

1.2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ROBSON RENAULT GODINHO

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro
Mestre em Direito Processual Civil pelo PUC/SP

tion and similar papers at core.ac.uk

bro

provided by Biblioteca Digital Jurídica do S

ônus da prova como uma questão constitucional: prova e acesso à justiça. 4. A inversão judicial genérica do ônus da prova. 5. A teoria dinâmica do ônus da prova. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O estudo de temas processuais em uma perspectiva constitucional¹, embora não seja propriamente uma novidade², ainda não é realizado com a frequência necessária, o que faz com que alguns institutos tenham sua eficácia reduzida na efetiva tutela de direitos, por não serem compreendidos sob o ângulo da realização dos direitos fundamentais. Se uma abordagem constitucional dos institutos processuais já se justificaria pela proeminência da Constituição, seja na análise da compatibilidade normativa, seja em virtude da veiculação de diversas normas referentes ao direito processual, o direito fundamental de acesso à justiça irradia seus efeitos por todo o processo, na medida em que o entendemos como o instrumento apto à realização de direitos fundamentais³. O objeto deste trabalho limita-se exatamente à análise de

¹ Fala-se em Direito Processual Constitucional (jurisdição constitucional) e Direito Constitucional Processual (princípios processuais na Constituição). Amplamente, com outras indicações bibliográficas: DANTAS (2003, p. 107-135).

² Alguns exemplos dessa abordagem, apenas a título de ilustração: Trocker (1974), Comoglio (1998; 2003), Morello (1998), Porto (2003), Tucci (1989; 1999), Grinover (1990; 1998), Dantas (2003), Guerra (2003), Nery Junior (2004), Cruz (1993), Medina (2005), Rosas (1999), Siqueira Junior (2006), Guerra Filho (2005), Miranda (2000), Oliveira (2004; 2006), Marinoni (2004; 2006 e vários artigos disponíveis em: www.professormarinoni.com.br). Registre-se, ainda, que moderna obra sistemática sobre o processo civil é inaugurada exatamente com estudo sobre a relação entre o processo e os direitos fundamentais: Didier Junior (2006). Registre-se a constante preocupação de Moreira com as repercussões das normas constitucionais no estudo do processo, cujo reconhecimento se traduziu em oportuna homenagem coordenada por Fux, Nery Junior e Wambier (2006). Lembre-se que Couture (2003), ainda na primeira metade do século anterior, dedicou ao estudo da relação entre a Constituição e o Processo o primeiro volume de seus *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Também Calamandrei e Fix-Zamudio possuem importância histórica no estudo entre a Constituição e o processo, conforme estudo de Ferrer (2003). Nesse estudo, além do exame dos trabalhos de Fix-Zamudio, há interessantes notícias sobre os trabalhos de Couture e Calamandrei.

³ “Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido” (OLIVEIRA, 2006).

um dos institutos que, por não ser examinado constitucionalmente, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal⁴, mostra-se inadequado em sua função de garantir a tutela de direitos: o ônus da prova. Com efeito, se em seu formato mínimo o ato de julgar pode ser visto como a incidência de normas jurídicas aos fatos⁵ afirmados pelas partes perante o Judiciário, a produção de provas⁶ assume particular importância no resultado

⁴ “Acórdão que decidiu controvérsia acerca da distribuição dos ônus da prova com base exclusivamente na legislação infraconstitucional pertinente. Hipótese em que ofensa à Carta da República, se existente, seria reflexa e indireta, não ensejando a abertura da via extraordinária. Incidência, ainda, das Súmulas 282 e 356 desta Corte. Agravo desprovido”. (BRASIL, 2002a). “Processual. Tempestividade de recurso. Fundamento da decisão agravada inatocado. Ônus da prova. Controvérsia infraconstitucional. Ofensa indireta à CF. Reexame de fatos e provas (Súmula 279). Regimental não provido” (BRASIL, 2004). “Agravo regimental a que se nega provimento, por tratar o recurso extraordinário de matéria processual referente ao reexame do julgamento dos embargos de declaração opostos na instância de origem e à distribuição do ônus da prova” (BRASIL, 2002b). “Direito constitucional e processual civil. Recurso extraordinário. Procuração a Defensor Público: inexigibilidade. Alegação de ofensa ao art. 37, § 6, da C.F.: tema não prequestionado (súmulas 282 e 356). 1. Tem razão o agravante quando sustenta a inexigibilidade de procuração a Defensor Público. 2. Não, porém, quando insiste na subida do Recurso Extraordinário, em face dos termos do acórdão extraordinariamente recorrido. 3. É que o aresto reconheceu a culpa ‘in vigilando’ do Município, ora recorrente, com base em circunstâncias de fato, que não podem ser reexaminadas por esta Corte, em Recurso Extraordinário (Súmula 279). 4. E, quanto à inversão do ônus da prova, focalizou questão processual, que somente poderia ser revista, em Recurso Especial, pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III, da C.F.). Este, porém, manteve o não seguimento de tal Recurso, com trânsito em julgado, ficando preclusa tal questão. 5. Não pode, ademais, ser examinada a alegada violação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, seja porque os arestos da Apelação e dos Embargos Declaratórios não os focalizaram (Súmulas 282 e 356), seja porque se valeram de fundamentos estranhos à norma constitucional em questão (Súmula 283). 6. E é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, em Recurso Extraordinário, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais. 7. Agravo improvido”. (BRASIL, 2000). Na Espanha e na Argentina, por exemplo, a análise da distribuição do ônus da prova pelos respectivos Tribunais Constitucionais trouxe evidentes progressos na compreensão do tema (AROCHA, 2005; PEYRANO, 2004).

⁵ Mesmo nos processos em que se discute apenas matéria de direito, há questões fáticas subjacentes, existindo verdadeira comunicação entre norma e fato. No controle abstrato de normas, por exemplo, existe espaço para instrução probatória, como resulta claro do exame dos artigos 6º, 7º, § 2º, 9º, § 1º, e 20, § 1º, da Lei nº 9.868/99. Sobre a figura do *amicus curiae*, especialmente no controle abstrato de normas, inclusive sobre sua contribuição para a instrução do processo, é fundamental a leitura do trabalho de Bueno (2006).

⁶ “A função da prova no processo consiste em proporcionar ao juiz conhecimentos de que ele precisa a fim de reconstituir mentalmente os fatos relevantes para a solução do litígio” (MOREIRA, 2005, p. 12), o que, adiantamos desde já, está longe de significar que sirva para a busca da verdade no processo, por absoluta impossibilidade lógica (MAIA, 2004). Para Taruffo (1992), apesar das dificuldades que cercam a determinação da verdade dos fatos, a justiça da decisão judicial passa necessariamente pela busca da verdade no processo, que é denominada de verdade relativa e deve ser buscada dentro de um contexto processual específico, já que “[...] a prova é o instrumento de que dispõem as partes e o juiz para determinar no processo se podem ou não ser considerados como verdadeiros os enunciados relativos aos fatos principais do caso, a partir da premissa de que no processo é possível, com critérios racionais, obter uma aproximação adequada à realidade empírica desses fatos”, sendo que “[...] o verdadeiro problema não é se a verdade dos fatos deve ou não ser buscada no processo e tampouco se a verdade pode ou não ser alcançada em abstrato, senão compreender qual é a verdade dos fatos que pode e deve ser estabelecida pelo juiz para que constitua o fundamento da decisão” (TARUFFO, 2002). Anote-se que, embora os progressos científicos contribuam para uma maior aproximação da verdade dos fatos afirmados, a cientificação probatória não resolve todos os problemas, nem dispensa o juiz de uma análise dos demais elementos da causa. Como bem destaca Taru-

do processo e, conseqüentemente, na concretização do direito fundamental de acesso à justiça, na medida em que é o meio disponível para o convencimento do juiz e para a tutela do direito lesionado ou ameaçado de lesão. Dessa forma, se o cumprimento do ônus probatório pode significar a tutela do direito reclamado em juízo, parece-nos intuitivo que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a garantia do acesso à justiça⁷. Se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja

ffo (2001, p. 95), “[...] a resposta científica à necessidade de certeza e confiabilidade do raciocínio decisório é, pois, importante sempre que ela seja realmente possível, mas sem dúvida ela não pode ser considerada como uma solução fácil e completa de todas as dificuldades que se enfrentam para formular a decisão”. A utilização da prova científica e sua relevância para o resultado do processo também repercutem no estudo da coisa julgada, especialmente no que se refere à sua revisão, tema, aliás, que é mais um exemplo da repercussão dos direitos fundamentais no processo civil. Sobre a descon sideração da coisa julgada, reportamo-nos a duas obras básicas, onde se encontrarão outras referências: Didier (2006) e Talamini (2005). Vê-se, pois, que o problema da verdade no processo é extremamente complexo. O processo é formado pela argumentação jurídica dos sujeitos de que dele participam e, se normalmente depende da reconstrução de situações fáticas, não significa que sua finalidade seja a busca da verdade – mesmo a denominada formal, especialmente porque não há nenhuma validade ou vantagem na utilização da dicotomia formal/material nesse particular -, mas, sim, do convencimento motivado do julgador. Na realidade, tanto quanto possível, as partes e o juiz devem investigar os fatos do modo mais amplo permitido pelos naturais limites cognitivos de um processo judicial, a fim de estabelecer uma compreensão plena dos elementos relevantes para a decisão de uma causa. Entretanto, por diversos motivos uma investigação profunda pode ser frustrada ou até impedida, seja por razões humanas, lógicas ou legislativas (por exemplo: técnicas de cognição). Nesse quadro, o conhecimento possível sobre os fatos pode não ser pleno e exauriente, mas suficiente para legitimar uma decisão judicial. Importa estabelecer que o necessário é que o julgador indique, na fundamentação, as razões de seu convencimento acerca dos fatos importantes para a resolução da causa. Como destaca Moreira (2004, p. 107), em um autêntico Estado de Direito não basta que o órgão judicial esteja convencido de tal ou qual proposição seja verdadeira ou falsa, mas que indique na sentença as razões de seu convencimento. Aliás, sobre a verdade, vale reproduzir uma poesia de Drummond de Andrade (2002), para ilustrar o afirmado: “A porta da verdade estava aberta,/mas só deixava passar /meia pessoa de cada vez./Assim não era possível atingir toda a verdade,/porque a meia pessoa que entrava /só trazia o perfil de meia verdade./E sua segunda metade /voltava igualmente com meio perfil./E os meios perfis não coincidiam./Arrebataram a porta. Derrubaram a porta./Chegaram ao lugar luminoso /onde a verdade esplendia seus fogos./Era dividida em metades /diferentes uma da outra./Chegou-se a discutir qual a metade mais bela./Nenhuma das duas era totalmente bela./E carecia optar./ Cada um optou conforme /seu capricho, sua ilusão, sua miopia”.

⁷ A garantia constitucional do acesso à justiça não é incompatível com a existência das denominadas condições da ação, já que, se é verdade que todos podem requerer a tutela jurisdicional, mesmo que dela não sejam mercedores, não é menos verdade que o processo é o instrumento para a satisfação daqueles que efetivamente sejam titulares da situação material afirmada. Ou seja: a ação *concretamente exercida* é passível de controle de admissibilidade por meio da implementação de condições impostas pelo ordenamento. Isso, no entanto, não significa que o acesso à justiça possa ser obstado pela imposição de condições de admissibilidade desarrazoadas, ou seja, dissociadas da realidade de direito material, sob pena de se vedar indevidamente o acesso à justiça. Nesse sentido, vale transcrever a seguinte decisão do Tribunal Constitucional da Espanha (apud GONZÁLES PÉREZ, 2001, p. 74) que bem demonstra que as condições são legítimas desde que não embarquem desarrazoadamente o acesso à tutela jurisdicional: “*Es consolidada doctrina de este Tribunal que el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24.1, CE) no conlleva el reconocimiento de un derecho a que los órganos judiciales se pronuncien sobre el fondo de la cuestión planteada ante ellos, resultando aquél satisfecho con una decisión de inadmisión siempre y cuando la misma sea consecuencia de la aplicación razonada de una causa legal. Ahora bien, si cuando esa decisión de inadmisión se produce en relación con los recursos legalmente establecidos el juicio de constitucionalidad ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad, cuando del*

impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional⁸. Com efeito, as regras de distribuição do ônus da prova são o derradeiro expediente de que se vale o juiz para, diante de um quadro de carência probatória acerca de fato ou fatos relevantes, resolver a controvérsia veiculada no processo. Caso sejam traçadas apenas regras abstratas, rígidas e estáticas de distribuição desse ônus, pode haver casos concretos em que se torne impossível a produção de determinada prova pela parte que, em princípio, deveria instruir o processo, com a consequência inevitável se lhe ser negada a tutela de direitos.

Em suma, a distribuição do ônus da prova pode fazer do processo apenas um arremedo de acesso à justiça. Para a plena efetividade do processo, é imprescindível o correto manejo da técnica⁹, não escapando dessa realidade as regras sobre a instrução do processo, mas os instrumentos disponíveis devem ser adequados às exigências para a efetiva tutela do direito material, não bastando a previsão formal de meios inidôneos para a realização de direitos¹⁰. Ao tratar de alguns temas fundamentais do processo civil moderno, Moreira (1989, p. 4) afirmou que “[...] muito há que se investigar, por exemplo, sobre a medida em que se pode tornar flexível, em razão de peculiaridades da matéria litigiosa, o regime de distribuição do *onus probandi* estabelecido no art. 333 [do Código de Processo Civil]”. Será nosso propósito tecer alguns apontamentos, ainda que presos às limitações materiais, formais e pessoais deste texto, sobre a distribuição do ônus da prova, tendo como base a previsão de inversão judicial prevista do Código de Defesa do Consumidor e a garantia constitucional do acesso à justiça.

acceso a la jurisdicción se trata, como aquí ocurre, el principio hermenéutico pro actione opera con especial intensidad, de manera que si bien el mismo no obliga 'la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles', si proscribire aquellas decisiones de inadmisión que 'por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican'.

⁸ Como corretamente disse Couture (2003, p. 48), a lei que torne impossível a prova é tão inconstitucional quanto a lei que impossibilite a defesa.

⁹ Sobre a importância da técnica para a efetividade do processo: Moreira (1997); Bedaque (2006); Marinoni (2004; 2006a).

¹⁰ “Será que o direito à tutela jurisdicional é apenas o direito ao procedimento legalmente instituído, não importando a sua capacidade de atender de maneira idônea o direito material? Ora, não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente fixado, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. Se o direito de ir a juízo restar na dependência da técnica processual expressamente presente na lei, o processo é que dará os contornos do direito material. Mas, deve ocorrer exatamente o contrário, uma vez que o primeiro serve para cumprir os desígnios do segundo. Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional” (MARINONI, 2006b).

Para o desenvolvimento de nosso estudo, é fundamental fixar a seguinte premissa: a distribuição do ônus da prova é, antes de tudo, uma questão constitucional (CANOTILHO, 2004). Em diversas situações, estaremos diante de casos difíceis (MORELLO, 2004, p. 335)¹¹, como as lesões pré-natais (WALTER, 1985, p. 242), questões inerentes a atividades de risco (AROCA, 2005, p. 127), que envolvam direitos fundamentais, direitos transindividuais, entre outros, para os quais as regras ortodoxas de distribuição do ônus da prova são insuficientes e, se aplicadas, levarão a uma inadequada tutela de direitos, frustrando a expectativa constitucionalmente legítima de acesso à justiça. É bem verdade que o legislador brasileiro vem se preocupando com a insuficiência probatória e sua repercussão na formação da coisa julgada nos processos coletivos, mas nos parece que a discussão deve avançar ainda mais, a fim de que se busque uma maior flexibilização das regras da distribuição do ônus da prova à luz das peculiaridades do direito material e do caso concreto. Esperamos poder fornecer subsídios que contribuam para a discussão sobre o ônus da prova, cujo estudo já foi considerado a coluna vertebral do processo civil (ROSENBERG, 1955, p. 228), a partir de sua compreensão na perspectiva dos direitos fundamentais¹².

2. Ônus da prova: generalidades

Para os fins deste texto, é desnecessária uma exposição sistemática sobre a noção de ônus da prova¹³, bastando traçar as linhas básicas que caracterizam sua estrutura e finalidade. A idéia básica sobre o ônus da prova é, em síntese, o aproveitamento que a parte pode ter ao produzir a prova que, em princípio, traga-lhe benefício¹⁴,

¹¹Na teoria da argumentação, fala-se ainda em casos trágicos, em que “[...] não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema” (ATIENZA, 2000, p. 335).

¹²Sobre a teoria dos direitos fundamentais, cuja exposição, mesmo sintética, não será realizada no corpo deste trabalho, mas dele é premissa inafastável, valem ser conferidas as seguintes obras de referência, cada qual com ampla indicação bibliográfica complementar: Alexy (2001); Sarlet (2006); Castro (2003); Pereira (2006).

¹³Em clássica passagem, Goldschmidt (1936, p. 203) considerou ônus como sendo um “[...] imperativo do interesse próprio”, transmitindo uma idéia relacionada a situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual, acrescentando que o ônus se refere ao aproveitamento de uma possibilidade que beneficiará a parte diligente, não sem antes anotar que a mais grave culpa perante si mesmo é a perda de uma oportunidade. Para uma exposição sistemática sobre o ônus da prova, vale conferir, entre outros: Echandiá (2002); Santos (1983); Rosenberg (2002). Um interessante exame da clássica teoria de Rosenberg foi feito por Múrias (2000); Michelli (2004); Rangel (2002); Leonardo (2004); Pacífico (2001); Badaró (2003); Arenhart (2006). Embora não o tenhamos consultado diretamente, deve ser mencionado o estudo clássico de Faria (1936).

¹⁴Em um aspecto subjetivo, o ônus da prova implica assumir o risco da consequência da prova frustrada, motivando psicologicamente a parte a participar da instrução da causa; no aspecto objetivo, interessa o demonstrado, não quem o demonstrou, tratando-se de regra de julgamento (BUZAID, 1972, p. 64). O aspecto motivacional é mencionado por Dinamarco (2000). Interessantes abordagens sobre a persistência e a atenuação do ônus subjetivo da prova em: Pacífico (2001, p. 139-152) e Badaró (2003, p. 185-190).

servindo ao juiz para o julgamento da causa quando houver dúvidas sobre fatos relevantes. As regras sobre a distribuição do ônus da prova incidem em um estado de incerteza cognoscitiva do julgador, servindo como artifício para que o julgamento seja proferido mesmo diante de penúria probatória. Diversos fatores, como as presunções legais¹⁵ e o comportamento das partes (MOREIRA, 2004), podem influir no encargo de produção da prova, mas, ainda assim, pode-se chegar ao final do processo sem que os fatos relevantes estejam esclarecidos. Mesmo com a utilização dos amplos poderes instrutórios do juiz¹⁶, pode persistir uma incerteza fática que exija a utilização das regras de distribuição do ônus da prova.

Como o *non liquet* em questões de fato não conduz a um *non liquet* em questões de direito (ROSENBERG, 1955), as regras sobre o ônus probatório são uma consequência da insuficiência ou ausência das provas para a resolução de determinado processo, decorrendo, assim, de um quadro de incerteza fática. Ou seja: o ônus da prova se planta no terreno da dúvida (BADARÓ, 2003). A persistência de um insuficiente material probatório, portanto, compele o juiz a lançar mão das normas sobre distribuição do ônus da prova, espécie de *ultima ratio* que lhe permite sair de uma situação embaraçosa, constituindo verdadeira tábua de salvação (MOREIRA, 1980). O descumprimento do ônus da prova não implica julgamento desfavorável, assim como seu cumprimento não significa necessariamente o acolhimento da pretensão, já que a prova suficiente pode ser trazida pelo processo pela outra parte, pelo próprio juiz ou pelo Ministério Público, mas pode significar o aumento do risco de uma decisão desfavorável, razão pela qual as partes devem estar cientes das regras de distribuição (MARINONI, 2006a). A idéia básica sobre a repartição do ônus da prova, portanto, está na atividade probatória que incumbe a quem a prova aproveita, chegando Rosenberg a elaborar um princípio geral: cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência da norma favorável ao êxito de sua pretensão processual (ROSENBERG, 1955, p. 222). Na correta síntese de Marinoni (2006) sobre o pensamento clássico na matéria,

[...] a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o

¹⁵ Cf. Moreira (1988; 2005); Arenhart (2006, 47-48). Sobre o tema, especificamente relacionado às ações de paternidade, vale mencionar interessante obra coletiva coordenada por Didier Junior e Mazzei (2006).

¹⁶ Sobre os poderes instrutórios do juiz, vale conferir os textos de Moreira (1989): O problema da divisão do trabalho entre juiz e partes: aspectos terminológicos; Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo; Sobre a participação do juiz no processo civil. Ver também Moreira (2003). Ainda: Bedaque (2001). Amplamente, especialmente sobre a compatibilização entre o princípio dispositivo e os poderes instrutórios do juiz, com farta indicação bibliográfica: Lopes (2006). Para o debate da questão no processo penal: Zilli (2003). Alguma notícia do tema no direito comparado em: Abel Lluch (2005) e Abel Lluch e Pico Jun ou (2003). No Superior Tribunal de Justiça, merecem ser consultados (BRASIL, 1994, 2001).

ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.

É essa, basicamente, a doutrina inspiradora do artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro, em que são fixadas as regras gerais sobre o ônus da prova, abstratas e independentes do caso concreto¹⁷. Como veremos nos itens seguintes, esse regramento é insuficiente e não atende às especificidades dos casos concretos e do direito material, tratando estática e uniformemente situações diferenciadas.

3. A distribuição do ônus da prova como uma questão constitucional: prova e acesso à justiça

A relevância das regras sobre o ônus da prova na concretização dos direitos fundamentais levou Canotilho (2004, p. 170) a propor o deslocamento do direito à prova “[...] do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional”, identificando uma carência de estudos nessa perspectiva¹⁸. Realmente, à garantia constitucional da tutela de um direito afirmado em juízo segue-se a possibilidade efetiva de sua apreciação pelo judiciário (MARINONI, 2006a, p. 215). O direito de ação compreende a oportunidade de o autor influir no convencimento do julgador, participando efetivamente do processo, existindo um verdadeiro direito à prova (GOMES FILHO, 2001), considerado um dos fundamentais pilares do sistema processual contemporâneo (DINAMARCO, 2000, p. 47). Na certa lição de Marinoni (2006a, p. 310).

[...] o direito de acesso à jurisdição – visto como direito do autor e do réu – é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato – ou como um simples direito de propor ação e de apresentar defesa –, indiferente aos obstáculos sociais que possam inviabilizar o seu efetivo exercício. A questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir a juízo – seja para pedir a tutela do direito, seja para se defender – a partir da idéia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o

¹⁷ Na linha, aliás, do pensamento de Rosenberg (1955, p. 227).

¹⁸ “Há muito tempo que os juspublicistas dão conta que, no direito constitucional, e, mais especificamente, no campo dos direitos fundamentais, existe um clamoroso deficit quanto ao direito à prova. Escusado será dizer que a ausência de estudos sobre o direito constitucional à prova significa também a inexistência de problematização jurídico constitucional relativa a categorias jurídicas tão importantes como a do ônus da prova” (CANOTILHO, 2004, p. 169).

direito usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade.

Parece-nos, pois, que a distribuição do ônus da prova é uma questão constitucional (SOARES, 2006), sendo que “[...] a remissão sistemática do regime jurídico do ônus da prova para o direito processual legalmente estabelecido pode, porém, suscitar sérias interrogações em domínios tão sensíveis num Estado de Direito democrático-constitucional como é o do regime de direitos, liberdades e garantias” (CANOTILHO, 2004, p. 170). Nessa medida, o legislador infraconstitucional não é livre para a ampla restrição da inversão do ônus da prova, podendo-se falar em limites constitucionais materiais no caso de a distribuição do ônus frustrar a fruição de um direito fundamental. Em suma, “[...] a violação do direito á prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta à garantia de acesso útil à justiça” (KNIJNIK, 2006, p. 943), restringindo-se indevidamente o exercício de um direito fundamental¹⁹, não sendo ocioso lembrar que deve ser garantida à parte o direito de participar do processo influenciando seu resultado²⁰. É oportuno finalizar esse item lembrando que o procedimento estruturado de acordo com as situações de *directo* material integra a proteção dos *directos* fundamentais, já que

[...] los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a ‘uma protección jurídica efectiva’. Condición de una efectiva protección jurídica es que el resultado del procedimiento garantice los derechos materiales del respectivo titular de derechos. [...] El hecho de que en ámbito de los derechos fundamentales las normas procedimentales no puedan proporcionar todo no significa que deban ser subestimadas. Allí donde las normas procedimentales pueden aumentar la protección de los derechos fundamentales, está exigidas prima facie por principios iusfundamentales. (ob.cit.)

4. A inversão judicial genérica do ônus da prova

A inversão ou modificação²¹ do ônus da prova à luz das circunstâncias do caso concreto é prevista basicamente apenas no Código de Defesa do Consumidor e enseja diversas

¹⁹ O tema das restrições aos direitos fundamentais é vasto e possui alta complexidade, não cabendo ser analisado nesse espaço, razão pela qual nos remetemos a trabalhos sobre o tema, onde se encontrarão outras referências: Alexy (2001); Novais (2003); Pereira (2006).

²⁰ “A participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental” (OLIVEIRA, 2006a).

²¹ Arenhart (2006) sustenta a preferência pela expressão ‘modificação do ônus da prova’, por não se tratar de verdadeira ‘inversão’. Embora suas objeções sejam razoáveis, manteremos a denominação tradicionalmente utilizada na bibliografia pátria.

controvérsias²², sendo relevante para nosso estudo tratar apenas da finalidade do dispositivo e de algumas repercussões de sua aplicação. A possibilidade de inversão do ônus da prova visa a facilitar a produção probatória (WATANABE, 2004, p. 794), o esclarecimento e a resolução das questões de consumo. Rompe-se, assim, com a idéia de que bastam regras estáticas e abstratas para distribuir a responsabilidade de produção da prova no processo, havendo necessidade de se examinarem as particularidades do caso concreto, seja em razão da verossimilhança da alegação, seja em virtude da hipossuficiência da parte, cuja vulnerabilidade independe de sua situação econômica²³.

O momento da inversão do ônus da prova depende do convencimento²⁴ do juiz e, normalmente, entende-se que somente ocorre quando da prolação da sentença²⁵. Mais

²² Interessante exame de vários problemas relacionados com o tema, com ampla citação doutrinária e jurisprudencial, pode ser encontrado em: Carvalho Filho (2003). Também vale conferir a exposição panorâmica feita por Rebouças (2006).

²³ Idem. Dinamarco (2000, p. 80) entende que, se o Ministério Público for o autor de uma ação envolvendo relação de consumo, não haverá inversão do ônus da prova por não haver hipossuficiência. Não concordamos com essa posição por ao menos dois motivos: 1) a inversão pode ocorrer também em razão da verossimilhança das alegações (embora não seja esta uma autêntica hipótese de inversão, mas assim é considerada pela lei) e não só da hipossuficiência; 2) a hipossuficiência não é só econômica, podendo haver hipóteses em que, por exemplo, seqües técnicas exijam a inversão para a efetiva tutela dos direitos. Nesse sentido: Soares (2006, p. 241 et seq.).

²⁴ “Perceba-se que, ao se admitir que a regra do ônus da prova tem a ver com a formação do convencimento judicial, fica fácil explicar porque o juiz, ao considerar o direito material em litígio, pode atenuar ou inverter o ônus probatório na sentença ou mesmo invertê-lo na audiência preliminar” (MARINONI, 2006).

²⁵ Leonel (2002, p. 338) e Watanabe (2004, p. 796). Buzaid (1972, p. 66), entendendo que o ônus da prova é regra de julgamento, possuía opinião restritiva a esse respeito: “Justamente por se tratar de uma regra valorativa de julgamento, a oportunidade em que deve ser aplicada é a da prolação da sentença, concluindo o processo. O juiz não deve entrar no seu exame na pendência da causa, nem advertir as partes das incertezas da prova, nem, finalmente, do encargo que toca a cada qual; tão-só depois de produzidas ou não as provas e de examinadas todas as circunstâncias de fato é que o juiz recebe da lei o critério que há de plasmar o conteúdo de sua decisão”. Entretanto, vem tendo boa acolhida a idéia de que as partes devem ser comunicadas da inversão do ônus da prova, em respeito ao princípio do contraditório, evitando surpresas aos litigantes. Boa análise do tema por Moreira (1997, p. 305-308). Na síntese de Diddier Junior (2006a, p. 515), “[...] deve a inversão, pois, ser feita em momento que permita àquele que assumiu o encargo livrar-se dele”. Dinamarco (2000) entende que a efetiva inversão do ônus da prova é realizada no momento da decisão, mas o juiz deve advertir as partes sobre seus ônus probatórios e sobre a possibilidade de inversão, como decorrência do disposto no art. 331, parágrafo 2º do Código de Processo Civil. Aproximadamente no mesmo sentido, entendendo que essa advertência se trata de ‘boa política judiciária’, Watanabe (2004, p. 797). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por meio da edição do enunciado nº 91 da súmula de sua jurisprudência predominante, estabeleceu que “[...] a inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”, com base na justificativa de que “[...] a inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, não é legal mas judicial, pelo que o fornecedor seria surpreendido, se se considerasse a sentença como momento processual da inversão, em afronta ao princípio do contraditório”. Os enunciados da súmula da jurisprudência predominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro podem ser consultados no endereço eletrônico www.tj.rj.gov.br. Para conhecer a justificativa, é necessário consultar o teor da sessão de julgamento, a partir do número fornecido no próprio enunciado sob análise. Pensamos que sempre deva ser dada ciência às partes da inversão do ônus da prova, possibilitando

complexa é a análise do campo de aplicação da possibilidade de inversão do ônus da prova. Com efeito, havendo basicamente apenas no Código de Defesa do Consumidor uma regra que permita a inversão judicial do ônus da prova, uma análise superficial do tema levaria à conclusão de que se trata de possibilidade confinada às relações de consumo, não se aplicando em nenhuma outra hipótese, já que toda exceção deve ser interpretada restritivamente. Entretanto, em uma leitura constitucional do tema, pensamos que a inversão do ônus da prova é condicionada às peculiaridades do direito material e serve como instrumento concretizador do direito fundamental de acesso à justiça, não podendo ficar limitada às relações de consumo²⁶. Raciocinar de maneira diversa seria o mesmo que reconhecer que somente as relações de consumo merecem tratamento diferenciado, o que é um lamentável desvio de perspectiva²⁷. Como bem observa Marinoni (2006b):

[...] há um grande equívoco em supor que o juiz apenas pode inverter ou atenuar o ônus da prova quando pode aplicar o CDC. O fato de o art. 6º, VIII, do CDC, afirmar expressamente que o consumidor tem direito a inversão do ônus da prova não significa que o juiz não possa assim proceder diante de outras situações de direito material. Caso contrário teríamos que raciocinar com uma das seguintes hipóteses: i) ou admitiríamos que apenas as relações de consumo podem abrir margem ao tratamento diferenciado do ônus da prova; ii) ou teríamos que aceitar que outras situações de direito substancial, ainda que tão características quanto as pertinentes às relações de consumo, não admitem tal tratamento diferenciado apenas porque o juiz não está autorizado pela lei.

a oportunidade de seu cumprimento em prazo razoável, especialmente porque também ao juiz interessa uma instrução satisfatória, o que poderá ser atingida com a decisão de inversão, variando o momento dessa decisão de acordo com a convicção formada no decorrer do processo.

²⁶ Cf. Marchesan; Steigleder (2003); Abelha (2003, p. 208); Leonel (2002, p. 340). A favor da aplicação dessa regra no processo do trabalho: Teixeira Filho (2003, p. 128); Machado Junior (2001, p. 145).

²⁷ Recente reforma legislativa também privilegiou somente as relações de consumo, ao permitir que a nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, possa ser declarada de ofício pelo juiz (parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil). Correta a abordagem de Neves (2006, p. 414), ao comentar a inovação legislativa: “[...] é absolutamente defensável a tese de que a hipossuficiência do consumidor que fundamentaria esse cuidado maior do juiz no caso concreto também possa ser verificado em outras hipóteses, alheias às relações de consumo, como ocorre, por exemplo, com o incapaz ou com a mulher casada. É inegável que a distribuição de petição inicial em foro muito distante do competente, com o intuito de prejudicar o exercício da ampla defesa por parte do réu, também poderá ocorrer em situações alheias às relações de consumo. Se o propósito da nova norma legal é evitar abusos dos autos nas hipóteses em que a escolha do foro prejudica o efetivo direito de defesa do réu hipossuficiente, outras situações, além das relações de consumo, devem também ser contempladas”.

É necessário perceber que “[...] a inversão do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência.” (MARINONI, 2006b). Na realidade, a inversão do ônus da prova deve ser estendida a todas as situações em que as regras do artigo 333 do Código de Processo Civil gerem uma real desigualdade entre as partes ou tornem a uma delas excessivamente onerosa ou mesmo impossível a demonstração da verdade fática que lhe interessa (GRECO, 2005a, p. 48; 2005b, p. 369), isso porque “[...] a inversão do ônus da prova é imperativo do bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência [...]”, sendo que, nos casos em que a produção da prova é muito difícil ou impossível para ambas as partes, chegando o juiz ao final do procedimento sequer sem uma convicção de verossimilhança, “[...] determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo autor [...]”, invertendo-se o ônus da prova (MARINONI, 2006a, p. 331). Não permitir, em determinadas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar jurisdição, já que,

[...] tratando-se de matéria de fato, de nada adianta alegar sem convencer o julgador. Não obstante, costuma vigorar a regra de que o autor deve provar o fato constitutivo do seu direito e o réu os fatos impeditivo, modificativo ou extintivo, pouco importando a situação de direito substancial que é oferecida ao conhecimento do juiz, ou pouco importando a extrema dificuldade, ou até mesmo a impossibilidade prática que aquele, a quem a norma de direito substancial outorga um direito, possui para demonstrá-lo em juízo.

Neste sentido, se acaso realmente deseja-se um processo que seja efetivamente capaz de garantir o ordenamento jurídico, é de se considerar as situações em que praticamente não é possível demonstrar um direito, trabalhando-se, então, com técnicas processuais que permitam a inversão do ônus da prova ou a denominada prova indiciária²⁸.

Contra a extensão genérica da inversão do ônus da prova, objeta-se com a exigência de necessidade de lei²⁹, sob pena de *grave violação* do devido processo legal

²⁸ Também favorável à extensão da regra da inversão: Santos (2002, p. 96).

²⁹ O Superior Tribunal de Justiça faz uma interessante distinção para efeitos de distribuição de ônus da prova, sem respaldo legal evidente, mas sim fático: “Embargos de divergência em Recurso Especial. Justiça gratuita. Concessão do benefício. Pessoa jurídica. Alegação de situação econômico-financeira precária. Necessidade de comprovação mediante apresentação de documentos. Inversão do *onus probandi*. I- A teor da reiterada jurisprudência deste Tribunal, a pessoa jurídica também pode gozar das benesses alusivas à assistência judiciária gratuita, Lei n° 1.060/50. Todavia, a concessão deste benefício impõe distinções entre

(LEONARDO, 2004, p. 222). Entretanto, a inversão do ônus da prova também integra o devido processo legal, especialmente nas hipóteses em que a distribuição formal do encargo impossibilitar o acesso efetivo à justiça. Trata-se de situação em que deve haver ponderação de interesses, em juízo de proporcionalidade (BERNAL PULIDO, 2003), e, desde que se dê ciência às partes, parece-nos que se deva prestigiar a tutela dos direitos. O próprio direito à prova decorre do devido processo legal, já que as partes possuem o direito de participar do processo *provando* (CAMBI, 2006, p. 38). Em síntese, como a necessidade de inversão do ônus da prova decorre diretamente da Constituição, não há necessidade de integração legislativa, que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso à justiça.

5. A teoria dinâmica do ônus da prova

Como decorrência da insuficiência das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, vem merecendo a atenção da doutrina a denominada *teoria dinâmica do ônus da prova*³⁰. Essa teoria foi batizada com essa denominação pelo processualista argentino Peyrano (2004), mas não revela uma idéia absolutamente original³¹, nem mesmo as pessoas física e jurídica, quais sejam: a) para a pessoa física, basta o requerimento formulado junto a exordial, ocasião em que a negativa do benefício fica condicionada à comprovação da assertiva não corresponder à verdade, mediante provocação do réu. Nesta hipótese, o ônus é da parte contrária provar que a pessoa física não se encontra em estado de miserabilidade jurídica. Pode, também, o juiz, na qualidade de Presidente do processo, requerer maiores esclarecimentos ou até provas, antes da concessão, na hipótese de encontrar-se em ‘estado de perplexidade’; b) já a pessoa jurídica, requer uma bipartição, ou seja, se a mesma não objetivar o lucro (entidades filantrópicas, de assistência social, etc.), o procedimento se equipara ao da pessoa física, conforme anteriormente salientado. II- Com relação às pessoas jurídicas com fins lucrativos, a sistemática é diversa, pois o *onus probandi* é da autora. Em suma, admite-se a concessão da justiça gratuita às pessoas jurídicas, com fins lucrativos, desde que as mesmas comprovem, de modo satisfatório, a impossibilidade de arcarem com os encargos processuais, sem comprometer a existência da entidade. III- A comprovação da miserabilidade jurídica pode ser feita por documentos públicos ou particulares, desde que os mesmos tratem a precária saúde financeira da entidade, de maneira contextualizada. Exemplificativamente: a) declaração de imposto de renda; b) livros contábeis registrados na junta comercial; c) balanços aprovados pela Assembléia, ou subscritos pelos Diretores, etc. IV- No caso em particular, o recurso não merece acolhimento, pois o embargante requereu a concessão da justiça gratuita ancorada em meras ilações, sem apresentar qualquer prova de que encontra-se impossibilitado de arcar com os ônus processuais. V- Embargos de divergência rejeitados.” (BRASIL, 2003).

³⁰ Até onde pudemos verificar, essa teoria, com essa denominação, é especificamente examinada nos seguintes trabalhos: Souza (1996); Dall’Agnol Junior (2001); Kfourri Neto (2002); Câmara (2005); Cambi (2006, p. 340); Knijnik (2006); Diddier (2006); Soares (2006). Arenhart (2006, p. 52) menciona essa expressão, mas, após noticiar seu amplo uso na jurisprudência norte-americana, prefere a denominação ‘modificação necessária’ do regime do ônus da prova. Grinover (2005, p. 14) noticia que, no anteprojeto de um Código de Processo Coletivo por ela coordenado, “[...] a questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova”.

³¹ Câmara (2005, p. 13) vê sua origem remota na obra de Bentham, no que é acompanhado por Grande (2005, p. 45). White (2004, p. 71) menciona que em 1957 a Corte Suprema da Argentina já havia decidido com base em critérios ‘dinâmicos’ e Grande (2005, p. 47) cita como precedente mais remoto um julgado de 1933. Entretanto, não podemos deixar de reconhecer a importância da formulação e da divulgação das idéias que decorrerão dessa formulação doutrinária para o incremento do debate sobre a distribuição do

uma vinculação com essa nomenclatura, embora possa se dizer que possivelmente a idéia subjacente a essa teoria será mesmo conhecida como distribuição *dinâmica* do ônus da prova³². A idéia básica dessa teoria é a facilidade para a produção da prova, suportando o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-la³³. Isso significa que a distribuição do ônus da prova dependerá do caso concreto, não havendo nenhuma vinculação a regras fixadas, aprioristicamente, flexibilizando o regramento clássico que, em uma postura estática, pretendia regular abstratamente todas as situações. Trata-se de uma teoria excepcional e residual (PEYRANO, 2004, p. 87), que necessariamente será objeto de cuidadosa fundamentação por parte do julgador, com a necessária ciência³⁴ dos sujeitos envolvidos. Em interessante síntese, por essa teoria,

[...] há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. [...] Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a 'natureza' do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo (DALL'AGNOL JUNIOR, 2001, p. 98).

Na jurisprudência brasileira já se encontram exemplos da aplicação dessa teoria (DALL'AGNOL JUNIOR, 2004, p. 100)³⁵ e pode-se dizer que a idéia é semelhante ao que se denomina de princípio da aptidão para a prova (MACHADO JUNIOR, 2001, p. 145)³⁶. Na Espanha, já se decidiu que não se pode exigir de uma das partes uma prova

ônus da prova. Na Argentina, além de diversas adesões na jurisprudência, a recente e importante obra coletiva (PEYRANO; WHITE, 2004) bem releva a aceitação da teoria. Críticas a essa teoria são bem sintetizadas no citado estudo de Maximiliano García Grande.

³² Veja-se, por exemplo, trecho de Grinover em nota anterior, consagrando a expressão, bem como os trabalhos doutrinários citados.

³³ É interessante que, para saber quem está em melhores condições de produzir a prova, pode haver necessidade de instrução (BARBERIO, 2004, p. 102).

³⁴ Entendendo que a inversão só deve ocorrer na sentença, sem que se possa falar em surpresa às partes: White (2004, p. 73).

³⁵ Na Argentina a aplicação jurisprudencial é farta, inclusive pela Suprema Corte (DALL'AGNOL JUNIOR, 2004, *passim*).

³⁶ No processo do trabalho, aliás, a interpretação sobre a distribuição do ônus da prova é peculiar. Entendendo haver colisão frontal entre o disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil e o artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, Teixeira Filho (2003, p. 120) considera que na interpretação desse artigo específico está o fundamento para justificar a inversão do ônus da prova em prol do trabalhador, em virtude da desigualdade material existente entre as partes. Segundo esse autor, o artigo 333 do Código de Processo

impossível ou diabólica, nem se podem adotar regras de distribuição do ônus da prova que produzam situações de supremacia ou privilégio de alguma das partes, sendo que o artigo 217.6 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevê regras complementares ao princípio geral de distribuição do ônus da prova, levando em consideração a facilidade e a disponibilidade da produção da prova (AROCA, 2005, p. 121).

Embora admita a adoção dessa teoria no direito brasileiro, Knijnik (2006, p. 947) aponta que devem ser impostos alguns limites, como a rigorosa análise sobre efetivamente quem está em melhores condições de produzir a prova, afastando a formação da *probatio diabolica* inclusive a reversa, e o respeito ao contraditório. Concordamos com essas ponderações, mas nos parece que são limites que devem ser impostos a qualquer teoria, já que, em última análise, o autor propugna uma aplicação criteriosa da distribuição dinâmica do ônus da prova, sempre respeitando a Constituição. A adoção dessa teoria enseja outros problemas, como a possibilidade de desvirtuamento de quem possui melhores condições de produzir a prova (PEYRANO, 2004, p. 21), mas nos parece ser a que melhor serve para o desenvolvimento de um processo efetivamente preocupado com os direitos fundamentais. Embora não encontre norma legal explícita em nosso ordenamento, a inversão dinâmica do ônus da prova decorre dos seguintes princípios (DIDDIER, 2006a, p. 521): igualdade, lealdade, boa-fé e veracidade, solidariedade, devido processo legal e acesso à justiça. Mesmo sem utilizarem a expressão *teoria dinâmica*, Marinoni e Arenhart (2000, p. 205) defendem essa mesma idéia:

[...] na verdade, deve ter o ônus de provar, de acordo com as peculiaridades da situação concreta, aquele que está na condição mais favorável para produzir a prova. Isso quer dizer, exatamente, que, nas situações em que o autor não pode provar o que alega, o juiz deve inverter o ônus da prova, esteja ele diante de uma relação de consumo ou não [...].

Conclui-se, assim, que a insuficiência das regras formais e abstratas de distribuição do ônus da prova afeta o acesso à justiça, sendo necessário o desenvolvimento de teorias que visem a possibilitar uma produção probatória compatível com a realização e a garantia dos direitos fundamentais.

Civil é uma ‘presença incômoda’ que deve ser proscrita do processo do trabalho, representando uma abstração da realidade prática. Para Machado Junior (2001, p. 126), embora não haja substancial diferença entre os mencionados diplomas legais, entende que o regramento é insuficiente para resolver a questão da distribuição do ônus da prova no processo do trabalho, parecendo-lhe que, face a finalidade protetiva do direito do trabalho, todo o ônus da prova deveria ser do empregador. Na nota 29 da página 135, Machado Junior (2001) transcreve a seguinte ementa: ‘Ônus da prova. É sempre do empregador quando se discute o cumprimento de direitos previstos na legislação do trabalho. Inspira cuidados a decisão que transfere para o empregado o ônus de provar que não recebeu salário, que não teve folga semanal, que não teve intervalo de descanso, ou que o FGTS não foi recolhido. Presumir o cumprimento das leis sociais pelo empregador é como dar vida a uma convenção nula!’

6. Considerações finais

Entre as diversas desigualdades existentes entre os litigantes, certamente a distribuição do ônus da prova pode ser, antes de um fator de agravamento dessa desigualdade, uma forma de amenizar a disparidade real existente no processo. A insuficiência³⁷ da regra estática do ônus probatório é evidente e incompatível com o efetivo acesso à justiça. Com razão Greco (2005, p. 48) quando afirma que

[...] o importante é que as regras sobre o ônus da prova não sejam manipuladas para tornar impossível a prova dos fatos, mas ao contrário, para tornar efetivo o direito de cada uma das partes de que sejam produzidas todas as provas que possam lhe interessar. Se nenhuma das partes tem facilidade de acesso à prova, a inversão pode representar a escolha ideológica do perdedor, o que compromete irremediavelmente a imparcialidade do juiz. Nesse caso, o juiz deve usar os seus poderes de iniciativa probatória, para tentar ir em busca das provas que não estão ao alcance das partes.

Por mais que se acredite que o processo seja inspirado pela boa-fé³⁸ objetiva, pela cooperação (OLIVEIRA, 2006) e solidariedade entre os sujeitos que o compõem e mesmo admitindo que o juiz use efetiva e corretamente de seus amplos poderes instrutórios, o certo é que a regra estática da distribuição do ônus da prova estimula a acomodação da parte ré, quando se sabe que a prova dos fatos constitutivos pelo autor é extremamente difícil, incentivando sua inércia (ABELHA, 2003, p. 206), passando a ser mera espectadora processual. A fixação prévia e rígida das regras de distribuição pode provocar comportamentos *estratégicos* dos litigantes, o que, em última análise, pode afetar a tutela dos direitos. As regras de distribuição do ônus da prova podem de antemão traçar a sorte dos litigantes e, nessa medida, estão umbilicalmente ligadas ao acesso à justiça.

Aquele que vai ao Judiciário para proteger um direito afirmado e encontra regras abstratas que lhe atribuam a demonstração de determinados fatos, cuja prova, circunstancialmente, é de difícil ou impossível produção, tem a garantia de acesso à justiça atendida apenas formalmente, já que não terá sua pretensão examinada adequadamente pelo julgador. Para um processo de resultados comprometido com o acesso à justiça, a distribuição do ônus da prova não pode ser apenas uma preocupação com a existência formal de uma decisão judicial, devendo ser o instrumento para a efetiva tutela de direitos.

³⁷ Interessante abordagem feita por Cambi (2001, p. 332).

³⁸ Sobre o princípio da boa-fé, suas várias facetas e repercussões nos campos do Direito, inclusive no campo processual, confira-se a interessante obra de Córdoba, Cordobera e Kluger (2005). Mencione-se, ainda, o trabalho de Vincenzi (2003).

Em conclusão, “[...] quando a medida justa da distribuição do ônus da prova é fundamental para a garantia de um direito”, devem ser evitadas teorias abstratas e apriorísticas, impondo-se “[...] soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias” (CANOTILHO, 2004, p. 175).

7. Referências bibliográficas

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ABEL LLUCH, Xavier. *Iniciativa probatoria de ofício en el proceso civil*. Barcelona: J M Bosch, 2005.

_____; PICO JUNOY, Joan. (Coord.). *Los poderes del juez civil em materia probatória*. Barcelona: J M Bosch, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2001.

ANDRADE, Carlos Drummond de Andrade. Verdade. In: _____. *Poesia Completa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 343, maio 2006.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 4. ed. Navarra: Civitas, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.

BARBERIO, Sergio. *Cargas probatorias dinamicas: que debe proba rel que no puede probar?* In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori. (Coord.). *Cargas probatorias dinamicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BEDAQUE. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio da proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 17591/SP. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 7 de junho de 1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 151924/PR. Relator: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de junho de 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 388.045/RS. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, 22 de setembro de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 223022/RJ. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 24 de novembro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 405738/MG. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília, 19 de dezembro de 2002a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 352324/DF. Relator: Min. Ellen Gracie. Brasília, 19 de abril de 2002b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no Agravo Regimental nº 439571/SP. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, 26 de março de 2004.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: 2006.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Estudos de Direito*, São Paulo, n. 1, p. 364-366, 1972.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 31, out. 2005.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Prova Civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, n. 807, jan. 2003.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e giusto processo. *Revista de Processo*, n. 90, abr./jun. 1998.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Giusto processo civile negli ordenamenti Hispano-Latinoamericani. *Revista de Processo*, n. 112, out./dez. 2003.

CORDOBA, Marcos M.; CORDOBERA, Lidia M. Garrido; Kluger, Viviane. (Coord.). *Tratado de la buena fe en el Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2005.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003.

CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, v. 788, jun. 2001.

DANTAS, Ivo. *Constituição e processo: introdução ao direito processual constitucional*. Curitiba: Juruá, 2003. v. 1.

DIDDIER JUNIOR, Fredie. (Coord.). *Relativização da coisa julgada: enfoque crítico*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2006.

_____. *Curso de processo civil*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2006a. v. 1.

_____; MAZZEI, Rodrigo. *Prova, exame médico e presunção: o art. 232 do Código Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. v. 3.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2002.

FARIA, Soares de. *Principais teorias relativas ao ônus probandi*. São Paulo: RT, 1936.

FERRER, Mac-Gregor. Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, jul./set. 2003.

FUX, Luiz; NERY JUNIOR; Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

GOLDSCHIMDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução Leonardo Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3. ed. Madri: Civitas, 2001.

GRANDE, Maximiliano García Grande. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005.

GRECO, Leonardo. As provas no processo ambiental. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 128, p. 48-51, out. 2005a.

_____. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil. *Estudos de Direito Processual*, Campos dos Goytacazes, p. 357-392, 2005b.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: MILARÉ, Edis. (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: RT, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002.

KNIJNIK, Danilo. As perigosíssimas doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação do senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

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

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O Juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006, pp. 109 e ss.

MACHADO JUNIOR, César. *O ônus da prova no processo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MAIA, Gretha Leite. O papel da lógica jurídica na teoria das provas. In: TORRENS, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario. (Coord.). *A expansão do Direito*: estudos de direito constitucional e filosofia do Direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise. Fundamentos jurídicos para a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas por danos ambientais. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 90, jun. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 5.

_____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006a.

_____. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 1º ago. 2006b.

_____. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br/admin/users/30.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2006b.

_____. *Prova e simulação*. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br/admin/users/02.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2006b.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. *Direito processual constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Bogotá: Temis, 2004.

MIRANDA, Jorge. Constituição e Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 98, abr./jun. 2000.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 86, p. 305-308, abr./jun. 1997.

_____. O processo, as partes e a sociedade. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 5, ago. 2003.

_____. Efetividade do processo e técnica processual. In: _____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1997. (Primeira Série).

_____. Julgamento e ônus da prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1980. (Segunda Série).

_____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1989. (Quarta Série).

_____. Pueba y motivación de la sentencia. In: _____. *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2004. (Oitava Série).

_____. Anotações sobre o título Da prova do novo Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil*, n. 36, p. 12-14, jul./ago. 2005.

_____. As presunções e a prova. In: _____. *Temas de Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. La negativa de la parte a someterse a una pericia médica, según el nuevo Código Civil brasileño. *Revista de Processo*, n. 113, jan./fev. 2004.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso*. Buenos Aires: Platense, 1998.

_____. *Dificultades de la prueba en procesos complejos*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*. Lisboa: Lex, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção et al. *Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. (Org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 1º ago. 2006a.

_____. *Podere do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 29 jun. 2006b.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ónus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inês Lépori. (Coord.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PORTO, Sergio Gilberto. (Org.). *As Garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O ônus da prova no processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

REBOUÇAS, André Bonelli. *Questões sobre o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*. São Paulo: RT, 1999.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução Ernesto Krotoschin. 2. ed. Montevideu, B de F, 2002.

_____. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução Angela Romera Vera. Buenos Aires: EJE, 1955.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. v. 1.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito processual constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SOARES, Fábio Costa. *Acesso do consumidor à Justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova e da inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Wilson Alves de. Considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, v. 6, 1996.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005.

TARUFFO, Michele. La prova dei fatti giuridici. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi. (Coord). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milão: Giuffrè, 1992. v. 3, t. 2.

_____. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, n. 3, p. 95-99, 2001.

_____. *La prueba de los hechos*. Tradução Jordi Ferreira Beltrán. Madri: Trotta, 2002.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A prova no processo do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2003.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, José Rogério Lauria. (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VICENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

WALTER, Gerhard. *Libre Apreciación de la prueba: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del convencimiento*. Tradução Tomás Bonshaf. Bogotá: Temis, 1985.

WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.