

APROVADA POR UNANIMIDADE

A aplicação da teoria da carga probatória dinâmica ao processo coletivo

Marcos Tofani Baer Bahia

Procurador de Justiça

1. Teoria da carga dinâmica da prova

Atribui-se ao jurista argentino Jorge Walter Peyrano o desenvolvimento, não a concepção⁷³, da teoria da carga dinâmica da prova, que vem sendo utilizada pelos tribunais pátrios em determinadas situações, cuja higidez das regras de distribuição do ônus da prova contidas no art. 333 do CPC se mostra difícil, senão impossível o reconhecimento do direito material de uma das partes em conflito.

Para o reportado doutrinador, a carga probatória dinâmica “obedece ao propósito de sublinhar que o esquema de um processo moderno deve necessariamente estar impregnado pelo propósito de ajustar-se o mais possível às circunstâncias do caso, evitando assim incorrer em abstrações desconectadas da realidade”.⁷⁴

Reportada teoria colide com à concepção estática de distribuição tradicional do ônus da prova (alicerçada que está em elementos rígidos e abstratamente previstos) para adotar uma concepção dinâmica, com o propósito de se imputar o encargo àquela parte que, como se apresenta no plano do direito material, estaria em condições mais favoráveis de cumpri-lo. Busca-se, assim, uma via estreita de interação reaproximação do direito processual com o direito material, que é o grande desafio do processo civil moderno.

⁷³ “De certo modo, a teoria da carga dinâmica da prova trabalhada por Peyrano nada mais é que a reprodução dos pensamentos esposados por Jérémie Bentham acerca do ônus da prova. A única diferença é que, enquanto Bentham traça sua regra de distribuição do ônus da prova à parte que tem melhores condições de produzi-la como um princípio ou regra geral, Peyrano trata sua teoria da carga dinâmica da prova como regra excepcional, aplicável somente quando, no caso concreto, as regras clássicas de repartição do ônus da prova se mostrarem inoportunas/inadequadas para a busca da verdade e consequentemente solução do litígio.” In: ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 123.

⁷⁴ PEYRANO, Jorge W. apud RUSCH, Erica. *Distribuição do ônus da prova nas ações coletivas ambientais*. In **Repro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, n. 168, p. 365.

Analizando a teoria dinâmica do ônus probatório, Antonio Janyr Dall'Agnol Junior realça a necessidade de se conferir ao instrumento processual civil uma visão mais publicista e solidária no encargo de provar, superando-se a de feição extremamente individualista e patrimonialista do processo civil clássico.⁷⁵

Dentro dessa ótica, o juiz, atualmente com poderes e responsabilidades ainda mais ampliados na concepção moderna do processo civil, deve estar atento às particularidades do caso concreto e à conduta processual das partes, as quais têm o dever de cooperar com o órgão jurisdicional sem se amesquinhar exclusivamente no seu interesse particular. Importante ponderar, por abundância, que a conduta processual das partes passa a constituir um importante elemento de convicção, ao lado dos indícios e das presunções. Da mesma forma, deve o juiz estar atento ao princípio da igualdade, na compreensão de que o efetivo acesso à justiça pode ficar comprometido caso as partes não recebam um tratamento diferenciado para neutralizar as desigualdades existentes entre as mesmas.

Neste sentido é a constatação de Mauro Cappelletti:⁷⁶

“atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes.”

Não resta dúvida que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório acarreta no aumento do ônus probatório a uma das partes. Daí porque quem pretenda atenuar este encargo deve também demonstrar que a parte contrária está em situação mais favorável para produzir a prova.

Em abono, leciona Eduardo Cambi:

“Com efeito, não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão, nos moldes previstos no art. 6º, inc. VIII, do CDC, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do CPC), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado.”⁷⁷

⁷⁵ DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. Revista dos Tribunais, v. 788, Jun/2001.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012, p. 77.

⁷⁷ CAMBI, Eduardo. *A prova civil* - admissibilidade e relevância. São Paulo: RT, 2006, p. 341.

Se ao final do processo não existirem provas suficientes para formar a convicção do juiz sobre os fatos controvertidos, nem tampouco elementos suficientes que demonstrem a facilidade de uma das partes em produzir a prova, diante da impossibilidade da outra em produzi-la, dificilmente poderá se falar na aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas. Portanto, é de crucial importância a atividade probatória desenvolvida pela parte em situação de inferioridade, a fim de demonstrar - ou corroborar, quando esta é de fácil constatação - a desigualdade fática em que os litigantes se encontram, bem como seu empenho em cooperar na reconstrução dos fatos.

Resta saber, ao ensejo do que aqui foi exposto, se é possível aplicar a teoria da carga probatória dinâmica no processo coletivo brasileiro, à vista do ordenamento jurídico vigente.

Registre-se que no Brasil a doutrina vem se debruçando sobre a aplicabilidade dessa teoria no âmbito do processo civil.⁷⁸ No entanto, dois obstáculos merecem destaque: (i) ausência de previsão legal; e a (ii) imprevisibilidade procedimental, a qual afrontaria o princípio do devido processo legal.⁷⁹

⁷⁸ No Brasil, merecem referência os seguintes trabalhos doutrinários sobre a aplicabilidade da teoria da carga dinâmica do ônus da prova: SOUZA, Wilson Alves de. Ônus da Prova: considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA, Salvador, v. 6, p.234-260, fev. 1999; (ii) DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 788, p.93-107, jun. 2001. Mensal; (iii) KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus dinâmico da prova" e da "situação de senso comum" como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Cap. 77, p. 942-958; (iv) CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 31, p. 9-19, out. 2005. Mensal; (v) ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli; GOMES, Alexandre Gir. Cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 69, p.17-35, dez. 2008. Mensal, e (vi) CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 340-346.

⁷⁹ Neste sentido, confira-se: PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: Revista de Processo, vol. 217, p. 205, Mar/2013. Os argumentos contrários à teoria de Jorge Walter Peyrano foram formulados, inicialmente, na Argentina, onde a doutrina mais se desenvolveu, mas encontrou vozes em outros países, conhecida por se autodenominarem *garantistas*. Merecem destaques: Adolfo Alvarado Velloso, Omar Benaventos, Federico Domínguez, Andrea Meroi, Eduardo Terrasa, Mario Barucca, Maximiliano García Grande (Argentina); Ariana Deho (Peru); Juan Montero Aroca (Espanha) e Franco Cipriani e Girolamo Monteleone na Itália. Em contraponto aos garantistas, para quem seriam na verdade neo-liberales ou neo-privatistas, confira-se o excelente artigo: VARGAS, Luis Abraham. Cargas probatorias dinámicas. Sus perfiles actuales y algunas respuestas para sus críticos. Conclui o citado articulista: “Dentro del amplio cauce del Derecho Probatorio, luce con singular esplendor el fenómeno del desplazamiento de las cargas probatorias. Como se sabe, éste se abastece de múltiples técnicas (v.gr. presunciones legales, presunciones hominis, inversión legal o jurisprudencial del onus probandi, reducción de los estándares o módulos de prueba, etc.). Entre ellas, luce de manera singular la llamada “teoría de las cargas probatorias dinámicas” que, si bien con antecedentes históricos que revelan la preocupación de los cultores tradicionales de la disciplina por elaborar soluciones a los eventuales resultados disvaliosos a que se arribaba en algunos casos excepcionales con la aplicación rígida de las reglas legales de atribución de la incertidumbre probatoria-, reconoce -en Argentina- una elaboración

2. A ausência de lei expressa

O Código de Processo Civil brasileiro adotou a regra clássica da distribuição do ônus probatório, assim dispendo:

“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.”

Com exceção da regra de inversão do ônus da prova nas relações de consumo⁸⁰ e as próprias convenções particulares (CPC, art. 333, parágrafo único), reportada norma rege os litígios no âmbito do processo civil brasileiro, não havendo qualquer outra previsão legal que possibilite ao juiz modificá-la diante das circunstâncias do caso concreto. Desse basilar parâmetro processual resultará o desfecho da lide, com a valoração adequada àquele comportamento.

Existindo norma expressa versando sobre a distribuição estática do ônus da prova no CPC, a qual, *primo ictu oculi*, não exige maiores elucubrações hermenêuticas, caberia ao juiz tão somente aplicá-la pelo método da subsunção. É dizer, tendo o juiz chegado ao final do processo sem formar sua convicção acerca dos fatos controvertidos, restaria a ele observar qual dos litigantes deveria suportar a insuficiência probatória (de acordo com a hipótese abstratamente prevista), para concluir pela aplicação da norma do art. 333 como regra de julgamento.

Pode-se argumentar que a não observância desta regra legal de distribuição do ônus probatório por parte do juiz colocaria em risco a segurança jurídica e a igualdade, princípios cardeais do ordenamento jurídico. Sendo opção política do Poder Estatal a adoção desta regra, fica clara a intenção

científica acabada que debemos a los esfuerzos que lideran Jorge W. Peyrano y Augusto Mario Morello (a los que siguen las decenas de renombrados doctrinarios que hemos citado en esta monografía). [...] No son muchas las ocasiones en que la ciencia jurídica argentina (en este caso la procesal) ha podido brindar al mundo un producto genuino para solucionar los males que aquejan al proceso civil actual.” Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CDgQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.acaderc.org.ar%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fcargas-probatorias-dinamicas%2Fat_download%2Ffile&ei=nRLwU7ZnjqLIBJ2cgdAB&usg=AFQjCNGyLYQc7QIST-b330dm2px7AG1fGQ&sig2=FbmMNRJhfdSo105mhnOQ7w&bvm=bv.73231344,d.aWw>. Acesso em 02.08.14.

⁸⁰ CDC, “art. 6, VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

do legislador de afastar a incerteza e a controvérsia moral que poderia advir caso não fosse editada.⁸¹ De conseguinte, seria possível questionar que a decisão que a afastasse com esteio nas especificidades da situação concreta deduzida em juízo ensejaria incerteza jurídica, colocando em risco a previsibilidade do próprio ordenamento jurídico.⁸²

Some-se a isto que o juiz tem o dever de vigiar a correta aplicação das normas legais (CPC, art. 126). Desse modo, a aplicação da teoria da carga dinâmica, por esses argumentos, extrapolaria a própria função do juiz, podendo dar azo a arbitrariedades e subjetividades e colocar em risco a isonomia entre as partes.

Ocorre que essas ideias se assentam na crença de que qualquer conflito pode ser solucionado a partir da simples aplicação da norma positivada.⁸³⁻⁸⁴

Tais argumentos parecem soar como naturais em nossa tradição jurídica, a qual dá muita importância à segurança jurídica e ao dever do juiz de submissão à lei. Contudo, é preciso reconhecer que os argumentos delineados foram forjados sob o paradigma do Estado Liberal e pelas concepções do positivismo jurídico do séc. XIX, não mais condizentes com o estágio evolutivo atual do direito pátrio, notadamente a partir do projeto constitucional de 1988.⁸⁵

⁸¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 113.

⁸² É preciso se repensar, à luz do neoconstitucionalismo, o que significa a segurança jurídica em determinado ordenamento jurídico que, supostamente comprometido com a efetiva proteção dos direitos fundamentais e com a promoção da paz social, assegura um direito no plano material e o nega no plano da violação, porque seu titular não dispõe dos meios probatórios aptos a demonstrar seu fato constitutivo que se encontram ao alcance da parte contrária ou de terceiros.

⁸³ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do direito constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 03.08.2014. Sobre o positivismo filosófico, discorre o autor: “O positivismo filosófico foi fruto de uma idealização do conhecimento científico, uma crença romântica e onipotente de que os múltiplos domínios da indagação e da atividade intelectual pudessem ser regidos por leis naturais, invariáveis, independentes da vontade e da ação humana. O homem chegara à sua maioridade racional e tudo passara a ser ciência: o único conhecimento válido, a única moral, até mesmo a única religião. O universo, conforme divulgado por Galileu, teria uma linguagem matemática, integrando-se a um sistema de leis a serem descobertas, e os métodos válidos nas ciências da natureza deviam ser estendidos às ciências sociais.”

⁸⁴ Ao se pretender a “objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica”, o positivismo jurídico “apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais”. In BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do direito constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 03.08.2014

⁸⁵ Discorrendo sobre o modelo liberal de direito e Estado, discorre José Eduardo Faria: “No campo do direito, graças à mitificação da ordem legal-estatal racionalmente criada, o jurista liberal tenta levar seus ouvintes a acreditar na realidade substancial das instituições jurídicas capitalistas. Na perspectiva do ‘império do direito’, a comunicação entre o legislador e os legislados revela-se assim hierarquizante e subordinante: toda regra jurídica

Enfrentando o problema da ausência de lei expressa para aplicação da teoria, especialmente quando está em questão a efetivação de direitos fundamentais, Eduardo Cambi leciona:⁸⁶

“De qualquer modo, ausência de lei expressa não deve ser obstáculo à implementação de técnicas processuais destinadas a implementar direitos fundamentais. Não há risco de arbítrio, porque a decisão judicial, ao proceder à distribuição dinâmica ou, tomando o art. 333 do CPC como ponto de partida, inverter o ônus da prova, a decisão judicial deve sempre ser rigorosamente motivada (art. 93, IX, CF). Ainda, como a facilitação da atividade probatória deve ocorrer na audiência preliminar ou no ‘despacho’ saneador, nenhuma das partes será surpreendida, não se prejudicando o exercício das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, as quais incluem o direito à produção da prova contrária.

Portanto, os direitos fundamentais, especialmente os de caráter social (art. 6º da CF), não podem ficar desprotegidos pela aplicação desmedida do art. 333 do Código de Processo Civil, a ponto de criar um ônus tão rigoroso ao demandante que torne impossível a tutela dos direitos fundamentais.”

De forma idêntica, Luiz Guilherme Marinoni defende que é desnecessária a previsão legal de distribuição do ônus da prova:⁸⁷

“Além disso, não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei. Aliás, a própria norma contida no art. 333 não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesses daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada.

tem um caráter obrigatoriamente dogmático e, à medida que uma de suas funções é assegurar a reprodução dos padrões de dominação vigentes, garantindo formalmente um mínimo de certeza nas expectativas e uma certa margem de segurança nas decisões, ela não pode ser desafiada e descumprida. Ao mesmo tempo, como a efetividade das instituições de Direito depende da internalização dos valores de obediência, as leis são revestidas da aparente neutralidade - o que é possível graças à perversão ideológica que dissimula as funções diretivas, operativas e fabuladoras das normas, sob a máscara de suas funções informativas. Daí, como vimos, a tendência da ordem jurídico-política liberal é ampliar as abstrações generalizantes e indeterminadas de suas normas, procurando controlar relações sociais contraditórias cada vez menos "reguláveis" pelos processos jurídicos formais estritos e tipificantes, bem como integrar o universo dos litígios, incongruências e tensões decorrentes dessas relações mediante textos legais dotados de uma aparência de objetividade, imparcialidade e coerência.” Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451988000100008&script=sci_arttext> Acesso em: 06.08.2014.

⁸⁶ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2010, p. 366.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 274-275.

Recorde-se que o ordenamento alemão não contém norma similar à do art. 333, e por isso a doutrina alemã construiu a *Normentheorie*.⁸⁸

A possibilidade de flexibilização das regras clássicas de distribuição do ônus da prova pelo juiz não se limita, contudo, a uma interpretação coerente e isolada do p. único, II, do art. 333. Em verdade, o fundamento está no art. 130 do CPC, a saber: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”.

Em abono, Marcelo Abelha Rodrigues, partindo da concepção publicista do processo, assevera que:⁸⁸

“[...]a reinterpretação do sistema tradicional de distribuição do encargo probatório, agora à luz de um critério publicista, obriga que o art. 130, não-subutilizado como sempre foi, antes o contrário, seja visto e encarado como uma permissão para que o juiz, em trabalho conjunto com as partes, determine, de ofício, a produção de provas que julgar necessária ao seu convencimento sobre fatos da causa, não sem antes permitir o amplo debate e contraditório.”

Ao se limitar a atuação do juiz e do intérprete como simples protagonistas da vontade do legislador e à mera reprodução da lei, o positivismo impede que se considere uma realidade, tornando o juiz imune aos resultados injustos que a vida possa revelar, postura não mais condizente com o processo civil moderno. Restringir o trabalho hermenêutico do juiz em tempos de neoconstitucionalismo significa diminuir perante o Estado a sua responsabilidade social, política, econômica, jurídica e humana, incompatível com a efetivação dos direitos fundamentais.

Sendo assim, impor ao juiz o dever de observar, de modo absoluto, a norma legal de repartição do encargo probatório prevista no artigo 333 do CPC, é o mesmo que se adotar uma concepção de Direito visivelmente marcada pelos traços do positivismo jurídico, cujos paradigmas não se mostram mais suficientes como modelos de satisfação dos interesses e valores que informam a sociedade moderna.

No particular, Barroso esclarece:

“Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século (referindo-se ao séc. XX), a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e

⁸⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 248.

do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferentes a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido.”⁸⁹

Decerto que a regra do art. 333 do CPC não mais ostenta o poder absoluto do positivismo, passando a ser controlada, aplicada e interpretada a partir da Constituição;⁹⁰ também a função do intérprete não está mais adstrita à simples revelação da palavra da lei, mas sim na sua conformação aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais assegurados na Constituição. Nesse passo, a superação de uma norma, conquanto possível, depende da demonstração fundamentada de sua racionalidade, de forma que a discricionariedade do intérprete possa ser controlada e não revele apenas uma renovada faceta de arbitrariedade.

Tenha-se em mente, como descreve o argentino Jorge W. Peyrano, que a ausência de lei não é óbice para se afastar a aplicação da teoria.⁹¹

Em nosso direito pátrio, por certo, face à eficácia irradiante do art. 5º, XXXV, da CF, isto é, pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais, as técnicas processuais devem promover o direito constitucional à tutela jurisdicional adequada e efetiva, de tal modo que a teoria da carga dinâmica,

⁸⁹ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do direito constitucional brasileiro. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf>. Acesso em: 03.08.2014.

⁹⁰ BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2009. Nas palavras dos autores: “(...) a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais.”

⁹¹ Discorrendo sobre um dos supostos óbices para a aplicação da teoria que desenvolveu, no que toca à ausência de norma legal para aplicá-la, discorre Peyrano: “Esta línea argumental es la más cómoda para desestimar a las cargas probatorias dinámicas. Es que releva a sus mentores de todo esfuerzo intelectual porque “vestibularmente”, consideran fuera de toda ponderación por no contar con consagración legal expresa. Sin recurrir a argumentaciones jusfilosóficas acerca de que la Ley no es la única fuente del Derecho, nos permitimos consignar que desde mediados del siglo veinte³² dicha línea de pensamiento es absolutamente descartable. Más aún: su adopción generalizada hubiera determinado un pernicioso inmovilismo del horizonte jurídico. Veamos. El amparo, las astreintes, la prohibición de innovar y hasta la prueba informativa, nacieron como figuras pretorianas carentes de respaldo legal. La repetición de resoluciones judiciales y el apoyo autoral, determinaron que, corrido bastante tiempo, el legislador se acordara de concederles el crisma de lo legal. Obviamente, el éxito de una nueva doctrina no se consolida merced a fallos o voces aislados. Únicamente un encolumnamiento masivo confirma las bondades del producto. A estas alturas, creemos que ya no puede insistirse en el argumento en análisis, máxime cuando la teoría de las cargas probatorias dinámicas ha sido considerada “doctrina recibida” por el XVII Congreso Argentino de Derecho Procesal. (In: Peyrano, Jorge W. informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Revista de Processo, vol. 217, p. 205, Mar/2013).

enquanto técnica de facilitação da prova para a proteção dos direitos materiais, independem de previsão legal específica.

Não há dúvida de que a regra do art. 333 do CPC se funda na ideia de equidade e na necessidade de se conceder um tratamento igualitário e justo aos litigantes. Embora abstratamente pareça atingir o escopo com essa tal racionalidade, a prática tem demonstrado que, diante de determinadas situações do direito material e da proximidade de um das partes em relação aos meios de prova, a distribuição estática do ônus legal tem contribuído para a manutenção da desigualdade real entre as partes, servindo como instrumento de inúmeras injustiças⁹², ante a impossibilidade concreta de se garantir a tutela de um direito assegurado pelo ordenamento jurídico.

Avulta cristalino, nesse contexto, a fragilidade da regra frente às exigências do nosso projeto constitucional de transformação da realidade social com justiça (CF, art. 3º, I).

Observa-se, assim, que a flexibilização da regra do art. 333 do CPC, além de ser racionalmente possível, é também constitucionalmente necessária, porque, em determinadas situações do caso concreto, a distribuição estática do ônus da prova pode revelar autêntico atentado ao direito fundamental à ordem jurídica justa e efetiva (CF, art. 5º, inciso XXXV).

Para se aplicar a teoria das cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro, notadamente no processo coletivo, é necessário não tomar como regra absoluta a regra do art. 333 do CPC. Para tanto, algumas premissas são necessárias: cientificar as partes acerca dos fatos que incumbem a cada uma demonstrar no processo, de forma que possam gerir suas respectivas atividades probatórias; auxiliar o juiz na condução do processo, de forma que o possibilite a esclarecer as partes sobre os rumos da instrução;⁹³ imputar a uma das partes em determinada fase processual quem deve suportar a

⁹² É importante lembrar que estas situações não se resumem aos casos em que há evidente desequilíbrio entre a possibilidade probatória das partes, quando, então, a teoria das cargas probatórias dinâmicas representaria a melhor saída para o problema. Existem outras situações que, apesar de extrapolarem a proposta deste estudo, também exigem um tratamento diferenciado diante da tradicional regra de repartição do encargo probatório. Nesse sentido, discorrem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “Como o juiz deve se convencer de algo que está no plano de direito material, não há como exigir uma convicção uniforme para todas as situações de direito substancial. Em alguns casos, como os de lesões pré-natais, de seguro e relativos a atividades perigosas, a redução das exigências de prova ou de convicção de certeza é justificada pela própria estrutura e natureza dessas situações. Por isso, diante delas é admitida a convicção de verossimilhança. Tais situações têm particularidades próprias, suficientes para demonstrar que a exigência de prova plena seria contrária ao próprio desejo do direito material. Nelas, o próprio direito material não se concilia com a aplicação da regra do ônus da prova.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *curso de processo civil v. 2: processo de conhecimento*. p. 273-274)

⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 2009, p. 249.

inexistência/insuficiência da instrução probatória, de forma que o juiz possa decidir o litígio sem proferir um *non liquet*.

É correto dizer, desse modo, que é irrelevante a ausência de regra processual expressa para não se aplicar a teoria dinâmica do ônus da prova. Isto porque, no contexto do pensamento jurídico contemporâneo, o neoconstitucionalismo, ao propor uma nova metodologia jurídica, e o neoprocessualismo (ou formalismo valorativo ou formalismo ético), ao incorporar a necessidade de compreender e utilizar as técnicas processuais a partir das bases constitucionais, traz novas ideias que permitem reinterpretar antigos dogmas processuais incapazes de transformar a realidade social pela atividade jurisdicional.

Por essa ótica, deve-se atribuir aos princípios constitucionais processuais posição de direitos fundamentais processuais, como preconiza Fredie Didier Jr., que menciona as seguintes resultantes desta nova visão de processo:⁹⁴

“a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhe o máximo de eficácia; b) o magistrado poderá afastar, por inconstitucional, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental, c) o magistrado deve levar em consideração, na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a estes impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais, aplicando o princípio da proporcionalidade”. É preciso visualizar, neste sentido, a clara ligação entre estes princípios constitucionais processuais e a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.”

Dentre os princípios que de forma direta e mais incisiva embasam desde logo a aplicação dessa teoria em nosso ordenamento jurídico - por traduzirem-se em *direitos fundamentais processuais* – sobressaem-se os princípios do acesso à justiça, da isonomia, da solidariedade/colaboração e da adaptabilidade do procedimento, conforme adiante especificamente serão analisados.

2.1 Direito fundamental de acesso à justiça

A técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra apoio na dimensão objetiva⁹⁵ do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Esse direito

⁹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7ª Edição. Salvador: Editora Podvim, 2007, p. 26.

⁹⁵ A propósito, leciona CAMBI: “Na dimensão objetiva, os valores constitucionais (da liberdade, da igualdade e da dignidade), que suportam os direitos fundamentais, penetram pelo sistema jurídico, condicionando a

fundamental de acesso à justiça não se limita à mera garantia do direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação, mas compreende a garantia de acesso à ordem jurídica justa e efetiva.

Conforme demonstrado acima, a aplicação irrestrita da regra do art. 333 do CPC pode representar, em última análise, a própria impossibilidade de se obter a tutela efetiva do direito reclamado, uma vez que, ao onerar a parte com encargo probatório impossível de ser cumprido, determina de antemão sua sorte no processo. Com isso, irrelevante garantir o acesso da parte hipossuficiente ao judiciário se, em função da manutenção de um obstáculo intransponível e desarrazoado, a legislação processual beneficia a parte que, muito embora se encontre em posição mais favorável para produzir a prova, frustra o esclarecimento dos fatos controvertidos através de sua inércia.

A teoria das cargas probatórias dinâmicas age de forma a restabelecer a própria efetividade e justiça da jurisdição, tendo em vista que distribui o encargo de acordo com a possibilidade probatória de cada um. Dessarte, a necessidade de se produzir provas volta a ser um ônus, mas no sentido de depender apenas do interesse da parte onerada para que seja cumprido, deixando de representar uma perda preestabelecida.

2.2 Princípio da isonomia

É cediço que o ônus subjetivo da prova não mais se sustenta no Estado Democrático de Direito, porque é por demais reconhecido que a isonomia garantida pela Constituição Federal é a substancial ou real, e não meramente formal.

Para que ocorra a superação dos dogmas do liberalismo no processo civil, entre os quais se incluem as regras de distribuição do ônus da prova, é necessária uma ativa atuação do juiz na solução dos conflitos. Objetivando a busca da pacificação social por meio de uma ordem jurídica justa, é essencial a utilização democrática dos instrumentos processuais, o que implica um papel atuante do juiz sobre as regras do direito probatório, assegurando aos litigantes a paridade de armas e a possibilidade concreta de manejo dos instrumentos probatórios.

interpretação das regras e dos princípios, além de servirem de diretrizes para a atuação do legislador, do administrador e do Judiciário. Em outras palavras, as normas de direito fundamental têm caráter objetivo, porque são decisões de valor válidas para toda a ordem jurídica, não influenciando somente as situações subjetivas, mas irradiando-se na totalidade do ordenamento jurídico e vinculando todos os poderes públicos, incluindo o legislador. (in CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2010, p. 105).

Nesse compasso, a teoria das cargas probatórias dinâmicas nada mais é do que a aplicação do princípio da igualdade, previsto no art. 5º, caput, da CF, na sua feição mais moderna, ou seja, tratar desigualmente artes desiguais, na exata medida das desigualdades do caso concreto. Compreende-se por igualdade, portanto, não apenas o tratamento indistintamente igualitário, mas também a necessidade de que eventuais diferenças se justifiquem racionalmente como forma de promoção de uma igualdade efetiva.

A partir do desequilíbrio entre a possibilidade probatória das partes, a teoria fornece uma proposta de distribuição racional do ônus da prova que, na maioria das vezes, acentua o encargo probatório de uma e atenua o da outra. Este tratamento, apesar de revelar aparente desrespeito ao princípio da igualdade, é justificado na necessidade de se garantir a produção, em idênticas condições, das provas entre as partes, de forma que ambas “desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final”⁹⁶ no processo.⁹⁷

Além da garantia constitucional (CF, art. 5º), o CPC, ao dispor sobre os deveres do juiz durante a condução do processo, determina que a ele compete assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 125, I).⁹⁸ Com isso, fica claro que a distribuição dinâmica do ônus da prova, longe de representar apenas uma possibilidade, é dever do juiz.

Pode-se afirmar, por conseguinte, que o art. 333 do CPC não pode ser lido isoladamente, mas à luz do princípio da isonomia material, a propiciar a adequada tutela do direito material, superando-se, assim, paradigmas liberais (individualistas e patrimonialistas) que forjaram o Código de Processo Civil de 1973, que não mais se coadunam com a garantia dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, consagrados pela Constituição.

Destarte, é necessário dizer que não se imputa apenas ao legislador a tarefa de tratar com igualdade os sujeitos do processo, mas precipuamente ao intérprete, que deverá, no caso concreto, extrair do texto legal, em consonância com o ordenamento jurídico, normas capazes de efetivar tal igualdade.

⁹⁶ GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18361-18362-1-PB.pdf>>. Acesso em: 05.08.14.

⁹⁷ Conforme observa Antonio Janyr Dall’agnol Júnior, “só é possível igualdade, em tema de Prova, quando se viabiliza a sua realização, independentemente de quem a produza.” (DALL’AGNOL JR., Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. p. 99).

⁹⁸ “Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;”

A propósito, Antônio Janyr Dall'agnol Junior leciona que:⁹⁹

“Só é possível igualdade, em tema de prova, quando se viabiliza a sua realização, independentemente de quem a produza. Aliás, o disposto no art.131, primeira parte, não permite dúvida quanto à preocupação com o resultado da atividade probatória, e não para com quem tenha realizado a demonstração.”

Conclui-se, ao ensejo, que as normas processuais devem ser aplicadas de modo a garantir a real igualdade de armas das partes dentro do processo. A distribuição do ônus da prova deve ser concebida como um instrumento de promoção da igualdade, e não como agravamento da desigualdade. É preciso que o juiz pondere, em cada caso, qual será a solução capaz de conferir máxima efetividade ao princípio - se a regra geral de distribuição do ônus da prova ou se sua inversão.

2.3 Princípio da solidariedade/colaboração

Na atualidade, em decorrência da incansável busca pela efetividade do processo, demonstrada pelo advento de diversos microssistemas de tutela coletiva, frutos da massificação e complexidade das relações jurídicas, não mais se permite uma visão do processo civil baseada num positivismo exacerbado, superado até, diante da necessidade de flexibilização da técnica processual fundada na maior utilização dos princípios constitucionais nas decisões judiciais.

Assume relevo, para a teoria da carga dinâmica, o princípio (dever) da cooperação processual, por meio do qual se objetiva a cooperação entre as partes do processo, a fim de se garantir uma decisão justa. Daí falar-se, atualmente, em processo cooperativo, no afã de se pretender um ponto de equilíbrio entre direitos e deveres das partes e destas com o juiz, objetivando-se uma tutela mais democrática baseada no diálogo, na boa-fé, na lealdade processual e na cooperação.

O princípio (dever) da cooperação no Direito Processual Civil tem sua origem na conjugação dos princípios da boa-fé objetiva e do contraditório. O dever de cooperação amplia-se, não sendo apenas das partes, mas também do juiz, para o qual o dever de cooperação compreende, sobretudo, os deveres de esclarecimento, de consulta, de proteção ou prevenção e de auxílio.

⁹⁹ DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, Jun /2001.

Tal compreensão é obtida, ainda, em virtude da moderna visão do conceito de jurisdição, não mais restrita ao poder de dizer o direito, como também na preocupação com a observância de todos os escopos ou objetivos do processo, quais sejam o jurídico, o social e o político.

Nesse sentido, tem-se elevado o papel do juiz, participante ativo no processo, afastando-se dos antigos dogmas de neutralidade e passividade que nortearam a sua atuação por muitos anos. Esta nova posição do juiz (proativo) como efetivo participante do contraditório caracteriza-se em decorrência de uma nova interpretação dos poderes que lhe são conferidos, notadamente instrutórios, que são ampliados a fim de se permitir uma solução mais justa e efetiva. No cenário jurídico atual, tal fenômeno vem sendo denominado, embora não infenso a críticas, de ativismo judicial.

A propósito, Didier ensina que:¹⁰⁰

"Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, § 5º, CPC). O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas e, ainda, dando orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio. 5Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais - e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade. O princípio da cooperação gera os seguintes deveres para o magistrado (seus três aspectos): a) dever de esclarecimento; b) dever de consultar; c) dever de prevenir."

Contudo, da mesma forma que se atribui ao juiz um novo papel, não se pode olvidar dos demais sujeitos do processo, destinatários da jurisdição.

Chega-se, assim, a uma nova perspectiva de dinamicidade da prova no processo civil que, por seu caráter publicista, deve se preocupar com os resultados úteis do processo como instrumento de trabalho cooperativo.

No ponto, Dinamarco ensina:¹⁰¹

¹⁰⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, v. 30, n. 127, Set/2005, p. 76.

¹⁰¹ Op. cit., p. 349.

"A dialética do processo, que é fonte de luz sobre a verdade procurada, expressa-se na cooperação mais intensa entre o juiz e os contendores, seja para a descoberta dos fatos que não são do conhecimento do primeiro, seja para o bom entendimento da causa e dos seus fatos, seja para a correta compreensão das normas de Direito e apropriado enquadramento dos fatos nas categorias jurídicas adequadas. O contraditório, em suas mais recentes formulações, abrange o direito das partes ao diálogo com o Juiz."

Decerto, a interação entre as partes e o juiz, por meio do necessário diálogo sobre todos os atos e fatos componentes do processo, acaba por ampliar o quadro de análise, reduzindo demasiadamente o risco de opiniões preconcebidas e, por conseguinte, beneficiando a construção de um juízo mais aberto e ponderado.

Em decorrência da ideia central de efetividade do processo, surge a necessidade de uma nova concepção de processo, mais solidário e cooperativo, com o propósito de proteger o direito das partes de participarem de forma concreta na formação do provimento jurisdicional.

E, assim, novos paradigmas do processo são construídos na medida em que rompem com a estrutura anterior. Na esteira do processo cooperativo, como se expôs, a posição do juiz no processo vem fortalecida por poderes e deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, bem como por uma configuração mais ativa. Isso deve ocorrer no processo civil como um todo, especialmente o coletivo, de conflituosidade mais intensa.

O princípio da solidariedade, que tem íntima conexão com o princípio (dever) da colaboração, fundamentos determinantes para a formulação da teoria na Argentina, está indiscutivelmente consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, conforme se extrai no art. 3º da CF que, ao enumerar os objetivos da República Federativa do Brasil, estipula, dentre eles, o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inc. I).

No Código de Processo Civil, tais princípios estão presentes (i) no dever dos litigantes de contribuir com a descoberta da verdade (CPC, art. 14, I e 339), (ii) na exigência de litigância de boa-fé (CPC, art. 14, II e 17) e (iii) no dever do juiz de reprimir e prevenir atos contrários à dignidade da Justiça (CPC, art. 125, III e 600).

Percebe-se, por esse plexo normativo, que a própria legislação brasileira já fornece os fundamentos necessários para aplicabilidade da teoria, agora reforçados pela nova concepção de pensamento jurídico e dogmática interpretativa, que procura valorizar os princípios como mandamentos de

otimização de uma ordem jurídica, democrática, pluralista e aberta de valores, que a ele não escapa o direito processual, de tal modo que o juiz tem a obrigação de interpretar o ordenamento jurídico infraconstitucional em conformidade com a Constituição, não podendo olvidar da força normativa desta e da importância dos Direitos Fundamentais.

Supera-se, desse modo, uma concepção instrumentalista do processo, que cede espaço para o que vem denominando *neoprocessualismo*, sem, no entanto, deixar de interagir com uma e outra fase metodológica do processo civil.

Nesse novo modelo o juiz deve estar preparado para constatar que a solução não está integralmente na norma, o que demanda um papel criativo na formulação da solução para o problema, tornando-se, assim, co-participante do papel de produção do direito, mediante integração, com suas próprias valorações e escolhas, das cláusulas abertas constantes do sistema jurídico.

Tais princípios aqui examinados são fundamentais para a aceitação do modelo probatório próprio da atual fase da ciência processual, entendendo-se que partes e o juiz possuem o dever de trabalhar na reconstrução dos fatos. Segundo Miguel Teixeira de Sousa, o objetivo é “transformar o processo civil numa comunidade de trabalho” e responsabilizar as partes e o tribunal pelos seus resultados.¹⁰²

Para as partes, evoca-se o dever de prestar a devida colaboração para a descoberta da verdade, devendo portar-se no processo sem omitir fatos relevantes ao deslinde da causa.

Abandona-se, assim a concepção liberal do processo, segundo o qual somente às partes tinham poderes de conduzir o início, o desenvolvimento e o fim do processo e a delimitação de seu objeto.¹⁰³ Da mesma forma, deixa-se de lado o mito da neutralidade do juiz (que não se confunde com imparcialidade, esta sim imprescindível), livre de ideologias, alienado, como se estivesse imune a toda e qualquer influência da vida, do humano e descomprometido com o litígio por ocasião de proferir a sentença.¹⁰⁴

¹⁰² SOUSA, Miguel Teixeira. *Aspectos do novo processo civil português*. Revista de Processo, n. 86, abr/jun, 1997, p. 176.

¹⁰³ Neste sentido, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf). Acesso em: 03.07.14.

¹⁰⁴ Como notou Eros Roberto Grau: "Ainda que os princípios os vinculem, a neutralidade política do intérprete só existe nos livros. Na prática do direito ela se dissolve, sempre. Lembre-se que todas as decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas." (In: *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, São Paulo:

Nesta senda, o processo civil moderno, que se pretende seja democrático, necessita de um diálogo judicial amplo e cooperativo em toda a sua marcha¹⁰⁵, e conforme as regras processuais, propiciando o concurso de atividades e a divisão de trabalho na elucidação dos fatos, na valoração da causa e na formação do juízo como instrumento legitimador de uma decisão justa.

Não mais se sustenta, portanto, no estágio atual da ciência jurídica, continuar-se tolerando um juiz inerte, de braços cruzados e que encara o processo como coisa exclusiva das partes.

Enfeixando todos esses argumentos, vê-se que há uma estreita relação entre prova, contraditório e poderes instrutórios do juiz, que se resolve e se explica no modelo argumentativo e cooperativo da prova - e de processo – em que a postura ativa do juiz serve tanto a fomentar a atividade probatória quanto a de promover o elementar e constante debate entre as partes, cuidando pela promoção da sua igualdade e coordenando a atividade das partes, com vistas ao contraditório, mitigam as desigualdades.

Na linha do que foi exposto, o Projeto de Lei da nova Ação Civil Pública (4.484/12) traz como princípio do processo civil coletivo:

“Art. 3º. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

[...]

VII – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

[...]

VIII – exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo;”

2.4 Princípio da adaptabilidade (adequação) do procedimento

Malheiros, 2ª. ed., 2003, p. 51). Sobre o tema, confira-se ainda o artigo de FILHO, Rodolfo Pamplona. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2052/o-mito-da-neutralidade-do-juiz-como-elemento-de-seu-papel-social>. Acesso em 17.07.2014.

¹⁰⁵ A realização de audiências públicas para a oitiva de outros atores sociais no curso do processo bem demonstra a ampliação do espaço democrático no processo, constituindo uma ponte entre o constitucionalismo e a democracia. Por ela, garante-se uma forma de participação popular antes da tomada de decisões, oportunidade em que são colhidas informações técnicas, científicas, morais, religiosas e culturais sobre determinados temas relevantes para a sociedade.

Como se discorreu acima, o processo deve se adaptar aos princípios constitucionais. Esta adequação também deve ser almejada pelo intérprete, a fim de que as decisões sejam justas, enquanto objetivo fundamental. A distribuição dinâmica do ônus da prova, portanto, deve se adequar tanto à Constituição Federal quanto às particularidades do caso concreto, cabendo ao juiz avaliar se será mais adequado manter a regra estática geral ou distribuir dinamicamente o ônus da prova.

Dentro dessa concepção, a doutrina processual vem tomando consciência de que para se garantir uma adequada e efetiva tutela ao direito material, há de se conferir maior flexibilidade ao procedimento, de modo a conformá-lo às características singulares de cada relação jurídica material. É dizer, toda a atividade judicial do intérprete deve estar direcionada no sentido de conformar o procedimento ao caso concreto segundo suas especificidades.

Ao conceituar o princípio da adaptabilidade, Fredie Didier Jr. leciona que:¹⁰⁶

“Nada impede, entretanto, antes aconselha, que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, tudo como meio de mais bem tutelar o direito material. Também se deve permitir ao magistrado que corrija o procedimento que se revele inconstitucional, por ferir um direito fundamental processual, como o contraditório (se um procedimento não prever o contraditório, deve o magistrado determiná-lo até mesmo *ex officio*, como forma de efetivação deste direito fundamental). Eis que parece o princípio da adaptabilidade.”

No mesmo sentido compreende José Roberto Santos Bedaque:¹⁰⁷

“Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adequação às exigências do caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo.”

A existência de regras especiais para determinados procedimentos, em função da relação jurídica material, já demonstra a necessidade de adequação do processo ao direito material, como ocorre, por ex., na inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII).

¹⁰⁶ DIDIER JR. Fredie. *Curso de direito processual civil* - teoria geral do processo e processo de conhecimento. Salvador: JusPODIVM, v.1, 2007p. 51.

¹⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 69.

A propósito, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira traz a noção de princípio da adaptabilidade em seus três aspectos, todos no sentido de desempenhar a tarefa primordial de realizar o direito material e outorga de justiça. Para o processualista do *formalismo-valorativo*, do ponto de vista *subjetivo* podem variar as normas processuais relacionadas, como, por exemplo, na legitimação processual das partes e na mudança do juízo nas regras de competência *ratione personae* se a parte for a Fazenda Pública. No aspecto *objetivo*, a natureza do bem jurídico material objeto do processo repercute, por ex., nos direitos e deveres processuais das partes e na coisa julgada. E *teologicamente*, a adequação interfere também na adaptação do procedimento em função da relação jurídica material, como ocorre, por exemplo, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Estatuto Consumerista.¹⁰⁸

Deve-se admitir, assim, numa perspectiva instrumentalista e sob um enfoque mais valorativo do formalismo, na compreensão de Álvaro de Oliveira, que o procedimento posto à disposição do juiz deve se flexibilizar dentro da correta técnica, em busca de uma tutela mais adequada para a resolução do direito material controvertido.¹⁰⁹

A distribuição racional do ônus da prova é fruto desta nova forma de encarar o procedimento, pois, ao se flexibilizar as regras processuais ordinárias, pensadas para casos simples e correntes, garante-se uma tutela mais adequada a situações de maior complexidade, tanto mais quando discutidas com intensa litigiosidade no âmbito do processo coletivo.

3 A distribuição dinâmica e a inversão do ônus da prova no processo coletivo

A evolução do conceito de Estado até culminar com a atual configuração de Estado Democrático de Direito, preordenado para exprimir e assegurar direitos fundamentais, ensejam consequências na própria concepção de direito processual que se tinha anteriormente.

¹⁰⁸ OLIVERIA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil* – proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 160-164.

¹⁰⁹ Para Álvaro de Oliveira, “[...]o processo não se esgota no âmbito da técnica, não podendo prescindir sua organização de fatores culturais, que lhe emprestam sentido axiológico e portanto caráter substancial, a que não se deve alhear a própria forma em sentido amplo. Daí, por sinal, a nova fase metodológica por que passa o fenômeno processual, tultrapassando o mero instrumentalismo para ingressar na era do formalismo-valorativo.” (In: OLIVERIA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil* – proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 33).

Com o advento da lei nº 7.347/85 e da Lei 8.078/90, o direito processual civil coletivo passou a contar com um microssistema (integrado) de direitos metaindividuais, composto por um conjunto de normas de *superdireito processual coletivo comum*.¹¹⁰

Esta evolução do processo civil é tão marcante e emerge com tantas características novas, que a doutrina já fala em um ramo autônomo do processo civil, qual seja direito processual coletivo. Por ele, se renovam os institutos processuais do processo civil clássico, na tentativa de adaptá-los a essa nova realidade trazida pela sociedade de massa, a qual está a exigir uma técnica processual mais aberta, dinâmica e flexível e interpretada a partir da Constituição.

Deste novo diploma processual não escapa uma análise sobre a distribuição do ônus da prova.

Como visto linhas atrás, o critério adotado no art. 333 do CPC é estático e leva em conta a posição das partes, o interesse no reconhecimento do fato a ser provado e a natureza dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos). Mas não considera as especificidades do direito material a ser tutelado, nem as circunstâncias do caso concreto.

Também no processo coletivo a teoria da distribuição do ônus dinâmico da prova decorre dessa nova metodologia jurídica atual proposta pelo neoconstitucionalismo e da necessidade de se compreender e utilizar as técnicas processuais a partir das premissas constitucionais (neoprocessualismo).

É justamente com base na força normativa dos princípios, especialmente os que se traduzem em direitos fundamentais processuais cristalizados na Constituição Federal, que poderá o intérprete aplicar a teoria no processo coletivo, a qual tem como premissas a concepção publicista do processo (superando-se a visão liberal, individualista e patrimonialista) e os princípios delineados já aqui delineados (acesso à justiça, isonomia, igualdade, cooperação, adaptabilidade), assim como no princípio da boa-fé.¹¹¹ Daí que é possível adotar a teoria, atualmente, no processo coletivo.¹¹²

¹¹⁰ Esta expressão é utilizada por Almeida que, ao discorrendo sobre esse microssistema, leciona: “É formado, portanto, por um conjunto de normas que possuem ultra-eficácia, orientando o sistema jurídico brasileiro no plano geral das tutelas jurisdicionais coletivas comuns.” In: ALMEIDA, Gregório Assagra. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: DelRey, 2007, p. 02

¹¹¹ JÚNIOR, Antônio Janyr Dall'Agnol. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, vol. 788, p. 92, Jun /2001.

¹¹² Discorrendo sobre essa nova fase do direito processual, leciona ALMEIDA: “O método de condição da nova postura metódica do direito processual continua sendo o pluralista, mas tendo como guia metodológico de condução todas as diretrizes decorrentes da teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais e seus princípios e regras interpretativos. [...] Com isso, não se quer negar ou abandonar definitivamente a metódica

Nesse passo, reconhece Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior que o Código de Processo Civil contém princípios que já autoriza a concluir pela aplicação segura da teoria da carga dinâmica da prova. E leciona:¹¹³

“Assim, o disposto no art. 14, consagrador dos "deveres das partes", deveres esses que expressam justamente os princípios da probidade processual e do dever de colaboração para com o julgador.

O art. 125, por sua vez, especialmente incisos I e III, quando impõe ao Juiz "assegurar às partes igualdade de tratamento" e "prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça", reforça o cuidado do legislador. Só é possível igualdade, em tema de prova, quando se viabiliza a sua realização, independentemente de quem a produza. Aliás, o disposto no art. 131, primeira parte, não permite dúvida quanto à preocupação com resultado da atividade probatória, e não para com quem tenha realizado a demonstração. A repressão aos atos atentatórios à dignidade da Justiça compreendem, irrecusavelmente, no campo da prova, o cuidado com a sua realização, seja por quem for. O princípio da solidariedade preside o processo civil moderno, inclusive o nosso.

O art. 129 reforça a idéia de coibição à improbidade no processo; igualmente, o art. 130, *in fine*.

Duas regras, porém, parecem alcançar um relevo desigual. Refiro-me às abrigadas pelos arts. 130 e 339, aquele a conferir poderes de direção material do processo ao Juiz, inclusive com iniciativa em matéria probatória, e esse a instituir largo dever de colaboração: " *Ninguém* se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade".

Na mesma trilha seguem Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, para os quais a teoria se aplica, desde logo, ao processo coletivo, prescindindo de alteração legislativa, com base na aplicação

pluralista e aberta implantada pela visão instrumentalista do direito processual, mas revisité-la e redirecioná-la sob duas premissas básicas: o direito processual é instituição constitucional; o seu estudo, a sua reforma legislativa, a sua interpretação e aplicação têm de ter como guia condutor a teoria dos direitos e garantias constitucionais fundamentais.” (In: ALMEIDA, Gregório Assagra. *Codificação do direito processual coletivo brasileiro*. Belo Horizonte: DelRey, 2007, p. 139).

¹¹³ Op. cit.

sistemática da legislação processual, superando-se a interpretação isolada do art. 333 do CPC, bastando a adequação do sistema ao mandamento constitucional.¹¹⁴

Ampliando o que foi dito, Eduardo Cambi dá a dimensão constitucional para afastar a regra estática no âmbito do processo coletivo:¹¹⁵

“O art. 333 do CPC distribui o ônus da prova, sem levar em consideração o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (CF, art. 5º, XXXV), além de partir da premissa de que ambos os litigantes estão, formalmente, em paridade de armas e, por isto, têm iguais condições de produzir a prova. Pensar o direito processual à luz do direito material significa criar técnicas diferenciadas [...] para a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além de buscar técnicas processuais que promovam a isonomia substancial entre os litigantes, evitando que o que tem mais dificuldade de provar, pela sua hipossuficiência, sucumba, ainda que apresente alegações verossimilhantes. Assim, a regra do art. 333 do CPC é materialmente incompatível com a produção da prova nos processos coletivos, porque coloca em risco a efetividade da tutela do direito material coletivo.”

Da mesma forma, em demandas coletivas propostas por entes legitimados (LACP, art. 5º; CDC, art. 82) na tutela a interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos não deve ser aplicado, subsidiariamente, o art. 333 do CPC. É que este diploma legal está fundado na concepção liberal individualista de solução de controvérsias, sendo incompatível com o processo coletivo. Necessário para que se utilizem suas regras ao processo civil (LACP, art. 19; CDC, art. 90) a existência de compatibilização formal (ausência de norma legal expressa dispondo o contrário no direito processual coletivo) e material (somente será aplicado o CPC se não for incompatível com o sistema único protetivo dos direitos coletivos).

Ora, se qualquer restrição ao direito à prova pode repercutir no resultado do processo, é patente a conexão entre o direito fundamental de acesso à justiça e a prova, de tal modo que, havendo restrição à prova, necessariamente haverá limitação àqueloutro direito. Do mesmo modo ocorrerá se as regras de distribuição do ônus da prova implicarem cerceamento da atividade probatória.

¹¹⁴ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. Salvador, 2012, p. 331-332.

¹¹⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. São Paulo: RT, 2010, p. 353.

Neste particular, Marcelo Abelha anota:¹¹⁶

“O acesso aos meios de prova e a possibilidade de produzi-los no processo constituem um desses pilares do devido processo legal, sem o qual nega-se a própria existência da própria justiça. A prova é, por excelência, o que decide o processo, especialmente se considerarmos a natureza dialética da relação jurídica processual. [...]. É, pois, a prova que permite o juiz encontrar a solução diante dos argumentos e fundamentos contrários e, assim, dar razão a quem tem razão. Não se nega que a capacidade de argumentação das partes seja importante, mas sem dúvida que, especialmente quando se está diante de questões de fato, a prova é elemento essencial no encontro da verdade e, como tal, no mínimo, de uma solução mais próxima possível do mundo real.”

Com base nesse novo critério de distribuição do ônus da prova, confere-se maior flexibilidade às regras de distribuição do ônus da prova, reconhecendo-se a natural dificuldade que a aplicação das mesmas apresenta em certos casos, notadamente naqueles em que se verifica uma prova excessivamente onerosa ou até mesmo *diabólica* para uma das partes, na medida em que o outro litigante se encontre em melhores condições fáticas, técnicas, profissionais e econômicas para levar a prova ao juiz.

Institui-se, como se vê, uma metodologia fundada no critério da *hipersuficiência*, como descreve Édis Milaré e Renata Castanho, em que a distribuição do ônus decorrerá não da hipossuficiência de uma das partes, mas sim da força ostentada pela parte que está em melhores condições de produzir a prova. Permite-se, assim, que a distribuição do ônus da prova seja feita de acordo com a proximidade das partes em relação a ela.¹¹⁷

Ademais a manutenção da regra estática e segundo critérios objetivos da distribuição da prova pode levar a resultados injustos e distantes da verdade, o que não ocorre quando aplicada a dinamização das cargas.

¹¹⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007.

¹¹⁷ CASTANHO, Renata. MILARÉ, Édis, A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (org). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 260. E conclui os doutrinadores dizendo: Arriscamo-nos a dizer, neste ponto, que [...] acabou afastando uma possível influência da relação jurídica de direito material sobre a distribuição dos encargos no processo – a exemplo do que ocorre nas relações de consumo. Com isto, a prova será atribuída a quem, processualmente, tiver melhores condições de produzi-la (tornando a instrução mais eficiente, mais econômica e mais célere, independentemente de haver ou não um desequilíbrio no campo do direito material.”

Segundo Marcelo Abelha Rodrigues, a principal modificação interpretativa que deve se operar recai sobre uma necessária mudança de eixo de paradigma na compreensão do fenômeno da distribuição do ônus da prova.¹¹⁸

Leciona o reportado doutrinador:

“É que [...] o ônus subjetivo delimita o ônus objetivo da prova, ou seja, a liberdade que a parte tem para levar (ou não!) as provas para o processo acaba limitando o material probatório que chega ao conhecimento do magistrado.

Por isso, para que exista um devido processo legal em matéria de distribuição do ônus probatório, com igualdade real de chances e paridade de armas [...], é preciso que se inverta a regra [...], ou seja, é o ônus objetivo que deve delimitar o ônus subjetivo. Em outros termos, é preciso que a prova deixe de ser vista como um instituto ligado ao direito privado...e passe a ser visto por um caráter público, ou seja, o de que a prova é um elemento essencial à entrega de uma tutela jurisdicional justa.”

Aliás, o Projeto de Lei n. 4.484/2012, que trata da nova Lei de Ação Civil Pública, prevê a distribuição dinâmica do ônus da prova de acordo com o critério de hipersuficiência, a ser oportunizado em momento anterior à instrução, bem como a possibilidade de rever essa distribuição a qualquer momento. Conquanto não mencione mais a inversão do ônus da prova, representa significativo avanço no tratamento do ônus da prova. Confira-se:

“Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

[...]

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

¹¹⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A distribuição do ônus da prova no anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 245.

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.”

Sobre o tema, também os diversos modelos de anteprojetos de Código de Processo Coletivo (USP e UERJ), idealizados por representantes doutrinadores, com base nos estudos do argentino Jorge Peyrano¹¹⁹ trazem dispositivos bastante semelhantes.

A aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova também vem contemplada também no Projeto de Lei nº 8046/2010, aprovado pelo Senado Federal, agora tramitando na Câmara Federal, que trata do Novo Código de Processo Civil, prevendo, em seu art. 358, que, “considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”.

Por outro lado, não há dúvida que o Código de Defesa do Consumidor assumiu posição de vanguarda ao pretender equilibrar a relação jurídica de consumo por meio da adoção da técnica processual de inversão do ônus da prova, como meio para a facilitação da defesa dos direitos do consumidor. Entrementes, no que concerne à inversão do ônus da prova em outras demandas que não as de consumo, a doutrina diverge se incide a regra do art. 6º, inc. VIII, do Estatuto Consumerista, ou a do art. 333 do CPC (pelo princípio da subsidiariedade).

Conquanto a LACP não possua regra específica que trate da distribuição do ônus da prova, a doutrina admite a inversão do ônus da prova com arrimo no art. 21: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

¹¹⁹ Peyrano, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Revista de Processo, vol. 217, p. 205, Mar/2013.

Apesar do Título III do CDC não tratar especificamente sobre ônus da prova, há que se entender que as outras disposições de caráter processual constantes em seu diploma são também aplicáveis, por extensão, à defesa de direitos metaindividuais em geral, dentre as quais a regra do art. 6º, VIII, o CDC.

Daí porque é inconvincente o argumento de que não seria possível realizar uma interpretação analógica ou extensiva para permitir a inversão com base no preceito em questão, ao fundamento de que a mesma consistiria em um gravame, por implicar restrição de direitos¹²⁰; tanto mais tanto mais quando se está presente a relevância do bem jurídico tutelado – meio ambiente, por exemplo – enquanto direito fundamental que compõe o núcleo da Constituição democrática e pluralista, sendo regido ademais pelo princípio da precaução.

Importa acrescentar, nesse passo, que a inversão do ônus da prova ou a teoria das cargas probatórias dinâmicas nada mais são do que a aplicação do princípio da isonomia (CF, art. 5º, caput; CPC, art. 125, I) na sua feição mais moderna, ou seja, tratar desigualmente partes desiguais na exata medida de suas desigualdades no caso concreto, ainda que haja dificuldade de produção da prova por ambas as partes. Caso contrário, haveria o risco de se estimular postura inerte de sonegação de provas por uma das partes, situação incompatível com o postulado constitucional de transformação social com justiça e com a teoria dos direitos fundamentais.

Daí porque a aplicação de qualquer regra do Código de Processo Civil somente será possível diante da ausência de normas jurídicas (princípios e regras) no próprio microsistema coletivo e que, ainda assim, sejam compatíveis com o sistema de tutela coletiva.¹²¹

Todo esse contexto está em consonância com a moderna concepção publicista da prova, da finalidade do processo e do valor justiça, a ensinar a superação das regras e técnicas de julgamento quando se está diante de um *non liquet*, o que exige uma revalorização da função criativa do juiz na produção da prova – agora com poderes instrutórios ampliados – a lhe permitir maior participação nos processos coletivos, com escopo de mitigar os casos de incerteza.¹²²

¹²⁰ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1030.

¹²¹ Seguindo o art. 90 do CDC, também o PL 4.484/2012 (LACP) estabelece: “Art. 69. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei no 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

¹²² Sobre os poderes ampliados do juiz e a busca da verdade real, veja-se: “processo civil. Agravo no recurso especial. Iniciativa probatória do juiz. Perícia determinada de ofício. Possibilidade mitigação do princípio da demanda. Precedentes. - os juízos de primeiro e segundo graus de jurisdição, sem violação ao princípio da

CONCLUSÃO

Considerando que existe divergência quanto à aplicação do instituto da inversão do ônus da prova no processo coletivo em matérias que não as de consumo (se é aplicável ou não o art. 6º, VIII/CDC c.c art. 21 da LACP), ou, mesmo que se entenda aplicável, ainda grassa discussão sobre se a hipossuficiência seria do MP (apesar de ser apenas parte formal e meramente postulante e promotora dos interesses da coletividade) ou da coletividade (parte material) titular do direito material protegido pelo MP, propomos as seguintes **CONCLUSÕES**:

1. Não obstante o PL 4.484/2012 (Nova LACP, art. 20) e o PL 8.046/2010 (Novo CPC, art. 358) em curso no Congresso Nacional contemplarem a teoria da carga dinâmica da prova, em substituição à inversão do ônus da prova prevista no CDC, o ordenamento jurídico brasileiro atual contém normas jurídicas (princípios e regras) que já autorizam o intérprete a adotar, imediatamente, a teoria do ônus dinâmico da prova no processo coletivo, com base na nova metodologia jurídica atual proposta pelo neoconstitucionalismo-neoprocessualismo, notadamente na necessidade de se compreender e utilizar as técnicas processuais a partir da Constituição, tendo por fundamento princípios que se traduzem em direitos fundamentais processuais, como o **acesso à ordem jurídica justa** (CF, art. 5, XXXV, na perspectiva de uma tutela efetiva, adequada e célere), à **isonomia** (CF, 5º; caput; CPC art. 125 I), do devido processo legal (CF, 5º, XIV), da **solidariedade-cooperação** (CF, art. 3º, I; CPC, 14, 16, 17, 18, 339, 340, 342, 345 e 355, acerca dos deveres das partes em colaborar com o julgador), e princípios infraconstitucionais, como o da **adaptação do procedimento** (CPC, art. 130 e 139), que conferem poderes de direção material do processo por parte do juiz, entre os quais, de flexibilizar a técnica processual, na perspectiva do formalismo valorativo ou neoprocessualismo.

2. A teoria da inversão dinâmica do ônus da prova não se confunde com a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). Esta tem por base principalmente a hipossuficiência da coletividade consumidora; aquela a hipossuficiência da parte ré que está em melhores condições, no caso concreto, de produzir a prova, sob pena de se gerar uma *probatio diabólica* para o Ministério Público.

demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC. - A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça. Agravo no recurso especial improvido." (STJ: AgRg no REsp 738.576/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJU de 12.09.2005).

3. É recomendável ao membro do MP, em se tratando de matéria não relacionada a direito do consumidor, cujo ônus de provar se encontra agasalhado pela regra da inversão (CDC, art. 6, VIII), postular, no processo coletivo em que se tutele outro direito material coletivo que não o consumidor, em caráter alternativo, tanto a inversão do ônus da prova, quanto a aplicação da teoria da carga dinâmica no processo coletivo.
4. Com relação à inversão do ônus da prova, é necessário firmar o entendimento de que a hipossuficiência deve ser analisada sob a ótica da coletividade (parte material) titular do direito material protegido, e não do MP (parte formal), que apenas postula e promove a defesa dos interesses de determinada coletividade.
5. Em não sendo adotada no processo coletivo para tutela de qualquer direito material coletivo nem uma nem outra técnica processual (inversão do ônus da prova ou distribuição dinâmica), e prevalecendo a regra estática do art. 333 do CPC, deve o membro do MP recorrer desta decisão, prequestionando os dispositivos legais que fundamentam uma e outra técnica processual.