

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Simone Letícia Severo e Sousa, Pedro Augusto Gravatá Nicoli – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-130-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

No volume ora apresentado, os artigos produzidos para o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido em Belo Horizonte em novembro de 2015, constituem um testemunho histórico do atual momento do processo e da jurisdição no Brasil e em escala global. Seja como técnica, campo do saber jurídico, zona de vivências e arena para o entrecruzamento de demandas sociais das mais variadas ordens, o processo foi problematizado à luz de uma premissa que emerge do conjunto dos textos: a ideia de acesso efetivo à justiça. Tal acesso, aqui, é tomado de forma materializada, em seu sentido substancial, reconectando a dimensão jurídico-processual com seus fins últimos e com os caminhos (e descaminhos) de seu alcance. Como instrumento de realização de direitos e garantias fundamentais, resulta da leitura dos textos uma reinvenção necessária dos sentidos últimos do processo.

Para tanto, a dimensão principiológica do processo é compreendida como repositório dos valores mais caros à realização da justiça, não apenas como idealidade, mas como concretude no e pelo processo. A ocasião da edição do novo Código de Processo Civil brasileiro torna ainda mais oportuno o momento reflexivo e convida a situar o processo numa crise estabelecida na função jurisdicional. O alto índice de litigiosidade, o congestionamento processual e os entraves materiais e formais a uma prestação de mérito e exequível tornam tal retomada de fundamentos uma necessidade premente. E, diante dessas condições, a criatividade das análises produzidas sinaliza possíveis rotas de avanços.

É o caso do conjunto de reflexões em torno da ideia de cooperação processual. Concebida como medida de racionalização sistêmica do processo (e não como quimera a sublimar os conflitos e desconsiderar a posicionalidade das partes), a cooperação desenha seus conteúdos concretos, em deveres das partes, de seus representantes e do juiz. O imperativo constitucional da razoável duração do processo, consectário processual da ideia de justiça em si, torna as análises das formas jurídicas de cooperação, mais uma vez, uma necessidade. Talvez se desenhe ali um efetivo princípio jurídico, a contar das proposições de alguns dos trabalhos deste volume, em reconhecimento a uma densidade normativa própria, um dever de cooperar. O caráter adversarial do processo, contudo, não é pura e simplesmente mascarado, mas se faz acompanhar de um dever de lealdade processual que se engaje, em suas dimensões sistêmicas, com a própria realização da justiça.

É o mesmo cenário a alimentar a rica reflexão em torno das demandas repetitivas, da coletivização do processo e da expansão das possibilidades de precedentes judiciais. Aqui, a jurisdição é instada a um exercício de autoanálise que exponha cruamente as arestas da idealização de um livre convencimento motivado em isolamento, como espaço mítico de redenção jurídico-processual. A percepção de que as decisões judiciais interagem de maneira permanente e dão corpo à jurisdição como exercício, invariavelmente supera a imagem de um julgador isolado na prática de função meramente técnica.

A figura do juiz, aliás, merece espaço destacado nos textos produzidos. Submetida ao conjunto das análises constitucionais e políticas que as últimas décadas legaram, a função jurisdicional é posicionada de maneira crítica nas matrizes do Estado Democrático de Direito. Poderes e prerrogativas na condução do processo são recolocados em interação com seus sentidos materiais. As complexidades de um itinerário simplificador que move o juiz de um autômato técnico a um ativista processual são desnudadas, instando o processo a compreender melhor a posição de um de seus atores determinantes. E compreendê-la de forma mais democrática, sensível a impactos sistêmicos, ciente de limitações e propositiva.

O quadro se completa com análises concretas de momentos processuais chave. A execução e o alcance patrimonial ganham uma centralidade na reflexão que se compatibiliza com a importância concreta que têm.

A conclusão, em resumo, não poderia ser outra. O vigor do processualismo brasileiro mesmo diante de um quadro aterrador de crise na entrega da prestação jurisdicional (ou até mesmo por ele) se renova. O conjunto dos artigos aqui apresentados é prova da necessidade de difusão do engajamento da reflexão jurídico processual para que, como propôs Amartya Sen, se possam remover injustiças concretas e diárias. Para que se chegue a um processo que contribua para a superação dos privilégios, da desigualdade, que se compreenda criticamente e se alimente, quase que de maneira obcecada, sua razão de ser: o acesso material, integralizado, maximizado à justiça.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Pedro Augusto Gravatá Nicoli

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Concluiu Pós-Doutorado (2015) junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com bolsa

CAPES/PNPD. Esteve em temporada de pesquisas junto ao Collège de France, como parte de um programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior, com bolsa da CAPES. Foi pesquisador visitante na Organização Internacional do Trabalho, no Instituto de Estudos Avançados de Nantes e na Universidade de Estrasburgo.

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Pós-Doutora em Direito pela UFSC; Doutora em Direito pela UFPR; Advogada e Professora Universitária; Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande RS; Professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público POA-RS.

Profa. Dra. Simone Letícia Severo e Sousa

Possui graduação em Letras pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (1997), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (2000). Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil (2001). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca (2003). Foi professora no curso de Direito FADIPA-UNIPAM (2001-2008). Doutora em Direito Público. Foi professora substituta do curso de Direito da UFMG (2008). Atualmente é coordenadora do curso de Direito da Unifenas/BH Universidade José do Rosário Vellano. Coordenadora do Curso de pós-graduação (lato sensu) Novas tendências do Direito Civil e do Direito Processual Civil (Unifenas BH).

O ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES COLETIVAS: ASPECTOS RELEVANTES E CONTROVERTIDOS

THE BURDEN OF PROOF IN COLLECTIVE ACTIONS: RELEVANT AND CONTROVERSIAL ASPECTS

Henrique Cassalho Guimarães

Resumo

O ônus da prova nas ações coletivas é um tema repleto de perplexidades, as quais perfazem o objeto central do vertente estudo. Os dissensos presentes na doutrina e na jurisprudência sobre os institutos da inversão judicial do ônus da prova e da distribuição dinâmica da carga probatória influem diretamente no grau de efetividade das ações coletivas, por conseguinte, repercute amplamente em sociedade. Com vistas a proporcionar uma reflexão crítica sobre tais institutos à luz do constitucionalismo contemporâneo, se propõe, calcado no método analítico, analisar o "onus probandi" nas ações coletivas confrontando fatores como: a legalidade, os poderes da magistratura, o vigente paradigma estatal, o processo constitucionalizado e a função das ações coletivas no atual cenário nacional; análise esta que inarredavelmente conduz à superação do critério estático.

Palavras-chave: Ônus da prova, Ações coletivas, Devido processo legal, Interpretação constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The burden of proof in collective actions is a theme full of the perplexities, that are the central object of the present article. The dissent in the doctrine and jurisprudence about institutes like the judicial reverse of the burden of proof and the dynamic distribution of the burden of proof directly affects in the degree of effectiveness of the collective actions, consequently, generates repercussions in society. Aiming provide a critical reflection about such institutes - in the light of contemporary constitutionalism - intends, based on analytical method, analyze the "onus probandi" in collective actions, confronting factors with: the legality, the judges powers, the current state paradigm, the constitutionalized process and function of collective actions on the national scene. This analysis indicates the overcoming of static criteria.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Burden of proof, Collective actions, Due process of law, Constitutional interpretation

Introdução

As ações coletivas refletem um aprimoramento da atividade jurisdicional, elevando a significância do Direito Processual contemporâneo. Resguardando o ideal constitucional, a tutela de interesses transindividuais compatibiliza-se plenamente com os princípios processuais plasmados na Constituição da República de 1988, em especial o do acesso à justiça, sendo uma resposta satisfatória à atual sociedade de massa face aos interesses que se situam no entremeio do público e do privado.

Perante esses interesses coletivos, pode-se afirmar que o modelo processual liberal de litigância se revela inadequado, posto que exprime uma noção individualista do processo. Na mesma senda, o critério estático de distribuição do ônus da prova¹ aparenta não corresponder à efetividade que se almeja da técnica processual coletiva.

A harmonização dos atos processuais ao vigente paradigma de processo, entretanto, não é uma tarefa simples à luz do constitucionalismo democrático. O confronto entre a vedação do *non liquet* (artigo 5º, inciso XXXV) e a exigência de fundamentação das decisões (artigo 93, inciso IX) retrata tal complexidade, mormente nas causas envolvendo interesses coletivos *lato sensu*, onde a inexistência de respostas pode conduzir a uma atividade jurisdicional iníqua.

A análise da distribuição do ônus da prova neste contexto ganha especial importância. Os institutos da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica da carga probatória, então, sobressaem em evidência, pois são potenciais instrumentos na busca de concreção de direitos coletivos.

Enfrentando as controvérsias existentes sobre a temática, o presente estudo busca, primeiramente, identificar alguns dos fundamentos jurídicos que justificam a inversão do ônus da prova sob a ótica do devido processo legal constitucional.

Posteriormente, serão analisadas as principais polêmicas envolvendo o instituto da inversão do ônus da prova, as quais embora não sejam novas, ainda são atuais, merecendo reflexão.

No momento seguinte analisar-se-á o ônus da prova no novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015 – ocasião em que serão perscrutadas as inovações havidas, bem como sua provável repercussão na esfera das ações coletivas.

¹ Incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; independentemente de haver ou não uma isonomia processual entre as partes.

A partir daí se ingressa no cerne da problemática: a análise do ônus da prova nas ações coletivas vista da perspectiva processual-constitucional. A acuidade dos desafios, nesta etapa, enseja uma interpretação sistemática, onde tem de ser relevados inúmeros fatores intrínsecos ao Estado Democrático de Direito.

Para a condução do vertente artigo adota-se o método analítico, valendo-se das técnicas bibliográfica e documental, enquadrando-se nesta a pesquisa jurisprudencial.

A relevância das questões que orbitam o microsistema processual coletivo é patente. Na proporção da importância da ação coletiva são as controvérsias existentes, o que por um lado é salutar, ao passo que possibilita o debate e consequente aperfeiçoamento de todo o sistema judicial coletivo, porém, de outro, é nefasto, sendo imprescindível a sedimentação de certos institutos para a efetivação dos direitos transindividuais. O estudo do ônus da prova, neste sentido, faz-se impreterível, pois seus rumos são impactantes, afetando frontalmente as relações sociais e a luta por um processo equânime.

1 Fundamentos jurídicos em prol da inversão do ônus da prova

Inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), a inversão do ônus da prova tem por finalidade precípua alcançar um efetivo acesso à justiça, atribuindo ao processo sua intrínseca função: materializar direitos e garantias fundamentais e concretizar o direito material de modo eficiente, consoante os ditames da Constituição da República de 1988 e da legislação infraconstitucional.

Principalmente em decorrência dos notáveis valores do Estado Social, a imprescindibilidade de um real acesso à justiça se tornou marcante. O mero direito de petição, entendido como a possibilidade em abstrato de o jurisdicionado propor ou contestar uma ação judicial, não deve ser considerado para além de uma superfície do princípio do acesso à justiça em seus atuais contornos. Um acesso à justiça qualitativo significa “um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos a todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Por certo que ainda há inúmeros obstáculos a serem superados até que se alcance um efetivo acesso à justiça, mas, sem dúvida, a inversão do ônus da prova em inúmeros casos substancia esse ideal. Em dadas situações, a inversão do ônus da prova é condição essencial para que o jurisdicionado possa materializar o seu direito. Ter direitos e não poder tutelá-los representa o mesmo que não os ter (MARINONI, 2013, p. 197), e o instituto em comento é um instrumento hábil à concretização de direitos transindividuais.

Indissociável a um efetivo acesso à justiça, o modelo substancial de processo também fundamenta o instituto em análise. Destarte, não basta que o ordenamento jurídico afirme uma teórica e abstrata igualdade dos homens diante da lei quando as partes não podem se servir, em *igualdade de condições*, daquele complexo e custoso instrumento de tutela dos direitos que é o processo (CAPPELLETTI, 1974, p. 116).

É cediço que o processo não pode ser tido como um fim em si mesmo, merecendo destaque a concepção de processo como uma instituição instrumentadora e legitimadora da jurisdição, tendo como escopo a promoção da cidadania (LEAL, 2009, p. 37). Em sendo assim, o processo deve ser compreendido teleologicamente, em consonância à célebre lição que atesta que quanto for possível praticamente, deve ele dar a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir (CHIOVENDA, 1998, p. 67).

Consectário do modelo de processo defendido, o princípio da isonomia reflete precisamente o que representa a inversão do ônus da prova. Estabelece o Código de Defesa do Consumidor a inversão do *onus probandi* nas situações de assimetria entre os litigantes, em proveito do consumidor enquanto hipossuficiente (técnico, econômico ou fático) (RAGAZZI; HONESKO; HONESKO, 2010, p. 98) ou em razão da verossimilhança de suas alegações, visando possibilitar um debate processual equilibrado. Assim, as partes antes em situação de desnível com a inversão do ônus da prova passam a se situar em um mesmo plano, em um patamar de igualdade material.

O princípio do contraditório no contemporâneo sistema constitucional de direito processual também corrobora a prerrogativa de inversão do ônus da prova. Superada sua feição tradicional, o contraditório na atualidade deixa de corresponder ao mero direito de bilateralidade. Como bem elucida Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 127):

O contraditório não é o dizer e o contradizer sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo.

Desta feita, a observância ao princípio do contraditório reclama a inversão do ônus da prova em ocasiões em que há uma desigualdade entre os litigantes, sob pena de se ferir a garantia de simétrica paridade às partes perante as relações processuais desniveladas. Logo, uma distribuição equânime do ônus da prova é condição de possibilidade para que as partes possam fazer valer os seus direitos por meio da igualdade processual, o que, impende

destacar, se afere diante das especificidades de cada caso. Sob esses parâmetros, tem-se no contraditório uma garantia de diálogo e de influência.

A tendência à cooperação processual, tal como preceituado no artigo 6º do novo Código de Processo Civil², que se encontra em *vacatio legis*, é outro relevante fundamento em prol do instituto em exame. A inversão do ônus da prova, neste contexto *comparticipativo*, evidencia a satisfação dos deveres de esclarecimento e de assistência, exigindo a atuação da parte que detém maior aptidão para a produção da prova na formação do convencimento do juízo, de modo a dirimir o estado de dúvida existente.

Inobstante haver diversos outros fundamentos que justifiquem o instituto da inversão do ônus da prova, por ora se restringe aos aqui lançados, sendo retomada tal tarefa adiante sob a perspectiva das ações coletivas.

2 Polêmicas envolvendo a inversão do *onus probandi*

A inversão do ônus da prova afeta significativamente as partes do processo, o que se deve por força da vitalidade da incumbência probatória na marcha processual, importância esta projetada nas sinuosas controvérsias nas esferas doutrinária e jurisprudencial acerca da temática.

O momento em que deve ser operada a inversão do *onus probandi* é uma dessas fontes de dissenso. Neste ponto, erigem-se duas grandes correntes: uma defendendo que a inversão deve ser determinada anteriormente à produção da prova, entendendo-a como *regra de instrução*; outra entende que o momento da prolação da sentença ou acórdão é o instante de se aplicar a inversão, tratando-se, pois, de *regra de julgamento*.

De antemão, cumpre advertir que a inversão do ônus da prova apenas tem lugar nos casos em que há dúvida do juízo sobre determinada questão relevante ao deslinde da causa (RAGAZZI; HONESKO; HONESKO, op. cit., p. 99). Deste modo, a repercussão prática da inversão do ônus da prova sempre ocorrerá no instante da decisão. Mas isso não se confunde com que está a se tratar. A controvérsia aqui enfrentada versa sobre o momento em que o juízo deve distribuir o encargo probatório às partes.

A doutrina é bastante dividida sobre o tema³. Os argumentos favoráveis à inversão do ônus da prova como regra de julgamento defendem, em suma, que o instituto da inversão é

² In verbis: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

³ Defendem tratar a inversão do ônus da prova regra de instrução: Hugo Nigro Mazzilli (2013, p. 196); Antônio Gidi (1996, p. 38); Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 134); e Luiz Antônio Rizzatto Nunes (2000, p. 135).

um mecanismo de superação do *non liquet*, o que só se constata no momento da decisão, em que está preclusa a via probatória (NERY JÚNIOR, op. cit., p. 217). É aduzido também que os critérios autorizadores da inversão – verossimilhança ou hipossuficiência – dependem de dilação probatória, prejudicando, portanto, a inversão previamente à instrução. Por fim, há quem entenda que a antecipação da inversão implicaria em um prejulgamento da causa (WATANABE, op. cit., p. 815). As razões pela inversão do ônus da prova como regra de instrução, por sua vez, pautam-se prioritariamente nos princípios do contraditório e da ampla defesa, posição esta que defendemos.

O princípio do contraditório em sua atual vertente garante às partes do processo a possibilidade de influência no provimento jurisdicional que lhes afete, inibindo a denominada *decisão surpresa*⁴. Assim, uma parte que *a priori* não possui o encargo de provar determinado fato, não pode ser surpreendida no momento da decisão, em que lhe é imposto o ônus de comprovar a inexistência de determinado fato alegado pela parte adversa.

Destarte, reservar a inversão do ônus da prova ao momento da prolação da sentença/acórdão representa um cerceamento de defesa, impossibilitando à parte que em seu desfavor ocorreu a inversão de desvencilhar-se de tal incumbência (anteriormente inexistente).

Suscitada tal divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – órgão em que também residia a controvérsia – restou pacificado o entendimento entre a Terceira e a Quarta Turma no julgamento do REsp n. 802.832/MG, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sonseverino, julgado em 13/04/2011, ocasião em que decidiu pela inversão do ônus da prova como regra de instrução:

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

I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (artigos 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (artigo 18 do CDC).

II. Inteligência das regras dos artigos 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC.

III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Noutro norte, entendem como regra de julgamento: Ada Pellegrini Grinover; Kazuo Watanabe (2007, p. 815) Nelson Nery Júnior (1992, p. 217.); e Cândido Rangel Dinamarco (2003, p. 82).

⁴ Sobre o tema, pertinente a menção de que o novo Código de Processo Civil, em estrita consonância ao inciso IX do artigo 93 da Constituição do Brasil, estabelece em seus artigos 7º ao 10 a garantia de influência e não surpresa.

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

V. Previsão nesse sentido do artigo 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

VI. A inversão 'ope judicis' do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente na fase do saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

VII. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turmas desta Corte.

VIII. Recurso especial desprovido.

Todavia, em que pese a unificação da temática pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão que possui a atribuição constitucional de estabilizar a interpretação sobre lei federal, infelizmente persiste a divergência sobre o assunto em outros órgãos do Judiciário⁵.

Outra polêmica envolvendo a inversão do ônus da prova é sobre a existência de discricionariedade judicial na aplicação da inversão. Tal interpretação justifica-se pela dicção do inciso VIII, do artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece como direito básico do consumidor: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, *a critério do juiz*, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (grifo nosso).

Muito se tem dito que a literalidade de tal dispositivo confere ao juiz discricionariedade concernente a aplicação ou não da inversão do *onus probandi*. Noutras palavras, por ser baseada no critério *ope judicis*, a inversão do ônus da prova não representa um direito subjetivo à parte. Desta posição discorda-se veementemente.

A inversão do ônus da prova, como salientado outrora, possui inúmeros outros fundamentos que extrapolam a exegese do citado artigo, de tal forma que se constatado os critérios ensejadores da inversão, é dever do juízo determiná-la, não se tratando, portanto, de uma permissão, mas de uma obrigação incumbida ao magistrado.

É reconhecido que toda a legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que, tal como uma bússola, deve guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica⁶. Destarte, é injustificável defender a inversão do ônus da prova a partir da compreensão subjetiva do juiz da causa, o que se situa à contramão do artigo 5º, inciso XXXII, e artigo 170, inciso V, da Constituição da República de

⁵ Em sentido contrário, por exemplo: TJMG - Agravo de instrumento n. 0775214-31.2014.8.13.0000; TJSP – Agravo de instrumento n. 2045564-46.2015.8.26.0000; TJRS – Apelação cível n. 0215698-67.2014.8.21.7000.

⁶ “A principal manifestação da proeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo” (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 151).

1988. Pouco vale atribuir direitos fundamentais ao consumidor se o meio de concretização desses direitos é condicionado à boa vontade do julgador.

Além do mais, é de se ter sempre em conta que as disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública (artigo 1º), o que significa dizer que são imperativas, indisponíveis e inafastáveis (RAGAZZI; HONESKO; HONESKO, *op. cit.*, p. 30), razão esta que retira do magistrado a discricionariedade quanto à inversão do ônus da prova, impondo-lhe o dever legal de aplicá-la se obedecido os critérios legais.

Ponto que também gera entendimentos diversos é a correlação entre a inversão do ônus da prova e as despesas processuais, principalmente relacionadas à perícia. Rotineiramente, juízes e tribunais impõem que uma das partes custeie prova requerida pela parte adversa, utilizando por fundamento a inversão do ônus da prova.

É de se abalizar neste quadro se o que há é: (i) a imposição de custeio em razão da inversão do ônus da prova; (ii) a faculdade de produção de contraprova em razão da inversão; ou (iii) a inversão dos encargos monetários atinentes à produção da prova.

A primeira opção é a mais desarrazoada. Superada a concepção do processo como relação jurídica preconizada por Oskar Von Bülow (Cf.: 1868), é cediço que os atos processuais não implicam em obrigações, mas sim em faculdades, cujo descumprimento decorrerá em algum ônus processual.

A segunda opção, ao seu turno, é a mais aceita na doutrina e na jurisprudência. Nela se argumenta que não há a obrigação da parte contrária no custeio da prova, o que existe é a inversão do ônus de comprovar o fato controvertido, ou seja, a comprovação do fato que antes incumbia a uma parte é presumida verdadeira, cabendo à parte adversa rechaçar tal presunção. Assim tem julgado o Superior Tribunal de Justiça⁷.

Conquanto seja adequado o raciocínio da opção supra, a nosso ver, também está correta a terceira opção. Apesar de ser uma posição isolada, é a que, por vezes, melhor justifica teoricamente a praxe judicial. Explica-se: não se pode imputar a produção da prova pericial requerida por uma parte à outra por meio da inversão, melhor dizendo, não pode ser atribuído ao réu o dever de comprovar o fato constitutivo do direito do autor, mas sim lhe possibilitado provar a inexistência de tal fato, ou fato impeditivo, modificativo ou extintivo, o que poderia requerer outro tipo de prova, distinto à requerida pelo autor (assim como defendido na segunda opção)⁸.

⁷ REsp 803565/SP; AgRg no REsp 1098876/SP; REsp 774564/SP.

⁸ Ilustrando: Para comprovar o fato constitutivo de seu direito, o autor requer a produção da prova “A”. O juiz não pode compelir o réu a produzir a prova “A”, mas sim oportuniza-lo a produção de prova que evidencie a inexistência do fato constitutivo do autor, que poderá ser a prova “B”.

Assim, se a prova produzida pericialmente for aquela pleiteada pelo autor, ainda que seja custeada pelo réu, não deixa de ser a prova requerida pelo autor. O que ocorreu, então, foi a inversão do encargo monetário. Importante destacar que tal manobra não encontra óbice no ordenamento jurídico consumerista, valendo frisar que o artigo 6º, inciso VIII, refere-se a *facilitação da defesa*, sendo a inversão do ônus da prova uma das hipóteses dessa cláusula aberta, não exaurindo-a. No caso do réu se negar a custear o meio de prova, contudo, será tido como verdadeiro o fato alegado pelo autor objeto da prova pericial.

Reitera-se que a cristalização fática do direito é o escopo da inversão do ônus da prova, como meio de superação do *non liquet*. Assim, diante da hipossuficiência econômica do consumidor é plenamente possível que o juízo inverta o custeio da prova sem inverter o ônus da prova, visando ter a real ciência dos fatos e a fragmentação do estado de dúvida existente.

Essa distinção entre inversão do ônus da prova e custeio da prova não é muito clara na atual sistemática do processo coletivo, porém é bem nítida. O anteprojeto elaborado por Antonio Gidi – *Código de Processo Civil Coletivo: um Modelo para Países de Direito Escrito* – retrata de modo evidente tal diferenciação, dispondo em seu artigo 12 especificamente sobre o custo da prova⁹.

3 Breve análise acerca do ônus da prova no novo Código de Processo Civil

O novo Código de Processo Civil – que passará a vigor a partir de 17 de março de 2016 – institui relevantes alterações no direito probatório. Insta frisar, que várias das inovações havidas deverão ser aplicadas nas ações coletivas, não sendo de se olvidar que o Código de Processo Civil é fonte supletiva do microsistema de processo coletivo (ZAVASCKI, 2014, p. 87), composto principalmente pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública.

Merece menção, ainda, que o novo Código Processual Civil há de ser interpretado enquanto sistema que é, de forma que suas normas principiológicas são uma tessitura que deverá ser refletida na aplicação de cada um de seus dispositivos. Neste sentido, é inolvidável o comprometimento do novel diploma com a efetividade (qualitativa), conforme disposto na exposição de motivos: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos

⁹ In verbis: “Quando a produção da prova for extremamente difícil e custosa para uma das partes e não para outra, o juiz atribuirá a sua produção à parte contrária, que terá o direito de ser ressarcida das suas despesas”.

jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito”.

Solvendo uma das polêmicas retratada, o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 357 e inciso III, designa a distribuição do ônus da prova como regra de instrução, a ser operada no momento da decisão de saneamento e organização do processo. Tal estipulação coaduna com os demais dispositivos do Código, que traz a insígnia do princípio do contraditório substancial, retratando seu caráter democrático.

A adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (artigo 373, §1º)¹⁰ é outro grande passo do novo Código Processual¹¹. Jorge W. Peyrano (2004 apud CREMASCO, 2009, p. 72), principal expoente sobre a teoria em questão, esclarece que:

A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.

Pregando a observância às peculiaridades do caso concreto, a teoria da distribuição dinâmica leva em consideração para a fixação dos encargos probatórios a facilidade e acessibilidade do litigante à prova, zelando para que os fatos controvertidos sejam esclarecidos (CREMASCO, op. cit., p. 73), independentemente do polo das partes na ação.

De modo distinto à inversão, a distribuição dinâmica do ônus da prova não se restringe a critérios legais – tais como verossimilhança ou hipossuficiência – tampouco se subordina a uma presunção advinda da lei material. A distribuição dinâmica incide nas ocasiões em que o critério estático seja insuficiente ou inadequado, em virtude de um desequilíbrio entre as partes quanto à possibilidade de produção da prova.

Evidenciando, mais uma vez, o respeito ao princípio do contraditório, prescreve o retrocitado artigo que sempre em que houver a distribuição do encargo probatório de modo

¹⁰ In verbis: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

¹¹ Relevante mencionar que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é a adotada: no projeto CM-GIDI (artigo 11); Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, elaborado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (artigo 11, § 1º); Anteprojeto de Código Coletivo elaborado em conjunto pelos programas de pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá (artigo 19, § 1º), sob a coordenação de Aluísio Gonçalves Mendes; e Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América (artigo 12, § 1º) (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2012, p. 329).

distinto à regra geral (critério estático) – o que deverá se dar em decisão fundamentada, a qual desafia o recurso de agravo de instrumento (artigo 1.015, inciso XI) – será oportunizada à parte cujo em desfavor a distribuição operou realizar a contraprova do fato.

O § 2º do artigo 373, ao seu turno, é sábio ao blindar a distribuição dinâmica do ônus da prova contra a *prova diabólica*¹². A existência de parcimônia quando da distribuição do ônus probatório é de fulcral relevância, caso contrário, estar-se-á a antecipar o julgamento da lide, haja vista que será atribuído a uma das partes um ônus do qual ela será incapaz de se desvencilhar. A possibilidade da produção da prova, desta feita, é algo que tem de ser relevado quando da distribuição do *onus probandi*¹³, caso contrário, a garantia de parcialidade do juízo restará maculada.

Finalmente, sobre a possibilidade de convenção entre as partes acerca do ônus da prova (artigos 190 e 373, § 3º), a exigência de disponibilidade do direito aparenta ser um óbice à sua aplicabilidade no processo coletivo, posto que os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, via de regra são normas de ordem pública, portanto, não passíveis de serem transacionados.

4 O ônus da prova nas ações coletivas: uma análise constitucionalizada

Caracterizada pela relevância dos interesses tutelados, as ações coletivas encontram nos institutos da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica da carga probatória fortes aliados na efetivação de direitos transindividuais. Tal questão, entretanto, é permeada por inúmeras problemáticas.

No tocante aos direitos do consumidor coletivamente tutelados, não pairam dúvidas quanto à possibilidade de inversão do ônus da prova, sendo expressa sua determinação no inciso VIII do artigo 6º do Código Consumerista¹⁴.

¹² “A expressão “prova diabólica” (*“probatio diabolica”* ou *“devil’s proof”*) refere-se aos casos em que a prova da veracidade da alegação atinente a algum fato revela-se extremamente difícil, ou até mesmo impossível. Hodiernamente conceitua-se como prova diabólica àquela que incorre sobre um fato negativo (a prova de algo que não ocorreu), apesar de haver exceções. Todavia, a prova diabólica também pode estar vinculada à hipossuficiência da parte onerada, em razão das características da controvérsia ou, ainda face à distância da parte quanto ao material probatório”. (CARPES, 2010, p. 91).

¹³ Nesse trilho são os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni: “quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. A inversão do ônus da prova, nessa linha, somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo”. (2007, p. 13).

¹⁴ Discussão já superada refere-se à possibilidade de inversão quando o Ministério Público figura no polo ativo da ação, situação em que se entendia inexistir hipossuficiência. Levada a controvérsia ao Superior Tribunal de Justiça – REsp 951785/RS – foi decidido pela legitimidade do órgão ministerial, sendo fundamentado que a

Reside a controvérsia nas demais ações coletivas, em razão da inexistência de previsão legal.

Conforme defende Rodrigo Mazzei (2006, p. 36), inspirado na teoria do italiano Natalino Irti sobre os microsistemas, é plenamente possível se falar em um microsistema processual coletivo, composto pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública, bem como pelos demais corpos legislativos inerentes ao direito coletivo. O caráter intercomunicante nesses dois principais diplomas advém da previsão normativa contida no artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública. Contudo, segundo a exegese dos referidos dispositivos, integra a disciplina comum das ações coletivas as previsões contidas no Título III do Código de Defesa do Consumidor. Eis o problema. A menção à inversão do ônus da prova está estatuída no Título I do Código Consumerista, ocasião, inclusive, em que está especificado o destinatário de tal benesse processual, o consumidor.

Atrelada à falta de previsão legal encontra-se a questão da legitimidade da atuação judicial para além do princípio da legalidade, obstáculo este que tem de ser enfrentado com cuidado, sempre sob o auspício da Constituição da República de 1988, a fim de não gerar margem à arbitrariedade.

Outro argumento opositor à aplicabilidade da inversão do ônus da prova nas ações coletivas é a impossibilidade de analogia restritiva de direitos, a qual resultará em um gravame à parte cujo em detrimento recaiu o encargo probatório.

O primeiro dos fundamentos que insurge a favor da aplicação da inversão do ônus da prova nas ações coletivas, por sua vez, foi engendrado por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, sendo defendido que a referência da Lei da Ação Civil Pública ao Título III do Código de Defesa do Consumidor em verdade diz respeito à parte processual deste, o que abrange a inversão do ônus da prova, que ontologicamente e teleologicamente integra o Título III (2009, p. 864). Esta compreensão, todavia, não é imune a críticas¹⁵.

Favoravelmente ou contrário à interpretação supra, o enfrentamento da falta de legalidade da temática é de fundamental relevância em um Estado Democrático de Direito.

A existência de lei resultante de um processo democrático é de vultoso valor no corrente modelo de Estado de Direito, ainda mais em se considerar que tradicionalmente é adotado o sistema legal de *civil law* no Brasil, no qual a lei formal possui destaque enquanto

hipossuficiência se refere ao sujeito material da relação extraprocessual, que em verdade é o destinatário da proteção normativa.

¹⁵ Defendendo uma interpretação literal do artigo 21 da Lei nº 7.347/1985: GRINOVER, 1993, p. 252.

fonte de direito. Em contraponto, não se pode olvidar que o Direito não se restringe à lei, sobressaindo a noção de ordem jurídica, que no sistema pátrio tem como âmago a Constituição.

Todos os fundamentos articulados no primeiro item deste artigo corroboram a inversão do ônus da prova e sua distribuição dinâmica nas ações coletivas, mas nestas situações, dada sua peculiaridade, há um *plus*.

As ações coletivas servem ao interesse público (*public law litigation*); zelando pela preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, do patrimônio público e social (DIDIER Jr.; ZANETI JR., op. cit., 36-42). Assim, ainda que não se defenda o Judiciário como superego da sociedade, é extremamente incompatível com as macro lides um viés privatista do processo.

Não bastasse a função social imbuída nas ações coletivas, a relevância dos bens jurídicos envolvidos sem dúvida alguma tem de ser sopesado a favor da inversão do ônus da prova e sua distribuição dinâmica, que, como já salientado, não raras as vezes é condição essencial para uma decisão conforme a ciência do Direito.

É evidente que a importância dos direitos do consumidor é o que dá azo à previsão prescrita no artigo 6º, inciso VIII, do Código do Consumidor. Não é crível, contudo, que se defenda que tais direitos são mais importantes que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também garantido na Constituição (artigo 225), por exemplo. Em sendo assim, não há justificção plausível para a distinção da prerrogativa de inversão do ônus da prova em cada um dos casos.

Noutra vereda, temos que as características das lesões dos interesses coletivos também reivindicam a incidência da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica. A improcedência de uma ação coletiva em decorrência do desnivelamento processual das partes – indiferente à aptidão dos litigantes quanto à produção da prova – poderá causar colossais prejuízos, afetando toda a sociedade (interesses macrosociais). Pensemos, por exemplo, em uma ação que tenha por objetivo a recomposição de um grande prejuízo ao erário, e a repercussão desse dano socialmente. Ou ainda, uma tutela preventiva que vise evitar o derramamento de vasta quantidade de produto tóxico em uma nascente.

É de se falar, também, no elevado número de pessoas afetadas por uma ação coletiva, o que *de per se* remonta a relevância social da tutela coletiva de interesses transindividuais, abrangendo cidadãos que sequer tem conhecimento de seu direito, ou que não possui condição econômico-financeira para propor ou se manter em uma ação judicial. Exemplo cabal dessa

repercussão são as ações envolvendo a restituição de valores ilegitimamente retidos em decorrência de planos econômicos, as quais se deferidas poderia gerar, segundo o procurador-geral do Banco Central, Isaac Sidney Menezes Ferreira, um *déficit* estimado a R\$149.000.000.000,00 (cento e quarenta e nove bilhões de reais) ao sistema bancário, favorecendo milhares de poupadores (STJ MANTEM..., 2015).

Patente a relevância do processo coletivo, é inconcebível a defesa da permanência do critério estático (de matriz liberal) de distribuição do *onus probandi* nas ações coletivas com matéria que não envolva relações de consumo. Dada a tamanha significância de tais ações, o mínimo que se pode esperar é a inexistência de um estado de dúvida do magistrado, de modo a atender *satisfatoriamente* o mandamento constitucional. Não se pode olvidar que “objeto do instituto da prova é a produção da estrutura do procedimento como requisito de causalidade da fundamentação legal (artigo 93, incisos IX e X, CR/88) do provimento (ato decisório)” (LEALM, op. cit., p.202).

A distribuição do ônus da prova, neste quadro, deve ser considerada como um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida, contribuindo na formação de sua convicção para, então, decidir o mérito da lide. Discorre Luiz Guilherme Marinoni que na fase de convicção, portanto antes de decidir, o juiz deve considerar não só a natureza dos fatos em discussão e a quem incumbe a sua prova, mas também a *natureza da situação concreta* a que lhe é levada para julgamento, podendo ele em determinadas situações de direito substancial atenuar ou inverter o ônus probatório (2007, p. 14-15).

Se o juiz, para decidir, deve passar por um contexto de descoberta, é necessário que ele saiba não apenas o objeto que deve descobrir, mas também se esse objeto pode ser totalmente descoberto e qual das partes está em reais condições de esclarecê-lo. Apenas nesse sentido é que o convencimento, considerado como expressão do juiz, pode ser compreendido. Ou melhor, o convencimento judicial somente pode ser pensado a partir do módulo de convencimento próprio a uma específica situação de direito material, pois o juiz somente pode se dizer convencido quando sabe até onde o objeto do seu conhecimento pode ser esclarecido, assim como qual das partes pode elucidá-lo. (Ibidem, p. 16).

A validade desse ensinamento é ainda maior quando projetado ao processo coletivo, onde a permanência de um estado de dúvida do juiz pode incorrer em lesões de incomensuráveis proporções.

Além de todo o exposto, frisa-se que a manutenção do critério estático em grande medida torna inócua a via coletiva. Por um lado, em razão da ineficácia de grande número de ações, pois, como é sabido, a decisão de indeferimento de uma ação coletiva por insuficiência de provas não gera a imutabilidade do *decisum*, possibilitando a propositura de nova ação por

qualquer outro legitimado ativo, se fundada em nova prova (coisa julgada *secundum eventum probationis*) (MAZZILLI, op. cit., 636). Doutro lado, porque a baixa efetividade de tais ações em razão do encargo probatório implica, parcialmente, na degeneração das virtudes do processo coletivo, esvaindo os valores de coerência das decisões judiciais, da profusão de seus efeitos, do acesso à justiça e da economia processual.

Retornando ao ponto sobre os poderes do magistrado, agora é clara sua vinculação à ordem jurídica, instituidora do vigente modelo constitucional de processo, que nas ações coletivas detém ainda maior brilho. José Carlos Barbosa Moreira aduz que:

Tentar de novo reduzir o juiz à posição de espectador passivo e inerte do combate entre as partes é anacronismo que não encontra fundamento no propósito de assegurar aos litigantes o gozo de seus legítimos interesses e garantias. Deles não se deve valer-se as partes e seus advogados, para defender os interesses privados em jogo. Ao juiz compete, sem dúvida, respeitá-los e fazê-los respeitar; todavia, não é só isso que lhe compete. Incumbe-lhe dirigir o processo de tal maneira que ele sirva bem àqueles a quem se destina a servir. E o processo deve, sim, servir às partes; mas deve também servir à sociedade. (2003, p. 40).

Nesse intento, devida se mostra a suplantação do critério estático pelo magistrado, de forma a garantir uma atividade processual qualitativa, aviventando todos os nobres fundamentos aqui articulados. Ilusórias, pois, as alegações opostas à inversão do ônus da prova e à distribuição dinâmica do encargo probatório nas ações coletivas, razões estas que não guardam nenhuma sintonia com os primados do processo constitucionalizado.

5 A modo de conclusão

Bem vista a relevância do ônus da prova, tomando em consideração, sobretudo, a proeminência dos interesses transindividuais, afere-se quão significativo é o tema em pauta, que indubitavelmente é hábil a afetar toda a sociedade.

A inversão do ônus da prova, ainda que instituída no ordenamento jurídico brasileiro na década de 90, pelo Código de Defesa do Consumidor, se depara na atualidade com percalços cuja superação não pode se desvencilhar do modelo constitucional de processo, que possui nos princípios do acesso à justiça e do contraditório duas de suas linhas mestras.

Os fundamentos em prol de uma distribuição equânime do ônus da prova nas ações coletivas, impende sublinhar, transpõe a inexistência de expressa previsão legal. O sistema jurídico considerado em sua globalidade e com a Constituição da República de 1988 em seu

centro é o verdadeiro mote dos poderes do juiz, exercendo os direitos fundamentais influência decisiva na atuação jurisdicional.

Indiferente ao fato de o novo Código de Processo Civil positivar a distribuição dinâmica do ônus da prova – cuja aplicação deve certamente incidir nas ações coletivas – é insustentável a manutenção do critério estático no processo coletivo em sua atual sistemática. É inquestionável, de toda forma, que o novel diploma processual traz consigo inúmeros avanços, com destaque ao seu eixo principiológico.

Uma advertência, entretanto, há de ser feita no tocante à aplicação de uma distribuição equânime do ônus da prova nas ações coletivas: as especificidades do caso concreto sempre têm de serem relevadas na aplicação dos institutos da inversão do ônus da prova e da distribuição dinâmica da carga probatória. Tal parcimônia é de fulcral importância, repelindo os riscos da prova diabólica.

Considerar a ação coletiva como litigância de interesse público é um farol perante as névoas existentes sobre a temática enfrentada, que muito embora não justifique a defesa indiscriminada de interesses coletivos, a despeito de toda a técnica e garantias processuais, corresponde a um grande valor a ser sopesado; sem que com isso venha a solapar direitos fundamentais de forma apriorística e descontextualizada.

Sem embargo, conclui-se pela aplicabilidade da inversão do ônus da prova nas ações coletivas, bem como pela distribuição dinâmica da carga probatória, institutos que engrandecem o afã pela efetividade processual respaldado na autonomia do direito, consentâneo às exigências constitucionais e a pretensão de um processo justo.

Referências bibliográficas

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. O processo, as partes e a sociedade. *Revista Dialética de Processo Civil*, v. 5, 2003.
- BÜLOW, Oskar Von. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais* (1868). Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual Civil*. v. 1, 1972.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei. *Proceso, ideologías, sociedad*. Buenos Aires: Ejea, 1976.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARPES, Artur Thompsen. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: Processo coletivo*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. 3.

FARIAS, Cristiano Chaves. A Inversão do Ônus da Prova nas Ações coletivas: O verso e o Reverso da Moeda. In: MILARÉ, Édís (Coord.) *Estudos de Direito do Consumidor: Tutela Coletiva Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Gênese – Revista de Direito Processual Civil*, n. 3, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações ambientais de hoje e amanhã. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____; et. al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de processo*. n. 17, 1980.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de cada caso concreto. *Revista dos Tribunais*, n. 862, 2007.

- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O juiz moderno diante da fase de produção de provas: As limitações impostas pela Constituição. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, n. 25, 2009.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: GOMES Jr., Luiz Manoel (Coord.). *Ação popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65*. São Paulo: RCS, 2006.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 1, 1992.
- _____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ônus da prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- STJ MANTEM decisão que condena o Banco do Brasil a pagar perdas do plano verão. *Agência Brasil*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2014-08/stj-mantem-decisao-que-condena-banco-do-brasil-pagar-perdas-do-plano-verao>>. Acesso em: 10 de agosto de 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- RAGAZZI, José Luiz; HONESKO, Raquel Schlommer; HONESKO, Vitor Hugo Nicastro. *Código de Defesa do Consumidor Comentado*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.