentos pelos quais seus direitos podem ser afetados; 2) que se tenha dado uma razoável oportunidade de comparecer e expor seus direitos, inclusive o direito de autodefesa, de indicar testemunhas, de introduzir documentos relevantes e outras provas; 3) que o tribunal ante o qual os direitos são questionados seja constituído de tal maneira que dê uma segurança razoável sobre a sua honestidade e imparcialidade; 4) que seja um tribunal de jurisdição adequada ('a Court of the competent jurisdiction').

Portanto, trata do processo propriamente dito, abrangendo as garantias de ação (acesso à justiça), ampla defesa, contraditório, publicidade dos atos processuais, tratamento igualitário dos sujeitos processuais, produção das provas em juízo, prestação jurisdicional tempestiva, fundamentação das decisões²⁶.

Já o sentido substancial refere-se à característica nitidamente de direito material; o devido processo legal visa proteger a vida, a liberdade e a propriedade, uma vez que o legislador não poderá expedir um ato que prive o cidadão desses direitos. O *due process of law* nesse sentido alberga toda norma que trate do trinômio vida-liberdade-propriedade. NERY Jr. defende a utilização do devido processo legal substancial, pois este seria uma forma de controle das leis por um princípio processual²⁷.

²³ NERY, N. Jr. op. cit. p. 32.

²⁴ MÜLLER, J. G. *Direitos fundamentais processuais*. Curitiba, 2004. 248 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 119.

²⁵ COUTURE apud CLARO, R. D. *Devido processo legal direito fundamental, princípio constitucional, cláusula aberta*. *Revista do IAP*, nº 33, dez., 2004. p. 44.

²⁶ No mesmo sentido TUCCI, J. R. C.; TUCCI, R. L. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. In: **Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional**. p.107; NERY, N. Jr. op. cit. p. 36-38; CAMBI, E. *Direito...* op. cit. p. 110.

²⁷ "Toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land*, é contrária ao direito e deve ser controlada pelo Poder Judiciário" NERY, N. Jr. op. cit. p. 35-36. Também há outros doutrinadores que entendem da mesma forma, por exemplo: "... a elaboração de leis deve observar aplicação do referido princípio, seja na sua edição, em sentido estrito, seja no caso de medidas provisórias, valendo o mesmo para as decisões, em sentido amplo, proferidas nos processos judiciais ou procedimentos administrativos" SANTOS, S. A. S. op. cit. p. 52.; "O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de

Contudo, em posição distinta, DEL CLARO afirma que a cláusula do devido processo legal somente deveria ter o sentido processual no ordenamento brasileiro, pois há outros instrumentos constitucionais (de igualdade e de proporcionalidade, por exemplo) aptos a tutelarem o trinômio acima mencionado²⁸.

Dentre as linhas interpretativas do devido processo legal resta afirmar que o adotado por esta pesquisadora será o processual, visto que o objeto desse estudo é a prova no processo civil e mais especificamente a inversão do ônus da prova. O presente trabalho não tomará partido quanto à existência ou não de um *substantive due process*, pois isso não influenciará no resultado da pesquisa, uma vez que a questão da prova se encontra no *procedural due process*.

Esse princípio fundamental é tanto à sociedade quanto aos Poderes Públicos, como também aos sujeitos processuais (juiz, autor, réu, terceiros, auxiliares da justiça), no tocante as atividades jurisdicionais. Neste último âmbito, há possibilidade da existência de procedimentos distintos de acordo com as necessidades sociais, com o objetivo de se chegar a uma solução justa. Contudo, deve ser garantido previsibilidade de tal distinção, com o fim das partes possibilitarem a sua atuação e defesa²⁹.

O devido processo legal permite às partes os exercícios de suas funções processuais e conseqüentemente o exercício da jurisdição. Tanto no sentido de ingressar no Judiciário, já exposto, como também em dar continuidade ao processo para se chegar ao convencimento judicial. Esta última é a denominada participação dos sujeitos processuais, estes têm os direitos de ação e defesa no processo, os quais, cada qual formulará pretensões e defesas, respectivamente, com o fim de se alcançar uma conclusão. É nesse diapasão que se encontra o direito à prova, pois somente através dela é que as partes podem ter pleno exercício das suas garantias de ação e defesa³⁰.

liberdade, quanto no âmbito formal..." MORAIS, A. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 100.

²⁸ "Reservamos a cláusula do devido processo legal estritamente para questões processuais, deixando a responsabilidade pela 'razoabilidade' dos atos normativos traçados pelo legislador ao encargo de outros princípios ou regras, tais quais o da igualdade e o da proporcionalidade. Tentar enxergar no inciso LIV do art. 5º da Constituição de 1988 uma autorização para o amplo controle do mérito da legislação é tomar parte numa visão típica do direito natural, bem como aceitar a tese de que vivemos numa sociedade na qual os juízes têm a mesma função que os legisladores". CLARO, R. D. op. cit. p. 46.

²⁹ MÜLLER, J. G. op. cit. p. 120-121.

³⁰ No mesmo sentido CAMBI, E. *Direito...* op. cit. p. 112-113.

Entretanto, é possível imaginar que dar às partes as garantias de ação e defesa, como também direito à prova não são suficientes para ver concretizado o devido processo legal. Isso porque, em razão do direito material posto em discussão, a parte que tem o ônus probatório não detém meios para demonstrar o alegado³¹. Nem mesmo diante da dificuldade probatória, poderá o magistrado escusar-se de julgar o caso³² (proibição do *non liquet*), muito menos o Direito deixar de prestar tutela a essa situação³³. Se for negada a inversão do ônus da prova, negar-se-á também o devido processo legal e a tutela do direito.

2.3 O princípio da isonomia

O tratamento paritário das partes em juízo está disciplinado pelo art. 5º, *caput* e inc. I, da Lei Maior, “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos dessa constituição”³⁴. Isso significa que aos demandantes é assegurado tratamento paritário em juízo, como também propiciado às partes as

³¹ E nesse caso que se enquadra o dano ambiental, sua reparação ou prevenção. Não raro, o autor da ação, que visa a tutela de bem ambiental, não tem condições de demonstrar nexo de causalidade, e com isso não terá o seu direito assegurado (meio ambiente hígido). A partir, da dificuldade probatória, poderá o magistrado inverter o ônus da prova para o poluidor (réu). SILVEIRA, C. E. M. *A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental*. In: **Aspectos processuais de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 23-31.

³² Cabe nesse ponto uma ressalva referente ao direito difuso e coletivo. A Lei da Ação Popular (art. 18 da Lei 4717/65), Lei de Ação Civil Pública (art. 16 da Lei 7347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 103, I e II), nas demandas coletivas autorizam o magistrado a julgar a demanda improcedente caso haja ausência ou insuficiência de provas. Porém, esta sentença não produzirá o efeito da coisa julgada material, podendo o legitimado ingressar novamente a ação com o mesmo fundamento, desde que tenha novas provas. Sobre o tema checar: CAMBI, E. *Coisa julgada ‘secundum eventum protationis’*. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 109, jan./mar., 2003, p. 83-86; ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT. v. 5, tomo I, 2005. p. 54, 137-141; RODRIGUES, M. A. *Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais*. In: **Aspectos processuais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 187 et seq.

³³ “... imagine-se que a hipótese de ameaça de um mal, vazada em público (...) será muito mais fácil (e trará ao magistrado convicção muito mais segura) do que a narrativa de uma ameaça velada, feita secretamente apenas a uma pessoa e de forma oral; no primeiro caso, é certo que o juiz terá condições de encontrar provas mais ‘evidentes’ da ameaça do que no segundo caso, o que todavia, não pode impedir que também a segunda situação seja tutelada pelo Direito”. ARENHART, S. C. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 250.

³⁴ O código de processo civil também contém dispositivo que consagra a igualdade, art. 125, inciso I: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, competindo-lhe: I – assegurar às partes igualdade de tratamento”.

mesmas condições para ingressar com uma ação. A ação e a defesa são atividades contrapostas e bilaterais³⁵ dos sujeitos processuais, ambas merecem tratamento isonômico e equivalente, para que a atividade judicial seja legítima. As partes têm, no processo democrático, o mesmo poder de influenciar o convencimento do julgador. Vale destacar que no mundo jurídico, igualdade significa dar tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade.

BARBOSA MOREIRA³⁶ afirma que para se ter um processo efetivo é necessário que todos aqueles que busquem o judiciário sejam tratados de forma igualitária. Todavia, em razão das desigualdades na realidade social (que não são poucas na sociedade brasileira), cabe ao ordenamento jurídico editar normas com a finalidade de equiparar as discrepâncias. Foi exatamente esse o propósito da edição do Código de Defesa do Consumidor. O diploma adotou a inversão do ônus probatório como medida para garantir a isonomia entre consumidor e produtor, numa demanda.³⁷ Porém, essa alteração do regime tradicional de distribuição da carga da prova só fica restrita as causas consumeiras; há necessidade de que o mesmo instituto seja efetivo para outras demandas (a proposta deste trabalho).

ABELHA, em artigo publicado, afirma que o Estado social necessita de meio legítimo e justo, denominado “igualdade real”, através da qual se alcançaria a paz social. Acrescenta ainda que somente a possibilidade de instrução probatória não garante a igualdade. Há obstáculos de ordem econômica, sociais, culturais, históricos, psicológicos, que interferem no efetivo acesso à instrução. E desta forma influenciam na prestação da tutela jurisdicional justa³⁸.

³⁵ “... os mesmo direitos atribuídos ao autor também devem ser conferidos ao réu, porque, da mesma forma que a ação é um poder jurídico de provocar a jurisdição, a exceção é um poder jurídico de pedir a restituição da liberdade ameaçada pela ação.” CAMBI, E. *Direito...* op. cit. p. 121-122

³⁶ “... o processo que consista aos membros menos bem aquinhoados da comunidade a persecução judicial de seus interesses em pé de igualdade com os dotados de maiores forças – não só econômicas, senão também políticas e culturais”. MOREIRA, J. C. B. *Por um processo socialmente efetivo*. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, set./out., 1999. p. 5-6.

³⁷ Art. 6º, inc. VIII, CDC, “São direitos básicos do consumidor: 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 experiência”.

³⁸ “... a mera disposição dos instrumentos processuais não é sinônimo de garantia de igualdade, senão porque o acesso efetivo e completo a estes instrumentos às vezes depende de uma série de fatores (...) tais como econômicos, sociais, culturais, históricos, psicológicos etc. que

MICHELI, em conferência proferida na PUC-SP, em 1975, já defendia a idéia de que a prova está intimamente relacionada com a igualdade e o contraditório³⁹. Entretanto, só o direito à prova não é suficiente para garantir um tratamento eqüitativo das partes processuais em razão de certas situações de direito material, dentre os remédios processuais, é necessário inverter o módulo tradicional de atribuição da prova. Diante de certa situação material (com constatada dificuldade probatória para ambas as partes), o módulo da prova não deve permanecer fixo, é imprescindível que altere o mesmo, facilitando a prova ou reduzindo as exigências da prova, para permitir que haja igualdade entre as partes. Ou ainda, quando a produção da prova se mostra extremamente difícil para uma das partes, mas para a outra nem tanto⁴⁰, a alteração da carga probante é o instrumento correto para garantir a isonomia.

2.4 O princípio do contraditório

O processo é dotado de dialeticidade. Após, ato realizado por uma das partes, deve se abrir a possibilidade para que a outra possa realizar certo movimento, com a finalidade de contrastar e minimizar os efeitos do primeiro ato. É dessa forma, que em linhas gerais, procede-se o contraditório⁴¹.

O princípio está posto na Constituição Federal, art. 5º, inc. LV, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes”.

Os litigantes detêm oportunidade e instrumentos processuais para que possam agir e defender-se em juízo, valendo-se de seus direitos em igualdade de condições. Porém, na práxis isso não é tão simples. Há vários obstáculos, processuais e extraprocessuais que interferem no contraditório, como por exemplo,

acabaram sendo decisivos na busca e na entrega da ordem jurídica justa”. RODRIGUES, M. A. *Breves...* op. cit. p. 157.

³⁹ MICHELI, G. A. *Teoria Geral da Prova*. Tradução: Arruda Alvim. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 3, jul./set., 1976. p. 164. Também nesse sentido: DIAS, J. C. *A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil*. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 107, jul./set., 2002. p. 93.

⁴⁰ Como, por exemplo, no caso de dano ambiental, demandas indenizatórias baseadas na responsabilidade civil do médico.

⁴¹ No mesmo sentido NERY, N. Jr. op. cit. p. 126-127; CAMBI, E. *Direito...* op. cit. 120-123.

tempestividade na tutela jurisdicional, parte não tem condições nem financeiras, nem técnica para demonstrar o alegado, acesso à justiça.

A efetividade do contraditório só ocorre quando esses obstáculos puderem ser extirpados da relação processual e extraprocessual. Tem-se como uma das maneiras para solucionar o problema, a técnica de inversão do ônus probatório. Este instrumento permitiria àquela parte que tem real dificuldade na produção da prova⁴² a tutela do seu direito.

⁴² CAMBI afirma que é possível a utilização o ônus da prova, “desde que haja critérios para estabelecer uma discriminação justa, mesmo na ausência de uma lei que expressamente consagre a inversão o ônus da prova, por se tratar de um modo de concretização do princípio constitucional da isonomia, em sentido substancial, e de efetivação da garantia constitucional do contraditório”. CAMBI, E. *Direito...op. cit.* p. 133-134

3. CONCEITOS E QUESTÕES PRELIMINARES PARA A COMPREENSÃO DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

3.1 Conceito de prova e objeto de prova

Conceituar a prova não é uma tarefa fácil. A doutrina, desde muito já vem discutindo a respeito do conceito de prova⁴³. Como a pesquisa trata da inversão do ônus da prova, entendeu-se por bem adotar um conceito de prova, mas não se examinará detidamente todo o tema.

A pesquisa adota o conceito tripartido de prova, qual seja: *atividade*, como ato jurídico; *meio* pelo qual se pretende demonstrar ao Estado-juiz a “verdade”⁴⁴ dos fatos alegados; *fim* através do qual é formado o convencimento do juiz⁴⁵.

Outra questão que demanda certa discussão doutrinária é o objeto de prova. Alguns afirmam que os fatos são objetos de prova. As partes no processo têm o ônus de provar os fatos⁴⁶. Outros que as afirmações de fato são objetos de prova. A prova recai sobre as afirmações dos fatos postos em juízo, pois os fatos por si só existem (não necessitam do processo para se concretizar)⁴⁷.

⁴³ Sobre o conceito de provas pesquisar em: CARNELUTTI, F. *A prova Civil*. Tradução: Amilcare Carletti. São Paulo: Leud. 2003. p. 66-72; ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 86-96; SILVA, J. C. P. A. op. cit. p. 6-9.

⁴⁴ A pesquisa adotou como ponto de partida a idéia de que a verdade no processo é algo inatingível. O juiz ao sentenciar, após a instrução probatória (cognição exauriente), não chegou necessariamente a verdade, mas sim a uma convicção de verdade. Sobre o tema da verdade no âmbito processual ver: ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 47-87; ARENHART, S. C. *A verdade substancial*. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 3, p. 685-695. jan./abr. 1996.

⁴⁵ Sobre o conceito tríptico de prova ver: CAMBI, E. *Direito...* op. cit. p. 48-49. LEONARDO, R. X. *O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil*. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, v. 15, jan./mar. 2000. p. 97.

⁴⁶ Fatos como objeto de prova: “A prova tem por finalidade convencer o juiz quanto a existência ou inexistência dos fatos sobre que versa a lide. Estes, portanto, constituem o seu objeto. SANTOS, M. A. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. p. 293. “Só se provam fatos, não direitos”. LOPES, J. B. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002. p.32. “Deve-se provar fatos, não o direito. ... o direito alegado não é objeto da prova, mas apenas os fatos, ou seja, aquilo que ocorreu no mundo”. ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E.; WAMBIER, L. R. *Curso Avançado de Processo Civil*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2005. v. 3. p. 431. Ainda, MONNERAT, C. F. *Momento da ciência aos sujeitos da relação processual de que a inversão do ônus da prova pode ocorrer*. **Revista de Processo**, nº 113, jan./fev., 2004. p. 77.

⁴⁷ Afirmações como objeto de prova: “Os fatos em si, objectivamente, não desempenham qualquer papel em direito probatório; os factos só valem como conteúdo das afirmações”. MENDES, J. C. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Atica. p. 533. “Provar significa de fato, comumente, demonstrar a verdade de uma proposição afirmada”. CARNELUTTI, F. op. cit. p. 71. “O fato não pode ser qualificado de ‘certo’, ‘indivíduo’ ou ‘verdadeiro’. Ele existe ou não existe, sem comportar qualificação”. ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 142. Ainda

O fato não contém carga de verdade ou falsidade, simplesmente aconteceu ou não. Já a alegação do fato feita pela parte pode ser qualificada conforme o grau de veracidade ou falsidade. As afirmações precisam ser provadas para demonstrar ao juiz se tais são verazes ou falaciosas.

O direito não é objeto de prova. Cabe ao magistrado conhecê-lo. O Código de Processo Civil em seu artigo 337 traz exceção a essa regra: o juiz poderá solicitar prova do direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário.

Há afirmações de fato que também não necessitam ser provadas. Segundo o art. 334 do CPC⁴⁸, não dependem de prova os fatos: notórios; afirmados por uma parte e confessados pela outra; admitidos no processo, como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal da existência ou de veracidade.

Além disso, são objetos de perquirição instrutória, os fatos pertinentes (relacionado ao mérito da questão) e relevantes (influenciam no julgamento). Não têm importância à solução da demanda, as alegações que não são pontos controvertidos e relevantes no processo.

3.2 Ônus da prova

O conceito de ônus já passou por várias divagações doutrinárias. Porém não é necessário nessa pesquisa reafirmar tais passagens⁴⁹. Resumidamente, ônus é uma categoria de poder, na qual a sua não observância pode trazer um prejuízo àquele que se manteve inativo.

Ônus da prova também foi objeto de várias conceituações por parte da doutrina. Segundo DINAMARCO, é o encargo que têm as partes em demonstrar a existência dos fatos, os quais lhes interessam, a fim de contribuir para a formação

nesse sentido: RODRIGUES, M. A. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2º v., 2000. p. 169; LEONARDO, R. X. *O conceito...* op. cit. p. 98; DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. v. 3, p. 58-59; RAMIRES, L. H. D. op. cit. p. 35.

⁴⁸ Art. 334, CPC: "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".

⁴⁹ A respeito do conceito de ônus pesquisar em: LEONARDO, R. X. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 53 et seq.; ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários ...* op. cit. p. 386-389; PACÍFICO, L. E. B. *O ônus da prova no direito processual civil*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2001. p. 20 et seq.; ALMEIDA, F. R. C. A. *Do ônus da prova*. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 71, jul./set. 1993, p. 46-63; KARAM, M. *Ônus da prova*. **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**. Curitiba, nº 21, jul./set. 1980, p. 45-56.

das decisões⁵⁰. Para BAPTISTA da SILVA, é a incumbência da parte que alega determinado fato de prová-lo⁵¹. KARAM define-o como sendo uma faculdade ou poder de vontade da própria parte para agir, com o objetivo de conseguir um certo efeito jurídico (fim)⁵².

Conforme CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER⁵³, repartição da carga instrutória tem como finalidade a equidade na participação das partes no processo. Isso porque, não cabe somente a uma parte a demonstração de fato alegado.

Por um lado, ônus da prova é a conduta da parte, com a finalidade, a priori, de demonstrar os fatos alegados em seu favor, e dessa maneira convencer o juízo de que está com a razão. Num primeiro momento, o sujeito processual que deixou de cumprir com a sua carga de prova, estará predisposto a uma decisão desfavorável. Isso porque, ao não desincumbir o seu ônus, deixou em tese de ganhar uma vantagem em seu favor, como se tivesse praticado o ato.

Todavia, o processo é dotado do princípio da aquisição processual ou comunhão da prova, segundo o qual a prova não pertence à parte que a produziu, mas sim ao processo. Dessa maneira, a prova posta em juízo não necessariamente irá beneficiar a parte que a produziu (irá dar ganho de causa a esta); como também a parte, que deixou de cumprir com o seu ônus probatório, poderá ter uma decisão a seu favor. Caso a prova venha a ser produzida nos autos, independente de quem as fez, as regras sobre o ônus são totalmente descartáveis⁵⁴.

Por outro lado, se a prova não foi devidamente produzida, há necessidade do ordenamento jurídico trilhar um caminho para que o magistrado possa julgar, pois é vedado o *non liquet* (o juiz não pode se abster de julgar, em razão da falta de provas⁵⁵, por exemplo). Portanto, o ônus da prova é visto sob duas perspectivas: a

⁵⁰ DINAMARCO, C. R. op. cit. p. 71.

⁵¹ SILVA, O. A. B. *Curso de processo civil*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003. v.1 p. 342.

⁵² KARAM, M. *Ônus da prova*. op. cit. p. 49.

⁵³ CINTRA, A. C. A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. *Teoria geral do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 349.

⁵⁴ Sobre o assunto afirmou BARBOSA MOREIRA: "A isso se chama o 'princípio da comunhão da prova': a prova depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua conveniência". MOREIRA, J. C. B. *O juiz e a prova*. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 35, abr./jun., 1984. p. 181. A. ALVIM denomina esse princípio de aquisição processual: ALVIM, A. *Manual de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001. v. 2. p. 453.

⁵⁵ A exceção é a tutela difusa e coletiva como já exposto.

subjetiva constitui o poder dado as partes no processo⁵⁶; a objetiva é ponto de referência para o magistrado decidir, na hipótese de haver insuficiência de provas.

3.2.1 Ônus subjetivo da prova – regra de procedimento

Ônus subjetivo da prova diz respeito ao poder que as partes têm de produzirem prova das alegações de fato (controvertido e relevante), com a finalidade de colaborarem para resolução da demanda em seu favor (a princípio)⁵⁷.

Sob esse prisma, o ônus da prova é tido como uma regra de conduta para as partes, pois as direciona no sentido de indicar quais as alegações de fato que deverão as mesmas provar⁵⁸. Além disso, tem como fim último a solução do litígio, convencendo o magistrado. Assim, a finalidade prática da atribuição da carga probatória é o estímulo da atividade processual das partes (uma espécie de motivação psicológica para que a parte produza determinada prova).

O ônus subjetivo da prova tem um caráter instrumental, também denominado regra de procedimento. Os litigantes são os destinatários da norma. Por conseguinte, segundo art. 333 do CPC, cabe ao autor o encargo de provar os fatos constitutivos de seu direito, e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor⁵⁹.

3.2.2 Ônus objetivo da prova – regra de julgamento

A dicotomia do ônus da prova permite concebê-lo tanto numa faceta subjetiva

⁵⁶ Nota-se que esse poder dado as partes é um dos reflexos da garantia da ação e defesa, consagradas pelo devido processo legal, pois só com a participação dialética das partes é que se poderá chegar a uma decisão justa.

⁵⁷ Deve-se ter sempre em mente que a prova não pertence a parte que a produziu, mas sim ao processo. No entanto, esta deve ser usada para o convencimento judicial, independente de favorecer ou não àquele que a trouxe a demanda. Porém, a priori, a parte, que produz tal prova, tem o intuito de que esta o beneficiará.

⁵⁸ ABELHA defende o caráter subjetivo do ônus da prova, pois este estimularia o contraditório. E ainda critica duramente a perspectiva objetiva (regra de julgamento): “A adoção do art. 333 como regra de julgamento e, nesse passo, o reconhecimento de que um caráter privado da prova penaliza aquele que não se ‘desincumbiu’ do seu ‘ônus’”. RODRIGUES, M. A. *Breves...* op. cit. p. 163.

⁵⁹ Art. 333, CPC: “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 distribuir 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”.

(regra de comportamento dirigida às partes), como objetiva (regra geral de julgamento, a ser aplicado diante da insuficiência ou não esclarecimento dos fatos).

No caso das questões fáticas não serem devidamente demonstradas no processo, o juiz necessita de um caminho (regra de julgamento), para sinalizar qual será a decisão. Assim, ao juiz é dada uma indicação do conteúdo da sentença, a ser pronunciada, quando alegação de fato não é esclarecida. O magistrado, nesse caso, é o destinatário da regra do ônus⁶⁰.

A partir do sentido objetivo da prova, o juiz tem o poder-dever de julgar, ainda que não se convença da realidade fática posta no processo (alegações relevantes e controversas), este deverá julgar colocando fim a controvérsia⁶¹.

CAMBI⁶² e KARAM⁶³ acreditam que os dois aspectos do ônus da prova não são contrapostos, uma vez que ambos destinam-se ao processo, o convencimento do juiz e a formação da decisão.

MARINONI⁶⁴ declara que a regra do art. 333 do CPC é destinada ao juiz (a formação de seu convencimento), mas não segue o entendimento proposto acima (diante da incerteza aplica-se tão somente esse dispositivo). Esclarece que a fase de convencimento judicial é anterior a fase da sentença, (o juiz só decide após estar convicto); então, nesta etapa processual, antes da sentença, o julgador deve analisar o direito material objeto do litígio, o encargo probatório e também o caso concreto posto em discussão. Há situações concretas que só é possível chegar-se a uma convicção de verossimilhança, e isto não tem o mesmo sentido de que estar em dúvida (como acima citado); nas palavras do autor:

... a ausência de convicção plena ou de verdade não leva o juiz a um estado de dúvida, que teria que ser dissipada através da aplicação da regra do ônus da prova como "regra de decisão", julgando-se improcedente o pedido pelo motivo de o autor não ter se

⁶⁰ Alguns autores seguem essa linha, como: MOREIRA, J. C. B. *O juiz e a prova*. p. 178-179; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E.; WAMBIER, L. R. op. cit. p. 435-436; LOPES, J. B. op. cit. p. 49.

⁶¹ NERY Jr. e R. NERY são enfáticos ao afirmar que o ônus da prova é uma regra de julgamento: "O ônus da prova é *regra de juízo*, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu". NERY, Nelson Jr; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 723.

⁶² CAMBI, E. *Direito...* op. cit. p. 35-36.

⁶³ KARAM, M. *Ônus da prova: noções fundamentais*. **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**. Curitiba, nº 14, out./dez. 1978, p.49.

⁶⁴ MARINONI, L. G. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto*. Disponível na Internet: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em 10 de agosto de 2005. p. 2-3.

desincumbido do ônus probatório. E isso por uma razão bastante simples: é que o juiz, nesses casos, não finaliza a fase de convencimento em estado de dúvida. Ora, estar *convicto* de que *basta* a verossimilhança não é o mesmo do que estar em dúvida.

Portanto, aplicar friamente o art. 333 do CPC (como regra de julgamento) não é a melhor solução para caminho para se ter um efetivo acesso à justiça. Isso porque, seguindo as regras do ônus objetivo, o julgador diante de insuficiência ou falta de provas julgará o caso, onerando o autor por não ter demonstrado as alegações fáticas; no entanto, a parte que busca a tutela jurisdicional não terá o seu exercício pleno. Já, se o convencimento faz-se antes da sentença, o magistrado observará o caso concreto (a delimitação do que está em litígio, o objeto a ser descoberto, os limites impostos a essa busca, qual parte da relação processual tem condições de demonstrá-lo), e julgará a demanda a partir da verossimilhança do direito defendido pela parte autora⁶⁵. O convencimento, por sua vez, deve ser adequado a cada caso concreto, pois não é visível uma unicidade de convencimento para todas as situações de direito substancial. Desta maneira, em razão do direito material em litígio, pode o juiz atenuar a carga probatória, invertê-lo em sentença ou em audiência preliminar⁶⁶.

A regra instrumental do art. 333 deve ser tida como meio de formação do convencimento do juiz, portanto tanto visão subjetiva, quanto a objetiva tem esse perfil. Por outro lado, é imprescindível se ter em mente que utilização do encargo probatório deve sempre estar atento às necessidades próprias da sociedade pluralista contemporânea.

3.3 Poderes instrutórios do juiz

O papel atuante do juiz na instrução probatória foi um dos motivos que abalou

⁶⁵ MARINONI exemplifica a questão com os casos de lesões pré-natais: "... nos casos das chamadas lesões pré-natais, quando não há racionalidade em exigir, para a procedência do pedido ressarcitório, uma convicção plena (ou de verdade) de que a doença do recém nascido deriva do acidente que a sua mãe sofreu quando em gestação. Em um caso como esse, a ausência de convicção plena ou de verdade não leva o juiz a um *estado de dúvida*, que teria que ser dissipada através da aplicação da regra do ônus da prova como 'regra de decisão', julgando-se improcedente o pedido pelo motivo de o autor não ter se desincumbido do ônus probatório". MARINONI, L. G. *Formação...* op. cit. p. 2.

⁶⁶ Ibid. p. 7.

fortemente a idéia de ônus subjetivo⁶⁷. Através desse instituto, o magistrado tem poderes para participar ativamente na produção da prova. O art. 130 do Código de Processo Civil autorizou tal prática: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

Porém, nem todos os juristas vislumbram a possibilidade de instrução por parte do magistrado. Por exemplo, KARAM afirma que a atividade probatória compete exclusivamente as partes, pois o Direito Processual Brasileiro é baseado no princípio dispositivo⁶⁸.

BARBOSA MOREIRA⁶⁹ explica que por muito tempo se rechaçou a possibilidade instrutória do juiz, como esboçado por KARAM⁷⁰, pois se almejava preservar o princípio dispositivo e a imparcialidade do juiz. Este tem relação estrita com o princípio de que o juiz deveria se manter neutro no processo. Aquele se refere à característica precípua que tem a parte de dispor do seu direito, sendo livre a ela ingressar com ação em juízo, como também esclarecer as suas afirmações fáticas. Todavia, tanto o princípio dispositivo, quanto a imparcialidade do juiz são premissas equívocas. Primeiramente porque, a partir do acionamento da máquina estatal para a resolução da demanda, o Estado-juiz tem a função de pôr fim a relação litigiosa⁷¹. Segundo, a neutralidade do juiz é um mito, pois o julgador (como qualquer sujeito) é dotado de percepções, conceitos, crenças, as quais estão presentes no momento de interpretar um fato, uma lei, uma pretensão; como também imparcial estaria sendo o magistrado que percebesse a utilidade de uma prova para o esclarecimento da questão, e não requeresse a sua produção.

⁶⁷ Além dos poderes instrutórios pode-se acrescentar o reconhecimento da natureza pública do processo e o princípio da comunhão das provas (ou aquisição processual) como instrumentos que reduziram a importância do ônus subjetivo. Na mesma linha: PACÍFICO, L. E. B. op. cit. p. 143.

⁶⁸ Nas palavras do autor: “A atividade relativa à procura e escolha dos fatos por provar compete, pois, à iniciativa exclusiva das partes. Assim, a rigor, o juiz não pode julgar fora do que as partes alegaram nem ter em conta provas não apresentadas por elas. Nem mesmo lhe compete instruir as partes sobre que fatos, essenciais e discutíveis, hão de produzir provas, nem a qual delas cabe o ônus”. KARAM, M. *Ônus da prova: noções...* op. cit. p. 48.

⁶⁹ MOREIRA, J. C. B. *O juiz...* op. cit. p. 179 et seq.

⁷⁰ Segundo o autor o esclarecimento do fato é uma forma de se consagrar a justiça da decisão: “... é função do juiz julgar, e julgar bem, e julgar com justiça, é sua função, por definição aplicar normas jurídicas a fatos. E, para bem aplicar normas jurídicas a fatos, parece obviamente imprescindível conhecê-los bem, a esses fatos”. Ibid. p. 179.

⁷¹ “... quando se diz que se deve deixar às partes trazer ou não as provas que quiserem, e se não as trazem é porque estão dispondo de um direito seu, esquece-se que, ainda que as partes possam dispor de seus direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder *do juiz* de averiguar o fato”. MOREIRA, J. C. B. Ibid. p. 180.

DINAMARCO, ao escrever sobre o tema, afirmou que a participação do juiz na instrução probatória é um meio de garantir a igualdade no processo. Nas palavras do autor⁷²:

... as desigualdades econômicas e culturais são capazes, quando incontroladas, de conduzir o processo à produção de resultados distorcidos em razão de insuficiências probatórias resultantes das desídias daqueles que não se defendeu melhor porque não pôde; e, por expressa determinação legal, o juiz tem o dever de promover o equilíbrio das partes no processo, assegurando aos litigantes a *paridade de armas* que o princípio isonômico exige (...) há situações em que a intervenção do juiz na busca e produção de meios de prova se mostra vital.

Porém cabe uma ressalva a possibilidade de produção probante por parte do julgador. As partes são as que têm melhores condições de dizer se determinada prova será útil ou não para o esclarecimento das questões fáticas⁷³. Isso porque elas estavam presentes, vivenciaram, o objeto do litígio.

ARENHART e MARINONI⁷⁴ advertem que a atuação do magistrado deverá ser supletiva⁷⁵, pois a participação das partes é essencial para a legitimação do processo. Além disso, acrescentam que a prova *ex officio* necessita ser justificada e fundamentada pelo julgador; as partes devem se manifestar sobre a oportunidade de tal meio probante e o seu resultado, e ainda, participar da sua produção⁷⁶.

A atividade de perquirição probatória pelo magistrado, por certo é um instituto que auxilia na garantia do devido processo legal (visualização de uma prova para esclarecimento do ponto controvertido, antes não aventado por nenhuma das partes), da isonomia (pois, como alertou DINAMARCO, deficiências culturais e econômicas podem impedir o correto resultado da instrução).

⁷² DINAMARCO, C. R. op. cit. p. 53-54.

⁷³ "... a prova de ofício, além de ter os mesmos limites de qualquer outro meio de prova, jamais poderá suprir a participação das partes em relação ao próprio requerimento de produção da prova, já que essas – e não o juiz – têm as melhores condições de saber quais as provas devem ser produzidas". ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 124.

⁷⁴ Id.

⁷⁵ Quanto a supletividade dos poderes instrutórios do juiz verificar: LOPES, J. B. op. cit. p. 76; ALVIM, T. A. *Reflexões sobre o ônus da prova. Revista de Processo*. São Paulo, nº 76, out./dez., 1994. p. 142.

⁷⁶ "... a possibilidade da participação do juiz na produção da prova não retira das partes a possibilidade de participar da formação (produção) e da interpretação da prova (consideração dos seus resultados)". ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 124.

3.4 Prova e verdade no processo civil

Muitos conceitos de prova apontam, como uma de suas finalidades, a busca pela verdade dos fatos. LOPES aponta que a prova dos fatos é necessária para a apuração da verdade e da certeza⁷⁷. DINAMARCO descreve prova como um conjunto de atividades verificativas e demonstrativas, com a finalidade de se alcançar a verdade dos fatos relevantes ao julgamento da lide⁷⁸. Portanto, uma das funções do processo é a reconstrução dos fatos alegados pelas partes⁷⁹.

Contudo a verdade é um fim inatingível pelo processo⁸⁰. Isso porque a análise de um fato passado virá sempre influenciada pelas impressões de cada sujeito (partes, testemunhas, perito, e o próprio juiz)⁸¹. A descoberta dos fatos objeto da demanda dificilmente conseguirá reproduzir o que realmente ocorreu, pois a interpretação é dotada de subjetividade.

Faz-se necessário ponderar que mesmo diante da perspectiva inalcançável da verdade. Esta é condição necessária para que se tenha justiça na decisão. Nas lições de MICHELI e TARUFFO⁸²: "... a verdade não é um fim por si mesma, mas é necessário buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça 'mais justa'".

Durante certo tempo distinguiu-se a verdade em material⁸³ (maior grau de certeza) e processual (menor grau de certeza). A primeira seria objeto de perquirição do Processo Penal, uma vez que este estaria lidando com a liberdade do indivíduo. Por conseguinte, a segunda seria objetivada pelo Processo Civil, pois este tutelaria

⁷⁷ LOPES, J. B. op. cit. p. 27.

⁷⁸ DINAMARCO, C. R. op. cit. p. 43.

⁷⁹ ARENHART e MARINONI afirmam que: "... seria impensável o direito processual sem sua mais nobre função: o processo destinado à descoberta dos fatos sobre os quais o Estado é chamado a manifestar-se". ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 50.

⁸⁰ ARENHART discorrendo sobre verdade aponta que: "A essência da verdade é inatingível"; em outra passagem completa: "A figura mítica do juiz, como alguém capaz de **descobrir** a verdade sobre as coisas e, por isso mesmo, apto a fazer justiça, deve ser desmascarada". ARENHART, S. C. *A verdade...* op. cit. p. 688.

⁸¹ Conforme ARENHART e MARINONI: "a reconstrução de um fato ocorrido no passado sempre vem influenciada por aspectos subjetivos das pessoas que o assistiram, ou ainda do juiz, que há de valorar a evidência concreta". ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 60.

⁸² MICHELI, G. A.; TARUFFO, M. op. cit. p. 168. Ver também sobre o tema verdade e justiça da decisão: CAMBI, E. *Direito...* op. cit. p. 57-79.

⁸³ Como bem explicaram ARENHART e MARINONI: "O conceito de verdade formal identifica-se muito mais com uma 'ficção' da verdade. Obedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como completa, considerando o resultado obtido como verdade – mesmo que saiba que tal produto está longe de representar a verdade sobre o caso em exame". ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 55-56.

bens jurídicos não tão importantes como o Processo Penal⁸⁴. No entanto esse conceito de verdade processual própria ao Processo Civil não prosperou, visto que se existe uma verdade substancial e outra processual, por certo uma delas não é verdade⁸⁵.

Portanto, a finalidade da prova não é encontrar a verdade. A prova visa propiciar a argumentação (dialecticidade) das partes, como também do magistrado, para a formação da convicção deste⁸⁶.

Como já foi colocado acima, nem o processo, nem a prova, nem o juiz irão encontrar a verdade ao final da instrução probatória⁸⁷, o máximo que se chegará é à verossimilhança. A verossimilhança é um juízo de probabilidade (de aparência) de que o objeto da discussão judicial aconteceu no mundo fenomênico, tal como foi alegado pelas partes⁸⁸.

A prova é essencial para a formação do convencimento do juiz. Este mesmo após a instrução será de probabilidade⁸⁹. Porém, costuma-se denominar convicção de verdade⁹⁰ àquela formada ao final do processo, após a ampla produção de provas pelas partes, e magistrado também⁹¹; e convicção de verossimilhança àquela resultante de uma limitada (insuficiente ou inexistente) produção de provas⁹², típica do provimento antecipado.

⁸⁴ Sobre o assunto verificar: ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 56 et seq.

⁸⁵ “Supõe-se que exista uma verdade mais perfeita (a verdade substancial), mas que para a decisão no processo civil, deve o juiz contentar-se com aquela imperfeita, e, portanto, não condizente com a verdade”. Ibid. p. 58.

⁸⁶ Id.

⁸⁷ Segundo ARENHART e MARINONI, o máximo que se pode exigir do magistrado é que este ao valorar as provas, não fuga da opinião média comum que se faria dessas provas: Ibid. p. 62.

⁸⁸ Nesse sentido: ALVIM, J. E. C. *Código de processo civil reformado*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 112; ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 70.

⁸⁹ “... pode haver convicção de verdade e convicção de verossimilhança, ainda que ambas, na perspectiva gnoseológica, somente possam resultar em verossimilhanças.” ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 123.

⁹⁰ ARENHART e MARINONI explicaram que a impossibilidade de se chegar à verdade no processo não impede que o magistrado julgue o mérito, com a convicção de verdade, e ainda acrescentam que: “*Estar convicto da verdade não é o mesmo que encontrar a verdade*, até porque, quando se requer a convicção de verdade, não se nega a possibilidade de que ‘as coisas não tenham acontecido assim’”. Ibid. p. 122.

⁹¹ “... convicção de verdade, própria ao juízo final, momento em que as provas suficientes já devem ter sido produzidas”. Ibid. p. 123.

⁹² “... quando se pensa em verossimilhança ou probabilidade, nesses casos não se está olhando para a *busca da verdade*, ou para a sua essência em termos filosóficos, mas para a *convicção* que o juiz pode formar diante da limitação da produção de provas. É que, diante da filosofia, a verdade sempre se resolve em verossimilhança...”. Ibid. p. 126.

MARINONI⁹³ esclarece a questão acerca da verossimilhança. Afirma que estar convicto de que a verossimilhança é suficiente para julgar o caso, não é o mesmo de estar em dúvida. Certas situações de direito material obrigam o magistrado a julgar com verossimilhança, pois não é possível se chegar a uma convicção de verdade ou plena. O autor paranaense complementa em outra passagem: “as partes *devem convencer o juiz*, e esse, para julgar, *em regra deve estar convicto da verdade, com exceção de particulares situações de direito substancial* em que se admite que a sua convicção possa se formar com base em verossimilhança”⁹⁴.

⁹³ MARINONI, L. G. *Formação...* op. cit. p. 5.

⁹⁴ Id.

4. HIPÓTESES DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

A alteração do ônus da prova funciona basicamente da seguinte maneira: há liberação ou diminuição do encargo probatório da parte autora em favor da parte ré. Assim, o réu terá que demonstrar a não existência dos fatos constitutivos do direito da parte autora, e também, comprovar a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor. Segundo, LEONARDO⁹⁵, o primeiro é denominado ônus extraordinário, já o segundo é ordinário.

Com a inversão do ônus da prova há uma aproximação do direito material ao processual (processo justo). Muitas vezes a carga probatória, determinada pelo art. 333 do CPC, não supre as necessidades do caso concreto, exigindo que o legislador ou juiz proceda à inversão. LEONARDO⁹⁶ afirma que a inversão é uma forma de se verificar a adequada tutela dos direitos e a igualdade material entre as partes (o princípio da igualdade esta consagrado na Carta Magna, como foi explicitado acima).

CAMBI⁹⁷ também defende o instituto da inversão do ônus probatório como uma forma de exercício do princípio constitucional da isonomia e do devido processo legal, estabelecendo-se uma “discriminação justa” no caso concreto.

SÁ dos SANTOS⁹⁸ segue a mesma linha dos autores acima citados, acredita que é possível a alteração do ônus probatório no caso de desequilíbrio entre as partes processuais (mesmo fora do âmbito albergado pelo Código de Defesa do Consumidor), para garantir os princípios da ampla defesa, da igualdade e do devido processo legal.

ARENHART⁹⁹, analisando a tutela inibitória, observa que é possível a inversão, mesmo não existindo disposição legal nesse sentido. Porém, assevera que a inversão não pode ficar predisposta ao livre arbítrio do magistrado, devendo-se obedecer dois critérios: “a) a impossibilidade concreta ou a dificuldade intransponível de o requerente produzir a prova sobre o fato futuro temido; b) a real possibilidade, vislumbrada pelo magistrado por evidências específicas do caso real, de que o réu venha a produzir provas capazes de demonstrar a inocorrência da futura violação do

⁹⁵ LEONARDO, R. X. *Imposição...* op. cit. p. 217.

⁹⁶ *Ibid.* p. 117 e 218.

⁹⁷ CAMBI, E. *Direito...* op. cit. p. 134.

⁹⁸ SANTOS, S. A. S. op. cit. p. 98 e 108.

⁹⁹ Exceto a disposição do Código de Defesa do Consumidor que autoriza a inversão do ônus da prova.

direito”¹⁰⁰. A pesquisadora transpõe essa possibilidade para todo e qualquer caso concreto (que necessite da inversão do ônus da prova para garantir o direito em litígio), não necessariamente de tutelas inibitórias, mas respeitando os mesmos critérios dispostos acima.

O deslocamento do regime normal de atribuição do ônus da prova não é uma unanimidade perante os operadores do direito, pelo simples fato de não estar consagrado no caderno processual. Prof^{ra}. T. ALVIM¹⁰¹, dissertando a respeito do âmbito de abrangência da norma de inversão inserida no Código de Defesa do Consumidor (se caberia o uso do instituto para as Ações Cíveis Públicas), acredita que não é possível a inversão do ônus probatório fora do direito consumerista, pois atentaria ao princípio da legalidade. Uma vez que cada juízo poderia decidir de maneira diversa a mesma controvérsia.

Em posição contrária a alteração do encargo probatório encontra-se ABELHA¹⁰². O autor capixaba afirma que a inversão do ônus da prova, como regra de julgamento, é destinada a gerar incerteza e dúvida. Adiciona que o ônus objetivo dá um caráter privatista¹⁰³ (vinculado e punitivo) ao direito material, justificando a inversão sob a égide de isonomia real. Defende a possibilidade de inversão subjetiva da carga probatória nos casos de lesão ao meio ambiente com amparo nos art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e art. 21¹⁰⁴ da Lei de Ação Cível Pública¹⁰⁵.

BENTHAM defendeu que a carga probatória deveria ser produzida por aquele que tivesse mais condições de demonstrá-la. Por conseguinte, a prova deve ser produzida pela parte que detiver menos inconvenientes em satisfazê-la, isto é,

¹⁰⁰ ARENHART, S. C. *Perfis...* p. 289-290.

¹⁰¹ ALVIM, T. A. op. cit. p. 144-145. Em artigo publicado em revista especializada, MONNERAT afirma que a inversão do ônus da prova é uma excepcionalidade legal, vislumbrando a possibilidade enumerada no Código de Defesa do Consumidor: MONNERAT, C. F. op. cit. p. 80.

¹⁰² ABELHA referindo-se a inversão do ônus da prova que o uso de tal instituto “é tão repugnante tal prática quanto a regra de julgamento do art. 333 do CPC”. RODRIGUES, M. A. *Breves...* op. cit. p. 164 et. seq.

¹⁰³ Isso porque, conforme ABELHA, a inversão do ônus da prova no momento da sentença gera dúvidas e incertezas, e ainda, não permite o contraditório. *Ibid.* p. 166.

¹⁰⁴ Art. 21 da Lei 7347/1985: “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

¹⁰⁵ Cabe aqui um paralelo em relação ao entendimento exposto acima, prof^{ra}. T. ALVIM, e o exarado pelo prof. ABELHA. Este acredita numa interpretação extensiva do art. 6º, VIII CDC e art. 21, LACP; já aquela acredita que a regra permissiva do CDC só pode ser aplicada nas demandas que envolvem o consumidor. ALVIM, T. A. op. cit. p. 144-145; RODRIGUES, M. A. op. cit. p. 182-183.

menos gastos, menos incômodo, despender menos tempo¹⁰⁶. Esse também é o posicionamento encontrado no anteprojeto do código modelo de processos coletivos para ibero-américa, a prova deverá ser produzida por aquele que tenha melhores conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou facilidade na sua produção¹⁰⁷. O anteprojeto acrescenta que caso venha aparecer alguma modificação de fato ou de direito relevante ao julgamento da causa poderá o magistrado inverter o ônus da prova. Defende os poderes instrutórios do juiz, podendo o mesmo determinar o que for necessário para obtenção da prova.

Vislumbra-se ainda a possibilidade de inversão do ônus probatório no caso de convenção das partes, observando-se o disposto no art. 333, parágrafo único, do CPC. Como também nos casos das presunções judiciais, as quais permitem que uma das partes demonstre a probabilidade de ocorrência de um fato indiciário, libere-se do seu ônus; e a outra fica a imputação de mostrar que não se deu o fato presumido.

Por último, tem-se a inversão como instituto próprio a propiciar a efetividade de determinados direitos materiais. Estes não permitem que nenhuma prova seja produzida (ou então se mostre árdua para ambas as partes), e conseqüentemente não se chega nem a convicção de verossimilhança (inversão do ônus da prova na sentença). Ou ainda, diante de certas situações, pode-se reduzir as exigências de provas (redução do módulo da prova), para que o juiz se convença da verossimilhança.

Nos tópicos seguintes analisaremos as hipóteses de alteração do regime normal de imputação do ônus da prova, que aqui foram brevemente descritas.

4.1 Inversão convencional do ônus da prova

O parágrafo único do art. 333 do CPC dispõe sobre a possibilidade das partes acordarem a respeito da alteração da distribuição do ônus probatório¹⁰⁸.

¹⁰⁶ J. BENTHAM apud LEONARDO, R. X. *Imposição...* op. cit. p. 98-99.

¹⁰⁷ ARENHART vislumbra a possibilidade de inversão do ônus da prova no caso de tutela inibitória, podendo o magistrado impor a produção de tal prova para aquela parte que demonstre maior facilidade na sua produção. ARENHART, S. C. *Perfis...* op. cit. p. 279 et seq.

¹⁰⁸ Art. 333, parágrafo único, CPC: "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".

Entretanto, devem ser observadas as restrições contidas no caderno processual, que impede tal convenção quando tratar de direito indisponível, ou tornar difícil o exercício do direito à prova.

A denominada inversão convencional autoriza as partes da relação jurídica processual acordarem a respeito da questão probatória em negócio jurídico autônomo, em petição dirigida ao juiz, em audiência preliminar. No primeiro caso, o ato poderá se dar por instrumento público ou privado, que será anterior à lide.

A proibição da alteração do ônus probatório quando se tratar de direito indisponível (art. 333, parágrafo único, inc. I, CPC) segue o preceituado no direito material¹⁰⁹. Quando o direito for disponível as partes podem compactuar a inversão, mas se for indisponível não é permitido tal ato, pois coloca em risco o próprio direito a ser tutelado.

A outra hipótese proibitiva (art. 333, parágrafo único, inc. II, CPC) refere-se a extrema dificuldade de demonstrar tal fato, gerado pelo acordo. Diante de uma convenção sobre a distribuição da prova, que impossibilite a parte de exercer seu direito à prova, estar-se-á ferindo o princípio do acesso à justiça, direito à prova, devido processo legal.

4.2 Inversão do ônus da prova com base na teoria de J. BENTHAM

Em 2002, o Instituto Ibero-americano de Direito Processual, nomeou uma comissão para elaboração de um código modelo de processos coletivos. Em 2004, nas jornadas ibero-americanas realizadas em Caracas na Venezuela, formou-se uma comissão revisora para aprimorar e analisar o texto original. A proposta de um código modelo para processos coletivos na ibero-américa visa a harmonização e unificação do regramento processual coletivo, em países que tem características semelhantes em seu ordenamento jurídico. Um dos temas tratados por esse anteprojeto é a prova no processo coletivo, o art. 12¹¹⁰ disciplina a questão da seguinte maneira:

¹⁰⁹ Art. 841, Código Civil: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

¹¹⁰ Sobre o anteprojeto de código modelo de processos coletivos para ibero-américa verificar: GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.] *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1041-1061;

Art. 12. *Provas* – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo solicitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, às custas da mesma. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar a sua realização, a cargo ao Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos [sic].

§ 2º Durante a fase instrutória, surgindo modificações de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Nota-se que o anteprojeto de código-modelo não seguiu nem a tradicional distribuição do Código de Processo Civil, nem a inversão preceituada pelo Código de Defesa do Consumidor. Optou por atribuir o ônus da prova para a parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre o fato probando, ou ainda, àquela parte que tivesse melhores condições de produzi-la¹¹¹. É forma de concepção da prova é denominada teoria dinâmica da prova¹¹².

A linha seguida por esse código-modelo representa idéia já lançada por BENTHAM. O jurista afirma que a produção probatória deveria ser traçada segundo as possibilidades da parte em demonstrá-la¹¹³. O permissivo contido no art. 12, do anteprojeto, é uma forma de deslocamento do regime normal de atribuição do ônus da prova, autorizando que o magistrado (em razão dos seus poderes instrutórios),

MENDES, A. G. C. *O anteprojeto de código-modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira*. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 29, nº 117, set./out., 2004. p. 109-128.

¹¹¹ BACHAMAIER critica a inversão do ônus da prova na tutela coletiva: "... consideramos que no deben dejarse sin efecto las reglas sobre la distribución de la carga de la prueba en sentido material, pues las características de la tutela colectiva no justifican invertir la carga de la prueba con carácter indiscriminado". BACHMAIER, L. *Apuntes sobre cuestiones concretas del anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para iberoamérica*. In: **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para iberoamérica**. México: Editorial Porrúa, 2003. p. 367.

¹¹² Nesse sentido o STJ já decidiu que a inversão da carga probatória pode se dar em razão daquele que tem melhores condições de produzi-la, segue trecho do voto do relator: "A teoria da dinâmica da prova transfere o ônus para a parte que melhores condições tenha de demonstrar os fatos e esclarecer o juízo sobre as circunstâncias da causa". SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 316.316/PR. Rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. 4ª Turma. Acórdão publicado no D.J. em 12-11-2001.

¹¹³ Sobre a teoria de J. BENTHAM verificar: LEONARDO, R. X. *Imposição...* op. cit. p. 98-99, 218-219; PACÍFICO, L. E. B. op. cit. p. 84-85.

altere o ônus probatório como uma forma de melhor atender as necessidades do caso concreto (nesse caso em especial do processo coletivo).

GIDI, em artigo que publicou a respeito do anteprojeto, colocou que essa regra surge para inovar o processo civil. O art. 12 do ACMPC é uma garantia de igualdade processual entre os litigantes, imprescindível para os casos em que há “assimetria de informações”. O co-relator do anteprojeto adiciona que a alteração do encargo probatório também deve ser utilizada em processos civis individuais, porém adverte que esse instrumento deve ser utilizado com cautela por parte do magistrado ibero-americano¹¹⁴.

Esse anteprojeto, no tocante a questão da distribuição do ônus da prova, está em total acordo com o preceituado pela Lei Maior. Atente os requisitos de acesso à justiça, devido processo legal, igualdade, uma vez que propicia a produção da prova, mesmo que a parte não tenha condições para fazê-la.

Nesse sentido, o desembargador KFOURI defende mesmo posicionamento exposto acima no tocante a ações indenizatórias fundadas na responsabilidade civil do médico. Afirma que o médico é a parte que detém melhores condições de comprovar se agiu corretamente (sem culpa), pois os fatos objetos de prova ocorreram, em geral, no centro cirúrgico, no qual só estavam presentes médicos, enfermeiros, instrumentistas, anestesistas (e o paciente desacordado). E ainda, como bem acrescentou o autor, “... adiciona-se a natural complexidade do tema probatório, relacionando-se às tergiversantes reações do corpo humano às agressões cirúrgicas ou aos efeitos dos poderosos fármacos ministrados ao paciente”¹¹⁵. Portanto, a inversão da carga probatória é uma forma de tornar a pretensão da parte (paciente que sofreu algum dano) passível de tutela jurisdicional.

¹¹⁴ Nas palavras de GIDI: “Se trata de una norma innovadora, un instrumento de igualdad procesal, importante en los casos donde existe ‘asimetría de informaciones’ entre las partes (una parte cuenta con más informaciones que la otra), como por ejemplo, en los casos de protección al consumidor y al medio ambiente. Esa técnica merece ser también adoptada en proceso civil individual. Se trata de un instrumento muy poderoso, que debe ser utilizado con cautela por parte del juez iberoamericano”. GIDI, A. *Notas críticas al anteproyecto*. In: **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para iberoamérica**. México: Editorial Porrúa, 2003. p. 408.

¹¹⁵ Em outra passagem o autor acrescenta que: “As tendências atuais procuram se afastar de critérios arbitrários e subdistinções apriorísticas. Torna-se importante situar em um primeiro plano o caso concreto. É preciso levar em conta a posição que o sujeito-parte tem a respeito do efeito jurídico pedido. A regra processual não é absoluta e comporta exceções, à vista do direito material aplicável e da pretensão da parte”. KFOURI, M. N. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 52-53.

Uma vez que sem tal instituto não seria possível ter garantido o acesso à justiça, devido processo legal, igualdade processual, contraditório, pois a mesma ingressaria no Judiciário, mas não teria como demonstrar a culpa do médico (numa demanda que se discute o erro médico, por exemplo).

Em relação ao dano ambiental difuso, há autores¹¹⁶ que defendem a inversão da tradicional atribuição probatória nos moldes do anteprojeto de código modelo de processos coletivos para ibero-américa e da teoria de BENTHAM. SILVEIRA¹¹⁷ disserta que a prova do nexa causal é extremamente difícil e onerosa para a vítima interessada na reparação ou impedimento do dano ambiental¹¹⁸. Já o para o poluidor essa demonstração é plausível, pois possui melhores informações e condições técnicas de instrução probatória (para mostrar que a atividade não gera o dano alegado). Desta feita, segundo o ambientalista, a inversão do ônus da prova além de possibilitar ações contra dano ambiental também é medida que beneficia a toda sociedade em razão das proporções do dano e das dificuldades em repará-lo¹¹⁹.

Pelos pensamentos dos autores acima postos percebe-se uma nítida preocupação em adequar o processo civil as necessidades precípua de direito substancial. O deslocamento do tradicional ônus da prova é uma exceção que se faz imprescindível à tutela do direito, mas não somente utilizado-o em relação às demandas coletiva ou ambiental. Deve-se fazer a alteração da carga probatória quando o direito material carecer de tal instrumento¹²⁰.

¹¹⁶ A esse respeito: SILVEIRA, C. E. M. op. cit. p. 27 et seq.; LEITE, J. R. M. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000. p. 193 et seq. CAPPELLI, S. *Ação civil pública ambiental: a experiência brasileira, análise de jurisprudência*. **Revista Direito Ambiental**. São Paulo, nº 33, jan./mar., 2004. p.188 et seq. (a autora defende a inversão na hipossuficiência, requisito trilhado no Código de Defesa do Consumidor – art. 6º, VIII). BENJAMIN, A. H. V. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, nº 9, jan./mar., 1998. p. 20-21, este ambientalista defende a inversão da carga probatória como forma de superar obstáculos para uma efetiva tutela ambiental.

¹¹⁷ SILVEIRA, C. E. M. op. cit. p. 27 et seq.

¹¹⁸ Nesse sentido verificar: SILVA, J. A. *Direito Ambiental Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 312-313.

¹¹⁹ SILVEIRA ainda coloca em outra passagem que o exercício do direito ao meio ambiente hígido não é efetivo face ao direito processual, pois este não atente ao coadunado pelo direito material. A imputação da carga probatória às vítimas do dano ambiental é uma “irresponsabilidade organizada”. Isso porque uma das características do dano ambiental é que os danos já ocorrem quando são claros; a outra é a complexidade da prova do dano por parte dos demandantes e sua relativa facilidade para o pólo passivo da demanda ambiental. SILVEIRA, C. E. M. op. cit. p. 27-30.

¹²⁰ MARINONI afirma que: “Se não é possível ao legislador afirmar, como se estivesse tratando de situações uniformes, que o juiz deve sempre aplicar a regra do ônus da prova, também não lhe é possível dizer que apenas uma ou outra situação de direito material pode permitir a sua

4.3 Inversão do ônus da prova com base em presunções

Em linhas gerais, a presunção é um raciocínio lógico a partir da verificação de certos fatos para chegar-se a conclusão pela existência de outros. Pode ser proveniente da lei (*praesumptiones iuris*) ou de máximas da experiência (*praesumptiones hominis*).

As presunções dividem-se em duas categorias em razão das suas origens. Aquela instituída por lei é a legal; a oriunda de apreensões do cotidiano é a judicial ou simples.

Os próximos itens analisarão a questão da mudança do regime de ônus probatório e a figura jurídica das presunções.

4.3.1 Presunção simples

O indício é um fato secundário, externo ao tema da demanda, mas através dele, o juiz raciocina presuntivamente (com auxílio de máximas da experiência), e retira do mesmo a existência fato que é objeto do litígio. O fato externo a causa de pedir tem íntima relação com a questão posta para a análise judicial.

O conceito de indício (fato indireto)¹²¹ contrasta-se com o de fatos diretos. Estes são os que se relacionam diretamente com o objeto da causa. São em geral as alegações feitas na petição inicial e na defesa, que têm por finalidade primordial a elucidação de qual parte está com a razão.

A presunção simples ou *hominis* é resultado do raciocínio lógico do juiz¹²², o mesmo conclui que o fato indiciário (externo a causa) interfere na existência de um outro fato (objeto fático da lide). E, por conseguinte, o indício deverá ser objeto de prova (prova indiciária); já as presunções simples não são objeto de prova, são a

inversão. É claro que tal inversão pode ser prevista para determinadas situações – como acontece com as relações de consumo –, mas não é certo concluir que a ausência de expressa previsão legal possa excluir a atuação judicial em todas as outras”. MARINONI, L. G. *Formação...* op. cit. p. 9.

¹²¹ No Código de Processo Penal encontramos o conceito de indício, art. 239, “Considera-se indício a circunstancia conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

¹²² TARUFFO afirma que o raciocínio lógico do juiz dá-se segundo regras de experiência (comum e/ou técnicas). TARUFFO, M. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Ibej, 2001. Nesse sentido, também, LEONARDO, R. X. *Imposição...* op. cit. p. 231.

conclusão, o raciocínio. BARBOSA MOREIRA, explica tal situação claramente: “Nessas circunstâncias, nada mais razoável que valer-se o juiz do conhecimento adquirido sobre o fato x para tirar suas conclusões a respeito do fato y. (...) o juiz presume que ocorreu o fato y porque sabe que ocorreu o fato x, e sabe também que a ocorrência de um implica, necessária ou normalmente, a ocorrência do outro”.¹²³ O fato secundário é consequência natural da existência do fato primário, isto é denominado de presunções judiciais ou simples.

Portanto, fato indiciário é o fato que não tem ligação com as afirmações postas pelas partes (é externo ao litígio), mas é utilizado para formar o convencimento do magistrado. Através dos indícios, o juiz raciocinará indutiva e dedutivamente para estabelecer como os mesmos correlacionam-se com as afirmações ligadas diretamente à causa de pedir (fatos diretos).

É necessário, ainda acrescentar, que o fato indiciário não precisa ser alegado pelas partes. Mesmo que não haja afirmação anterior, o indício pode ser objeto de prova. Isso porque, tem por escopo esclarecer se a afirmação de fato direto é verdadeira ou não. Desta feita, se o indício não foi alegado, não é questão controvertida nos autos. O sujeito processual que pretenda utilizar-se da presunção simples, deverá produzir prova disso, com o intuito de levar o magistrado à conclusão de que o fato primário também se configurou¹²⁴.

Há casos de direito material que são de difícil solução, pois a prova do fato constitutivo é difícil ou impossível de ser realizada pelo autor (o julgador deve se contentar com a formação de convicção de verossimilhança). Se face à ausência de provas concludentes, e diante de indício¹²⁵, que forme a “prova mínima”¹²⁶ (em

¹²³ MOREIRA, J. C. B. *As presunções e as provas*. In: **Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 57.

¹²⁴ Nesse sentido, ARENHART, S. C. *Perfis...* op. cit. p. 267.

¹²⁵ As presunções judiciais facilitarão a instrução probatória, simplificando os elementos fáticos imprescindíveis para ter comprovado o direito.

¹²⁶ O juiz estará diante da verossimilhança do fato alegado, plausibilidade de que tal afirmação ocorreu no mundo fático. WATANABE, discorrendo sobre o Código de Defesa do Consumidor, explicou que verossimilhança é a situação em que “... o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com fase em máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos, e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou o pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário”. Porém, discorda o jurista que a verossimilhança seja um requisito para inversão da carga probante. GRINOVER, A. P. [et al.]. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 733.

benefício de uma das partes), poderá o juiz alterar o regime de distribuição do ônus da prova, determinando a demonstração pela parte contrária, que não restou configurado o direito constitutivo do autor (prova extraordinária) e ainda que ocorreram fatos impeditivos, modificativos e extintivos (prova ordinária)¹²⁷. Ou, há demonstração da probabilidade de existência do fato principal (por via do raciocínio presuntivo, o juiz estabelece pertinência lógica entre o fato externo a causa – indício – e fato presumido), o magistrado poderá desonerar a parte, que segundo art. 333 do CPC, tinha o encargo de comprová-lo; incumbindo a parte contrária de fazê-lo¹²⁸.

Entretanto há posição contrária a exposta. LEONARDO¹²⁹ assevera que as presunções simples não têm relação íntima com a atribuição do ônus probatório. Isso porque, em geral, elas se dirigem a valoração da prova.

4.3.2 Presunções legais

As *praesumptiones iuris* dão-se pela utilização do critério legal para a aferição do fato conhecido e o presumido. O raciocínio presuntivo não é elaborado pelo magistrado numa certa demanda, mas pelo legislador. Divide-se em presunções legais absolutas (*praesumptiones iuris tantum*) e presunções legais relativas (*praesumptiones iuris et de iure*)¹³⁰.

4.3.2.1 Presunção legal absoluta

As presunções absolutas são instituídas pelo legislador, este faz a ligação entre

¹²⁷ A partir da lição de ARENHART a respeito da possibilidade de inversão do ônus da prova na ação inibitória, entende-se cabível o uso da inversão diante de indícios. ARENHART, S. C. *Perfis...* op. cit. p. 290.

¹²⁸ A respeito, ARENHART, S. C. *Perfis...* op. cit. p. 284. Também defende a alteração do ônus da prova por meio das presunções judiciais: MIRANDA, C. P. U. *Indícios e presunções como meio de prova. Revista de Processo*, São Paulo, nº 37, jan./mar., 1985 p. 52-67.

¹²⁹ Ainda se nota outra passagem do autor que discorda do posicionamento de que por meio das presunções simples pode-se alterar a distribuição do ônus probatório: "Quando se diz que por meio de um fato pode-se presumir outro, em outras palavras, diz-se que já existe prova suficiente do fato presumido, a menos que nova prova, em sentido contrário, venha a destruir essa conclusão". LEONARDO, R. X. *Imposição...* op. cit. p. 234-235.

¹³⁰ A divisão das presunções adotada na pesquisa é a mesma de BARBOSA MOREIRA e DINAMARCO: MOREIRA, J. C. B. *As presunções...* op. cit. p. 55; DINAMARCO, C. R. op. cit. p. 116. Todavia, há posição distinta. LEONARDO afirma existir três aspectos de presunções legais, além das absolutas e relativas, ainda acrescenta as mistas. LEONARDO, R. X. *Imposição...* p. 235.

o fato indiciário e o principal. Não são passíveis de questionamento, em razão de uma realidade, que se mostre contrária (não admitem prova em contrário)¹³¹.

A presunção *iuris et de iure* não se relaciona com o tema da prova. Os fatos presumidos por ela são fatos irrelevantes do ponto de vista substancial, não necessitam ser provados e também não são tidos como objeto de prova¹³².

Até mesmo o caderno processual em seu art. 334, inc. IV¹³³, afirma que não dependem de prova os fatos dotados de presunção legal de existência ou de veracidade.

Diante dessa impossibilidade de discussão sobre a prova, as presunções legais absolutas não são passíveis de inversão do ônus da prova¹³⁴. Todavia, há autores defendem que há inversão do ônus da prova diante deste tipo de presunção¹³⁵.

4.3.2.2 Presunção legal relativa

As presunções legais relativas dispensam a prova do fato alegado, mas diante de prova em contrário podem se desfazer. A parte beneficiada por essa modalidade de presunção, não precisa demonstrar o fato presumido, cabe a parte contrária comprovar que o mesmo não se configurou. A prova do fato principal é presumida por lei, com isso, a parte interessada não precisa demonstrá-la; desta feita, altera-se o ônus da prova¹³⁶, suportando o réu com a prova de fato contrário¹³⁷.

¹³¹ Sobre o assunto: DINAMARCO, C. R. op. cit. p. 116 et seq.; MOREIRA, J. C. B. *As presunções...* op. cit. p. 64 et seq.; COUTURE, E. J. op. cit. p. 226 et seq.; ALMEIDA, F. R. C.; TALAMINI, E.; WAMBIER, L. R. op. cit. p. 433.

¹³² MOREIRA, J. C. B. *As presunções...* op. cit. p. 67.

¹³³ Art. 334, IV, CPC: "Não dependem de prova os fatos: (...) IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade".

¹³⁴ A respeito da impossibilidade de inversão do *onus probandi*, nas presunções *iuris et de iure*: "As presunções absolutas não são fenômenos de inversão da prova..." DINAMARCO, C. R. op. cit. p. 78; "Já a presunção absoluta *nada tem que ver com o processo*: a sua relevância manifesta-se no plano do direito *material*". MOREIRA, J. C. B. *As presunções...* op. cit. p. 64.

¹³⁵ Nesse sentido, LEONARDO, R. X. *Imposição...* op. cit. p. 245. SANSONE, P. D. *A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, nº 40, out./dez., 2001. p. 136-137.

¹³⁶ ABELHA acredita que as espécies de presunções legais (absoluta e relativa) não ensejam inversão do ônus da prova: "Não há aqui, como querem e dizem muitos, nenhuma técnica de 'inversão do ônus probatório', senão porque a situação presumida está 'provada' pelo legislador..." RODRIGUES, M. A. *Breves...* op. cit. p. 166.

¹³⁷ DINAMARCO exemplifica essa questão: "Se sou comprovadamente dono de um terreno e alego que são minhas e feitas às minhas custas as plantações ali existentes, essa minha alegação independe de prova (está fora do objeto desta) porque o art. 1253 do CC manda que se presuma

BARBOSA MOREIRA¹³⁸, LEONARDO¹³⁹, DINAMARCO¹⁴⁰ concordam com o pensamento acima esboçado. As presunções legais relativas alteram a atribuição do ônus da prova do art. 333 do CPC, visto que esta modalidade de presunção favorece uma parte em proveito da outra, no tocante a instrução probatória.

ARENHART e MARINONI¹⁴¹ ao tratar desse tema afirmam que as presunções relativas ensejam prova em contrário pela parte que tradicionalmente não teria o encargo de fazê-la (art. 333 do CPC). Essas presunções, portanto, determinam certa consequência jurídica no caso de ausência de provas em contrário pelo fato presumido. Os autores ainda acrescentam que o motivo de tal distribuição é a facilitação da prova.

4.4 A teoria de G. WALTER

A teoria de redução do módulo da prova surgiu na Alemanha, tem como seu maior expoente WALTER¹⁴². Segundo essa teoria haveria uma redução no módulo probatório em razão de alguma situação de direito material, que se configurasse de difícil ou impossível demonstração, julgando-se o feito com convicção de verossimilhança ou verossimilhança suficiente. Ou ainda, a redução se daria pelo uso de presunções simples para a formação do convencimento judicial¹⁴³.

Porém alerta que os casos de redução do módulo da prova devem ser utilizados diante de certas exigências do caso concreto, não devem ser aplicadas indiscriminadamente. É uma via de exceção, a qual tem como escopo possibilitar tutela do direito.

verdadeira; mas o meu adversário, se alegar que tais plantações são suas e não minhas, tem a faculdade e o ônus de provar que foi ele quem as fez, à sua custa. O objeto da prova já não é o mesmo, pois agora se trata de provar o que ele alegou e não o que aleguei eu. O ônus dessa prova não é meu, mas dele – e daí a inversão do *onus probandi*, que passa por essas necessárias etapas sistemáticas”. DINAMARCO, C. R. op. cit. p. 119-120.

¹³⁸ MOREIRA, J. C. B. *As presunções...* op. cit. p. 61.

¹³⁹ LEONARDO, R. X. *Imposição...* op. cit. p. 245.

¹⁴⁰ DINAMARCO, C. R. op. cit. p. 119.

¹⁴¹ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 171, 177.

¹⁴² “... el módulo de la prueba se redujo en caso de dificultad de prueba”. WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límite del libre convencimiento judicial*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis, 1985. p. 172

¹⁴³ Dissertando a respeito das presunções judiciais WALTER afirmou: “Mas al hacer esto, se saca esa prueba de su campo de aplicación propio, la tipicidad, para transformarla en una prueba por presunción simple ‘individual’, a fin de justificar la reducción del módulo también en el caso concreto atípico”. WALTER, G. op. cit. p. 175.

Convicção de verossimilhança significa o julgamento com base em probabilidade. Esse tipo de decisão é próprio da tutela antecipada e da tutela cautelar, segundo o qual o juiz dá o provimento antecipatório ou cautelar, em conformidade com aquilo que lhe parece provável, sem haver a ampla produção das provas ou do contraditório. Já a convicção de verdade é aquela formada pelo magistrado após a instrução probatória, típico da tutela de cognição exauriente¹⁴⁴. Porém, há casos concretos, os quais há dificuldade ou impossibilidade probatória (redução das exigências da prova¹⁴⁵), no qual o juiz deve julgar com base em verossimilhança¹⁴⁶.

WALTER coloca que o uso de presunções judiciais¹⁴⁷ é um modo de facilitação da prova. São instrumentos que auxiliam a formação da convicção do juiz diante da dificuldade instrutória, visando tutelar a justiça e equidade num caso concreto¹⁴⁸.

O autor alemão ainda defende que é possível a inversão do ônus da prova em certos casos excepcionais e limitados, como por exemplo, responsabilidade do produtor, pois a aplicação da regra tradicional causaria injustiças¹⁴⁹.

Em seu livro, WALTER aponta uma série de casos práticos¹⁵⁰ a respeito do uso de presunções simples, da redução do módulo da prova, inversão da carga probatória, dentre outros se pode citar: acidente de trabalho, lesões pré-natais, seguro de carro, responsabilidade objetiva.

¹⁴⁴ A respeito de cognição verificar. ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 94-120.

¹⁴⁵ RAMIREZ também vê a possibilidade de redução das exigências de prova diante de situações do caso concreto. Nas palavras do autor: "Certamente que, em determinados casos e situações, o ônus da prova pode ser suavizado, devendo ser levados em conta inúmeros fatores (econômicos, culturais, etc.), além de ser necessário se auferir o 'valor' do bem objeto de discussão entre as partes". RAMIRES, L. H. D. op. cit. p. 46.

¹⁴⁶ Sobre isso ver: ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 132.

¹⁴⁷ "Es evidente que el empleo de la prueba por presunción simple sirve efectivamente para reducir requisitos de prueba". WALTER, G. op. cit. p. 204.

¹⁴⁸ "... facilidades de prueba son soluciones de emergencia, o sea excepciones para poner remedio a la dificultad de aducir la prueba que atraviesa alguien sobre quien pesa la producción de la prueba, o para hacer triunfar la justicia o la equidad". WALTER, G. op. cit. p. 205.

¹⁴⁹ WALTER tratando da inversão da carga probatória: "... hay unanimidad en que una desviación de la regla fundamental vigente es posible solo emvirtud de valoraciones cuyo fin es realizar, en última instancia, ideales de justicia y equidad (responsabilidad del productor), porque la aplicación ciega de la regla fundamental llevaría a consecuencias injustas." WALTER, G. op. cit. p. 210.

¹⁵⁰ WALTER, G. op. cit. p. 240 et seq.

WALTER ressalta que o uso da modalidade de redução do módulo da prova só pode ser feito diante de situações de direito material, que necessitem de tal medida¹⁵¹.

4.5 Inversão do ônus da prova com base na necessidade de direito material

Como já foi colocado acima há certas situações de direito material nas quais a distribuição da carga probatória positivada no caderno processual não atende ao preceituado por este direito substancial. E dessa forma não garante os princípios de acesso à justiça e o devido processo legal.

Além da inversão pautada na condição de melhor produção da prova (teoria defendida por BENTHAM e pelo anteprojeto de código modelo de processo coletivo), há outros meios de se tutelar adequadamente o direito material: redução das exigências de prova (como preceituado por WALTER), inversão do ônus da prova na audiência preliminar¹⁵², ou ainda, na sentença¹⁵³.

A inversão do ônus da prova em audiência preliminar deve partir do pressuposto de que o réu tem condições de produzir a prova, e o autor não tem meios de produzi-la, diante da especificidade do direito material (por exemplo, dano ambiental). A alteração da atribuição probatória só poderá ocorrer se o réu tem condições de produzir tal prova, sob pena de estar se prejudicando o seu direito de defesa, contraditório, devido processo legal, igualdade. Porém, não cabe nesse tópico tratar disso, pois já foi visto quando se dissertou a respeito da teoria de BENTHAM.

¹⁵¹ “Volvamos a señalar, sin embargos, que esas reducciones lícitas del módulo de prueba son excepciones al principio de que la prueba del un hecho tiene que basarse en una convicción plena. Solo cuando el derecho material lo exija, será lícito derogar esta norma procesal que, en principio, pretende validez general. Vista así, la relación entre regla y excepción es precisamente al revés de lo que algunos autores ‘verosimilistas’ supoen”. WALTER, G. op. cit. p. 259.

¹⁵² Audiência preliminar é o ato processual no qual fundamentalmente define-se os pontos controvertidos da demanda.

¹⁵³ MARINONI foi o jurista que pensou nesta divisão: “... existem três formas para adequadamente atender o direito material diante da fria regra do ônus da prova. A primeira é a de admitir, a partir de dada situação de direito material, o julgamento com base em verossimilhança, isto é, a redução das exigências de prova ou de convicção; a segunda é a da inversão do ônus da prova *na audiência preliminar*; e a terceira é a da inversão do ônus da prova *na sentença*, quando o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança, em face da *inesclarecibilidade da situação fática*”. MARINONI, L. G. *Formação...* op. cit. p. 5-6.

O que interessa aqui é o deslocamento do regime normal de distribuição do ônus da prova que ocorre no momento da sentença. Nessa situação a prova é impossível para ambas as partes, e, o juiz não consegue nem chegar a uma convicção de verossimilhança. Essa hipótese freqüentemente ocorre quando há dano em consequência da violação dos deveres profissionais e normas de segurança (proteção ou prevenção de acidentes)¹⁵⁴. Entretanto o nexo causal entre a violação e o dano é impossível de ser esclarecido¹⁵⁵. O que deverá fazer o magistrado nesse caso, uma vez que não pode se abster de julgar (*non liquet*)? O autor simplesmente deve suportar o encargo da não produção da prova, e ter julgado improcedente o seu pedido? É claro que as respostas dessas questões estão todas nos princípios constitucionais que esse trabalho já relatou. Portanto, para prestação jurisdicional efetiva, deve-se inverter o ônus da prova, para atribuí-lo ao infrator dos deveres profissionais e normas de segurança¹⁵⁶. Como foi claramente explicado por MARINONI¹⁵⁷:

Partindo-se do pressuposto de que aquele que viola uma norma de prevenção ou de proteção aceita o risco de produzir dano, a aceitação desse risco implica, por consequência lógica, em assumir o risco relativo à dificuldade na elucidação da causalidade entre a violação e o dano, ou melhor, em assumir o ônus da prova capaz de esclarecê-la. Vale dizer que, *quando há uma situação de inesclarecibilidade que pode ser imputada ao réu, a sentença deve inverter o ônus da prova*. Nessa hipótese, como não há convicção de verossimilhança, a dúvida tem que ser paga por uma das partes. Mas não há racionalidade em imputá-la ao autor quando o risco da inesclarecibilidade do fato constitutivo é assumido pelo réu.

A alteração no sistema positivo de distribuição da prova é uma medida necessária para tutelar a demandas com base em dano oriundo de infração a deveres profissionais e de segurança, nas quais não são esclarecidas as alegações fáticas. Se fosse atribuído o ônus regular (art. 333 do CPC), a parte autora deveria arcar com a produção da prova, e como esta é impossível, não teria garantido o seu direito. Agora se for invertido, como postulado por ARENHART, MARINONI e WALTER, o demandado terá que arcar com o risco pela infração do dever, e conseqüentemente pela carga probatória.

¹⁵⁴ WALTER dissertou e exemplificou a respeito dessa situação: WALTER, G. op. cit. p. 260 et seq.

¹⁵⁵ ARENHART, S. C.; MARINONI, L. G. *Comentários...* op. cit. p. 183-184.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 184.

¹⁵⁷ MARINONI, L. G. *Formação...* op. cit. p. 7.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. A leitura do Direito Processual deve ser sempre feita à luz da Constituição Federal. Assim, estar-se-á garantindo a adequada e efetiva prestação da tutela jurisdicional, princípios preceituados pela Lei Maior e pelo Estado de Direito.

2. O direito à prova não está expressamente consagrado no texto da Carta Magna. Entretanto decorre de outros princípios constitucionais, como o acesso à justiça, o devido processo legal, contraditório, igualdade.

3. O acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF) deve garantir ao cidadão o direito de recorrer à tutela jurisdicional do Estado, para a solução de algum litígio. Porém, não é simplesmente o direito de ingressar com uma ação, mas também é o direito de adequada assistência judiciária, informação e orientação jurídica, processo justo, participação das partes no processo, celeridade processual, introdução de meios alternativos para solução da controvérsia, dentre outros. Cabe ao legislador, processo civil, órgãos administrativos criar meios adequados para se permitir o acesso à ordem jurídica justa.

4. O princípio da igualdade (art. 5º *caput* e inciso I, CF) almeja primordialmente o tratamento isonômico das partes no processo. O direito à prova por si só não assegura tal fundamento, visto que há obstáculos de ordem econômica, sociais, culturais, que impedem a sua produção.

5. O direito à prova, como corolário de um Direito Constitucional, tem um escopo sócio-político intrínseco. Visa a participação eqüitativa das partes no processo, como também garante que o princípio do contraditório seja efetivado. Porém, em determinadas situações do caso concreto, o direito à prova não atende os princípios constitucionais do acesso à justiça, do devido processo legal, da ação, da defesa, da igualdade, pois a parte não terá como demonstrar o fato alegado. Nesta hipótese, deverá o magistrado inverter o ônus probatório para assegurar os direitos constitucionais acima elencados.

6. O objeto de prova é a alegação de fato, e não propriamente o fato. O fato existe ou não existe, já a alegação pode ser verdadeira ou falsa.

7. A regra do ônus da prova (art. 333 do Código de Processo Civil) é visto sob dois aspectos: subjetivo ou regra de procedimento é a norma de conduta dirigida

às partes; objetivo ou regra de julgamento é a indicação legal do conteúdo da decisão, face ao não esclarecimento dos fatos ou insuficiência de provas. O dispositivo, entretanto, deve ser dirigido a formação do convencimento do julgador (fase esta anterior a sentença).

8. A etapa de formação da convicção judicial o juiz deve ser adequada a cada caso concreto, respeitando-se os limites impostos à demanda, à perquirição instrutória, à convicção.

9. A prova, segundo parte da doutrina, tem como finalidade demonstrar a verdade dos fatos ocorridos. Porém, o conceito de verdade é inatingível, uma vez que cada interpretação do passado será dotada de subjetividade. Ao estudar a questão probatória deve-se sempre ter em mente essa idéia.

10. O juiz tem um papel ativo na produção probatória. Porém, as partes detêm as melhores condições de afirmarem se a prova será útil na formação da convicção, pois vivenciaram o objeto do litígio.

11. Alguns doutrinadores afirmam que o objetivo da instrução probatória é trazer aos autos a verdade dos fatos. Porém, a verdade é inatingível, pois as interpretações dos fatos passados são dotadas de subjetividade. A prova deverá ser sempre analisada a partir dessa impossibilidade de retratar o fato exatamente como ocorrido.

12. A convicção do juiz, mesmo após realizada toda instrução, será de verossimilhança (posto que os fatos podem ter ocorrido de forma diversa da demonstrada). Porém, costuma-se classificar o convencimento do magistrado em: convicção de verdade, depois da ampla produção das provas em juízo; convicção de verossimilhança, quando há limitação nas provas (não há participação plena das partes ou produção completa das provas).

13. Ao final do processo, a verossimilhança suficiente não é regra (como por exemplo, na antecipação de tutela), é exceção. Há os casos concretos, nos quais, seja em virtude da própria natureza do direito em litígio ou da dificuldade probatória, há necessidade de valer-se da convicção de verossimilhança para julgar.

14. O acordo entre as partes pode propiciar a alteração no sistema positivo de distribuição probatória. Entretanto, deverá se observar às limitações impostas pelo parágrafo único do art. 333 do CPC (tratar de direito indisponível; excessiva dificuldade de produção da prova pela parte que ficou incumbida de prestá-la).

15. A inversão do ônus da prova pode se dar em razão das suas condições de produção. A parte que tiver melhores condições de produzi-la, deverá prestá-la, mesmo que a disposição positiva seja de outra maneira. Nesse diapasão deve-se observar que a prova do fato em conflito faz-se extremamente difícil para uma parte, e para a outra se vislumbra certa facilidade em produzi-la. Além disso, cabe ressaltar que essa regra configura uma exceção, a qual deverá ser analisada em cada caso concreto.

16. O anteprojeto do código modelo de processos coletivos para ibero-américa (art. 12) inovará o ordenamento jurídico brasileiro. Assegura a produção probatória para a parte que detenha melhores condições (técnica ou especial) ou facilidade em fazê-la. Assim inverte a distribuição da carga probante tradicional, atribuída pelo Código de Processo Civil (art. 333).

17. A partir do fato indireto o juiz raciocinará indutiva e dedutivamente para estabelecer relações com as afirmações ligadas diretamente à causa de pedir. Esse raciocínio é chamado de presunção.

18. As presunções são de duas categorias. As presunções simples são aquelas oriundas de máxima da experiência; já as presunções legais são originárias da lei. As últimas ainda podem ser divididas em presunções legais absolutas e presunções legais relativas.

19. As presunções simples dão ensejo à inversão do ônus da prova. Isso porque diante da real dificuldade de se provar o fato principal e conseqüente demonstração do indício, o juiz convencê-se da verossimilhança da alegação, desonerando a parte, que tinha, segundo art. 333 do CPC, a incumbência de provar; e ainda impõem à parte contrária o dever fazer prova do fato ordinário e do extraordinário, invertendo-se, por conseguinte o ônus da prova.

20. As presunções legais de ordem absoluta não propiciam a inversão do ônus probatório, porque não admitem prova em contrário, formam uma verdadeira ficção legal. Já as presunções legais relativas proporcionam a inversão do regime positivo de ônus da prova, uma vez que o beneficiário dessa presunção não precisará provar o fato presumido, já o outro sujeito processual deverá provar fato contrário, se não desejar ver o primeiro beneficiado pela presunção relativa.

21. O convencimento judicial não deve ser unitário para todas as situações de direito material. Muitas vezes o caso concreto não proporciona um devido

esclarecimento do que ocorreu realmente, ou a prova das afirmações é impossível de ser realizada. Diante disso o juiz deve valer-se do “*módulo de convencimento próprio a uma específica situação de direito material*”, e tomar as seguintes atitudes: reduzir as exigências de prova; inverter o ônus da prova na audiência preliminar; ou inverter a carga probatória na sentença.

22. O instituto de inversão do ônus da prova é uma técnica para proporcionar a adequada tutela dos direitos. Em certas situações de direito material a parte não tem como demonstrar o fato alegado, e sem a inversão, não terá efetivo acesso à justiça, devido processo legal, contraditório, igualdade.

23. Também, com a inversão garante-se a igualdade prevista no direito material, a qual não é respeitada pelo procedimento ordinário, repartindo de maneira justa os riscos do processo e os ônus da instrução.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. *Do ônus da prova*. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 71, jul./set. 1993, p. 46-63.

_____; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2005. v. 3. p. 427-449.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2001. v. 2. p. 439-453; 475-485.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Código de processo civil reformado*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 102-134.

ALVIM, Teresa Arruda. *Reflexões sobre o ônus da prova*. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 76, out./dez., 1994. p. 141-145.

ARAÚJO, José Renato de Campos; LIMA, Fernão Dias de; SADEK, Maria Tereza. *O judiciário e a prestação de justiça*. In: **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001. p. 13-41.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: RT, 2003. p. 226-292.

_____. *A verdade substancial*. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, v. 3, p. 685-695. jan./abr. 1996.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: RT. v. 5, tomo I, 2005.

BACHMAIER, Lorena. *Apuntes sobre cuestiones concretas del anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para iberoamérica*. In: **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homegêneos: hacia un código modelo para iberoamérica**. México: Editorial Porrúa, 2003. p. 345-369.

BENJAMIN, Antonio Herman V. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo, nº 9, jan./mar., 1998. p. 53- 52.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional a prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001.

_____. *Coisa julgada 'secundum eventum protationis'*. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 109, jan./mar., 2003, p. 71-96.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CAPPELLI, Silvia. *Ação civil pública ambiental: a experiência brasileira, análise de jurisprudência*. **Revista Direito Ambiental**. São Paulo, nº 33, jan./mar., 2004. p. 173-197.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova Civil*. Tradução: Amilcare Carletti. São Paulo: Leud. 2003.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 347-351.

CLARO, Roberto Del. *Devido processo legal direito fundamental, princípio constitucional, cláusula aberta*. **Revista do IAP**. Curitiba, nº 33, dez., 2004. p. 39-65.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 17ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1993. p. 148-161; 215-276.

DIAS, Jean Carlos. *A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil*. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 107, jul./set., 2002. p. 86-96.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. v. 3, p. 30-125.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Os reflexos do tempo no Direito Processual Civil: uma breve análise da qualidade temporal do processo civil brasileiro e europeu*. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo, v. 4, nº 1, jan./jun. 2003, p. 59/79.

GIDI, Antonio. *Notas críticas al anteproyecto*. In: **La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homegêneos: hacia un código modelo para iberoamérica**. México: Editorial Porrúa, 2003. p. 405-420.

GRINOVER, Ada Pellegrini...[et al.] *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 1041-1061.

_____. _____. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 116-137, 722-737.

KARAM, Munir. *Ônus da prova*. **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**. Curitiba, nº 21, jul./set. 1980, p. 17-79.

_____. *Ônus da prova: noções fundamentais*. **Revista da Associação dos Magistrados do Paraná**. Curitiba, nº 14, out./dez. 1978, p. 40-59.

KFOURI, Miguel Neto. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002. p. 41-146.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000. p. 182-214.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *O conceito de prova e a noção de objeto de prova: considerações a respeito dos juízos de fato no processo civil*. **Genesis Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba, v. 15, p. 95-106, jan./mar. 2000.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002. p. 19-83.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de caso concreto*. Disponível na Internet: <<http://www.professormarinoni.com.br>>. Acesso em: 10 de agosto de 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *O anteprojeto de código-modelo de processos coletivos para os países ibero-americanos e a legislação brasileira*. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 29, nº 117, set./out., 2004. p. 109-128.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Atica, 1961. p. 531-550.

MICHELI, Gian Antonio. *Teoria Geral da Prova*. Tradução: Arruda Alvim. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 3, jul./set., 1976. p. 161-168.

_____; TARUFFO, Michele. *A prova*. Tradução: Tereza Arruda Alvim. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 16, out./dez., 1979, p. 155-168.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Indícios e presunções como meio de prova*. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 37, jan./mar., 1985 p. 52-67.

MONNERAT, Carlos Fonseca. *Momento da ciência aos sujeitos da relação processual de que a inversão do ônus da prova pode ocorrer*. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 113, jan./fev., 2004. p. 77-87.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 48-55, 100-106.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As presunções e as provas*. In: **Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71.

_____. *O juiz e a prova*. **Revista de Processo**. São Paulo, nº 35, abr./jun., 1984. p. 178-184.

_____. *Por um processo socialmente efetivo*. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, set./out., 1999. p.

MÜLLER, Julio Guilherme. *Direitos fundamentais processuais*. Curitiba, 2004. 248 f. Dissertação (Mestrado em Processo Civil) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

NERY, Nelson Jr. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1997.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 722-726.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2001.

RAMIRES, Luciano Henrique Diniz. *As provas como instrumento de efetividade do processo civil*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2º v., 2000. p. 167-192.

_____. *Breves considerações sobre a prova nas demandas coletivas ambientais*. In: **Aspectos processuais do direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 146-200.

SANSONE, Priscila David. *A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil*. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, nº 40, out./dez., 2001. p. 127-169.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1973. p. 293-304.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 312-317.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2003. v. 1, p. 335-359.

SILVEIRA, Carlos Eduardo Malinverni da. *A inversão do ônus da prova na reparação do dano ambiental*. In: **Aspectos processuais de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 18-43.

TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba: Ibej, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. TUCCI, Rogéria Lauria. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. In: **Devido processo legal e tutela jurisdicional**. RT: São Paulo, 1993. p. 99-107.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límite del libre convencimiento judicial*. Tradução de Tomás Banzhaf. Bogotá: Editorial Temis, 1985.

ZOLANDECK, João Carlos Adalberto. *Ônus da prova: no direito processual constitucional civil e no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 2005.

www.stj.gov.br