

# Ônus da prova e Direito Ambiental. Fazenda Pública e inversão do ônus. Aspectos no CPC/1973 e no CPC/2015

Paulo Roberto Fernandes de Andrade<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Noção de prova, peculiaridade no Direito Ambiental e a importância da perícia; 3 – Ônus da prova e inversão ou modificação do *onus probandi* nas ações ambientais. A inversão na Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil); 4 – Outros temas relacionados a prova, ônus e inversão ou modificação do *onus probandi* nas ações ambientais; 4.1 – Ônus de adiantamento de despesa da prova, principalmente da prova pericial; 4.2 – Uso de verbas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID); 4.3 – Prova emprestada nas ações ambientais; 4.4 – Relação entre prova e coisa julgada material (artigo 16 da Lei da ACP, artigo 103 do CDC e artigo 18 da Lei da Ação Popular); 4.5 – Fazenda Pública e ônus da prova; Referências bibliográficas.

---

## 1. Introdução

O objetivo do presente estudo é analisar o direito probatório, especificamente trazendo a noção de prova, a peculiaridade da prova na seara ambiental e considerações sobre a perícia nas demandas envolvendo o meio ambiente, bem como tecemos considerações mais minuciosas sobre o ônus da prova, sua distribuição e suas inversões ou modificações.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado em atuação na Seccional Imobiliária-Ambiental-Trabalhista da Procuradoria Regional de Santos da PGE/SP (PR-2), Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP), Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE) e Especializando em Direito Ambiental pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE).

A prova constitui-se em elemento essencial no processo, pois é por meio dela que os fatos chegam ao julgador.

E imperioso se mostra analisar a respeito de quem carrega o “fardo” de comprovar determinada alegação, de acordo com a distribuição do *onus probandi*.

Ressalte-se que nas ações envolvendo o meio ambiente a questão da prova é ainda mais importante, recaindo, normalmente, sobre três aspectos de grande relevância e complexidade: sobre os fatos caracterizadores do dano ambiental; a respeito do nexó de causalidade entre a atividade reputada lesiva ao meio ambiente e o dano causado; e por fim relativamente às providências preventivas ou reparatorias a serem adotadas para evitar ou reparar a lesão ao ambiente.

Passamos depois a analisar o ônus da prova e a inversão ou modificação do *onus probandi* nas ações ambientais, ocasião em que catalogamos as três espécies de inversão ou modificação do ônus da prova, ou seja: as presunções; a disposta no Código de Defesa do Consumidor; e a prevista mediante a “Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova”, também conhecida como “Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas”, cujo uso no processo estará expressamente regulado e autorizado, conforme o artigo 373, §§ 1º e 2º, da Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil).

Por fim, teceremos considerações a respeito de temas específicos, relevantes e cotidianamente enfrentados pelos que militam com ações ambientais, relativamente à prova e ônus, quais sejam: sobre o ônus de adiantamento de despesa da prova, principalmente da prova pericial; sobre o uso de verbas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID); a respeito da prova emprestada nas ações ambientais; sobre a relação entre prova e coisa julgada material (artigo 16 da Lei da ACP, artigo 103 do CDC e artigo 18 da Lei da Ação Popular); e, por fim, considerações mais detidas sobre a Fazenda Pública e ônus da prova, defendendo a tese de que a inversão ou modificação não é possível nas lides envolvendo a Fazenda Pública como parte passiva nas demandas em geral.

Não se tencionou, logicamente, esgotar os temas tratados, pois o direito probatório é complexo, casuístico e constantemente sofre alterações no tempo e no espaço, tal como se dará no Brasil, com o novo Direito Processual Civil, a partir de 2016.

## 2. Noção de prova, peculiaridade no Direito Ambiental e a importância da perícia

A prova reveste-se de questão fundamental na maioria das ações judiciais, aparecendo, frequentemente, como momento-chave do processo.

É a prova a respeito dos fatos da causa que, no mais das vezes, vai determinar o julgamento de procedência ou improcedência do pedido formulado em uma demanda.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, ao tratar da *noção de prova*, diz que prova é palavra *equivoca*, comportando diferentes significados.<sup>2</sup>

Pode-se, no entanto, adotar a definição de João Batista Lopes, exposta em conhecida monografia:<sup>3</sup>

Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. Nesse sentido é clássica a definição de Mittermayer: “prova é o complexo dos motivos produtores de certeza”. Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador, a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, por sua vez, destacam *duas acepções* da palavra “prova”.<sup>4</sup> No sentido *comum*, é a demonstração da verdade de uma proposição. E no sentido *jurídico* o vocábulo pode ser utilizado em *três conotações*: como designativo do *ato de provar* (a atividade probatória); como *meio de prova* (técnicas para se extrair a prova); e designando o *resultado* dos atos ou meios de prova.

Particularmente, *entendo que podemos conceituar prova como o modo pelo qual se procura demonstrar que certos fatos, expostos no processo, ocorreram conforme o descrito*. Desta forma, o magistrado pode julgar o mérito de certa demanda judicial examinando o aspecto jurídico, ou seja, o direito, e o aspecto fático.

2 ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1.

3 LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 2 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 26.

4 DIDIER JR., Fredie et alii. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 43.

Nas ações envolvendo o meio ambiente, a questão da prova é ainda mais importante, recaindo, normalmente, sobre três aspectos de grande relevância e complexidade.

Em primeiro lugar, a prova incide sobre os fatos caracterizadores do dano ambiental (efetivo ou potencial), que é um dano muito peculiar.

Efetivamente, o dano ambiental é uma lesão causada à qualidade ambiental, que pode assumir frequentemente grande extensão, não se limitando apenas à degradação de determinado bem ambiental específico, já que pode atingir, também, outros bens ambientais (ecossistemas, espécimes e *habitats* inter-relacionados com o meio afetado) e cujos efeitos, ademais, podem se manifestar no futuro.

Tal aspecto dá bem a medida da complexidade da apuração a ser levada a efeito nas demandas ambientais, no que concerne ao dano efetivo ou potencial. Aliás, não é incomum, quando se trata de assuntos ambientais, verificar que a maioria dos problemas que se apresentam são complexos e permeados de multiplicidade de matérias, envolvendo aspectos econômicos, sociais, culturais, biológicos, geográficos, tecnológicos, ambientais e jurídicos. E isto se reflete no aspecto probatório.

Em segundo lugar, a prova em uma ação ambiental relaciona-se, igualmente, com o nexos de causalidade entre a atividade reputada lesiva ao meio ambiente e o dano causado, podendo se revelar muitas vezes difícil a comprovação desse nexos causal.

Em terceiro lugar, a prova na seara ambiental recai, ainda, sobre as providências preventivas ou reparatórias a serem adotadas para evitar ou reparar danos ao meio ambiente, bem como, conforme o caso submetido a juízo, sobre as providências tendentes à supressão da atividade ou omissão lesiva à qualidade ambiental. Nesses casos, o ideal é que as providências preventivas ou reparatórias sejam sempre definidas já na fase de conhecimento, não convindo deixá-las para o momento da liquidação e execução do julgado. Por esta razão, muito frequentemente a instrução probatória vai abranger, também, as medidas concretas de prevenção e reparação de danos ou de supressão da atividade ou omissão lesiva.

Eis aí, portanto, algumas peculiaridades das ações ambientais. O espectro de fatos a serem objeto da prova é muito amplo e complexo, abrangendo, como visto, o dano ambiental, o nexos causal e até as me-

didadas de prevenção e reparação de danos e de supressão de atividade ou omissão lesiva ao meio ambiente, o que evidencia a dimensão e a relevância da atividade instrutória a ser desenvolvida.

Afinal, como provar a existência de um dano ambiental? Como levantar as medidas de recuperação ou de compensação necessárias? Como mensurar a destruição da paisagem, a danificação de uma obra de arte, a extinção e uma espécie animal ou vegetal? Qual o valor dos danos ambientais? Como atribuir valor econômico à degradação do *habitat* humano ou animal?

No tocante aos meios de prova nas ações de cunho ambiental, não há como deixar de mencionar, em destaque, a *perícia*, diante das características das degradações ambientais, que dependem, para sua exata apuração, em toda a sua extensão, seja com relação aos danos propriamente ditos, seja com relação aonexo causal, seja com relação às providências reparatórias, de avaliações técnicas com base científica muitas vezes de grande complexidade. Daí se tem considerado a perícia como o meio de prova por excelência nas demandas ambientais.<sup>5</sup>

E uma questão da maior relevância é a concernente à repercussão do resultado da perícia sobre o convencimento do juiz nas demandas ambientais. Muitos juristas costumam afirmar que, sendo a prova do dano ambiental condicionada pela técnica, haveria uma verdadeira relação de dependência entre a verdade do juiz e a verdade do perito no processo, o que faria com que a liberdade de convicção do magistrado, no processo coletivo ambiental, desse lugar, na prática, a uma quase submissão às perícias.

Chega-se, inclusive, a dizer que a incidência da regra de direito, em muitos casos concretos, seria determinada pelo perito e não pelo juiz.

Não se pode, no entanto, exagerar neste tipo de consideração e supervalorizar a avaliação técnica realizada nas demandas ambientais.

---

5 Segundo MIRRA, Ivaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 266-268, bem como exposição realizada em 27/04/2007, no VII Congresso Brasileiro do Ministério Público de Meio Ambiente, promovido pela Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente, Fortaleza, Ceará.

Isto porque são muitas as incertezas científicas nas questões relacionadas à proteção do meio ambiente, de modo que nem sempre os técnicos e os peritos têm condições de trazer aos processos, de maneira plenamente satisfatória, as informações e conclusões desejadas pelos operadores do direito, deixando larga margem para dúvidas e controvérsias nas demandas ambientais. Ou seja: na falta de certeza absoluta a respeito da lesividade de uma determinada atividade, da relação de causalidade entre a atividade e o dano ambiental ou em relação à própria caracterização do dano, muitas vezes os peritos preferem se abster de apresentar análises concludentes.<sup>6</sup>

No entanto, a incerteza científica não pode se traduzir em incerteza jurídica para o julgamento da causa ambiental. E aí é que aparece a relevância do poder de análise das partes e do magistrado, a partir dos dados fornecidos pela própria perícia e pelos demais elementos de convicção, bem como a partir dos critérios da probabilidade, distribuição do ônus da prova etc.

Deve-se ter sempre em mira que, apesar da relevância das avaliações técnicas e científicas em matéria ambiental, a análise quanto à ocorrência ou não da degradação ambiental, da lesividade da atividade ou do nexo causal, nas ações ambientais, permanece como questão jurídica a ser solucionada pelo magistrado, sem que se possa admitir vinculação automática e acrítica aos resultados das perícias e demais trabalhos técnicos.

Isto sem contar o aspecto “patológico” da questão, consistente na possibilidade de manipulação de dados e informações nos laudos e pareceres técnicos, risco sempre presente quando se está diante de questões sujeitas a controvérsias científicas, aspecto igualmente importante, a evidenciar a necessidade de um exame atento do magistrado a respeito da prova técnica produzida.<sup>7</sup>

Álvaro Luiz Valery Mirra, ademais, suscita, em sua obra, as características básicas da disciplina da prova na ação civil pública ambiental, mencionando as seguintes:

- (a) a procura da verdade real (material) e não meramente formal nas demandas ambientais, como decorrência da indisponibilidade do direito objeto de proteção (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado);

<sup>6</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ob. cit., p. 256.

<sup>7</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ob. cit., p. 257.

- (b) a maior inquisitividade do processo coletivo ambiental, com o reforço dos poderes instrutórios do juiz e ampla aplicação da regra do art. 130 do CPC, ainda como reflexo ou exigência da natureza indisponível do direito tutelado;
- (c) a afirmação (ou reafirmação) do dever de cooperação das partes para o descobrimento da verdade sobre os fatos da causa;
- (d) a relativização do princípio dispositivo no tocante aos fatos suscetíveis de prova nas demandas ambientais, admitindo-se a consideração de fatos não alegados pelo autor da ação, mas revelados na instrução processual, ainda que isso leve à modificação da causa de pedir;
- (e) a probabilidade como critério para a prova nas ações civis públicas ambientais, abandonando-se o critério da certeza diante das circunstâncias do caso concreto;
- (f) o abandono da concepção estática da distribuição do ônus da prova na ação civil pública, em prol de uma concepção dinâmica do ônus da prova nessa matéria;
- (g) e o reforço do contraditório, como contrapeso à maior inquisitividade do processo coletivo ambiental.

### **3. Ônus da prova e inversão ou modificação do *onus probandi* nas ações ambientais. A inversão na Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil)**

E ao se tratar da prova, surge a questão do *onus probatório*.

Vicente Greco Filho reconhece ser, a questão sobre o ônus da prova, uma das mais basilares do direito processual, pois trata sobre quem deve provar e qual a consequência para aquele que deveria provar algo e não o fez, ou o fez insuficientemente.<sup>8</sup>

Artur Carpes considera ser, a repartição do ônus da prova, a “espinha dorsal do processo civil”.<sup>9</sup>

8 GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 199.

9 CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

Ônus, do latim *onus*, significa carga, peso, fardo, encargo, diz Maricí Giannico, que complementa: “juridicamente pode-se tomar por base a clássica definição de James Goldschmidt, segundo a qual o ônus é um *imperativo do próprio interesse*”.<sup>10</sup>

Define Cândido Rangel Dinamarco o ônus da prova como “o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”.<sup>11</sup>

O ônus probatório, para Hernando Devis Echandia, é “o poder ou faculdade de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis”.<sup>12</sup>

O instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem, segundo Vicente Greco Filho, de *três princípios prévios*:<sup>13</sup>

1º) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, como um *non liquet*; 2º) o princípio dispositivo, segundo o qual às partes cabe a iniciativa da ação e das provas, restando ao juiz apenas atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas destinadas a formar a convicção do juiz; 3º) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*segundum allegata et probata partium*) e não segundo sua convicção íntima (*segundum propriam suam conscientiam*). Dessas premissas, decorre a necessidade de

10 GIANNICO, Maricí. *A prova no Código Civil. Natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 95.

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70.

12 ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de La Prueba Judicial*. v. 2. t. I. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988 *apud* CIANCI, Mirna. *A Responsabilidade do Estado e o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor sob o Enfoque da Teoria do Risco Administrativo*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24298-24300-1-PB.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

13 Idem, *ibidem*, p. 199-200.

serem estabelecidas regras sobre o encargo que cada parte tem para a prova dos fatos alegados, bem como consequências da falta de prova.<sup>14</sup>

Deve-se ressaltar que as regras sobre o ônus probatório e sua distribuição constituem uma inerência do *princípio dispositivo*. Onde houvesse um processo puramente inquisitivo, não se cogitaria em *onus probandi*, nem das consequências de seu descumprimento, simplesmente porque ao juiz incumbiria a busca da verdade dos fatos e a cooperação das partes seria pelo menos dispensável e sequer haveria como sancioná-las pela omissão de provar.

No que tange às *teorias a respeito do ônus da prova*, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira discriminam as existentes do seguinte modo:<sup>15</sup>

Wilson Alves Souza faz uma síntese das principais teorias sobre o ônus da prova:

- 1) *Teoria de Jeremy Bentham*: a obrigação de provar deve ser imposta a quem tiver condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes – temporais, econômicos etc. Trata-se da teoria seguida por Demogue, com poucas variações. Aqui já se encontram os primeiros sinais de uma teoria dinâmica do ônus probatório.
- 2) *Teoria de Bethmann-Hollweg*: a quem deduz um direito, cabe provar sua existência – falando em prova de direito e, não, de fato.
- 3) *Teoria de Gianturco*: deve produzir prova aquele que dela auferir vantagem.
- 4) *Teorias de Betti, Carnelutti e Chiovenda*: que muito se assemelham, e, em linhas bem gerais, dispõem que o autor deve provar fatos que fundam sua pretensão e o réu deve provar fato que baseiam suas exceções. Essas teorias são muito criticadas por Micheli, por leva-

14 Arruda Alvim arrola “os fundamentos ou princípios gerais do Direito que, particularmente, informa a teoria do ônus da prova: 1º) o da igualdade da posição dos litigantes; 2º) o de se imprimir ‘autoresponsabilidade’ aos litigantes, princípio em verdade dessumido do primeiro; assim, por exemplo, o litigante que não age diligentemente, dentro dos prazos (preclusão temporal), é responsável pelas consequências advindas de sua inércia, ou seja, deve suportar o que *possa* decorrer de sua omissão (*Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2001. p. 481).

15 Idem, *ibidem*, p. 95.

rem em consideração a relação jurídica abstratamente colocadas, ignorando a situação real das partes da causa e suas possibilidades concretas de produzir provas.

5) *Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* (e a similar teoria do princípio da solidariedade e cooperação) de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello (na verdade, seus principais mentores): surgiu na Argentina onde os ditos autores, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschmidt, passaram a defender a repartição dinâmica do ônus da prova. Baseando-se nos princípios da veracidade, boa-fé, lealdade e solidariedade (com atuação do juiz), defendem que é necessário levar em conta as circunstâncias do caso concreto, para atribuir-se o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo; impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidade de produzi-la. E o juiz, verificando que houve uma violação do dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação de provas, deve proferir decisão contrária ao infrator. Tudo isso no intuito de que o processo alcance seus fins, oferecendo prestação jurisdicional justa.

Cabe acrescentar a este rol a *normentheorie*, ou *teoria das normas*. Artur Carpes assim a descreve:

A semelhança na redação da disciplina nos ônus probatório decorre da incorporação da “teoria das normas” (*Normentheorie*), concepção que ganhou prestígio no plano doutrinário pela pena de Leo Rosenberg e acabou por influenciar a redação da maioria dos diplomas modernos. Segundo a *teoria das normas*, cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, isto é, da norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito. Pressupõe nitidamente, portanto, a separação entre questão de fato e questão de direito, ao predispor que sua regulação decorre da configuração da sintaxe entre o fato e a norma: aquele que pretende lograr o efeito decorrente da aplicação da norma tem correlato o ônus de provar sua premissa menor, qual seja, o fato a ela subjacente.<sup>16</sup>

Ônus, enfim, é uma conduta imperativa de que seu titular precisa desincumbir-se para o fim de satisfazer seu próprio interesse.

16 CARPES, *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 47.

E a ideia básica sobre a repartição do ônus da prova, portanto, está na *atividade probatória que incumbe a quem a prova aproveita, tendo lugar um princípio geral: cada parte suporta o ônus da prova sobre a existência da norma favorável ao êxito de sua pretensão processual.*

Compete, em regra, a cada uma das partes, o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer. A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido, como base de sua pretensão, pois, afinal, é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.

É esta, basicamente, a doutrina inspiradora do *artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 (ou do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, que manteve a redação original nos incisos I e II do “caput”)*<sup>17</sup>, em que são fixadas as regras sobre o ônus da prova, abstratas e independentes do caso concreto.

Este artigo traz as *regras gerais básicas sobre o ônus da prova*, perfilhando-se à doutrina de Chiovenda e de Betti, estabelecendo que incumbe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito (inciso I), e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (inciso II).

A regra do ônus da prova expressa no artigo 333 do CPC/1973<sup>18</sup> existe porque é vedado ao juiz o *non liquet*, ou seja, o magistrado está obrigado a

---

17 A Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015 institui o novo Código processual, que entrará em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial (artigo 1.045), que se deu no DOU de 17 de março de 2015. Oportuno mencionar os seguintes artigos do novo CPC, de Direto Intertemporal, relacionados a este trabalho: Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. § 1º As disposições da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, relativas ao procedimento sumário e aos procedimentos especiais que forem revogadas aplicar-se-ão às ações propostas e não sentenciadas até o início da vigência deste Código. § 2º Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código. § 3º Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código. § 4º As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código. [...] Art. 1.047. As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência.

18 Artigo 373, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015.

decidir, ainda que não possua elementos probatórios suficientes; e somente deverá ser aplicada caso haja ausência ou insuficiência de provas.

Nestes casos, a dúvida deve ser paga pela parte que tinha o ônus de provar determinado fato e não logrou êxito: se constitutivo, incumbe ao autor; se modificativo, extintivo ou impeditivo, cabe ao réu.

A distribuição do ônus da prova nas lides ambientais, por não conter regra própria, obedece, com base no princípio da subsidiariedade<sup>19</sup>, este artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973.<sup>20</sup>

De modo mais simples, temos que cada parte tem a faculdade de produzir prova favorável às suas alegações, com base no denominado ônus da afirmação. E nenhuma das partes será obrigada a (ou terá interesse em) fazer prova contrária às suas alegações, a favor do demandante adverso.

Mas existe a questão da *inversão ou da modificação do ônus da prova*, que causa alterações na regra geral de distribuição probatória supramencionada e provoca a liberação ou a diminuição do encargo probatório de uma das partes em detrimento da outra.

Tem a finalidade de facilitar a produção da prova e proporcionar melhor igualdade das partes no processo. Faz com que seja o réu quem tenha de fazer prova da inexistência dos fatos que são constitutivos do direito do autor, ou que seja de encargo do autor fazer prova dos fatos que são impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do réu.

Eduardo Cambi assevera que, com a inversão do ônus da prova, “não se produz a prova do fato, mas apenas se considera que o ato alegado deve ser provado pela parte contrária. O que acontece é, pois, uma modificação judicial do ônus da prova determinando que a parte contrária demonstre o fato que, normalmente, caberia ao outro litigante comprovar”.<sup>21</sup>

Define Cândido Rangel Dinamarco as inversões do ônus da prova como “as alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei. O mesmo poder que legitima a edição de normas

---

19 O artigo 19 da Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985, manda aplicar o Código de Processo Civil no que não a contrarie.

20 Tal como seguirá o artigo 373 do CPC/2015.

21 CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006. p. 411.

destinadas à distribuição do ônus da prova legítima também exceções queridas ou permitidas pelo legislador”.<sup>22</sup>

Para os objetivos deste trabalho, podemos considerar *três espécies de inversão ou modificação do ônus da prova*, ou seja, da regra geral básica contida no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973<sup>23</sup>: as presunções; a disposta no Código de Defesa do Consumidor (CDC); e a prevista mediante a “Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova”, também conhecida como “Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas”, que passará a ser adotada expressamente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, nos termos do artigo 373, §§ 3º e 4º, adiante analisado.

Tratando ainda de inversão do ônus da prova, temos a existência da divisão em *ope legis* e em *ope judicis*, ou seja, inversão legal e inversão judicial, respectivamente.

A inversão legal (*ope legis*) é determinada pela lei, aprioristicamente, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz, figurando como um caso de presunção legal relativa.

Bem diversa é a inversão *ope judicis*, que se trata de uma oportunidade para que o juiz, analisando o caso concreto e constatando a presença dos requisitos exigíveis para tanto, distribua o ônus conforme as peculiaridades e características da demanda.

A inversão judicial do ônus da prova deve ser analisada caso a caso, de acordo com as características do direito material e as especificidades do caso concreto.

E como exemplos de inversão judicial do ônus da prova temos a do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e a prevista na “Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas”.

*Presunção*, no entender de Cândido Rangel Dinamarco, é um “processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”.<sup>24</sup>

22 DINAMARCO, *Instituições de Direito Processual Civil*, cit., p. 75.

23 Artigo 373, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015.

24 Idem, *ibidem*, p. 113.

O objetivo comum e imediato de todas as presunções relevantes para o direito é a facilitação da prova, porquanto existem situações em que, sendo particularmente difícil a prova, por meio de certa presunção facilita-se a demonstração de fato relevante, dispensando-se a prova direta do fato que realmente interessa para o julgamento da causa. Ou criar uma justificada situação de vantagem, em favor de determinada parte, visando a facilitar o trabalho probatório do litigante processual que se vale da presunção, pois a prova fica sob encargo da parte contrária.

Existem várias presunções no Direito, tal como, por exemplo, a presunção de inocência no processo penal.

Igualmente temos a presunção do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078/1990, de modo que, na publicidade, o ônus da veracidade e da correção do que está sendo veiculado é do patrocinador.

E duas presunções se destacam, quando nos referimos à Fazenda Pública, militando em favor da Administração Pública: a presunção de legitimidade e a presunção de veracidade. Veremos mais adiante tais presunções.

*A inversão ou modificação do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor* vem prevista no artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/1990, atribuindo ao consumidor a vantagem processual de ser beneficiado pela inversão do ônus da prova quando o juiz verificar, através das regras ordinárias da experiência comum, a presença de verossimilhança das alegações do consumidor e hipossuficiência processual na produção de alguma prova.<sup>25</sup>

Determinada a inversão, recai sobre o fornecedor o ônus de provar a inexistência de um ou alguns fatos que são constitutivos do direito do consumidor.

Baseia-se nas simples alegações do consumidor e é verificado pelo juiz utilizando-se das regras ordinárias da experiência comum.

---

25 Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Este juízo verossímil indica que o limite de cognição nesta fase do processo, formulado pelo juiz para deferir ou não a inversão, recai apenas sobre as alegações dos fatos feitas pelo consumidor ainda na petição inicial. Não se exige qualquer começo de prova, como acontece no juízo da probabilidade (cognição exigida para antecipação de tutela do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 ou para a concessão da tutela de urgência prevista nos artigos 300 e 303 do novo Código de Processo Civil, de 2015).<sup>26</sup>

Importante ressaltar que o conceito de hipossuficiência vai além do sentido literal das expressões *pobre* ou *sem recursos*, aplicáveis nos casos de concessão dos benefícios da justiça gratuita, no campo processual.

O conceito de hipossuficiência consumerista é mais amplo, devendo ser apreciado pelo aplicador do direito caso a caso, no sentido de reconhecer a disparidade técnica ou informacional, diante de uma situação de desconhecimento.

E, ao contrário da opinião de alguns doutrinadores, a simples condição de hipossuficiência não autoriza, por si só, esta modificação do ônus da prova, pois a total ausência de evidências do indispensável nexo de causalidade redundaria em esdrúxulas situações.

A simples hipossuficiência do consumidor não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído de um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um *shopping center* luxuoso, requerendo, em face de sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que seu carro não estava estacionado nas dependências do *shopping* e que nele não se encontravam suas compras de Natal.<sup>27</sup>

---

26 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. [...] Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

27 Exemplo em: GIDI, Antonio. *Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. v. 13, p. 34 *apud* CIANCI, Mirna. *A Responsabilidade do Estado e o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor sob o*

E a verossimilhança não se resume a uma mera plausibilidade de direito, mas à evidência desse direito.

Existe discussão se a inversão do Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/1990) é aplicada nas ações ambientais, cabendo antes ressaltar que nem todas as demandas ambientais necessitam da inversão do ônus da prova para alcançarem o objetivo de proteção ao meio ambiente.

Os que negam a aplicação do CDC nas ações coletivas dizem que o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) faz referência apenas aos artigos 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, às regras processuais do referido Código, e não ao artigo 6º, que fica na parte dos direitos básicos do consumidor (regras de direito material).

E sendo o artigo 6º regra de exceção e gravosa para o réu, não deve ser interpretada extensiva e analogicamente, para aplicação com base na Lei da ACP, o que geraria ofensa ao princípio da isonomia processual e à legalidade no Direito Processual.

São partidários desta corrente Édis Milaré<sup>28</sup> e Ada Pellegrini Grinover<sup>29</sup>, afirmando que deveria ser criada uma regra para aplicação na Lei da ACP, tal como a do CDC.

Os que admitem a inversão afirmam que o artigo 6º é norma processual, existe a interpretação sistemática e teleológica possibilitando e o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública constituem-se em um microsistema de proteção aos interesses coletivos.

Além disso, admite-se a inversão do CDC com base no princípio da precaução, ou seja, cabe ao interessado provar que suas intervenções não são prejudiciais ao meio ambiente.<sup>30</sup>

---

*Enfoque da Teoria do Risco Administrativo*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24298-24300-1-PB.htm>. Acesso em: 04 jun. 2015.

28 *Direito do Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1501.

29 Ações ambientais de hoje e amanhã. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993. p. 252.

30 A efetivação do instituto da inversão do ônus da prova, tanto judicial como extrajudicialmente, seria, talvez, a mais plausível consequência normativa concreta da aplicação do princípio da precaução no direito brasileiro. E como ressalta o Ministro Herman Benjamin, “cabe aos

A terceira espécie de inversão ou modificação do ônus da prova, ou seja, da regra geral básica contida no artigo 333, do Código de Processo Civil de 1973<sup>31</sup>, é a adotada pela “Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova”, também conhecida como “Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas”<sup>32</sup>, originalmente concebida pelo professor argentino da Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Jorge Walter Esteban Peyrano.<sup>33</sup>

A ideia básica desta teoria é buscar a facilidade para a produção da prova, devendo suportar o ônus aquele que estiver em melhores condições de produzi-la.

E 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*<sup>34</sup>, que necessariamente será objeto de cuidadosa *fundamentação* por parte do julgador, com a necessária ciência dos sujeitos envolvidos.

---

potenciais poluidores (demandados, na ação civil pública ambiental) o ônus de demonstrar a inofensividade da atividade proposta, especialmente nos casos em que o eventual dano possa ser irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala. Não cabe mais aos titulares dos direitos ambientais provar a ofensividade dos empreendimentos levados à apreciação do Poder Público/Judiciário”. (Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, n. 9, jan./mar. 1998. p. 18).

31 Artigo 373, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015.

32 “A doutrina, bem como a jurisprudência brasileira, de um modo geral, costuma referir-se à técnica da dinamização como decorrente da teoria das ‘cargas probatórias dinâmicas’. Todavia, não há razão para deixar-se de traduzir a expressão estrangeira em sua totalidade. Em outras palavras, se carga em espanhol possui o sentido de ‘ônus’, nada justifica deixar de denominá-la corretamente no português, vale dizer, como teoria dos ‘ônus probatórios dinâmicos’.” (CARPES, *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 73). Particularmente adoto a nomenclatura “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova” por entender mais completa e se referir de forma mais explícita que o a dinamicidade diz respeito mais propriamente à “distribuição” do que ao “ônus”.

33 “Embora se diga que a manifestação mais remota da doutrina data do século XIX, pela pena de Bentham, ou que esta sempre foi conhecida na Alemanha, na medida em que foi alvo de críticas de Rosenberg, como faz Maximiliano García Grande, não se pode negar que o mais contundente desenvolvimento dogmático iniciou-se pelas mãos do processualista rosarino Jorge W. Peyrano, na Argentina, a partir do início da década de 80 do século passado. Aliás, Peyrano lavrou sentença no ano de 1978, enquanto juiz do Juizado da Quinta nomeação da cidade de Rosário, aplicando a dinamização dos ônus probatórios em caso de erro médico”. (GARCIA GRANDE, Maximiliano. *Las cargas probatorias dinámicas: inaplicabilidad*. Rosario: Juris, 2005. p. 45-48. *Apud* CARPES, *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 74).

34 Conforme PEYRANO, Jorge Walter Esteban; WHITE, Inês Lépori (Org.). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004. p. 87.

Em interessante síntese, Antonio Janyr Dall’Agnol Junior afirma que, por meio desta teoria:

A solução alvitrada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou ré) ou a espécie do fato (se constitutivo, extintivo, modificativo, impeditivo). 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.<sup>35</sup>

No dizer desta teoria não importa a posição da parte, se autora ou ré; também não interessa a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo; o importante é que o juiz valora, no caso concreto, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, e imponha o encargo de provar os fatos àquela que possa produzir a prova com menos inconvenientes, despesas, delongas etc., mesmo que os fatos objetos de prova tenham sido alegados pela parte contrária.

Com efeito, se a parte que o juiz impôs o ônus probatório não produzir a prova ou a fizer de forma deficitária, as regras do *onus probandi* sobre ela recairão, em razão de não ter cumprido com o encargo determinado judicialmente.

É indubitável que, à luz da denominada “Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova”, ao juiz é dado uma *maior discricionariedade* na avaliação da distribuição das regras deste ônus.

O juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores; entretanto, por óbvio, *toda atuação do magistrado deve ser emoldurada pelos princípios processuais da legalidade, da motivação*<sup>36</sup>, da

35 DALL’AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 788, 2001. p. 98.

36 “A atuação do juiz fica, pois, controlada pela coerência lógica do seu raciocínio, devendo ela, na sua motivação, fazer transparecer os critérios que o levaram a afastar, naquele caso

*busca da igualdade, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da cooperação, da adequação e da efetividade do processo.*

O magistrado poderá modificar a regra geral para ajustá-la ao caso concreto reduzindo, na maior medida do possível, as desigualdades das partes. Porém, embora admitida a adoção desta teoria no direito brasileiro, vale dizer que Danilo Knijnik aponta a *necessidade de serem impostos alguns limites à sua aplicação*, tal como a rigorosa análise sobre efetivamente quem está em melhores condições de produzir a prova, afastando a formação da *prova diabólica*<sup>37</sup>, e buscando o respeito ao *contraditório*<sup>38</sup>.

Danilo Knijnik, ao registrar sua *preocupação com o uso indiscriminado ou inadequado deste poder de flexibilização da regra geral do ônus da prova*, também aponta que “não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inércia ou inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas, única e tão somente, para evitar a formação de *probatio diabolica*”, que, afinal, inutiliza a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição”.

Propõe o referido jurista, destarte, uma interessante sistematização de *limites* e requisitos, de cunho *material* e *formal*, para o seu exercício.

Como *requisito material*, exige que a parte tenha sido encarregada de produzir uma “prova diabólica”, por ao menos uma das seguintes razões: a) encontrar-se em situação de *hipossuficiência probatória*, já que o seu adversário goza de posição privilegiada, por dispor de conhecimento técnico especial ou por ter em seu poder importantes fontes de prova; b) em virtude da *inacessibilidade da prova*, decorrente de conduta culposa ou desleal (por falta de

---

concreto, a incidência da regra do art. 333 do CPC e lançar mão da técnica da dinamização dos ônus probatório. Em outras palavras, o juiz tem o dever de evidenciar que, à luz das circunstâncias do caso concreto, está-se diante de violação do direito fundamental à igualdade, bem como do direito fundamental à prova. A ausência de decisão coerentemente fundamentada acerca da *dinamização* padece de vício grave, merecendo o decreto de invalidade”. (CARPES, *Ônus Dinâmico da Prova*, cit., p. 130).

37 Prova diabólica é aquela quase impossível, senão impossível de ser produzida, ante a dificuldade nos meios para sua obtenção.

38 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. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 947.

cooperação/colaboração) do seu adversário, sendo que a conduta desleal que *dificulta* o acesso à prova deve ser punida e *somente* aquela que *inviabiliza* o acesso à prova deve conduzir à dinamização do ônus probatório.

E como *requisito formal*, vislumbra Danilo Knijnik a necessidade de que o julgador redistribua o encargo probatório por decisão prévia e fundamentada, em tempo de a parte onerada atendê-lo, até para evitar a *prova diabólica reversa*. Somente assim serão preservados o contraditório e a segurança jurídica, afastando-se esta “retroatividade oculta”.<sup>39-40</sup>

Pondera Alexandre Freitas Câmara, por sua vez, que a distribuição dinâmica consiste em um “sistema excepcional”, a ser empregado exclusivamente nas situações em que *distribuição estática e legal não for adequada*:

Não se trata, porém, de fixar outra regra estática de distribuição do ônus da prova, mas de criar-se um sistema excepcional, que só pode funcionar onde a regra geral opera mal, já que foi elaborada para casos normais e correntes, o que não corresponde ao caso concreto. O que se busca é, tão somente, retirar de uma parte o ônus de produzir provas diabólicas. Só se justifica a invocação da teoria quando a parte a quem inicialmente caiba o encargo probatório não tiver como atendê-lo.<sup>41</sup>

A respeito do procedimento da dinamização, é imperativo que esta não deve ocorrer sem decisão judicial expressa do magistrado e necessita ser devidamente fundamentada, embora prescindindo, por outro lado, de requerimento da parte para ser operada.<sup>42</sup>

39 KNIJNIK, Danilo. *Ibidem*, p. 948.

40 Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira apontam que “a redistribuição do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora tem o ônus. Trata-se de um pressuposto negativo para a aplicação prática da teoria. Exatamente porque a existência de prova diabólica a autoriza, a redistribuição do ônus da prova, *in concreto*, não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber” (Idem, *ibidem*, p. 99).

41 CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 31, 2005. p. 14-15.

42 Neste sentido, Artur Carpes, que complementa: “Assim, mesmo na ausência de requerimento da parte, uma vez flagrada a inconstitucionalidade da distribuição do art. 333 do CPC, constitui verdadeiro dever do juiz determinar, isto é, até mesmo de ofício, a dinamização dos ônus probatórios, com o fito de possibilitar o cumprimento da sua missão constitucional”. (*Ibidem*, p. 133).

Pertinente, ademais, mencionar o acolhimento da “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova” no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 373, §§ 1º e 2º.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Portanto, passou-se a adotar uma nova disciplina do ônus da prova, voltada à produção de quem estiver mais próximo dos fatos e capacidade de produzi-las, objetivando maior efetividade, ou seja, adota-se o critério dinâmico da distribuição do *onus probandi*.

Oportuno informar que as alterações relativas ao tema eram maiores do que a finalmente adotada, prevendo o artigo 358 do Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil, PL nº 8.046/2010, o seguinte:

Art. 358. 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.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357 deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Ou seja, o Projeto trazia a previsão expressa de observância do contraditório e ainda tratava a questão da inversão concomitante do pagamento da perícia, tema ainda controverso nos Tribunais. A discussão perdura. Trataremos deste assunto logo adiante, em relação às lides ambientais, nas quais não raramente as perícias são muito onerosas.

De todo modo, havendo previsão legal (tal como a do artigo 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/1990 – CDC), ou por entendimento judicial, possível a inversão ou modificação do ônus probatório, cabendo observância ao princípio da motivação e cientificando a parte que lhe cabe desincumbir-se do encargo.

Como visto não houve menção explícita, no § 1º do artigo 373, ao princípio do contraditório, porém todos os entendimentos acima, a respeito da excepcionalidade e da residualidade do uso da “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova”, bem como dos princípios processuais incidentes, inclusive do contraditório, dos limites e dos requisitos materiais e formais são válidos, pertinentes e devem ser observados.

Por sua vez, o § 2º do artigo 373 determina a impossibilidade de se adorar a teoria caso gere a prova diabólica reversa, ou seja, traz um pressuposto negativo para a aplicação prática da inversão ou modificação, não implicando uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber.

O artigo 357 do Código de Processo Civil de 2015, ao tratar da fase de saneamento ou de organização do processo, dispôs, no inciso III, que cabe ao juiz definir a distribuição do ônus da prova, observado o artigo 373, no que se mantém conhecido como despacho saneador, evitando que a parte com o *onus probandi* seja surpreendida quando do julgamento (na sentença).

A insurgência da parte pode ser manifestada por meio da interposição do recurso de agravo de instrumento, nos termos do artigo 1015, inciso XI, do novel Código.<sup>43</sup>

---

43 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

#### **4. Outros temas relacionados a prova, ônus e inversão ou modificação do *onus probandi* nas ações ambientais**

Neste tópico trataremos de temas específicos, relevantes e cotidianamente enfrentados pelos que militam com ações ambientais, relativamente à prova e ônus.

Destarte, vale tecer comentários, embora concisos, ante os objetivos deste trabalho: do ônus de adiantamento de despesa da prova, principalmente da prova pericial; do uso de verbas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID); da prova emprestada nas ações ambientais; da relação entre prova e coisa julgada material (artigo 16 da Lei da ACP, artigo 103 do CDC e artigo 18 da Lei da Ação Popular); e por fim da Fazenda Pública e ônus da prova, a qual escolhemos dar maior destaque.

##### **4.1. Ônus de adiantamento de despesa da prova, principalmente da prova pericial**

Assunto ligado ao da distribuição do ônus da prova é o do ônus de adiantamento de despesa da prova.

O assunto é controvertido e, para muitos, o ônus da prova confunde-se com o ônus do adiantamento de despesa da prova, quando ocorre a inversão do ônus.

Ou seja, com a inversão do ônus da prova, também ocorre a inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas da realização da prova, principalmente quando for prova pericial.

No entanto, isto não é certo, pois o artigo 19 do Código de Processo Civil de 1973 é claro ao dispor que, salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final, e que compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.<sup>44</sup>

---

44 No Código de Processo Civil de 2015 assim fica semelhantemente disposto: “Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas

O artigo 33 do CPC/1973, por sua vez, afirma que cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.<sup>45</sup>

E o artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) afirma: “Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, [...]”.

Inferese, portanto, que a sistemática processual comum é a seguinte: (a) cumpre àquele que requer o ato processual suportar as despesas necessárias à sua realização (princípio da causalidade); (b) o alcance desses recursos se dá em forma de adiantamento; (c) cada parte remunera seu assistente técnico e o autor adianta as despesas periciais; e (d) a parte vencida deverá ressarcir o vencedor ao final (princípio da sucumbência).

Vale mencionar as seguintes decisões a respeito:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DO ART. 18 DA LEI 7.347/1985. “TERCEIRA TESE”. PARCIAL PROVIMENTO AO PLEITO DO MP. [...], se por um lado não há como exigir do autor da Ação Civil Pública o adiantamento das custas da perícia judicial, sem declarar a inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 7.347/1985, por outro lado não se pode compelir o réu a

---

dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título. § 1º Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica”.

45 O Código de Processo Civil de 2015 altera parcialmente o artigo 33 do CPC/1973, trazendo o artigo 95 a seguinte disposição: “Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes”. Oportuno, no entanto, ressaltar que tal rateio valerá apenas para processos cujo requerimento probatório ou determinação judicial ocorrer após a vigência do CPC/2015, conforme seu artigo 1.047: “As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência”.

arcar com o adiantamento desses valores para a produção de prova contra si mesmo, por ausência de previsão legal. (Embargos de Divergência em REsp nº 981.949-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24/02/2012).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DAS DESPESAS À PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. ART. 18 DA LEI Nº 7.347/85. CPC, ART. 19. 1. Não existe, mesmo em se tratando de ação civil pública, qualquer previsão normativa que imponha ao demandado a obrigação de adiantar recursos necessários para custear a produção de prova requerida pela parte autora. Não se pode confundir inversão do ônus da prova (= ônus processual de demonstrar a existência de um fato), com inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais. [...] (STJ - 1ª T., REsp nº 846.529-MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 19/04/2007, v.u.).

Porém, existem decisões jurisprudenciais impondo o pagamento de perícia à Fazenda Pública, quando o autor da ação for o Ministério Público, com base na Súmula 232 do Superior Tribunal de Justiça, como, por exemplo, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. NÃO CABIMENTO. INCIDÊNCIA PLENA DO ART. 18 DA LEI N. 7.347/85. ENCARGO TRANSFERIDO À FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 232/STJ, POR ANALOGIA. 1. Trata-se de recurso especial em que se discute a necessidade de adiantamento, pelo Ministério Público, de honorários devidos a perito em Ação Civil Pública. [...] 3. Não é possível se exigir do Ministério Público o adiantamento de honorários periciais em ações civis públicas. Ocorre que a referida isenção conferida ao Ministério Público em relação ao adiantamento dos honorários periciais não pode obrigar que o perito exerça seu ofício gratuitamente, tampouco transferir ao réu o encargo de financiar ações contra ele movidas. Dessa forma, considera-se aplicável, por analogia, a Súmula n. 232 desta Corte Superior (“A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”), a determinar que a Fazenda Pública ao qual se acha vinculado o Parquet arque com tais despesas. (STJ - 1ª

Seção, REsp nº 1.253.844/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 13/03/2013).<sup>46,47</sup>

## 4.2. Uso de verbas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID)

Outro tema controverso é o uso de verbas do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID).

Quanto a este aspecto, cabe informar que, originalmente, a Lei Estadual nº 6.536, de 13 de novembro de 1989, autorizou o Poder Execu-

---

46 No entender de Hugo Nigro Mazzilli, a Súmula 232 não se aplica somente quando a própria Fazenda compareça como autora na ação coletiva, mas também quando seus órgãos, ainda que sem personalidade jurídica, proponham as ações civis públicas em defesa da sociedade, como o Ministério Público, os Procons e outros órgãos especificamente destinados à defesa de interesses transindividuais, em juízo. E continua: “se a perícia for determinada em proveito da defesa de interesses transindividuais, e se a lei dispensou o adiantamento de custas nas ações de caráter coletivo, é porque transferiu o ônus para o Estado. Este deverá viabilizar a perícia com seus próprios órgãos, ou, em caso contrário, arcar com seu custo. A responsabilidade tem mesmo de ser da Fazenda, sob pena de a garantia democrática de acesso coletivo à Justiça restar prejudicada”. (*A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 634).

47 Pertinente, ainda quanto ao pagamento de despesa probatória e Fazenda Pública, transcrever os seguintes artigos do Código de Processo Civil de 2015, embora por mera informação e sem ofertar precisa análise, pois refoge ao âmbito deste trabalho: “Art. 91. As despesas dos atos processuais praticados a requerimento da Fazenda Pública, do Ministério Público ou da Defensoria Pública serão pagas ao final pelo vencido. § 1º As perícias requeridas pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública poderão ser realizadas por entidade pública ou, havendo previsão orçamentária, ter os valores adiantados por aquele que requerer a prova. § 2º Não havendo previsão orçamentária no exercício financeiro para adiantamento dos honorários periciais, eles serão pagos no exercício seguinte ou ao final, pelo vencido, caso o processo se encerre antes do adiantamento a ser feito pelo ente público. [...] Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes. § 1º O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente. § 2º A quantia recolhida em depósito bancário à ordem do juízo será corrigida monetariamente e paga de acordo com o art. 465, § 4º. § 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser: I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado; II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça. § 4º Na hipótese do § 3º, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade da justiça, o disposto no art. 98, § 2º. § 5º Para fins de aplicação do § 3º, é vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública”.

tivo a criar, nos moldes do artigo 13 da Lei nº 7.347, de 1985, o Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, integrando a estrutura organizacional do Ministério Público do Estado de São Paulo e vinculado à Unidade de Despesa “Diretoria Geral” (artigo 1º), com a finalidade de “ressarcir a coletividade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, bem como a bens e direitos e valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, no território do Estado” (artigo 2º).

Com o advento da Lei Estadual nº 13.555, de 9 de junho de 2009, referido Fundo foi redenominado Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID), passando a vincular-se à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo (artigo 1º), com o objetivo de “gerir os recursos destinados à reparação dos danos ao meio ambiente, aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ao consumidor, ao contribuinte, às pessoas com deficiência, ao idoso, à saúde pública, à habitação e urbanismo e à cidadania, bem como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo no território do Estado” (NR do artigo 2º).

Com a nova redação do artigo 2º da Lei nº 6.536/1989, alterado pela Lei nº 13.555/2009, não se afigura possível dessumir-se do atual objetivo do FID, qual seja, gerir os recursos destinados à reparação dos danos ao meio ambiente e outros bens jurídicos que especifica, que tal finalidade precípua, de recomposição do dano, seja estendida ao custeio dos meios (no caso, a prova pericial) para o reconhecimento judicial desse direito.

Vale mencionar trechos pertinentes do acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 0082436-65.2013.8.26.0000, TJSP, 11ª Câmara de Direito Público, relator Desembargador Oscild de Lima Júnior, julgado em 12/11/2013, que deu guarida às ponderações do recorrente Estado de São Paulo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - HONORÁRIOS PERICIAIS - DETERMINAÇÃO DE ADIANTAMENTO PELO FUNDO DE DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS - IMPOSSIBILIDADE - É impossível a utilização dos recursos do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos - FID para adiantar o pagamento de honorários periciais, tendo em vista que não se coaduna com as suas atribuições, previstas na Lei Estadual 6.536/1989 - Decisão reformada - Recurso provido. [...] Com efeito, não é possível a utilização dos recursos do Fundo Estadual de

Defesa dos Interesses Difusos - FID, que tem por função a reparação da lesão a bens difusos e coletivos no Estado de São Paulo, tendo em vista que o adiantamento de honorários periciais não se coaduna com as suas atribuições, previstas na Lei Estadual 6.536/1989. Como bem anotado pelo ilustre Procurador de Justiça em seu parecer de fls. 426/429: “Não há sentido jurídico na manutenção da r. decisão agravada; há falta de previsão legal para que as verbas do Fundo de Interesses Difusos Lesados sejam utilizadas para o custeio de despesas processuais, ou honorários periciais. O Fundo de Defesa dos Interesses Difusos destina-se exclusivamente a projetos que visem à reconstituição dos bens difusos lesados, como dispõe o artigo 13 da Lei nº 7.347/85”. Nesse sentido, é, dentre outros, o Agravo de Instrumento 0249558-40.2012.8.26.0000, Relator Desembargador Wanderley José Frederighi, julgado pela 12ª Câmara de Direito Público em 22 de maio de 2013: “AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - HONORÁRIOS PERICIAIS - Determinação do Juízo de primeiro grau de pagamento dos referidos honorários pelo Conselho Gestor do Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos - Descabimento - Inteligência dos arts. 27 do CPC e 18 da Lei n. 7.347/85 - Precedentes jurisprudenciais abundantes Recurso provido”. Ante o exposto, pelo meu voto, dou provimento ao recurso, para reformar a decisão agravada.

### 4.3. Prova emprestada nas ações ambientais

Vale ainda tratar da prova emprestada nas ações ambientais.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli, a jurisprudência tem admitido a utilização de prova colhida em outro processo, desde que não se constitua em prova única nos autos e desde que seja dada à parte contrária a oportunidade de se manifestar sobre a prova, em observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Tem valor subsidiário, da mesma forma que outras provas colhidas fora do processo, entretanto “não é possível simplesmente substituir toda e qualquer prova e ficar tão somente com a prova emprestada”.<sup>48</sup>

Interessante o decidido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial - EREsp

48 *Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 630.

nº 617.428-SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 04/06/2014:

CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DISCRIMINATÓRIA. TERRAS DEVOLUTAS. COMPETÊNCIA INTERNA. 1ª SEÇÃO. NATUREZA DEVOLUTA DAS TERRAS. CRITÉRIO DE EXCLUSÃO. ÔNUS DA PROVA. PROVA EMPRESTADA. IDENTIDADE DE PARTES. AUSÊNCIA. CONTRADITÓRIO. REQUISITO ESSENCIAL. ADMISSIBILIDADE DA PROVA. [...] A admissão da prova emprestada no processo civil tem como objetivo precípua otimizar a prestação jurisdicional, viabilizando o aproveitamento em um dado processo de prova já produzida em outro. [...] Em vista das reconhecidas vantagens da prova emprestada no processo civil, é recomendável que essa seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. No entanto, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe inovação ao expressamente tratar da prova emprestada, no artigo 372, dispondo que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.

No entanto, o CPC/2015 foi por demais sintético, deixando de resolver antigas discussões acerca do tema.

Afinal, referido dispositivo utiliza o termo “processo”, esquecendo-se das provas produzidas em procedimentos administrativos como o inquérito policial, o inquérito civil e outros procedimentos investigativos da competência do Ministério Público.

Outra questão importante relaciona-se ao respeito ao contraditório e à identidade de partes. O novel dispositivo não esclarece se é imprescindível que haja identidade de partes entre as demandas, nem se o contraditório deve ser observado no processo de origem, no processo de destino ou em ambos.

De todo modo, o STJ já assentou que, observado o contraditório no processo de destino da prova trasladada, não é imprescindível que haja identidade de partes entre ele e a demanda de origem da prova emprestada, conforme acima transcrito.

#### **4.4. Relação entre prova e coisa julgada material (artigo 16 da Lei da ACP, artigo 103 do CDC e artigo 18 da Lei da Ação Popular)**

Prosseguindo, temos que cabe a observação de que o instituto da prova nas demandas coletivas não fica limitado à fase instrutória.

O artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985)<sup>49</sup>, o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)<sup>50</sup> e o artigo 18 da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965)<sup>51</sup> preveem que a autoridade da coisa julgada também fica afetada pelo fenômeno da prova, pois a ocorrência da coisa julgada depende de eventos probatórios ocorridos no processo coletivo.

Ou seja, se o pedido for julgado improcedente por falta de prova, não ocorre a coisa julgada material e pode ser movida outra ação, com idêntico fundamento, desde que haja prova nova.

Marcelo Abelha explicita que o fenômeno da improcedência por insuficiência de provas “é impeditivo da formação da coisa julgada material *erga omnes* em desfavor do autor, pois admite que, havendo nova prova à

49 Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

50 Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

51 Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível “*erga omnes*”, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

mesma demanda, poderá socorrer-se o mesmo autor coletivo, sujeitando-se o mesmo demandado a rediscutir *tudo o que teria sido discutido*".<sup>52</sup>

E o que significa "prova nova"?

Não é a prova que necessariamente surge após o trânsito em julgado do processo anterior.

Como bem disse Arruda Alvim, é a prova "não produzida na ação anterior", o que leva a crer que já poderia existir desde a época da demanda anterior, e inclusive não ter sido utilizada na ação coletiva, porque: (a) não foi admitida, ou seja, foi solicitada, mas não admitida pelo juiz; (b) mesmo existente, era desconhecida ou tinha seu uso impossibilitado.<sup>53</sup>

Pode ainda ser uma prova não existente, ou aquela cuja produção não era possível na época da demanda coletiva, pelas condições tecnológicas ou científicas então conhecidas, que se aprimoraram posteriormente.

Não se confunde o novo processo com a ação rescisória, porque esta pressupõe coisa julgada material, e, no caso, a ação coletiva anterior não transitou em julgado, e isto por falta de prova.

E o legitimado da nova ação coletiva tem o ônus de mencionar, já na petição inicial, a prova nova que embasa a nova ação coletiva, e que a prova nova pode alterar o resultado da ação coletiva anterior, sob pena de configurar falta de interesse processual ou falta de condição de admissibilidade da atual ação coletiva, segundo Marcelo Abelha<sup>54</sup>, encampando o entendimento de Antônio Gidi.

#### 4.5. Fazenda Pública e ônus da prova

Por fim, tratando-se a respeito do ônus da prova e sua relação com a Fazenda Pública quando atuar em juízo, cabe indagar: Como se opera o ônus da prova em favor da Administração Pública? Admite-se a inversão ou a modificação do ônus da prova em detrimento da Fazenda Pública, principalmente quando atuar no polo passivo?

52 Breves Considerações sobre as Prova nas Demandas Coletivas Ambientais. In: MORATO LEITE, José Rubens; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 190-191.

53 Conforme menciona ABELHA, Marcelo. Ob. cit., p. 197.

54 Idem, *ibidem*, p. 199-200.

De início, pertinente dizer que a Administração Pública, como sujeito de direitos, aplica a lei aos casos concretos, com o fim de atender ao interesse da sociedade, conferindo-lhe a prestação do *bem comum*. É através de sua atuação que se materializa, em última análise, a *política estatal*, assim consideradas as metas ou programas de governo eleitos pelo povo no momento da escolha do seu governante.

E o conceito de Administração Pública alberga, na sua conotação ampla, os órgãos e entes públicos que ora podem se utilizar tanto do *regime jurídico de direito público* quanto do *regime de direito privado*.

Quando se fala em regime jurídico da Administração Pública, portanto, a conotação que se confere é ampla, no sentido de abranger tanto o regime de direito privado quanto o regime de direito público ou jurídico-administrativo, sendo que, no primeiro caso, a relação jurídica que se forma entre a Administração e o administrado é caracterizada pela *horizontalidade* enquanto que, no último caso, a relação jurídica é tipificada pela *verticalidade*, atuando a Administração em posição de privilégio em relação ao particular justamente por força da necessidade de consecução do interesse público (prestação de serviços públicos à coletividade).

A Administração Pública goza de *prerrogativas* que se encontram vinculadas, em regra, à adoção do regime jurídico-administrativo, cujas peculiaridades são objeto de estudo do Direito Administrativo. Esta, aliás, a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições.

É o que decorre do ensinamento de Rivero (1973:35), quando afirma que as particularidades do Direito Administrativo parecem decorrer de duas ideias opostas: “as normas do Direito Administrativo caracterizam-se, em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares”

[...]

Isto significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens

e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios, como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos.<sup>55</sup>

A atuação da Administração Pública, portanto, é pautada por restrições e prerrogativas que caracterizam o regime jurídico público ou administrativo.

Estas restrições e prerrogativas, por sua vez, são traduzidas mediante princípios que informam o Direito Administrativo e, como tal, acabam por identificar toda e qualquer atuação da Administração Pública, dentre os quais destacamos o princípio da legalidade, o da supremacia do interesse público e o da continuidade do serviço público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta, aliás, que “a Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público”.<sup>56</sup>

A síntese deste intitulado regime de Direito Público demonstra quão diferem as relações por ele tuteladas das disciplinadas pelo Direito Privado.

Esta dicotomia de tratamento é a que melhor demonstra os alicerces da construção lógica em que se assentam as *prerrogativas processuais da Fazenda Pública em Juízo*, decorrentes de seu regime jurídico-administrativo, como expôs Regina Helena Costa:

De acordo com essa classificação distinguem-se as relações jurídicas entre particulares, regidas por um grupo determinado de normas, das relações jurídicas que têm, sempre, num de seus polos, o Estado. Quando o Estado figura em um dos polos da relação tem-se uma jurídica de Direito Público e, portanto, o conjunto normativo que vai incidir sobre essa relação é muito diferente, orientado por princípios próprios, diversos daqueles que se aplicam no Direito Privado.

---

55 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 64-65.

56 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 160.

Esse regime jurídico de Direito Público lastreia-se basicamente em dois grandes princípios: o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

[...]

Tal regime jurídico estabelece um desequilíbrio na relação de Direito Público, entre o Poder Público e o particular. Diversamente das relações de direito privado, em que se observa um equilíbrio entre as partes justamente porque ambas são particulares e iguais, as partes, nas relações de Direito Público, não são iguais.

O problema do desnivelamento das partes começa já no nascimento da relação jurídica. Não há um equilíbrio dentro dessa relação porque, de um lado, tem-se um particular que tutela interesse seu (interesse individual) e, de outro, há o Estado que tutela interesse de todos (interesse coletivo). Não é outra a razão para o desequilíbrio dentro das relações de Direito Público, vale dizer, naquelas relações de natureza Constitucional, Administrativa, Tributária, enfim, todas que exsurtem em qualquer dos ramos do Direito Público.

Diante dessa desigualdade, o regime jurídico de Direito Público busca conferir à Administração certas prerrogativas, mas lhe impõe também, em contrapartida, sujeições.<sup>57</sup>

O entendimento de Regina Helena Costa deixa clara uma transcendência do direito material para o direito adjetivo, na medida em que as prerrogativas processuais inseridas no ordenamento jurídico fundamentam-se, sem dúvida, no desequilíbrio da relação jurídica decorrente do regime jurídico de Direito Público, posto que a atuação da Administração Pública é pautada no bem comum, na consecução do interesse público.<sup>58</sup>

---

57 COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da Justiça. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 79-80.

58 Em síntese, são consideradas prerrogativas gerais da Fazenda Pública em juízo, previstas no atual ordenamento jurídico em vigor: a) prazos dilatados (artigos 188 e 730 do CPC, este com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, sendo de 30 dias); b) duplo grau de jurisdição obrigatório (artigo 475, incisos II e II, do CPC); c) juízo privativo; d) processo especial de execução (mediante precatórios ou obrigações definidas como de pequeno valor); e) despesas judiciais (artigo 27 do CPC); f) restrições à concessão de liminar e à tutela antecipada (Lei nº 8.437/1992 e Lei nº 9.494/1997); g) restrição à execução provisória

O regime jurídico administrativo impõe à Administração Pública prerrogativas e sujeições, características estas que identificam a sua atuação, e, neste contexto, as *prerrogativas processuais* a ela conferidas pelo ordenamento jurídico constituem-se em regras a serem aplicadas à *Fazenda Pública*, em face do regime jurídico de Direito Público a que está sujeita.

E, sob este enfoque, a tutela do interesse coletivo pela Fazenda Pública leva-nos a afirmar que esta situação de desequilíbrio processual em relação ao particular não teria o condão de violar o princípio da isonomia, eis que devidamente justificada pela supremacia do interesse coletivo.

Decerto as razões existentes para justificar as prerrogativas são fortes o suficiente para conferir que a desigualdade legal inserta do ordenamento jurídico teve por fundamento igualar, em tempo real, as partes no processo. E, evidentemente, não se precisa vivenciar o problema internamente para entender que a *defesa da Fazenda Pública*, em razão da complexa organização da máquina administrativa, sufocada, ainda, pelas sujeições legais e regulamentares, impõe tempo superior ao conferido ao particular.

*As prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, portanto, não são apenas pertinentes, mas necessárias para se atingir o bem comum.*

Portanto, a Fazenda Pública goza de prerrogativas processuais<sup>59</sup>, embasadas no regime jurídico público ou administrativo.<sup>60</sup>

---

(artigo 2º-B da Lei nº 9.494/1997, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001); h) intimação pessoal nas execuções fiscais (artigo 25 da Lei nº 6.830/1980); i) dispensa de fazer depósito de 5% sobre o valor da causa nas ações rescisórias (CPC, artigo 488, inciso II); j) prescrição quinquenal em relação às dívidas passivas (artigo 1º do Decreto nº 20.910/1932).

59 “Exatamente por atuar no processo em virtude da existência de interesse público, consulta ao próprio interesse público viabilizar o exercício dessa sua atividade no processo da melhor e mais ampla maneira possível [...]. Para que a Fazenda Pública possa, contudo, atuar da melhor e mais ampla maneira possível, é preciso que se lhe confrim condições necessárias e suficientes a tanto. Dentre as condições oferecidas, avultam as *prerrogativas processuais*, identificadas, por alguns, como *privilégios*. Não se trata, a bem da verdade, de privilégios. Estes - os privilégios - consistem em vantagens sem fundamento, criando-se uma discriminação, com situações de desvantagens. As ‘vantagens’ processuais conferidas à Fazenda Pública revestem o matiz de *prerrogativas*, eis que contêm fundamento razoável, atendendo, efetivamente, ao princípio da igualdade, no sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual”. (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2007. p. 34).

60 “Os institutos processuais favoráveis à Fazenda Pública, denominados ‘prerrogativas’, decorrem da necessidade de estabelecer equilíbrio na relação processual em que o Poder Público figura como parte, com o objetivo precípuo de resguardar o interesse público, na

E destas prerrogativas decorrem duas presunções que militam exclusivamente em favor da Administração Pública, e, logicamente, em prol da Fazenda Pública<sup>61</sup>: a *presunção de legitimidade* e a *presunção de veracidade*.

Oportuno dizer que qualquer atuação da Administração Pública se vale da prerrogativa da *presunção de legitimidade*, devendo, a parte que ataca as consequências de tal atuação, comprovar em sentido contrário.

E ressalte-se que, tratando-se de atuação administrativa, temos, como *consequência* da presunção de legitimidade, ser o ônus da prova atribuído àquele que pretende questionar tal atuação ou mesmo omissão; assim, a prova do defeito fica sempre a cargo do impugnante.

Já quanto à *presunção de veracidade*, ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração”.<sup>62</sup>

E da presunção de veracidade decorrem alguns *efeitos*, ainda conforme a mesma autora:

1. enquanto não decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo ser cumprido;

---

medida da superioridade que representa em relação ao interesse individual. [...] Portanto, legítima a previsão no ordenamento processual das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, as quais, tendo em conta as especificidades do direito material ‘público’, dão ensejo a uma tutela jurisdicional diferenciada, com previsão, no *iter* processual, de prazos diferenciados, duplo grau de jurisdição obrigatório e de modelo de execução adequado à realidade constitucional de pagamento de precatórios. Mencione-se ainda o distinto critério de fixação de honorários advocatícios quando a Fazenda Pública é vencida, a desnecessidade de adiantamento de custas processuais, a prescrição quinquenal, as vedações à concessão de liminares, etc.”. (CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; ISHIKAWA, Liliane Ito. As Prerrogativas da Fazenda Pública no Projeto do Código de Processo Civil (PLS nº 166/10). In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coord.). *O Futuro do Processo Civil no Brasil. Uma Análise Crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 473-475).

61 Hely Lopes Meirelles assevera que “a *Administração Pública*, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de *Fazenda Pública*, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda”. (*Direito Administrativo Brasileiro*. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 763).

62 DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit., p. 191.

2. [...];

3. a presunção de veracidade inverte o ônus da prova;<sup>63</sup>

Valendo-se do brilhantismo que lhe era peculiar, o saudoso Professor Hely Lopes Meirelles assim discorreu sobre o tema:

Os atos administrativos, qualquer que seja a sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do *princípio da legalidade da Administração* (art. 37 da CF), que, nos Estados de Direito, informa toda atuação governamental. [...] Além disso, a *presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos* responde a exigências de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução. Já a *presunção de veracidade*, inerente à de *legitimidade*, refere-se aos *atos* alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário.

[...]

Outra consequência da presunção de legitimidade e veracidade é a transferência do ônus da prova de invalidade para quem a invoca. Cui-de-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico ou de motivo, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.<sup>64</sup>

As presunções de legitimidade e de veracidade geram a qualidade de se *presumirem válidos os atos administrativos até prova em contrário*, é dizer, enquanto não seja declarada a sua nulidade pela autoridade competente, vigora uma presunção *juris tantum* de que o ato foi editado conforme o direito, ou seja, com observância das normas que regem a sua produção.

Em juízo, por conseguinte, *cabará a parte adversa em relação à Fazenda Pública o ônus da prova impugnativa do ato administrativo*.

63 Idem, ibidem, p. 192.

64 MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 162.

Embora seja comum vermos o ente público em juízo na condição de réu, a Fazenda Pública pode figurar em qualquer dos polos da relação processual, seja no polo ativo, na condição de autora ou assistente, seja no polo passivo como ré, oponente, reconvincente ou excipiente, ou ainda como terceira interessada.

Com demandante (*atuação no polo ativo do processo*), mesmo tendo em seu favor as referidas presunções de legitimidade e de veracidade, a Fazenda Pública deve, a fim de lograr obter maior possibilidade de êxito na demanda, seguir a regra geral básica sobre o ônus da prova disposta no inciso I do artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973<sup>65</sup>, realizando a prova do fato constitutivo de seu direito.

Figurando a *Fazenda Pública no polo passivo da relação processual*, importante mencionar que não se sujeita aos efeitos da revelia.

No processo civil é revel quem não contestar a ação no prazo legal, prevendo o artigo 319 do Código de Processo Civil de 1973 que “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”.<sup>66</sup>

Os efeitos da revelia, conforme se pode observar do disposto no artigo acima, são: I - reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor; II - prosseguimento do processo independentemente da intimação do demandado em relação aos atos processuais posteriores, conforme preceitua o artigo 322 do Código de Processo Civil de 1973.<sup>67</sup>

No artigo subsequente o Código de Processo Civil de 1973 fixa as exceções aos efeitos do instituto da revelia, *in verbis*:

Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente:

I - se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

65 Artigo 373, “caput”, do Código de Processo Civil de 2015.

66 Código de Processo Civil de 2015, artigo 344: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”.

67 No Código de Processo Civil de 2015 o assunto é tratado no artigo 346: “Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial”.

III - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público, que a lei considere indispensável à prova do ato.<sup>68</sup>

E, conforme o artigo 324 do CPC/1973: “Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência”.<sup>69</sup>

Doutrina e jurisprudência firmaram entendimento de que *os efeitos da revelia não atingem a Fazenda Pública*, para tanto invocando os fundamentos do inciso II do artigo 320 do Código de Processo Civil de 1973, que protege os direitos indisponíveis.<sup>70</sup>

Com efeito, o ente público é *titular de direito indisponível*, já que pertence a toda a sociedade brasileira, e, assim, figurando no polo passivo da relação processual a Fazenda Pública, mesmo que não conteste o pedido ou os pedidos do autor, não sofrerá os efeitos da revelia.

Destarte, em virtude das prerrogativas atribuídas à Fazenda Pública em juízo, quando esta for ré *não se admite a incidência de qualquer um dos efeitos da revelia e nem o ônus da impugnação específica dos fatos alegados pelo autor* (artigo 302 do Código de Processo Civil de 1973 e artigo 341 do Código de Processo Civil de 2015)<sup>71</sup>, pois nas lides judiciais envolvendo a Administração Pública o que está sendo tratado decerto diz respeito a direitos públicos indisponíveis, sem olvidar que os entes públi-

---

68 CPC/2015, artigo 345: “A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se: I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”.

69 Oportuno colacionar os artigos 348 e 349 do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 348. Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando a inocorrência do efeito da revelia previsto no art. 344, ordenará que o autor especifique as provas que pretenda produzir, se ainda não as tiver indicado. Art. 349. Ao réu revel será lícita a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo e praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção”.

70 Artigo 345, inciso II, do CPC/2015.

71 Como consequências do artigo 302 do CPC/1973 e do artigo 341 do CPC/2015, podemos arrolar as seguintes: a) não se admite a negação geral, com exceção ao parágrafo único; b) a não observância ao *caput* do artigo gera presunção de veracidade dos fatos não impugnados; c) libera o autor do ônus de demonstrar a veracidade, pois o fato não impugnado deixa de ser controverso, dispensando a produção de provas; d) nos casos onde não se configura o ônus da impugnação, o silêncio do réu não traduz na presunção de verdade (como se dá quando é ré a Fazenda Pública).

cos valem-se das prerrogativas e do regime jurídico-administrativo das presunções de legitimidade e de veracidade, acima mencionadas.

E de acordo com o disposto no artigo 334, inciso IV, do CPC/1973, ou no artigo 374, inciso IV, do CPC/2015, não dependem de prova os fatos em cujo favor milita a presunção legal de existência ou de veracidade.

A *presunção* produz, portanto, uma modificação do tema de prova, e ocorrendo a presunção, não importa o posicionamento das partes no processo, porquanto o ônus da prova será sempre atribuído àquele a favor de quem a presunção não milita, ou seja, a presunção, qualquer que seja ela, dispensa o ônus da prova àquele que a tem a seu favor, tal qual ocorre em relação à Fazenda Pública.

Finalizando este trabalho, interessante tratarmos, doravante, a respeito da possibilidade ou não de operar-se, em desfavor da Fazenda Pública, da inversão ou da modificação do ônus da prova, prevista tanto no Código de Defesa do Consumidor (CDC) quanto na “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova”.<sup>72</sup>

A Procuradora do Estado de São Paulo Mirna Cianci, em significativo artigo a respeito da responsabilidade do Estado e o ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, analisando o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, entende que a inversão prevista deve ser examinada de forma adequada, considerando o sistema de garantias processuais da Fazenda Pública, decorrentes da supremacia do interesse público em confronto com o individual (as prerrogativas acima delineadas).<sup>73</sup>

E a Fazenda Pública reúne uma série de atribuições e interesses que não são de seu proveito próprio, mas, sim, da coletividade que a criou, não admitindo, o artigo 320, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973, ou o artigo 345, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, a decretação dos efeitos da revelia nas demandas que versam sobre bens

---

72 Teoria aceita atualmente mesmo sem previsão legal expressa, o que se dará em 2016, ao entrar em vigor o artigo 373, §§ 1º e 2º, do CPC/2015.

73 Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

indisponíveis, como é o caso da Fazenda Pública, encerrando, portanto, regra de presunção *juris tantum* a favor da mesma, entre outras hipóteses.

As disposições do Código de Defesa do Consumidor que revelam idêntica hipótese de inversão legal do ônus da prova merecem trato de convivência com as de regra geral, especialmente quando a norma especial não as tenha revogado expressamente.

Ou seja, a inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor deve respeitar outras regras especiais que tratam do ônus probatório, porquanto se revestem de caráter excepcional, devendo ser interpretada restritivamente.

Vale transcrever a fundamentação a respeito, de Mirna Cianci:

As disposições do Código de Defesa do Consumidor que revelam idêntica hipótese de inversão legal do ônus da prova merecem trato de convivência com as de regra geral, especialmente quando a norma especial não as tenha revogado expressamente.

A jurisprudência tem enfatizado essa posição, a exemplo do que se destaca:

Indenização. Danos causados pelo exercício de profissão liberal. Má prestação de serviços médicos. Prova de culpa necessária. Incumbência que compete ao Autor, porquanto a responsabilização objetiva de nenhuma forma pode afastar-se das normas gerais processuais atinentes ao ônus probatório. Aplicação do parágrafo 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Do corpo desse acórdão consta ainda que nem se diga que o Código de Defesa do Consumidor consagra um direito novo, desligado do antigo; antes, o que existe é o direito antigo revelado em posições novas e mais atuantes.

Ademais disso, CARLOS ROBERTO BARBOSA MOREIRA admite que a distribuição do ônus probatório, nos litígios envolvendo consumidores, assim como nos demais de natureza civil, se submete, em princípio, às normas do artigo 333 do CPC, pois o direito processual codificado é o direito comum, que obedece todo e qualquer procedimento, salvo naquilo que o texto específico diversamente porventura disciplina ou que com o seu sistema seja incompatível.

Além disso, essa modificação no campo probatório não decorre das circunstâncias do caso ou de determinação judicial, mas de imperativo legal, sujeito a interpretação restritiva.

LUIS EDUARDO BOAVENTURA PACIFICO menciona a respeito que as normas de inversão do ônus probatório, referindo-se expressamente à Lei 8078/90, revestem-se desenganadamente de caráter excepcional e, como tal, só podem ser interpretadas restritivamente: *Exceptiones sunt strictissimae interpretationis*.

Revela-se então inadmissível a aplicação das regras de inversão do ônus probatório contra a Fazenda Pública, porque incompatível com as normas de distribuição contempladas em nosso *Codex*, plenamente vigente.

[...]

Também não se pode modificar o regime de apuração quando se discuta a responsabilidade do Estado com base em relação protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, seja na hipótese de culpa, seja na de risco, porque, como antes demonstrado, a regra de inversão do ônus da prova a favor do consumidor não implica a revogação do sistema probatório do Código de Processo Civil, muito menos das regras atinentes ao Estado em juízo, garantidoras do interesse público.<sup>74</sup>

Assim, o Código de Defesa do Consumidor não revogou, segundo o entendimento da referida jurista, o regime probatório do Código de Processo Civil, razão pela qual não se aplica, contra a Fazenda Pública, a regra da inversão do ônus da prova, tratando-se de questão envolvendo relações de consumo, ou mesmo, por extensão, referente a lides ambientais.

De igual modo, pelos argumentos acima, igualmente não se aplicaria, em desfavor da Fazenda Pública, a “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova”.

Com efeito, a “Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova” não seria aplicável, porque se revela inadmissível a aplicação de qualquer regra de inversão ou de modificação do ônus probatório contra a Fazenda Pública, em razão da necessidade de se observar o *regime jurídico administrativo* da Administração Pública, cujas prerrogativas e sujeições identificam a sua atuação, dentre as quais destacando-se as *prer-*

---

74 CIANCI, Mirna. *A Responsabilidade do Estado e o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor sob o Enfoque da Teoria do Risco Administrativo*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24298-24300-1-PB.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

*rogativas processuais* conferidas pelo ordenamento jurídico à *Fazenda Pública*, em face do regime jurídico de Direito Público a que está sujeita.

Destarte, qualquer regra de inversão ou de modificação do ônus da prova não deve implicar a revogação do sistema que tutela os interesses processuais da Fazenda Pública em juízo, muito menos das regras garantidoras do interesse público material discutido na lide e defendido pelo ente público litigante.

E tal como ocorre atualmente, revelar-se-á, portanto, inadmissível a inversão ou a modificação do ônus probatório contra a Fazenda Pública ré, prevista no artigo 373, §§ 1º e 2º, do Código de processo Civil de 2015.

### Referências bibliográficas

ABELHA, Marcelo. Breves Considerações sobre as Prova nas Demandas Coletivas Ambientais. In: MORATO LEITE, José Rubens; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Coord.). *Aspectos Processuais do Direito Ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. v. 2. 7. ed. São Paulo: RT, 2001.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IV. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. In: *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: RT, n. 9, jan./mar. 1998.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. In: *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 31. São Paulo: Dialética, 2005.

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil. Admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; ISHIKAWA, Liliane Ito. As Prerrogativas da Fazenda Pública no Projeto do Código de Processo Civil

(PLS nº 166/10). In: ROSSI, Fernando; RAMOS, Glauco Gumerato; GUEDES, Jefferson Carús; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro (Coord.). *O Futuro do Processo Civil no Brasil. Uma Análise Crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CIANCI, Mirna. *A Responsabilidade do Estado e o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor sob o Enfoque da Teoria do Risco Administrativo*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24298-24300-1-PB.htm>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

COSTA, Regina Helena. *As prerrogativas e o interesse da Justiça*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. In: *Revista dos Tribunais*. n. 788. São Paulo: RT, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 5 ed. Salvador: JusPodium, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría General de La Prueba Judicial*. v. 2. t. I. 6. ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988.

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

GIANNICO, Maricé. *A prova no Código Civil. Natureza jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. v. 2. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

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. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Tereza Arruda (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

LOPES, João Batista. *A prova no Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRRA, Ivaro Luiz Valery. *Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

PEYRANO, Jorge Walter Esteban; WHITE, Inês Lépori (Org.). *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.

