

corporações. O estatuto em tela define pessoa sujeito de suas disposições como: “um indivíduo, corporação, participante, associação, Estado, município e comissão”, abrangendo corporações como passíveis do alcance de suas sanções criminais.

O “*Clean Air Act*”, ou a lei introduzida para restabelecer as condições do ar dos Estados Unidos, também funcionando através de um sistema de permissões e tecnologia compulsória para evitar emissões nocivas ao meio ambiente, previa em suas emendas de 1990 a imposição de substanciais períodos de prisão a pessoas que deliberadamente violassem suas disposições, sendo certo que esta lei prevê punições às pessoas jurídicas (42 USC Seção 7413 (5) (c) 2 (E)).

Dois estatutos editados para regular o destino de lixo tóxico nos EUA (RCRA e CERCLA) previam sanções criminais para corporações (CERCLA 42 USC Seção 9603 b), aplicando-se para qualquer pessoa.

Verifica-se, portanto, que se encontra difundido no sistema americano a imputação de responsabilidade criminal às pessoas jurídicas, especialmente em estatutos lidando com matéria ambiental.

Verifica-se, assim, mudança substancial na aplicação da lei criminal nos EUA, passando da ausência de responsabilização à plena criminalização de condutas de corporações.

Por outro lado, o Brasil encontra-se em vias de experimentação da responsabilização das pessoas jurídicas, sem que haja uma definição clara de como a jurisprudência irá se orientar a respeito.

Salientamos, porém, nosso ponto de vista no sentido de que para se alcançar a necessária dissuasão para evitar práticas em detrimento do meio ambiente há outros remédios previstos no ordenamento, tão ou mais eficazes que as sanções criminais, destacando-se por exemplo as multas administrativas, sendo absolutamente estranho à realidade jurídica brasileira a responsabilização de corporações em sede penal.

Relembra-se o autor americano V.S. Khanna<sup>21</sup> que, quando respondendo à questão “para que serve a responsabilidade criminal das corporações”, afirmou “para quase nada”.

Não chegamos a este extremo, mas sem dúvida, a oscilação da jurisprudência, aliado ao fato das dificuldades na aplicação das sanções e dos poucos efeitos dissuasórios em face das corporações com sanções criminais, nos levam à conclusão pela difícil aplicação dos princípios constitucionais na prática criminal.

<sup>21</sup>Responsabilidade Criminal das Corporações, Para que serve? (Corporate Criminal Liability – *What Purpose Does it Serve?*), 109 Harvard Law Review 1477.

## A EFETIVIDADE DO PROCESSO E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Marco Antonio dos Santos Rodrigues\*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Distribuição e Inversão do Ônus da prova; 3. A Constitucionalização do direito Processual Civil e a Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios; 4. Conclusões; Referências.

### 1. Introdução

O presente trabalho<sup>1</sup> procura analisar a efetividade do processo em uma seara em que muito se vem discutindo os limites e a legitimidade da atuação do juiz: a atividade instrutória.

Nos dias atuais, parece haver razoável consenso entre os estudiosos do Direito Processual de que o processo como um todo, seja qual for a natureza do direito material em jogo, deve buscar a verdade material. O processo civil, portanto, tal qual o processo penal, deve buscar reconstituir a verdade sobre as alegações de fato formuladas pelas partes, para que, ao final, ocorra uma pacificação do conflito com justiça, escopo social da jurisdição<sup>2</sup>.

O processo não pode ser tido como um fim em si mesmo, mas sim como um instrumento para que se atinja uma finalidade fundamental, qual seja a concessão de uma prestação jurisdicional às partes.

Ocorre que, para o jurisdicionalismo, não basta qualquer prestação jurisdicional. A decisão final do Poder Judiciário deve ser justa, ainda que contrária àquele que veio movimentá-lo. Na realidade, o que legitima a atuação judicial no caso concreto é o fato de que a decisão foi proferida respeitadas as garantias do processo, dando-se a melhor solução às partes.

Nesse sentido, a última onda reformista procurou cada vez mais prestigiar o acesso a uma prestação jurisdicional justa. As modificações no Código de Processo Civil atuaram, sobretudo, na busca de maior efetividade através da celeridade na atuação judiciária. Assim, por exemplo, a criação do julgamento liminar de mérito em razão de improcedências repetitivas, pela Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006.

Ocorre, porém, que a prestação jurisdicional justa, buscada pelas reformas do Código de Processo Civil, necessita muitas vezes não apenas de celeridade, mas de uma resposta condizente com a realidade sobre as alegações de fato das partes.

É nesse contexto que surge o papel do juiz na busca da efetividade do processo à luz das tendências reformistas: pode o juiz determinar que as partes produzam provas que originalmente não eram pretendidas por elas? É o que se procura discutir.

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor-Assistente de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes – unidade Centro.

<sup>1</sup> Trabalho apresentado no XXXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado na forma de tese.

<sup>2</sup> Como bem lembra Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo, Malheiros, 10ª. ed., 2002), a jurisdição, como função estatal, tem diversos escopos, sejam políticos, jurídicos ou sociais, estes últimos exatamente capitaneados pela pacificação dos conflitos sociais com justiça.

## 2. Distribuição e Inversão do Ônus da Prova

Na atividade jurisdicional, incumbe ao juiz, enquanto diretor da relação jurídica processual, analisar as alegações das partes e as provas trazidas ao processo para que, ao final, dê uma decisão justa e adequada à controvérsia.

Para que decida a demanda de forma justa, é preciso que o juiz possua provas suficientes das alegações fáticas, sob pena de se valer de alguma solução que não espelhe a realidade acerca do conflito de interesses. Além disso, vige no processo civil a regra do art. 126 do Código de Processo Civil<sup>3</sup>, que proíbe o *non liquet*: é vedado ao juízo deixar de decidir a demanda, na ausência de provas.

Nessa esteira, surge a importância da distribuição do ônus da prova: trata-se de regras de julgamento que serão utilizadas pelo magistrado na ausência de elementos suficientes a comprovar as alegações fáticas.

A partir das lições sempre atuais de José Carlos Barbosa Moreira<sup>4</sup>, pode-se dizer que o ônus da prova possui duas perspectivas: a primeira, subjetiva, relativa à necessidade de as partes fazerem provas de suas alegações, de modo a obterem a demonstração de seu direito ou a ausência de razão da parte ocupante do outro pólo da relação processual, sob pena de ausentes provas necessárias à solução da controvérsia, sofrerem um julgamento desfavorável a seus interesses; e a segunda, objetiva, referente à distribuição dos riscos em virtude da insuficiência das provas.

Nesse sentido, vale observar a regra desenvolvida no art. 333 do Código de Processo Civil:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

Com efeito, trata-se de sistema que se baseia na natureza dos fatos alegados pelas partes na defesa de seus direitos: ao autor incumbe a prova do fato constitutivo de seu direito, ao passo que o réu deve demonstrar o fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor.

Cabe ressaltar, entretanto, que a distribuição do encargo de provar com fulcro na natureza dos fatos é estática, não estando integrada às efetivas possibilidades do caso concreto. Em outras palavras, o referido critério pode ser ineficaz, caso o autor tenha grandes dificuldades à prova do fato constitutivo de seu direito, ou o réu não possua condições mínimas de provar fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do primeiro.

Diante dessa constatação, o legislador criou, no âmbito do microsistema da defesa do consumidor, a possibilidade de inversão do ônus da prova em dois casos, de modo a prestigiar a parte da relação jurídica que em muitas ocasiões se encontra numa situação

<sup>3</sup>Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

<sup>4</sup>MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Julgamento e ônus da prova". In: Temas de Direito Processual Civil: segunda série. São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 74-75.

de inferioridade em relação à outra: o consumidor.

A luz das regras da experiência, verifica-se que o consumidor comumente não possui adequadas condições de fazer provas de seus direitos, pela falta de conhecimento técnico acerca do produto ou serviço que lhe é fornecido.

Daí por que o Código de Defesa do Consumidor prevê, nos arts. 6º, VIII, e 38, a garantia da inversão do ônus da prova ao consumidor, de modo a facilitar a defesa do consumidor em juízo, possibilitando-lhe uma maior igualdade de condições em relação ao fornecedor na sua atuação judicial.

A primeira das hipóteses – art. 6º, VIII – prevê a possibilidade de inversão como garantia à atuação judicial do consumidor, condicionando-a a dois requisitos: a verossimilhança das alegações do consumidor e a sua hipossuficiência. A verossimilhança significa que as alegações do consumidor devem corresponder a uma situação plausível, com possibilidade de ocorrência a partir das regras da experiência. Por exemplo, seria o caso de imaginar uma hipótese em que o consumidor ingressa em juízo, alegando que contratou o fornecimento de determinado serviço, porém sem o receber.

De outro lado, tem-se, também, a hipossuficiência do consumidor, que significa a existência de uma situação de desigualdade entre este e o fornecedor, em desfavor do primeiro. O legislador, contudo, não expressou em que sentido deve haver essa inferioridade do consumidor e, diante disso, deve-se indagar: trata-se de hipossuficiência de cunho econômico ou técnico?

A melhor exegese do art. 6º, VIII, parece residir na hipossuficiência técnica<sup>5</sup>, isto é, numa situação em que se encontra o consumidor em prejuízo para a análise técnica do bem ou serviço objeto da relação jurídica material, e não na econômica, que revela apenas um maior poder financeiro do fornecedor.

Já é notória a existência de mecanismos de eliminação dos ônus financeiros do processo em favor daqueles que não possuem condições de arcar com a defesa judicial de seus interesses, de modo a possibilitar-lhes uma igualdade em relação a seus adversários processuais. É o caso da gratuidade de justiça, regulada pela Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, que permite o acesso ao Judiciário sem a necessidade de pagamento de custas; da regra da ausência de custas processuais nos Juizados Especiais Cíveis, na forma do art. 54 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995; e da assistência judiciária gratuita, promovida pela Defensoria Pública.

Dessa forma, a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento processual, bem como da análise teleológica do próprio Código de Defesa do Consumidor, chega-se à conclusão de que a hipossuficiência tutelada pelo dispositivo em questão é a de caráter técnico, que revela uma dificuldade de o consumidor analisar aspectos técnicos do produto ou do serviço.

Em que pese entendimento doutrinário em sentido contrário<sup>6</sup>, urge salientar que tais requisitos devem ser tidos como cumulativos. Isso porque a *mens legis* do

<sup>5</sup>FRANÇA, Marly Macedônio. "Reflexos do Código do Consumidor na teoria da prova". In: Revista do TJRJ, vol. 50, jan/mar 2002. Na jurisprudência, a título ilustrativo do entendimento predominante, vale destacar o seguinte julgado: "Agravo de Instrumento. Direito do Consumidor. Inversão do Ônus da Prova. Custeio de sua Produção. Ação ordinária objetivando a revisão de contrato bancário com expurgo de encargos financeiros, reputados indevidos, além de reparação por danos morais. Incidência do Código do Consumidor. Requisitos de verossimilhança e hipossuficiência técnica presentes, segundo as regras ordinárias de experiência. (...)" (TJRJ, 17ª Câm. Cível, rel. Des. Maria Inês Gaspar, AI 16645/2007, j. 08, de agosto de 2007).

<sup>6</sup>Por todos, MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. "Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor". In: Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 123 a 140, p. 130.

dispositivo é exatamente permitir que o consumidor que traga ao Judiciário uma demanda plausível, mas que não tenha adequadas condições técnicas de defesa em juízo, possa se ver livre do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, em caso de insuficiência de provas, ficando a cargo do fornecedor demonstrar a ausência desse fato constitutivo do direito autoral. Parece que o objetivo do legislador com a inversão não foi proteger uma pretensão do consumidor que não seja dotada de plausibilidade, porém em que se vislumbra uma hipossuficiência, ou uma demanda verossímil, sem qualquer inferioridade técnica do consumidor, até porque, nesse último caso, não há razão de ser para a facilitação da prova, tendo em vista a igualdade de condições entre as partes.

O segundo caso de modificação das regras da distribuição do ônus da prova do Código de Processo Civil é o caso específico da propaganda enganosa. Consoante a previsão do art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, incumbe ao patrocinador da propaganda o ônus da prova da veracidade da publicidade veiculada.

Vislumbra-se, nessa segunda previsão, um evidente caso de ponderação legislativa, no sentido de que, tendo o patrocinador da publicidade melhores condições de prova, por ser o conhecedor do produto ou serviço, deve ele ser o responsável pela demonstração da ausência de direito do consumidor, caso venha a ocorrer alguma controvérsia. Pode-se afirmar, em última análise, que a previsão do art. 38 não é tecnicamente uma inversão do ônus da prova, mas sim uma redistribuição desse encargo para uma específica pretensão decorrente da relação de direito material<sup>7</sup>.

Salvo as regras acima mencionadas, que procuram excepcionar a previsão geral da distribuição do ônus da prova, não há uma cláusula geral expressa no ordenamento processual civil que permita ao julgador fazer uma mitigação do art. 333 do Código de Processo Civil.

Diante disso, indaga-se: é possível extrair do sistema processual a possibilidade de alteração judicial das regras da distribuição do ônus da prova, no caso de insuficiência de provas? É o que se passa a discutir.

### 3. A constitucionalização do Direito Processual Civil e a Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios

Para cuidar da possibilidade de modificação judicial da distribuição do ônus da prova, com uma postura ativista do juiz diante de uma regra estática do processo, é preciso, antes de mais nada, analisar a evolução histórica do processo civil.

Como bem leciona Cândido Rangel Dinamarco<sup>8</sup>, o processo civil passou por uma evolução histórica em três grandes fases: a do sincretismo, a da autonomia e a da instrumentalidade. Na primeira delas, o processo não possuía uma existência autônoma, mas era uma faculdade inerente ao direito material discutido no processo.

Na segunda fase, temos o processo efetivamente tratado como instituto autônomo ao direito material em jogo: tendo em vista que as relações jurídicas de direito material e de direito processual não se confundem, é preciso dar o devido tratamento à relação processual. Nesse sentido, o processo começa a ter seus institutos desenvolvidos, uma vez que é preciso o direito processual ganhar sua própria estrutura, deixando de fazer parte da estrutura de direito material.

No entanto, a desvinculação entre relação processual e direito material não pode tornar a primeira um fim em si mesma, sob pena de padecer de inefetividade. Em meados

do século passado, passa-se, então, à análise do processo enquanto instrumento à satisfação do direito material: é a fase instrumentalista.

Na fase instrumentalista, ganha destaque o caráter instrumental do processo, de modo a se obter da forma mais célere e eficaz possível uma solução acerca da controvérsia sobre o direito em jogo. A tutela jurisdicional demorada pode ser intempestiva, inútil àquele que veio ao Poder Judiciário em busca de solução a uma situação de litigiosidade.

Nesse sentido, para que o processo obtenha a maior efetividade possível, não se pode olvidar as garantias constitucionais do processo, em virtude da necessidade de leitura do ordenamento infraconstitucional a partir da normatização da Constituição. Vive-se, nos dias atuais, uma fase neoconstitucionalista no direito público.

Em síntese, o Neoconstitucionalismo significa uma gama de fenômenos no âmbito do Direito Constitucional, que, em conjunto, acabaram por gerar uma constitucionalização do Direito como um todo. Nesse sentido, pode-se dizer que a consolidação do Estado constitucional de direito, o pós-positivismo, com a superioridade axiológica dos direitos fundamentais e o retorno à observação dos valores, e a consideração da força normativa da Constituição trouxeram uma nova forma de pensar ao Direito Constitucional<sup>9</sup>.

As normas constitucionais não possuem a mesma forma de aplicação das demais normas jurídicas. A Constituição, por se tratar do diploma situado no grau mais elevado do ordenamento jurídico de um Estado, não é dotada de um sistema de garantias que lhe seja superior hierarquicamente, ou que lhe imponha uma coercitividade supraestatal<sup>10</sup>. Ao contrário, há enorme influência de fatores metajurídicos, a fim de que ocorra o efetivo cumprimento das normas constitucionais, impondo-lhes um grande desafio de realização prática.

Daí por que se assistiu, no século passado, aos esforços da doutrina constitucionalista para a obtenção de aplicabilidade direta das normas constitucionais, primeiro com os estudos de José Afonso da Silva<sup>11</sup> acerca da eficácia das normas

<sup>7</sup>Luís Roberto Barroso procura descrever, em texto sobre o neoconstitucionalismo, as características que propiciaram a constitucionalização do Direito, como podemos observar: "Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito" (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Mimeo., 2005, p. 8).

<sup>10</sup>"Las funciones ordenadora y pacificadora del Derecho ordinario dependen en gran medida de que, si resulta necesario, se impongan por vía ejecutiva, mediante la coerción estatal. Su observancia, pues, siempre resulta garantizada desde fuera. Todo lo contrario ocurre con las normas de la Constitución. Su observancia no se garantiza ni por un ordenamiento jurídico existente por encima de ella ni por una coactividad supraestatal; la Constitución no depende sino de su propia fuerza y de las propias garantías. Lo que intenta es tener en cuenta tales supuestos con una configuración que, mediante la división y el concurso de poderes públicos, procure de forma natural la observancia del Derecho Constitucional: por así decirlo, tiene que crear un sistema que grave sobre sí mismo y conlleve los presupuestos necesarios para prevalecer" (HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. Manual de derecho constitucional, 1996, 1-15, p. 8).

<sup>11</sup>SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 6ª. ed., 2003. Na referida obra, o autor procura demonstrar que todas as normas constitucionais são dotadas de algum grau de eficácia, propondo uma classificação das mesmas conforme sua eficácia e aplicabilidade.

constitucionais, e posteriormente, com Luís Roberto Barroso<sup>12</sup>, que propõe a análise das normas constitucionais segundo sua efetividade. Este último autor, em especial, sustentou que a mera capacidade de produção de efeitos por um dispositivo não basta. É preciso que as normas produzam uma eficácia social, não sendo suficiente a mera possibilidade teórica de realização concreta. Construiu-se no País, então, a doutrina brasileira da efetividade.

A doutrina da efetividade das normas constitucionais demonstra um compromisso dos aplicadores do Direito com a consecução dos valores constitucionais, possuindo uma ligação direta com a técnica da filtragem constitucional, isto é, a imprescindibilidade da interpretação das normas constitucionais ou infraconstitucionais a partir das normas e valores constitucionais<sup>13</sup>.

A filtragem constitucional, por seu turno, possui três premissas fundamentais, que vêm corroborar a aplicabilidade da Lei Fundamental sobre as demais normas do ordenamento: são a supremacia da Constituição, a interpretação conforme à Constituição e a aplicabilidade direta das normas da Lei Maior.

Assim sendo, a partir da força normativa da Constituição e da filtragem constitucional, pode-se afirmar que todas as normas infraconstitucionais, entre elas as normas processuais, e em especial a distribuição do ônus da prova, devem ser lidas à luz das garantias e valores constitucionais incidentes sobre o processo.

E entre as garantias constitucionais ao processo ganha especial relevo o acesso à Justiça, previsto como a inafastabilidade do controle jurisdicional no art. 5º, XXXV, da Lei Maior.

O acesso à Justiça representa não só a concessão de mecanismos para acesso ao Poder Judiciário, mas também que o processo possa ter seu curso de forma justa e célere. Daí porque o acesso à Justiça deve ser interpretado como o acesso a uma ordem jurídica adequada, justa<sup>14</sup>.

O direito processual civil pátrio rompeu com a visão formalista do direito de ação, em que não havia uma garantia material de ação, isto é, não se observavam as necessidades fáticas que teriam os indivíduos para ir a juízo. De uma concepção em que o direito de ação seria apenas uma permissão formal à propositura de ação<sup>15</sup>, esse direito foi ganhando gradativamente um novo enfoque: não é possível que seja

<sup>12</sup>BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 6ª. ed., 2002.

<sup>13</sup>SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104: "Utiliza-se a expressão 'Filtragem Constitucional' em virtude de que ela denota a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas".

<sup>14</sup>Nessa esteira, confira-se o texto de Leonardo Ferrer da Silva Ribeiro (Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de. LOPES, Maria Elizabeth de Castro (org.). Princípios Processuais Cíveis na Constituição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 2ª reimpressão, 2008, p. 54): "Bem se vê, portanto, que a Constituição Federal garante muito mais do que a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, mas um acesso efetivo à ordem jurídica justa, que se substancia, em última análise, na possibilidade de obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, apta a tutelar eficaz, pronta e integralmente todos os direitos e interesses reconhecidos no plano material".

<sup>15</sup>Nos estados liberais 'burgueses' dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação" (CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, reimpressão, 2002, p.

indiferente à realidade social em que se aplica<sup>16</sup>, especialmente em países que possuem uma grande desigualdade no seio da sociedade, como é o caso do Brasil. Assim sendo, o direito de ação, mais do que uma possibilidade de propositura de ação, deve significar um direito de acesso à Justiça, garantia essencial à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, a garantia do acesso à Justiça parece permitir que as normas do Código de Processo Civil sejam lidas à luz de uma interpretação que lhes confira a maior efetividade à tutela jurisdicional pretendida, já que é o acesso à Justiça que deve nortear todo o procedimento e a atuação das partes.

Diante disso, vem se admitindo que, caso a regra rígida da distribuição do ônus probatório gere uma grave injustiça na análise do caso concreto, deve o juiz afastá-la, sob pena de violação à garantia do acesso à ordem jurídica justa. Aplica-se, então, a chamada *Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas*<sup>17</sup>.

A previsão do art. 333 do Código de Processo Civil não é nem pode ser interpretada como uma norma estática, sob pena de violação a outra garantia constitucional ao processo: a igualdade. Com efeito, a excepcional distribuição do ônus da prova de acordo com as possibilidades probatórias do caso concreto promove a igualdade material, conferindo a partes com forças distintas para atuação processual um equilíbrio em suas oportunidades de defesa.

Nessa esteira, vale recordar o art. 125, I, do Código de Processo Civil, que dispõe sobre os poderes-deveres do juiz no processo, conferindo-lhe atribuição para "*assegurar às partes igualdade de tratamento*", e tal igualdade deve ser não apenas formal, isto é, nos termos da lei, mas também material, permitindo uma igualdade de oportunidades entre os litigantes<sup>18</sup>.

Não se pode olvidar, ainda, que o processo há muito rompeu com o individualismo contratualista, representando um mecanismo de exercício de um direito público subjetivo, cabendo às partes, ainda que em pólos distintos, atuar em cooperação, guardando deveres éticos que devem ser observados por todos os personagens do processo.

No Direito argentino, em que, como dito, a teoria das cargas probatórias dinâmicas possui elevado desenvolvimento, Juan Alberto Rambaldo sustenta que esta tem por

9). No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., 2007, p. 187.

<sup>16</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. Ob. cit., p. 189.

<sup>17</sup>No direito argentino, é bastante desenvolvida na doutrina a aludida teoria, que tem como grande defensor Jorge W. Peyrano. Dentre as obras sobre o assunto naquele país, vale conferir destaque à obra coletiva *Cargas Probatorias Dinámicas* (ACOSTA, Daniel F. et alii. *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004). No Brasil, existem alguns trabalhos pioneiros sobre o assunto, podendo-se mencionar, por todos: DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. In: Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária. São Paulo, v. 48, n.280, fev. 2001, 5-20; GODINHO, Robson Renault. "A Distribuição do ônus da Prova na Perspectiva dos Direitos Fundamentais". In: Revista da EMERJ, v. 10, n° 38, 2007, 263-284; DIDIER JR., Fredie et alii. Curso de Direito Processual Civil, volume 2. Salvador: Podium, 2007, pp. 61 a 65.

<sup>18</sup>Também defendendo a igualdade material no processo, importante destacar as lições de Alexandre Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 15ª. ed., 2006, p. 40): "Não se pode ver, porém, neste princípio da igualdade uma garantia meramente formal. A falsa idéia de que todos são iguais e, por isso, merecem o mesmo tratamento é contrária à adequada aplicação do princípio da isonomia. As diversidades entre as pessoas devem ser respeitadas para que a garantia da igualdade, mais do que meramente formal, seja uma garantia substancial. Assim é que, mais do que nunca, deve-se obedecer aqui à regra que determina tratamento igual às pessoas iguais, e tratamento desigual às pessoas desiguais".

base os princípios gerais do processo, porém em especial dois: o da moralidade processual e o do uso regular dos direitos processuais<sup>19</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart bem sintetizam a necessidade de que o juiz inverta o ônus da prova em outras situações que não apenas aquelas previstas no Código de Defesa do Consumidor. Vale transcrever trecho de sua obra:

*Da mesma forma que a regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado. Isso pela simples razão de que as situações de direito material não são uniformes. A suposição de que a inversão do ônus da prova deveria estar expressa na lei está presa à idéia de que esta, ao limitar o poder do juiz, garantiria a liberdade das partes.*

*Atualmente, contudo, não se deve pretender limitar o poder do juiz, mas sim controlá-lo, e isso não pode ser feito mediante uma previsão legal da conduta judicial, como se a lei pudesse dizer o que o juiz deve fazer para prestar a adequada tutela jurisdicional diante de todas as situações concretas. Como as situações de direito material são várias, deve-se procurar a justiça do caso concreto, o que repele as teses de que a lei poderia controlar o poder do juiz. Esse controle, atualmente, somente pode ser obtido mediante a imposição de uma rígida justificativa racional das decisões, que podem ser auxiliadas por regras, como as da proporcionalidade e suas sub-regras<sup>20</sup>.*

Na realidade, pode-se afirmar que a distribuição dinâmica do ônus da prova procura preservar a boa-fé processual, impedindo comportamentos imorais ou abusivos por aqueles que possuem melhores condições de provar. Nessa esteira, também se manifesta Antônio Janyr Dall'Agno Junior<sup>21</sup>, para quem o juiz deve estar atento a uma quebra do dever de cooperação entre as partes, o entre as partes, legitimando a aplicar de cooperar o seguinte julgado:

Assim sendo, o acesso à Justiça, a igualdade e a boa-fé processual permitem a adoção da distribuição dinâmica das cargas probatórias, para a excepcional definição de quem são os responsáveis pela demonstração de cada fato.

Nessa esteira, confirma-se o acórdão de julgado do Superior Tribunal de Justiça, que procura adotar as cargas dinâmicas para a produção probatória:

“Responsabilidade Civil. Medico. Clinica. Culpa. Prova.

1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos reus.
2. Legitimidade passiva da clinica, inicialmente procurada pelo paciente.

<sup>19</sup>RAMBALDO, Juan Alberto. “Cargas Probatorias Dinámicas: um giro epistemológico. In: ACOSTA, Daniel F. *et alii*. Ob. Cit., pp. 25 a 34.

<sup>20</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 7ª. ed., 2008, p. 273.

<sup>21</sup>DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Ob. cit.*

3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. regularidade.

4. Responsabilização da clinica e do medico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirurgica da qual resultou a secção da medula.

5. Inexistencia de ofensa a lei e divergencia não demonstrada. Recurso especial não conhecido<sup>22</sup> (sem acentos no original).

Do mesmo modo, veja-se que mesmo as regras de inversão do ônus da prova previstas no Código de Defesa do Consumidor também não podem ser interpretadas de modo fixo. Conforme se verifica, a partir da redação do art. 4º. do Estatuto Consumerista, a Política Nacional das Relações de Consumo tem por escopo, dentre outros, a harmonização dessas relações. Assim sendo, se o objetivo da inversão é a facilitação da defesa judicial do consumidor, de modo a permitir um equilíbrio na sua relação com o fornecedor – em última análise, é inerente a esse microsistema legislativo o valor da igualdade.

Dessa forma, somente pode ser aplicada a regra do art. 6º., VIII, do Código de Defesa do Consumidor, se sua adoção não gerar um abuso do direito de atuação processual do consumidor, ferindo o equilíbrio pretendido com o Estatuto Consumerista. Nessa esteira, vale conferir o trabalho de Rodrigo Xavier Lourenço:

*A proteção do consumidor não pode ser confundida com cerceamento do direito de defesa do fornecedor. A proteção do consumidor, do mesmo modo, não pode ensejar a procedência de todas as demandas formuladas por consumidores (pelo simples fato de os autores ocuparem a posição jurídica de consumidores). Não foi por outra razão que o legislador, no art. 4º. da Lei de nº 8.078, de 11 de setembro de 90, determinou como princípio da política nacional das relações de consumo, o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.<sup>23</sup>*

A possibilidade de distribuição do ônus da prova à luz do caso concreto não pode, contudo, ser uma abertura à atuação arbitrária do juiz. Com efeito, cuida-se de atuação excepcional, tendo em vista tratar-se de possibilidade implícita ao ordenamento processual, sendo imprescindível lembrar que existe regra expressa a definir as incumbências de provar: o art. 333 do Código de Processo Civil.

Como bem lembra Ana Paula de Barcellos ao tratar de normas constitucionais, as regras da Lei Maior representam um consenso mínimo acerca de condutas a serem observadas, revelando, pois, uma segurança jurídica desejada pelos representantes do povo. Os princípios, por sua vez, estão mais ligados ao valor justiça, representando finalidades a serem atingidas pela sociedade. Dessa forma, num conflito constitucional entre regras e princípios, entende a autora que devem prevalecer, ao menos *a priori*, as primeiras, sendo excepcional a sua superação pelos últimos<sup>24</sup>.

<sup>22</sup>Superior Tribunal de Justiça, 4ª. Turma, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, RESP 69309, publ. DJ 26, de agosto de 1996.

<sup>23</sup>LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 274.

<sup>24</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Confira-se trecho da obra (fl. 190): “Ao se afastar uma regra sob o fundamento de que ela se oporia a uma conduta derivada da área não nuclear de um princípio, incorre-se em um

De igual maneira, podemos aplicar o raciocínio à relação entre o mencionado art. 333 e a teoria das cargas dinâmicas: se o legislador realizou uma ponderação prévia acerca da distribuição do ônus da prova, criando regra própria acerca do tema, apenas em casos em que a aplicação da regra acarretar uma manifesta subversão dos valores em jogo é que pode o juízo afastá-la.

A aplicação excepcional da distribuição dinâmica poderia gerar alguma controvérsia acerca de sua violação à garantia do devido processo legal. Ocorre que o devido processo legal significa a observância não só apenas de procedimentos, mas também de regras materialmente corretas. Daí por que, ao se melhor adequar o direito à prova, está ocorrendo, outrossim, a promoção do devido processo legal<sup>25</sup>.

No entanto, é preciso, de outro lado, o estabelecimento de limites à aplicação não apriorística da divisão do encargo de provar. Num exame inicial da teoria, pode-se vislumbrar três limitações: o respeito ao contraditório, a presunção de legitimidade de atos e a ausência de impossibilidade probatória reversa.

O contraditório, garantia legitimadora do próprio processo, tem, como defende Cândido Dinamarco, uma dupla destinação: cabe à lei instituir meios para a atuação das partes em contraditório, bem como ao próprio juiz promovê-lo, permitindo àquelas a demonstração da verdade<sup>26</sup>.

Assim sendo, se houver uma redistribuição do ônus da prova no caso concreto, é preciso franquear àquele sobre quem incidiu o encargo de provar, em primeiro lugar, a possibilidade de defesa em face daquele provimento jurisdicional. Além disso, é essencial que tal readequação dos ônus probatórios ocorra em momento processual hábil para que a parte ainda possa trazer provas, sob pena de violação à garantia do contraditório. Dessa forma, não parece possível a redistribuição quando da prolação da sentença, uma vez que aquele que receber o encargo de provar não poderá cumpri-lo em tal momento processual.

Na realidade, não apenas em nome do contraditório, mas também da própria boa-fé processual, não é possível que a readequação dos ônus probatórios seja realizada sem que ainda seja possível que o onerado traga ao feito demonstrações de suas alegações.

Ademais, à primeira vista a presunção de legitimidade dos atos administrativos também é óbice à aplicação da teoria das cargas dinâmicas, haja vista que atua como um primeiro critério em favor do ato eventualmente impugnado.

Conforme conhecimento corrente no Direito Administrativo, a presunção de legitimidade dos atos da Administração cria uma presunção relativa de adequação do ato, exigindo que aquele que se insurja em face deste traga provas necessárias à

conjunto de distorções. Em primeiro lugar, caso se trate de uma regra infraconstitucional, o intérprete estará conferindo à sua concepção pessoal acerca do melhor desenvolvimento do princípio maior importância do que à concepção majoritária, apurada pelos órgãos legitimados para tanto. A situação é ainda mais grave se a regra envolvida consta da Constituição. Nesse caso, o intérprete estará afastando a incidência de uma regra elaborada pelo poder constituinte originário e que, como padrão, veicula consensos básicos do Estado organizado pela Constituição. Por fim, como a solução do caso baseou-se na percepção individual do intérprete, muito frequentemente ela não se repetirá em circunstâncias idênticas, ensejando violações à isonomia".

<sup>25</sup>Na mesma linha, GODINHO, Robson Renault. *Ob cit.*, pp. 278 e 279.

<sup>26</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições...*, *ob. cit.*, p. 234: "A garantia do contraditório, imposta pela Constituição com relação a todo e qualquer processo – jurisdicional ou não (art. 5º, LV) – significa em primeiro lugar que a lei deve instituir meios para a participação dos litigantes no processo e o juiz deve franquear-lhes esses meios. Significa também que o próprio juiz deve participar da preparação do julgamento a ser feito, exercendo ele próprio o contraditório. A garantia deste resolve-se portanto em um direito das partes e uma série de deveres do juiz. É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz".

demonstração de seu direito, para elidir tal presunção. Tal presunção também deve se dar no plano na impugnação judicial do ato: deve haver uma demonstração pelo administrado da irregularidade do ato administrativo atacado.

Ademais, se a dinamização dos ônus probatórios tem por base coibir eventuais abusos do direito de defesa por alguma das partes processuais, prestigiando a boa-fé processual, parece que não há razão de ser em tal readequação no que se refere à Administração Pública, uma vez que esta não atua em defesa de interesse próprio, mas sim do interesse público, estando marcada pelo princípio da impessoalidade, consoante expressa previsão constitucional – art. 37, *caput*.

Nesse sentido, cabe recordar que o Procurador do ente público age buscando exatamente defender tal interesse, que até mesmo não será disponível, levando a diversas garantias processuais fazendárias, como é o caso da inadmissibilidade de confissão sobre fatos e a impossibilidade de aplicação do efeito material da revelia.

Note-se, também, que apesar de a distribuição do ônus da prova de modo dinâmico buscar promover a igualdade entre as partes, sendo a Administração acionada, o administrado já teve à sua disposição outros meios para a obtenção de informações necessárias à prova do fato constitutivo de seu direito, como o exercício do direito de certidão e de petição.

Além disso, deve-se lembrar que pode haver um prejuízo à própria coletividade na alteração da estrutura administrativa apenas para a produção de determinada prova que incumbiria ao administrado produzir, já que isso pode afetar as atividades do órgão ou entidade. Nesse ponto, pelas próprias exigências a que está submetida a Administração na sua atuação, e que não são impostas aos particulares, a distribuição dinâmica do ônus da prova, em princípio, pode acarretar uma desigualdade material em desfavor da Fazenda Pública.

Finalmente, tendo em vista que a redistribuição do ônus da prova acarretará a criação de um ônus para alguém que não o teria originariamente, verifica-se um requisito inerente à tal redistribuição: a ausência de impossibilidade probatória reversa.

A partir do caso concreto, portanto, é preciso que o juízo verifique se a providência de readequação do encargo de provar pode gerar um prejuízo à comprovação das alegações daquele que será onerado, sob pena de violação à garantia da ampla defesa. Se a redistribuição do ônus da prova, como dito anteriormente, realiza uma ponderação acerca de prévia escolha legislativa, somente será legítima tal ponderação, se não causar um ônus excessivo à outra parte, sob pena de causar um desequilíbrio a um dos pólos da relação processual, desvirtuando-se, pois, do próprio objetivo da dinamização.

#### 4. Conclusões

De modo a produzir decisões justas às demandas que lhe são submetidas, o juiz deve procurar reconstituir a verdade sobre as alegações de fato das partes da relação processual, evitando que a insuficiência de provas leve a uma decisão injusta. Quando não for possível realizar tal reconstituição de forma total, deve o juiz se valer das regras de distribuição do ônus da prova.

O art. 333 do Código de Processo Civil, que prevê regra geral acerca da distribuição do encargo de provar, pode ser modificado, à luz do caso concreto, sob o risco de gerar uma situação de injustiça. Daí porque, em nome da efetividade da tutela jurisdicional, da igualdade e da solidariedade processual, pode o juiz redefinir, em caso excepcionais, as regras de distribuição do ônus da prova.

A definição da distribuição do ônus da prova pelo juiz de forma diferenciada em relação à disposição geral do art. 333 do Código de Processo Civil é, porém, excepcional, isto é, deve se dar apenas nos casos em que a atuação das partes não foi capaz de levar

a um conjunto probatório seguro, bem como há indícios de que outras provas se fazem necessárias à resolução da controvérsia.

Três limites desde logo despontam à dinamização do encargo probatório: o respeito ao contraditório, a presunção de legitimidade dos atos administrativos e a ausência de uma impossibilidade probatória reversa. Ainda assim, porém, verifica-se que a excepcional redistribuição dos ônus é medida que gera maior efetividade da própria jurisdição, garantindo que o Poder Judiciário possa esperar das partes as provas que efetivamente possam trazer a juízo.

### Referências

ACOSTA, Daniel F. *et alli*. Cargas Probatorias Dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 6ª. ed., 2002.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Mimeo., 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 15ª. ed., 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, reimpressão, 2002.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *In: Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária*. São Paulo, v. 48, n.280, fev. 2001, 5 a 20.

DIDIER JR., Fredie *et alli*. Curso de Direito Processual Civil, volume 2. Salvador: Podium, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 10ª. ed., 2002.

\_\_\_\_\_. Instituições de Direito Processual Civil, volume I. São Paulo: Malheiros, 5ª. ed., 2005.

FRANÇA, Marly Macedônio. "Reflexos do Código do Consumidor na teoria da prova". *In: Revista do TJRJ*, vol. 50, jan./mar. 2002.

GODINHO, Robson Renault. "A Distribuição do ônus da Prova na Perspectiva dos Direitos Fundamentais". *In: Revista da EMERJ*, v. 10, nº. 38, 2007, 263 a 284.

HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. *In: Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde. Manual de derecho constitucional*, 1996, 1 a 15.

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

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª. ed., 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 2007.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. "Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor". *In: Estudos de Direito Processual em memória de Luiz Machado Guimarães*. Coord.: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 123 a 140.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Julgamento e ônus da prova". *In: Temas de Direito Processual Civil: segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. LOPES, Maria Elizabeth de Castro (org.). Princípios Processuais Civis na Constituição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 2ª. reimpressão, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação civil pública e meio ambiente. São Paulo: Forense Universitária, 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 6ª. ed., 2003.