

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A PROVA POR AMOSTRAGEM NO PROCESSO COLETIVO
BRASILEIRO**

Vinícius Pires Chaves

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A PROVA POR AMOSTRAGEM NO PROCESSO COLETIVO
BRASILEIRO**

Vinícius Pires Chaves

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do título de Especialista em Interesses Difusos e Coletivos, sob orientação do Professor Silas Silva Santos.

Presidente Prudente/SP

2017

A PROVA POR AMOSTRAGEM NO PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Interesses Difusos e Coletivos.

SILAS SILVA SANTOS

Orientador

DANIEL GUSTAVO DE OLIVEIRA COLNAGO RODRIGUES

Examinador

GILBERTO NOTÁRIO LIGERO

Examinador

Presidente Prudente/SP, 27 de abril de 2017

Todas as verdades são fáceis de perceber depois de terem sido descobertas; o problema é descobri-las.

Galileu Galilei

Dedico este trabalho aos meus pais,
Paulo e Angela.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, alfa e ômega, princípio e fim de todas as coisas, meu suporte de fé e esperança.

Aos meus pais, Paulo e Angela, base da minha formação e vida, inspiração para meus passos futuros e modelos através de suas ações passadas. É com suas orientações e lições de vida que sou a pessoa que sou.

Aos meus irmãos, Amanda e Felipe, pela amizade e amor que dividimos sempre, me auxiliando nas dúvidas compartilhadas, e principalmente, na batalha conjunta na vida.

À minha namorada, Muriel, companheira de todas as horas, meu porto seguro, por compreender esse período de estudo e escrita. Seu amor e seu apoio foram imprescindíveis para que eu não desanimasse nessa jornada, que é apenas mais uma de muitas que serão enfrentadas, juntos.

Aos meus avós, João e Yolanda, Nelson (*in memoriam*) e Maria de Lourdes (*in memoriam*), pelas orientações e experiências passadas, que iluminem meus passos, agora e sempre.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Silas Silva Santos, por ter me aceitado como seu orientando, por me auxiliar a ultrapassar as dificuldades que surgiram no processo, me auxiliando e possibilitando a forma e conteúdo desse trabalho.

RESUMO

Este trabalho científico apresenta a prova por amostragem no processo coletivo brasileiro, sua admissibilidade e possibilidades dentro do ordenamento pátrio. Objetiva abordar este método de produção de provas como viável e possível para efetivação dos interesses difusos e coletivos. Demonstra, inicialmente, a prova em si, seus conceitos, características, bem como sua valoração pelo magistrado, respeitando o sistema da persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil de 2015. Evidencia o ônus da prova, sua distribuição legal e regra geral, além de elencar as possibilidades de inversão deste ônus probatório. Registra as hipóteses de flexibilização do ônus da prova no processo coletivo previstas no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Processo Civil de 2015, assim como evidencia tais flexibilizações na ação de improbidade administrativa, no mandado de segurança coletivo e na ação popular. Apresenta o conceito e admissibilidade da prova por amostragem, trazendo-o também como um método de produção de provas, elencando sua admissibilidade no processo coletivo e elencando exemplos de sua aplicação. Relaciona a prova por amostragem com a prova indiciária, enfoca a importância da seleção da amostra e a valoração da amostragem e analisa tal produção probatória nas provas não repetíveis. Compartilha a aplicação da prova por amostragem na jurisprudência, apresentando esta prova como possibilidade para solução de produção probatória impossível ou difícil, bem aplicação e efetivação do princípio da eficiência, assegurando assim os interesses difusos e coletivos constitucionalmente previstos.

Palavras-chave: Prova. Processo Coletivo. Ônus da Prova. Prova por Amostragem.

ABSTRACT

This scientific work presents the evidence by sampling in the Brazilian collective process, its admissibility and possibilities within the home legal order. Aims to address this method of producing evidence as feasible as possible to realize diffuse and collective interests. Demonstrates, initially, the proof itself, its concepts, characteristics, as well as its assessment by the magistrate, respecting the rational persuasion system adopted by the 2015 Code of Civil Procedure. Evidences the burden of proof, its legal distribution and general rule, and indicate the possibilities of reversing this burden of proof. It registers the hypotheses of easing the burden of proof in the collective proceeding provided in the Consumer Defense Code and the 2015 Code of Civil Procedure, as well evidences such easing in the action of administrative impropriety, in the collective security writ and in the citizen action. Presents the concept and admissibility of the evidence by sampling, bringing it also as a method of producing evidence, listing its admissibility in the collective process and relating examples of its application. Relates the sample evidence with the circumstantial evidence, focuses on the importance of sample selection and the assessment of sampling and analyzes such evidence in the non-repeatable tests. Shares the application of the evidence by sampling in the jurisprudence, presenting this evidence as a possible solution to impossible or difficult evidential production, as well as the application and effectiveness of the principle of efficiency, thus ensuring the diffuse and collective interests constitutionally foreseen.

Keywords: Proof. Collective Process. Burden of Proof. Evidence by Sampling.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DA PROVA	14
2.1 Conceito e Características	14
2.2 Provas Típicas e Atípicas.....	18
2.3 Regras de Experiência, Indícios e Presunções	22
2.3.1 Regras de experiência	23
2.3.2 Indícios	25
2.3.3 Presunções	28
2.4 Valoração Judicial da Prova	31
2.4.1 Ordálias	32
2.4.2 Sistema das provas legais	34
2.4.3 Sistema da livre convicção	37
2.4.4 Sistema da persuasão racional	38
2.4.5 Alterações efetuadas pelo Código de Processo Civil de 2015	41
3 ÔNUS DA PROVA	48
3.1 Conceito	48
3.2 Distribuição Legal e a Inversão do Ônus da Prova	51
3.3 Hipóteses de Flexibilização do Ônus da Prova no Processo Coletivo	59
3.3.1 Flexibilização no Código de Defesa do Consumidor	60
3.3.2 Flexibilização por meio do princípio da precaução	70
3.3.3 Flexibilização no Código de Processo Civil de 2015	73
3.4 Flexibilização do Ônus da Prova na Ação de Improbidade Administrativa	80
3.5 Flexibilização do Ônus da Prova no Mandado de Segurança Coletivo	84
3.6 Flexibilização do Ônus da Prova na Ação Popular	86
4 PROVA POR AMOSTRAGEM NO PROCESSO COLETIVO	88
4.1 Conceito e Admissibilidade	88
4.1.1 Método de produção de provas	95
4.2 Relação da Prova por Amostragem com a Prova Indiciária	96
4.3 Seleção da Amostra e Valoração da Amostragem	98
4.4 A Amostragem em Provas Não Repetíveis	102
4.5 Aplicação na Jurisprudência	109
5 CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117

1 INTRODUÇÃO

As ações coletivas vêm se tornando o método eficaz para proteção dos interesses difusos e coletivos. O processo coletivo, mesmo possuindo características diferentes do processo individual, se utiliza subsidiariamente do Código de Processo Civil, participando este, dessa forma, do chamado microsistema de processos coletivos, sendo o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública as principais bases de tal microsistema.

Assim como em qualquer processo individual, o princípio constitucional do contraditório estará presente no processo coletivo. Dentro do processo, o contraditório será concretizado pela possibilidade de manifestações de todas as partes, indicando, assim, ao magistrado o caminho a ser perseguido na aplicação de toda e qualquer norma. Tal situação deverá estar de acordo com os princípios e regras já previamente estabelecidas pelo ordenamento. Durante a produção probatória, cada parte contará e deverá demonstrar a reconstrução dos fatos apresentados e discutidos em juízo, sendo que somente aquela que restar melhor provada e comprovada é que capacitará o magistrado a proceder ao julgamento.

A prova se destina a comprovar processualmente a ocorrência dos fatos narrados pelas partes, demonstrando um juízo de certeza ao magistrado, possibilitando, assim, o julgamento do processo. Sendo que, além dos diversos meios de prova previstos expressamente no Código de Processo Civil, poderá ser utilizado qualquer outro meio de prova, desde que legal, bem como os que são moralmente legítimos.

Entre essas situações não previstas expressamente pelo Código, a prova por amostragem se apresenta como uma possibilidade de melhor condução da produção probatória processual. Em alguns momentos, a produção da prova poderá ser praticamente impossível visto o número considerável e anormal de objetos a se provar. Nessa situação, por exemplo, poderá ser utilizada a prova por amostragem com vistas a facilitar a produção probatória, já que somente uma parte estatisticamente selecionada se tornará objeto da prova, estando a sua totalidade provada por meio da amostragem.

Com isso, o presente trabalho pretendeu estudar tal produção de prova, possibilitando que eventuais nuances e características da prova por amostragem

sejam esmiuçadas. Quanto melhor e mais estudada essa pequena parte do contexto probatório, mais eficaz e eficiente se torna o processo. Na situação das ações coletivas, tal eficácia e eficiência se tornam ainda mais importantes, visto o número de atingidos por sua condução e futura decisão.

A metodologia pode ser compreendida como uma aglutinação de vários métodos, que agrupados sistematicamente permitem o desenvolvimento, bem como a finalização de um estudo. Sendo assim, para uma clareza do presente trabalho, e melhor demonstração da prova por amostragem, dois diferentes métodos foram empregados neste estudo.

Primeiramente foi utilizado o método hipotético-dedutivo, apresentando os conceitos iniciais, tais como da própria prova, do ônus da prova, e por fim, a prova por amostragem em si. Posteriormente, percebendo-se lacunas no ordenamento jurídico, principalmente, no tocante aos conceitos apresentados e as aplicações dentro do processo, e suas previsões legais, hipóteses são apresentadas, sendo testadas por meio de teorias, entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, bem como outras legislações utilizadas por analogia, verificando-se assim a sua determinação de acordo com estas.

Também foi utilizado o método histórico, principalmente para analisar a evolução do sistema de valoração de prova no tempo, desde a utilização das ordálias, que não era um sistema propriamente dito, até o sistema da persuasão racional, atualmente adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, apresentando as modificações no entendimento quanto à participação do magistrado e importância da motivação na valoração probatória.

As pesquisas doutrinária, bibliográfica e jurisprudencial foram aplicadas na finalidade e intenção de possibilitar apresentar desde a prova no geral até a prova por amostragem, de maneira suficiente para aprimoramento dos conhecimentos, destrinchando os objetivos e hipóteses deste estudo.

O segundo capítulo analisou a prova em si, explicitando a conceituação debatida pela doutrina, em seu sentido geral, bem como o sentido jurídico, além de apresentar características inerentes à prova. Posteriormente, apresentou e diferenciou as provas típicas e atípicas, inclusive destacando a permissibilidade da prova por amostragem dentro do processo. Além disso, diferenciou e conceituou as regras da experiência, os indícios e as presunções, bem como apontou os

destinatários da prova. Finalizou com a discussão da valoração judicial da prova, analisando historicamente tal valoração, passando pelas ordálias, pelo sistema das provas legais, pelo sistema da livre convicção e o sistema da persuasão racional. Esse sistema, também chamado de livre convencimento motivado, é aplicado atualmente em nosso ordenamento jurídico, sendo analisado conforme as alterações advindas do novo Código de Processo Civil.

O terceiro capítulo ponderou o ônus da prova, identificando sua conceituação dentro do processo, apresentando, principalmente seus dois aspectos: objetivo e subjetivo. Verificou também a distribuição legal do ônus probatório presente no Código de Processo Civil vigente, bem como a possibilidade de modificação deste ônus mediante três situações, a inversão convencional, a inversão legal e a inversão judicial. No tocante à última situação, discutiu-se também se esta se trata de uma regra de procedimento ou de julgamento.

Após tais análises, retratou as hipóteses da flexibilização do ônus da prova dentro do processo coletivo, por meio do Código de Defesa do Consumidor, pelo princípio da precaução no Direito Ambiental e pelo Código de Processo Civil de 2015, sendo esta última hipótese influenciada pela teoria do ônus dinâmico da prova. Concluiu com o exame da possibilidade ou impossibilidade de tais flexibilizações na ação de improbidade administrativa, no mandado de segurança coletivo e na ação popular.

O capítulo quatro finaliza o estudo analisando a prova por amostragem, apresentando seu conceito, suas características e sua admissibilidade no processo, principalmente, no processo coletivo. Utilizando esses conhecimentos, exemplos da aplicação da prova por amostragem foram apresentados, com enfoque em interesses difusos e coletivos. Acrescentou que a prova por amostragem é apresentada como prova atípica pela maioria da doutrina, entretanto, há íntima ligação desta prova com diversos meios típicos de prova, podendo a amostragem ser considerada como um método de produção de outros meios de prova. Demonstrou a relação da prova indiciária com a prova por amostragem, suas semelhanças e suas diferenças para melhor compreensão dos termos.

Além disso, discutiu a seleção correta da amostra, bem como a valoração desta amostragem dentro do processo pelo magistrado. Examinou a utilização da prova por amostragem nas provas não repetíveis e as modificações

trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 nesse aspecto. Finalizou com a apresentação e estudo de diversas jurisprudências, no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, demonstrando a aplicabilidade da prova por amostragem, tanto nos processos individuais, quanto em processos coletivos, nestes principalmente em ações civis públicas.

O estudo da prova por amostragem no processo coletivo brasileiro possibilitou apresentar suas diversas nuances e sua aplicabilidade para tutelar interesses difusos e coletivos, para solucionar problemas processuais quando a produção probatória é impossível ou muito difícil, ou a análise de todo o conjunto for desnecessária, aplicando-se o princípio da eficiência e assegurando tais direitos transindividuais constitucionalmente previstos.

2 DA PROVA

Com a finalidade de analisar a aplicação da prova por amostragem no processo coletivo brasileiro, o objeto principal do estudo, é preciso compreender a prova em geral antes da especificidade da amostragem. Entender como funciona a prova no processo, passando por seu conceito, posteriormente diferenciando as provas típicas e atípicas, demonstrando as regras da experiência, os indícios e presunções e aplicação no processo, finalizando com a apresentação dos sistemas de valoração dessa prova produzida.

É preciso lembrar, no entanto, que o contraditório deve sempre guiar os procedimentos e atos praticados, inclusive a prova, dentro de qualquer processo, incluindo-se o coletivo. De forma prática, Terence Trennepohl (2009, p. 415) demonstra o seguinte acerca do contraditório:

Constitui-se o contraditório do processo na alternada oportunidade de manifestações das partes que possuem interesses contrapostos, no sentido de indicar ao juiz o caminho que deve ser seguido rumo à aplicação da norma; e esse embate, por possuir regras fixas, pré-estabelecidas, toma contornos de evolução, de modernidade, fugindo dos primitivos duelos que caracterizaram uma idade turva, conturbada, da solução de conflitos, antes da intervenção do Estado-juiz na composição dos litígios privados.

Sendo assim, o contraditório dentro do próprio processo será concretizado pela possibilidade de manifestações de todas as partes, indicando, assim, ao magistrado o caminho a ser perseguido na aplicação de toda e qualquer norma. Tal situação deverá estar de acordo com os princípios e regras já previamente estabelecidas pelo ordenamento, diferenciando-se assim dos duelos que anteriormente eram utilizados para solução de conflitos.

2.1 Conceito e Características

Sempre há dificuldade na conceituação. Tal situação não é diferente no Direito. Além disso, segundo Darci Guimarães Ribeiro (1998, p. 64), “os fatos não são imutáveis; ao contrário, são, isso sim, mutabilíssimos, pois a vida diária nos é prodigiosa de exemplos que a cada dia preocupam mais e mais os magistrados”. Visto que os fatos são mutáveis, a conceituação se torna difícil e nem sempre condizente

com a realidade fática. Entretanto, analisar os conceitos apresentados pela doutrina resta necessário para compreensão da prova.

Partindo de uma análise histórica, segundo João Batista Lopes (2002 p. 26), “o vocábulo *prova* provém do Latim (*probatio*), com o significado de verificação, exame, inspeção”. Verifica-se que o vocábulo em si possui origem no latim, mencionando que a prova, nesse sentido, pode significar inspeção, exame e verificação. Tal origem reflete na situação atual do vocábulo dentro do processo, conforme conceitos que serão apresentados nesse estudo.

Ao analisar o vocábulo prova dentro do processo, escreve Hugo Nigro Mazzilli (2011, p. 626) que “para fins processuais, prova são os atos ou os meios dos quais se valem as partes para confirmar os fatos por elas alegados em juízo”. A prova no processo serão os meios ou atos que quaisquer das partes se utilizarão para que possam comprovar o que fora alegado perante o juízo.

No mesmo sentido, ensina João Batista Lopes (2002, p. 26) que quanto a prova, juridicamente falando, restará como sendo a demonstração perante o juízo dos fatos que foram alegados, demonstrando assim a veracidade do apresentado. Nesse aspecto, a prova será denominada judiciária.

Moacyr Amaral Santos (2011, p. 373), no entanto, ao explicar a prova judiciária, demonstra que esta possui dois principais sentidos, que se complementam, conforme abaixo:

[...] no *sentido objetivo*, como os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo.

Mas a prova, no *sentido subjetivo*, é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto á verdade desses fatos. A prova, então, consiste na *convicção* que as provas produzidas no processo geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos. (grifo do autor).

A prova possuirá dois sentidos no processo: como sentido objetivo, a prova será todo meio que tiver a finalidade de munir o magistrado com a veracidade dos fatos apresentados pelas partes em juízo; já como meio subjetivo, a prova é a convicção que se apresenta no magistrado, o destinatário principal de toda a produção probatória, especialmente no tocante à existência ou não dos fatos apresentados. Verifica-se, então, duas situações interligadas, mas distintas: no sentido objetivo a prova como meio, e no sentido subjetivo a prova como convicção do magistrado.

Tratando de forma similar, João Batista Lopes (2002, p. 26) elenca a

prova com dois aspectos. Primeiramente, escreve o autor que a prova, em seu aspecto objetivo, é um conjunto de meios que produzem certeza jurídica ou demonstram a existência dos fatos que são relevantes ao processo. Continua João Batista Lopes (2002, p. 26) ao ditar que em seu aspecto subjetivo, a prova se trata da convicção formada no espírito do juiz julgador quanto à existência ou não dos fatos levantados, alegados pelas partes no processo.

Unificando os sentidos, Moacyr Amaral Santos (2011, p. 373) conclui que “a prova no sentido subjetivo, se forma do conhecimento e ponderação das provas no sentido objetivo, que transplantam os fatos para o processo”. Há uma intrínseca relação entre a prova no sentido subjetivo e a prova no sentido objetivo: aquela se forma baseando-se na ponderação do apresentado por esta, transplantando, dessa forma, para o processo, os fatos alegados.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 261), de outro modo, escrevem que prova “é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. A prova será todo meio utilizado, normatizado pela legislação, com a finalidade de convencer o magistrado, no processo, da validade dos fatos e requerimentos judicializados.

De forma mais abrangente, escreve Eduardo Cambi (2001, p. 41) os diversos significados que a prova pode possuir juridicamente e processualmente:

Juridicamente, o vocábulo ‘prova’ é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificadamente, à convicção do juiz).

Conforme acima exposto, a palavra prova propriamente dita pode abranger vários sentidos jurídicos: a) o fato em si representado; b) a própria atividade probatória; c) a fonte ou o meio de prova; d) o procedimento para se obter o meio de prova; e) o resultado em si do procedimento, gerando assim consequente convicção ao magistrado. Esses cinco sentidos jurídicos à prova levam a uma compreensão mais completa de sua utilização pelo ordenamento.

Conceitua a prova, finalmente, Moacyr Amaral Santos (2011, p. 373) como “a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”. A prova

judiciária, produzida no processo, se concluirá como a somatória que todos os fatos que produziram a convicção e foram verificados no procedimento probatório.

A prova tem uma posição particular no processo, conforme acrescentam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 38), ao escreverem que “cada uma das partes conta a sua versão sobre o que aconteceu. A versão mais bem provada, aquela que vier a convencer o julgar, tem tudo para ser a vencedora”. Cada parte contará e deverá demonstrar a reconstrução dos fatos apresentados e discutidos em juízo, sendo que somente aquela que restar melhor provada e comprovada é que capacitará o magistrado a proceder ao julgamento.

É nesse sentido que escreve Landolfo Andrade (2015, p. 66): há uma “nítida vinculação à ideia de que a prova se destina à reconstrução de um fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência”. A prova se destina a comprovar processualmente a sua ocorrência, demonstrando um juízo de certeza ao magistrado, possibilitando, conforme já mencionado, o julgamento do processo.

Ao analisar a cooperação dos sujeitos envolvidos no processo, e o contraditório das partes, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 48) chegam a seguinte conclusão:

Essa cooperação deve ter por objetivo alcançar a *verdade* como premissa para uma resolução justa do conflito posto, observadas, sempre, as limitações do devido processo legal (como a proibição da prova ilícita e a exigência de o juiz ater-se à prova conduzida no processo). Esta é, ao menos, uma premissa ética que deve nortear a conduta dos sujeitos processuais. A verdade funciona como uma bússola, a guiar a atividade instrutória. (grifo do autor).

Essa sinergia entre todos aqueles envolvidos no processo deverá ter como objetivo principal atingir a verdade como argumento para a justa resolução do conflito proposto pelas partes, sempre observando as limitações legalmente e constitucionalmente impostas do devido processo legal. Tal situação deve ser encarada, mesmo que de forma ética, pelos sujeitos processuais. A verdade irá funcionar como um guia, uma meta a ser atingida para toda a atividade instrutória e processual.

Ao tratar do objeto da prova, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 261-262) ditam que este é “a alegação do fato que, em determinado momento, pode assumir importância jurídico-processual e, assim, assumir relevância

a demonstração da veracidade da alegação do fato”. Sendo assim, o objeto de toda prova deverá ser a demonstração de fato que possuirá importância dentro da lide processual, sendo necessária comprovação da veracidade de tal demonstração.

Ao analisar as características da prova, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 852) explicita o seguinte:

Toda prova há de ter um *objeto*, uma *finalidade*, um *destinatário*, e deverá ser obtida mediante *meios* e *métodos* determinados. A prova judiciária tem como *objeto* os fatos deduzidos pelas partes em juízo, relevantes para o julgamento da causa. Sua *finalidade* é a formação da convicção em torno dos mesmos fatos. O *destinatário* é o juiz, pois é ele que deverá se convencer da verdade dos fatos para dar solução jurídica ao litígio. (grifo do autor).

A prova, basicamente, tem as seguintes características: o objeto da prova será os fatos demonstrados em juízo pelas partes; a finalidade da prova será a convicção formada em juízo pelas partes; o destinatário da prova é o magistrado, já que é ele que deve formar convicção da verdade apresentada pelos fatos, e dar, assim, solução ao litígio; seguindo os métodos e meios apresentados pela legislação.

Percebe-se que dentro do processo constituído em contraditório, a palavra prova admite diversas acepções e significados, dependendo do momento de sua utilização ou do que se está se referindo. Entende-se, no entanto, que a prova tem sua finalidade a demonstração de fato alegado, pelo viés da veracidade, ao magistrado, sendo que este se utilizará desta prova para compor a sua convicção.

2.2 Provas Típicas e Atípicas

Após uma breve análise da prova, seus conceitos e análises, fora e dentro do compreendido como o processo, é de importância verificar e diferenciar as provas típicas e atípicas apresentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Antes, entretanto, de adentrar na diferenciação acima mencionada, é necessário distinguir os meios das fontes de prova. Conforme explicam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 39) “distinguem-se os meios das fontes de prova: os meios são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte). São fontes de prova as coisas, as pessoas, os fenômenos”. Sendo assim, serão considerados meios de prova as técnicas utilizadas para extração desta da fonte. Já as fontes de prova são as pessoas, as

coisas, os acontecimentos que são utilizados pelos meios de prova para extração dos fatos.

Para comprovação dos fatos apresentados pelas partes, Moacyr Amaral Santos (2011, p. 375) faz a seguinte constatação: “a prova dos fatos faz-se por meios pelo direito considerados idôneos para fixá-los no processo. [...] a convicção do juiz quanto à existência dos fatos (prova no sentido subjetivo) deverá basear-se em provas juridicamente admissíveis”. A demonstração dos fatos será realizada no processo pelas provas. Estas deverão ser apresentadas e materializadas pelos meios de prova que forem considerados como idôneos pelo direito. A convicção a ser formada pelo magistrado relativa à ocorrência dos fatos, isso é, a prova em seu sentido subjetivo, deverá se basear nas provas que forem juridicamente admissíveis, isto é, as provas em sentido objetivo.

O Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 369 apresenta o texto legal que demonstra quais são os meios de provas permitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Sem alterar substancialmente o texto legal do Código anterior, o artigo 369 do Código de Processo Civil vigente continua autorizando as partes de se utilizar quaisquer meios de prova, desde que não afrontem a legislação ou a moral, mesmo que não estejam expressamente previstos no Código. Trata-se da previsão expressa do princípio da atipicidade da prova. Tal meio de prova terá como finalidade a demonstração da verdade das situações e fatos apresentados no pedido ou na defesa, devendo influir na convicção do magistrado, destinatário de tal prova.

O texto do dispositivo anterior, qual seja, o artigo 332 do Código de Processo Civil de 1973, dispunha que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. Verifica-se que há melhorias no texto do Código no sentido de melhor expressar a permissão legal e as situações que envolvem a prova. Há clara menção às partes como possuidoras do direito de utilização de quaisquer meios de prova. Há, também, alteração do texto de

ação para pedido, no sentido de melhor explicitar a correta denominação do pedido da parte e os fatos a serem provados. Foi adicionada, ainda, no final do dispositivo, a importância dos meios de prova para a convicção do juiz acerca da verdade dos fatos demonstrados.

Visto a aplicabilidade do Código de Processo Civil aos processos coletivos, conforme será explicado posteriormente, tal preceito legal será aplicado também a esses processos, devendo respeitar, no entanto, eventuais particularidades que as leis especiais relativas aos processos coletivos.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 93) demonstram que “são meios de prova típicos a prova pericial, a prova documental, a prova testemunhal, o depoimento pessoal, a inspeção judicial, a prova emprestada e a confissão”. Os meios de prova típicos estão expressamente previstos em lei, sendo assim, normatizados pela legislação.

Ao lado dos meios típicos de prova, expressamente previstos na legislação, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2015, p. 561) explicam que existem os: “meios atípicos de prova, isso é, meios que, embora não expressamente disciplinados na lei, permitem ao juiz a constatação da existência ou inexistência dos fatos”. Verifica-se a possibilidade de utilização dos chamados meios atípicos para a formação da convicção do magistrado quanto à verdade dos fatos apresentados pelas partes. Esses meios não estão expressamente previstos na legislação.

De forma similar, João Batista Lopes (2002, p. 95) escreve “que as partes poderão valer-se de quaisquer instrumentos ou expedientes moralmente legítimos, ainda que não previstos expressamente na lei”. A legislação vigente não obriga que somente sejam utilizados os meios típicos, ou seja, expressamente previstos. As partes poderão se utilizar de quaisquer meios de prova, desde que moralmente legítimos.

É importante acrescentar que a prova emprestada não estava presente no Código anterior, estando agora expressamente prevista no Código de Processo Civil de 2015 no artigo 372 ao prever que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Era comum encontrar na doutrina a presença da prova emprestada entre os meios atípicos, entretanto, tal situação não se aplica mais, devido a sua previsão no Código vigente.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 94) apresentam os seguintes exemplos de meios atípicos de prova: “a prova estatística, a prova por amostragem [...], a prova cibernética e a reconstituição dos fatos”. Entre os exemplos de meios de prova atípicos, os doutrinadores apresentam a prova por amostragem, objeto principal deste estudo. O entendimento acerca da existência da prova por amostragem como meio de prova atípico, em especial, será considerado em capítulo posterior.

Apresentando outros exemplos de meios de prova atípicos, João Batista Lopes (2011, p. 716) apresenta “as perícias informais, a ata notarial, as declarações de terceiros, o comportamento das partes no processo e fora dele, e, em certo sentido, as presunções e os indícios”. Além disso, conforme anotação pelo próprio autor, as presunções e os indícios, que guardam certa relação com a prova por amostragem, não são meios de prova propriamente ditos.

Ao analisar a atenção que a doutrina brasileira tem dado às provas atípicas, João Batista Lopes (2011, p. 716) conclui que há relação com o princípio do contraditório:

A especial atenção dedicada pela doutrina às provas atípicas justifica-se à luz da moderna concepção do princípio do contraditório, que não se exaure no binômio *informação-reação*, mas inclui o *direito à prova*, assim entendido:

- a) o direito de indicar os meios pertinentes para demonstrar a existência dos fatos alegados;
- b) o direito de produzir efetivamente as provas pertinentes e adequadas ao caso;
- c) o direito de demonstrar que as provas produzidas pelo adversário não são concludentes ou idôneas;
- d) o direito à valoração da prova segundo critérios técnicos admitidos pelo sistema. (grifo do autor).

Tal atenção às provas atípicas está fundamentalmente justificada na atual concepção do próprio princípio do contraditório. Não se deve considerar esse somente no conhecido binômio, qual seja, informação e reação, mas deverá ser incluído o direito à prova. Esse direito pode ser entendido na possibilidade de indicação dos meios pertinentes com a finalidade de demonstração da verdade dos fatos alegados pelas partes, no direito de produção efetiva destas provas, no direito de confrontar as provas apresentadas pela outra parte e o direito de ter a prova valorada pelo magistrado segundo os critérios admitidos pelo ordenamento jurídico.

Essa possibilidade de utilização dos meios atípicos de provas, segundo

Luis Alberto Reichelt (2009, p. 285) “constitui-se em uma das principais manifestações da influência do valor liberdade sobre os contornos da racionalidade que norteia a formação do conhecimento jurisdicional”. A permissão expressa contida no texto legal quanto a possibilidade de meios atípicos de provas em nosso processo representa a influência da importância da liberdade dentro da racionalidade que guia toda a construção do conhecimento jurisdicional.

2.3 Regras de Experiência, Indícios e Presunções

Após analisar e apresentar as provas típicas e atípicas, cabe tecer alguns comentários e examinar as regras de experiência, indícios e presunções no ordenamento jurídico brasileiro. Para tal análise, no entanto, é importante realizar uma breve diferenciação entre as provas diretas e as provas indiretas.

Para demonstrar a prova direta, Moacyr Amaral Santos (2011, p. 535) tece as seguintes considerações, relacionando aos meios de prova mais comuns presentes no processo:

As provas diretas fornecem ao juiz a ideia objetiva do fato probando: a testemunha narra o fato conforme viu ou ouviu; o perito descreve os acidentes do terreno, ou o estado de ruína do prédio; o devedor confessa a dívida; o documento representa o ato que por ele se constituiu. Em todos esses casos o juiz, que é o destinatário da prova, tem a ideia dos fatos sem necessidade de qualquer dedução, pois lhe são apresentados objetivamente.

Há uma relação direta entre as provas e os fatos a se provar. Estes são apresentados ao destinatário principal da prova, qual seja, o magistrado, de forma objetiva, por exemplo, pela testemunha que viu e ouviu, pela descrição do perito que produziu o laudo pericial, pela confissão do devedor, pela apresentação do documento em si que constituiu o direito discutido no processo.

Ao contrário da prova direta, a prova indireta é considerada por João Batista Lopes (2002, p. 36) como aquela prova que faz referência a fato diferente daquele que se deseja demonstrar em juízo, mas devido a uma dedução, uma operação mental, é possível chegar àquele fato que é objeto da prova.

Conforme bem apresentado por Moacyr Amaral Santos (1949, p. 346): “nem sempre o fato probando pode ser apreendido pelos próprios sentidos do juiz, nem tão pouco representado, reproduzido, ou traduzido, pelos meios probatórios,

partes, testemunhas, perito, documento”. A prova indireta pode ser essencial no conjunto probatório, já que não será sempre possível o magistrado ter acesso direto ao fato probando.

Os indícios e presunções guardam relação com as provas indiretas. Por meio destes, não serão apresentados diretamente os fatos a se provarem no processo. Cada qual com sua função, elas irão demonstrar, em regra, indiretamente os fatos em discussão.

2.3.1 Regras de experiência

As regras de experiência, também chamadas de máximas de experiência, são apresentadas por Moacyr Amaral Santos (2011, p. 381) da seguinte maneira:

O juiz, como homem culto e vivendo em sociedade, no encaminhar as provas, no avaliá-las, no interpretar e aplicar o direito, no decidir, enfim, necessariamente usa de uma porção de noções extrajudiciais, fruto de sua cultura, colhida de seus conhecimentos sociais, científicos, artísticos ou práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares.

O juiz na valoração da prova, na interpretação do próprio direito, se utilizará de noções extrajudiciais que advém da sua própria cultura, de conhecimentos artísticos, práticos, científicos e sociais, desde mais simples até os mais complexos.

Alerta João Batista Lopes (2002, p. 69) que as regras da experiência não são consideradas como regras jurídicas propriamente ditas, mas sim como juízos abstratos que decorrem da análise do que comumente ou habitualmente acontece. Entretanto, tais regras da experiência possuem caráter subsidiário, não podendo prevalecer se houver normas jurídicas específicas.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2015, p. 574) ditam que as regras ou máximas da experiência são essas noções comuns da vida, que qualquer pessoa média sabe ou domina, estando inseridas na sociedade ou na vida cotidiana.

Ao exemplificar algumas regras da experiência, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 106) fazem o seguinte alerta:

O julgador não pode valorar as provas contra as regras (máximas) da experiência.
Não pode, por exemplo: não aceitar a lei da gravidade; dizer que a mistura das cores amarela e azul não resulta na cor verde; afirmar que, em zona em

que há engarrafamentos diários em horários de pico, o motorista dirigia em alta velocidade; que, nas zonas tropicais brasileiras, em água parada não há chance de mosquitos se reproduzirem etc.

São apresentados diversos exemplos das regras da experiência, tal como a lei da gravidade, que a mistura da cor amarela com a azul resulta na cor verde. Essas noções comuns da vida têm sua importância dentro da valoração das provas. O juiz não poderá valor o conjunto probatório contra as regras da experiência.

João Batista Lopes (2002, p. 70) lembra ainda que, embora não se tratando de um meio de prova propriamente dito, a aplicação das regras da experiência está presente em quaisquer meios de prova, apresentando-se como um elemento subsidiário na busca da verdade dos fatos discutidos no processo.

No ordenamento jurídico, há previsão expressa das regras da experiência no novo Código de Processo Civil, em seu artigo 375, ao determinar que “o juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. O próprio Código traz uma definição das regras da experiência ao relacioná-las à observação do que acontece de forma ordinária ou comum.

Há também previsão de utilização das regras da experiência pelo magistrado na Lei 9.099/90 no artigo 5º ao ditar que no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, “o Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica”. Assim como previsto no próprio Código de Processo Civil, a Lei 9.099/90 dita que as regras da experiência terão sua utilidade durante a análise das provas produzidas, lembrando da liberdade do juiz para determinar provas que serão produzidas e a própria valoração destas.

Lembram Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 64) o magistrado poderá aplicar as máximas da experiência *ex officio*, podendo ser aplicadas em qualquer fase do processo, desde que observe o artigo 10 do novo Código de Processo Civil e intime as partes que se manifestar sobre o assunto.

2.3.2 Indícios

Após estudo das regras da experiência, a análise recairá sobre os indícios, conforme escreve Moacyr Amaral Santos (1949, p. 354):

[...] cousas, ou fatos, êsses vestígios, físicos ou morais, pela relação que têm com a cousa ou fato desconhecido, são indícios dêste. Indícios, porque o indicam: dada a existência de tal fato, certo é que outro existiu, provavelmente o fato desconhecido que se pretender conhecer e provar. O botão, encontrado junto ao cofre arrombado, caiu da roupa de alguém, muito provavelmente da roupa do arrombador. Indício, pois, será o fato conhecido que indica o fato desconhecido.

Os indícios indicam a existência de outro fato. Os vestígios, quaisquer que sejam, guardam relação com a coisa ou o fato desconhecido. É apresentada a situação de um botão localizado junto a um cofre que fora arrombado. Muito provavelmente, este vestígio, esse botão caiu da roupa do próprio arrombador. Tem-se, aí, um fato conhecido indicando um fato desconhecido.

Historicamente, José Rubens de Moraes (2015, p. 404) explica que na Idade Média, o indício era considerado uma prova semiplena, considerada uma prova menor, sendo que não tinha impacto suficiente para decisão do caso, a menos que o indício fosse muito evidente ou claro. Nessa situação, a evidência do indício poderia ser suficiente para a condenação.

Nicola Framarino Dei Malatesta (1996, p. 198) relacionada a coisa ou fato desconhecido com a coisa ou fato conhecido da seguinte maneira:

No indício, a coisa que se apresenta como conhecida é sempre diversa da desconhecida, que se faz conhecer. Ora, uma coisa conhecida só nos pode provar uma diversa coisa desconhecida, quando se nos apresenta como sua causa ou efeito, porquanto entre coisas diversas não há [...] senão a relação de causalidade, capaz de conduzir uma a outra.

No indício, a coisa conhecida somente pode provar uma coisa desconhecida diversa quando se apresenta em uma relação de causa ou efeito, uma relação de causalidade, que seja capaz de conduzir a conhecida à desconhecida, indicando, assim, a existência desta.

É nesse sentido que escrevem Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 68): indício é um “fato conhecido, que, por via de raciocínio, sugere o fato desconhecido (fato probando), do qual é causa ou efeito”. O fato desconhecido, sendo assim, guarda uma relação de causalidade com o fato conhecido. Uma relação de causa ou efeito que pode entendida ou determinada por

meio de raciocínio.

A definição do indício pelo Código de Processo Penal, embora este não seja diretamente aplicável ao Processo Coletivo, pode ser utilizada para uma melhor compreensão de como o ordenamento jurídico entende e apresenta os indícios. O Código de Processo Penal em seu artigo 239, define o indício como “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. O fato conhecido, conforme ensinamentos já mencionados, estando provado dentro do processo, possuindo relação com o fato em discussão, o chamado fato desconhecido, será considerado como indício.

Diferentemente das regras da experiência, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 69) ensinam que “o indício é o meio de prova: a partir do indício se chega a presunção da ocorrência de determinado fato. Por isso se fala em prova indiciária”. O indício é considerado um meio de prova. A partir deste que se chega, ou atinge, a presunção do acontecimento de determinado e certo fato desconhecido, podendo se falar em prova indiciária.

No mesmo sentido, entende Helder Moroni Câmara (2013, p. 246) que “indício é espécie de prova indireta e atípica que, como tal, insere-se dentre as modalidades de prova e, tal como todas as demais, pode servir de supedâneo para a tomada de decisões por partes do órgão julgador”. O indício, então, se trata de uma espécie de prova atípica e indireta, podendo ser entendida como modalidade e meio de prova. Sendo meio de prova, poderá ser utilizado pelo magistrado na valoração judicial do conjunto probatório, e, eventualmente, ser parte da decisão.

Há previsão da prova indiciária no artigo 212 do Código Civil ao ditar que “salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V – perícia”. Conforme explica Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 70) embora o legislador faça referência a presunção, está, na verdade, a se referir a prova indiciária, ao indício, tornando esta prova uma previsão expressa em nosso ordenamento jurídico.

No entanto, João Batista Lopes (2011, p. 718) lembra que o indício não tem poder suficiente quando considerado ou analisado de forma isolada:

Com efeito, o indício, considerado isoladamente, não passa de um sinal ou vestígio e, portanto, não pode, *per se*, escolar um *veredictum* judicial. Entretanto, quando reunidos, podem contribuir decisivamente para a demonstração dos fatos, se forem *veementes* e *concordantes*, como ocorre relativamente à prova da má-fé e do dolo. (grifo do autor).

O indício, individualmente considerado, não passa de um vestígio. Não pode, por si só, determinar e motivar uma decisão judicial. Entretanto, quando os indícios são reunidos e forem fortes e de acordo com o conjunto probatório, podem contribuir de forma substancial para demonstração dos fatos.

Isso não quer dizer, no entanto, que a prova indiciária não pode ser a base do convencimento do magistrado ao proferir decisão, conforme esclarece Helder Moroni Câmara (2013, p. 247):

Em sendo os indícios fortes e suficientes para convencimento do juiz quanto aos fatos narrados pelas partes, poderão e mesmo deverão servir como meio de prova e até mesmo, se o caso, como único fundamento das decisões proferidas pelo julgador, ou como “o” fundamento acolhido em detrimento de outras provas diretas.

Se os indícios forem suficientes e fortes de forma que o juiz se convença dos fatos narrados no processo pelas partes, servirão como meio de prova, mesmo que seja o único fundamento da decisão proferida pelo magistrado, ou que ele seja o fundamento escolhido, o fundamento que se sobressaiu no conjunto probatório do processo.

Helder Moroni Câmara (2013, p. 249) acrescenta ainda que a prova indiciária não deve ser considerada insuficiente pelo simples e único fato de indiciária ser. Deverá a prova ser analisada no contexto probatório, enfrentado na produção probatória, juntamente com todos os outros meios de prova que foram propriamente utilizados no processo. Não existe, em regra, uma hierarquia de provas no processo brasileiro. Não há um valor previamente estabelecido à prova indiciária. Toda a prova produzida no processo deverá ser valorada pelo juiz.

Além de ser considerado como meio de prova, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 70) explicam que o indício também deve ser entendido como objeto de prova. Trata-se de um fato que necessita ser provado, sendo que somente após o indício ser provado é que é autorizada a presunção judicial no processo.

2.3.3 Presunções

Após a apreciação dos indícios, e da prova indiciária em si, deve-se analisar as presunções. Moacyr Amaral Santos (1949, p. 359) ensina que “a palavra presunção vem do latim – *praesumptio*, formada de *sumere*, tomar, formar e da preposição *prae*, que rege o ablativo”.

Ao realizar o estudo da presunção, João Batista Lopes (2011, p. 718) apresenta a seguinte definição:

A *presunção* é uma operação mental, um raciocínio, a partir do qual, demonstrado determinado fato (designado *fato-base* ou *auxiliar*) se chega a uma conclusão (considerar-se também provado outro fato, dito principal, por ser objeto da prova). (grifo do autor).

A presunção deve ser compreendida como o raciocínio que é realizado para demonstrar que certo fato, chamado de fato-base, chega a uma certa conclusão. Também será considerado como provada esta conclusão, este outro fato, chamado de fato principal, visto ser o objeto da prova. No mesmo sentido, Darci Guimarães Ribeiro (1998, p. 101) indica que a presunção é a dedução que constata o fato desconhecido, com base no fato conhecido, seguindo, assim as considerações já mencionadas anteriormente acerca dos indícios.

Casio Scarpinella Bueno (2011, p. 275) demonstra em seus ensinamentos que a presunção não deve ser compreendida como um meio de prova propriamente dito, mas sim como método de convencimento ou de raciocínio para análise desses fatos.

Seguindo essa compreensão, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 69) apresentam que as presunções, assim como as regras da experiência, não são meio, nem fonte de prova. Tratam-se da atividade do magistrado, ao analisar as provas, no tocante às presunções judiciais, ou atividade do legislador, ao criar ou instituir regras jurídicas que deverão ser aplicadas, no tocante às presunções legais.

Entretanto, Nicola Framarino Dei Malatesta (1996, p. 191) faz alguns alertas acerca da ideia da presunção, conforme demonstrado abaixo:

Não partimos [...] da ideia do que é *constante* para a espécie, relativamente a todos os seus indivíduos, e sim da ideia do *ordinário*. E o ordinário da presunção é a aderência de um atributo a um sujeito *no maior número dos*

casos compreendidos na espécie, não *em todos os casos*. (grifo do autor)

Não se parte do que é constante, ou seja, relativo a todas as pessoas. A presunção guarda relação ao ordinário, à aderência de uma questão a uma pessoa ao maior número de casos possíveis, mas não absolutamente em todos e quaisquer casos apresentados.

Concluem, ainda, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 71) que “é a relação, verificável pelas regras da experiência, entre o indício (fato conhecido) e o fato probando (fato desconhecido) que autoriza a presunção”. Sendo assim, a relação, analisada pelas regras da experiência, entre o indício, considerado como o fato conhecido, juntamente com o fato *probando*, considerado como o fato desconhecido, que autorizará a presunção.

Ao classificar as presunções, João Batista Lopes (2011, p. 719) diferencia entre as simples e as legais:

Chamam-se simples as presunções geradas pelo raciocínio comum do homem a partir da verificação do que comumente acontece (*quod plerumque accidit*). São também denominadas presunções *hominis*. Denominam-se legais as presunções quando o raciocínio ou a dedução for feito pelo próprio legislador.

As chamadas presunções simples, também chamadas de presunções *hominis*, não estão previstas em lei. São presunções advindas do raciocínio ordinário do homem com base no que comumente e normalmente acontece. Já nas presunções legais, essa dedução ou raciocínio já foi previamente realizado pelo legislador, estando expressamente previstas na legislação.

Ao analisar as presunções simples, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 69) escrevem ainda que “as presunções judiciais são resultado do raciocínio do juiz e o juiz as revela na decisão, como fruto da valoração das provas”. Sendo assim, presunções judiciais são aquelas que advêm do resultado do próprio raciocínio do magistrado, sendo reveladas na decisão, como fruto e consequência na valoração das provas.

Nas presunções judiciais, Darci Guimarães Ribeiro (1998, p. 103) explica que o legislador não presumiu legalmente o fato desconhecido, deixando ao magistrado a tarefa de realizar o raciocínio e descoberta do fato desconhecido, utilizando-se da experiência técnica ou comum, com a finalidade de obtenção do

convencimento necessário na valoração probatória.

Ao lado das presunções simples, existem as presunções legais, que segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 69) são as regras jurídicas aplicadas pelo juiz, sendo sua função na produção probatória relacionada à dispensa de prova com relação a estes fatos presumidos.

Além desta classificação apresentada, Moacyr Amaral Santos (1949, p. 368) escreve que as presunções também podem ser classificadas da seguinte maneira: “absolutas (*juris et jure*) não admitem prova em contrário; as condicionais, ou relativas (*juris tantum*), admitem prova em contrário”. Nas presunções absolutas não se admite a prova em contrário; já nas presunções relativas, é possível o enfrentamento por meio de produção probatória em contrário.

Além das presunções absolutas e relativas, Moacyr Amaral Santos (1949, p. 368) apresenta as chamadas mistas que “não admitem prova contra a verdade por elas estabelecida senão certos meios de prova, referidos e previstos na própria lei”. Na chamada presunção intermédia ou mista, somente será admitido prova contra elas por determinados meios de provas, expressamente previstos.

Nesse mesmo sentido, Darci Guimarães Ribeiro (1998, p. 103) chama as presunções mistas de relativas de contraprova vinculada, explicando da seguinte maneira:

As presunções relativas de contraprova vinculada apresentam como característica: a) admitirem somente as provas previstas na lei; logo; se for apresentada a prova especial, a presunção estará quebrada; porém, se não for apresentada a prova especial, o juiz não poderá convencer-se em sentido contrário. Por conseguinte, limitar-se-á a liberdade do juiz na avaliação da prova.

Sendo assim, as chamadas presunções mistas ou também relativas de contraprova vinculada, serão aquelas que somente se admite os meios de prova previstos expressamente na lei. Se não for apresentada a prova especial exigida pela legislação, a presunção valerá e o magistrado não poderá se convencer em sentido contrário. Há aí uma limitação imposta pelo legislador na valoração da prova.

2.4 Valoração Judicial da Prova

Após breve análise das regras da experiência, dos indícios e das

presunções, passando pela análise da possibilidade da prova indiciária, é importante compreender os destinatários da prova e como a valoração desta é realizada pelo magistrado, analisando também a evolução histórica e os sistemas que já foram utilizados, bem como o utilizado atualmente para valoração judicial da prova.

Ao analisar as provas dentro do processo, tem-se a necessidade da presença da verdade, conforme apresenta Moacyr Amaral Santos (2011, p. 371):

[...] para considera-las na sentença e, por sua vez, fazer a sua afirmação quanto aos fatos deduzidos pelas partes, precisa convencer-se da existência ou inexistência dos mesmos. Porque a afirmação do juiz necessariamente deverá corresponder à verdade. Para o juiz, não bastam as afirmações de fatos, mas impõe-se a demonstração da sua existência, ou inexistência. Por outras palavras, o juiz *quer e precisa* saber da *verdade* em relação aos fatos afirmados pelos litigantes. (grifo do autor).

Para poder considerar as provas na sentença proferida, e confirmar os fatos apresentados pelas partes, o magistrado precisa se convencer a existência destes fatos. Esta confirmação do juiz deverá estar o mais próximo da verdade possível. Não basta somente a apresentação e afirmação dos fatos pelas partes em juízo, é imprescindível que esses fatos sejam demonstrados, comprovando-se a sua existência, ou se for o caso, inexistência. A verdade é essencial para o magistrado valorar as provas e proferir decisão.

Nesse mesmo sentido, afirma Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 859) que a prova tem sua destinação na produção da convicção ou certeza do magistrado com relação aos fatos em litígio. Somente com essa convicção, o juiz poderá proferir sentença, analisando e valorando o conjunto probatório, de maneira mais próxima à verdade dos fatos ocorridos.

Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 382) explica que a prova em si possui dois destinatários: “um destinatário direto, o Estado-juiz e destinatários indiretos, as partes. A prova, uma vez levada aos autos, pertence a todos, isto é, pertence ao processo, não sendo de nenhuma das partes”. A prova possui dois destinatários, o direto que é o próprio Estado-juiz, o magistrado que analisará o conjunto probatório, e os indiretos, qual sejam, as próprias partes. Há aqui uma conexão com o princípio da comunhão da prova: uma vez a prova levada e apresentada aos autos do processo, pertence ao processo em si, a todas as partes, não sendo especificadamente a uma delas somente, ou a quem produziu.

Não é porque as partes são destinatárias indiretas das provas que não

terão participação na avaliação. Moacyr Amaral Santos (2011, p. 421) afirma que as partes deverão fornecer subsídios e elementos para a avaliação das provas, para a valoração destas. Entretanto, somente o juiz realizará tal valoração e avaliação, mesmo certa ou errada, deverá ser a única admitida no processo. Eventuais questionamentos, correções e vícios deverão ser sanados pelo próprio magistrado ou, em último caso, por via recursal.

Lembra João Batista Lopes (2002, p. 53) que o magistrado não formará sua convicção de forma arbitrária, guiando-se somente por impressões pessoais suas, mas deverá sempre respeitar as diretrizes estabelecidas pela experiência jurídica e pela doutrina. Verifica-se aí uma sinergia, uma conexão com o ordenamento jurídico. A convicção do magistrado deve respeitar todo o arcabouço jurídico vigente.

A valoração judicial formada e apresentada pelo magistrado evoluiu por meio de alguns sistemas, os quais iniciam com as ordálias, passam pelo sistema das provas legais, pela livre convicção e finalizando no sistema da persuasão racional, atualmente aplicado e presente no Código de Processo Civil de 2015.

2.4.1 Ordálias

Historicamente, Oscar Valente Cardoso (2015, p. 317-318) escreve que “o primeiro sistema de valoração probatória foi o das ordálias (*ordalium* ou, no plural, *ordalia*), no qual o direito era reconhecido à parte que fosse protegida pelos deuses (‘juízo de deus’). As ordálias eram um sistema de valoração das provas, em que se o direito somente era reconhecido àquela parte que, durante a produção probatória, foi protegida pelos deuses. Daí advém o chamado juízo de deus ao se falar deste sistema.

Em sentido similar, Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 273) ensina também sobre o juízo de deus, apresentando que:

Os ordálios (*ordalie*, na França; *ordeal*, na Inglaterra; *ordal*, entre os germânicos) eram denominados Juízos de Deus, sob a falsa crença de que a Divindade intervinha nos julgamentos e, num passe de mágica, deixava demonstrado se o réu era ou não culpado.

As ordálias eram consideradas como juízos de deus, sob a crença de que os deuses iriam intervir nos julgamentos para demonstrar se o réu era culpado ou não. Naquela situação, seriam os deuses que iriam apresentar a verdade ao julgador.

Nesse método de valoração, Moacyr Amaral Santos (2011, p. 422) explica que a função do juiz era de assistir o experimento, a produção probatória, declarando, ao final, o resultado. Não participava o magistrado ativamente durante a produção da prova, nem no proferir do resultado.

Acrescenta ainda, Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 382) que “nesse sistema primitivo, acreditava-se que a parte que estivesse com a razão seria protegida pela divindade”. Nesse sistema de valoração das provas, era entendido pela sociedade que a parte que estava apresentando a verdade, estava com a razão, seria ela a protegida pelos deuses.

A ordália em si versava, conforme apresenta Moacyr Amaral Santos (2011, p. 421) “em submeter alguém a uma prova, na esperança de que Deus não o deixaria sair com vida, ou sem um sinal evidente, se não dissesse a verdade”. O entendimento era de que durante a prova que a pessoa era submetida, se estivesse falando a verdade, os deuses iriam permitir que ela saísse com vida.

Esse viés religioso da produção probatória da época, e seu sistema de valoração, encontrava respaldo na visão de mundo na Idade Média, por exemplo, conforme apresenta José Rubens de Moraes (2013, p. 403) ao escrever:

Tal concepção encontraria respaldo na particular visão do mundo que movia o homem medieval, segundo o qual todo o agir humano era, ao final, inspirado e, principalmente, supervisionado pela infalível justiça divina, a qual, por ser atributo do próprio Deus, sempre onisciente e onipresente, evitaria a ocorrência de injustiças, em especial aquelas que decorressem da corrupção da natureza humana [...].

Essa proteção ao que falasse a verdade ou punição ao que estivesse mentindo, esse sistema de valoração de prova primitivo, por assim dizer, encontrava respaldo na própria visão de mundo que vigorava na Idade Média. Todos eram considerados como supervisionados pela justiça de Deus, sendo que, por este ser onisciente e onipresente, evitaria sempre a ocorrência de qualquer tipo de injustiças.

Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 382) ensina que “desta época são os meios de prova mais estapafúrdios e cruéis, como a utilização de água fervente (a ser jogada sobre a parte, a fim de verificar se a mesma mentia) ou da fogueira”. Visto que era intrínseca às ordálias a proteção divina que era concedida, ou punição divina que era imposta, os meios de provas mais cruéis eram utilizados, desde água fervente à fogueira. Quem sobrevivesse era que estava falando a verdade.

Visto à ligação à religião, tal sistema vigorou por bastante tempo, até que, conforme Oscar Valente Cardoso (2015, p. 317-318) explica, a Igreja interferiu:

Tal sistema é o que, até então, teve maior duração: apenas no século XIII entrou em declínio. A Igreja Católica desaprovou o uso das ordálias no IV Concílio de Latrão, convocado pela bula papal "*Vineam Domini Sabaoth*" (de 1213), de Inocêncio III, e realizado em 1215. Com a proibição da participação dos clérigos nas ordálias e como testemunhas nos processos, e a consequente ausência da legitimação da prova divina pela Igreja, a realização desses atos foi inviabilizada.

Esse sistema primitivo de valoração das provas foi o que, até o momento, teve maior duração. Desde as épocas primitivas era utilizando, sendo que entrou em declínio somente no século XIII quando a Igreja Católica passou a desaprová-las. Os clérigos não mais poderiam participar nas ordálias, e não havendo mais a legitimação de tal prova divina pela Igreja, as ordálias restaram-se inviabilizadas.

2.4.2 Sistema das provas legais

Segundo Oscar Valente Cardoso (2015, p. 318), tal sistema também pode ser chamado de "sistema da tarifação legal (prova tarifada, prova legal, verdade legal ou valor legal), que consiste na valoração e hierarquização das provas por meio de normas jurídicas". Por meio desse sistema de valoração de provas, as provas são hierarquizadas, isto é, tarifadas, organizadas em ordem de valor e importância por meio da própria norma jurídica.

É nesse sentido que ensina Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 382) ao dizer que a lei, nesse sistema, atribui certos valores, estes fixos, a cada meio de prova, sendo que o magistrado deverá obedecê-los ao formar seu convencimento, seu juízo de valor, valorando as provas conforme previamente estabelecido pela legislação.

Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 274), por sua vez, registra que "o juiz devia decidir segundo as provas existentes nos autos, e a lei exigia que tais ou quais fatos se provassem essa ou daquela maneira; às vezes, previa-se o valor dos meios probatórios se satisfeitas certas condições ou pressupostos". Por meio do sistema das provas legais, o magistrado precisa ficar adstrito às provas nos autos, a lei colocava imposições à prova de certos fatos que somente poderiam ser provados de certa maneira, e às vezes, previa até mesmo o valor dos meios de prova em

determinados pressupostos ou condições.

No Brasil, no tempo das Ordenações, João Batista Lopes (2002, p. 53) lembra que valia como meia prova um depoimento de uma testemunha, e como prova plena ao depor duas testemunhas sobre um mesmo fato. Seguindo os preceitos desse sistema, valores eram impostos às provas por meio da legislação, devendo o magistrado se atentar e seguir os preceitos legais.

Conforme explica e alerta Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 382), tal sistema transformava o processo em um jogo, sendo que alcançar o sucesso era criar a melhor estratégia com base nas regras legais de valoração da prova, já que cada meio de prova poderia possuir um peso ou valor diferente. O papel do magistrado, somente no final, era de verificar qual das partes teve sorte, quem possuía a maior força ou peso em suas provas produzidas.

A função do magistrado nesse sistema não é a mesma função percebida no ordenamento jurídico brasileiro vigente, conforme doutrina Moacyr Amaral Santos (2011, p. 422):

No sistema da prova legal, a instrução probatória se destinava a produzir a certeza legal. O juiz não passava de um mero computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constringido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse.

Por meio desse sistema, a destinação principal da produção probatória era constituir certeza legal. O juiz estava complementemente preso e adstrito ao valor de cada prova, ao formalismo imposto, sem que pudesse observar efetivamente os fatos, necessitando se prender à verdade imposta pela legislação.

É nesse sentido que entende Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 859) ao escrever que com essa hierarquia rigorosa de valores às provas, o processo não produzia uma verdade real, mas somente verdade formal, que em vários casos, senão a maioria, não possuía vínculo com a realidade.

A motivação no sistema de provas legais, conforme orienta Oscar Valente Cardoso (2015, p. 319) “deve ser externalizadas como uma estrita aplicação da regra legal, e não como derivada da atividade intelectual do julgador”. Nesse sistema, não existe uma atividade intelectual do juiz na valoração das provas, e sim, apenas rigorosa aplicação das regras legais de tarifação.

Conforme lembra Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 383) ainda

persistem algumas normas em nosso ordenamento jurídico com a finalidade de tarifação da prova, mesmo que não se utilize, em regra, de tal sistema. Há previsões legais impondo que determinados fatos somente se podem provar por certos meios, ou ainda que aquele meio é inadequado para prova de outros fatos.

Como exemplo da utilização da tarifação da prova no ordenamento jurídico brasileiro, Oscar Valente Cardoso (2015, p. 321) levanta a previsão na Lei nº 8.213/91, o chamado Regime Geral da Previdência Social, que em seu artigo 55, § 3º estabelece a necessidade de prova documental para comprovar o tempo de contribuição, bem como consequentemente vedando a prova testemunhal exclusiva.

Embora não atinente ao Código de Processo Civil, ou dentro dos interesses difusos e coletivos protegidos no Processo Coletivo, o Código de Processo Penal, em seu artigo 158, também traz uma situação de prova tarifada ao exigir a prova pericial, o chamado exame de corpo de delito, quando houver vestígios, situação demonstrada por Oscar Valente Cardoso (2015, p. 322).

Verifica-se por meio dessas situações e regras jurídicas, que embora o sistema não se aplique na sua integridade mais no ordenamento jurídico brasileiro, ele está presente em algumas situações. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 104-105) atestam que a utilização de pequenos episódios de prova tarifada serve como técnica para se evitar eventuais arbitrariedades judiciais, ou seja, eventuais decisões que não estejam baseadas em prova produzida ou baseadas em qualquer prova, mesmo que inidônea.

Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 383), em entendimento contrário, entende que tais regras e limitações à valoração das provas, ao invés de evitar arbitrariedades, cria decisões arbitrárias, visto que estão baseadas em valores probatórios legalmente previstos, sem qualquer ligação ao caso em concreto e aos fatos discutidos. Tais limitações vão de encontro ao sistema vigente, que será analisado posteriormente, da liberdade de valoração das provas.

Entretanto, entendem Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 105) que tais previsões legais limitando a valoração da prova, não impedem que o juiz aprecie o material probatório, apenas direcionando e estabelecendo certos parâmetros que deverão ser observados, sendo que, se for o caso, poderão ser afastadas.

Embora o sistema de provas legais não esteja mais vigente, nem seja a

regra no ordenamento jurídico brasileiro, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2015, p. 562) advertem que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal tem admitido as regras legais atuais acerca com tarifação da prova.

2.4.3 Sistema da livre convicção

Embora a transição não tenha ocorrido de forma simples e temporal, o segundo sistema a ser estudado, o sistema da livre convicção, também chamado por Oscar Valente Cardoso (2015, p. 322) de sistema do livre convencimento, foi subsequente ao sistema das provas legais.

Também conhecido como sistema da íntima convicção, conforme Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 383), no sistema da livre convicção: “o juiz deve julgar de acordo com o com o seu convencimento, o qual deverá ser formado através de quaisquer elementos”. Segundo esse sistema, o julgamento pelo magistrado poderá ser com base em sua livre convicção, sendo esta formada por quaisquer elementos. O magistrado poderá até mesmo proferir decisão basicamente em fatos e impressões pessoais que tomou conhecimento até mesmo de forma extrajudicial.

Comparando ao sistema das provas legais, Oscar Valente Cardoso (2015, p. 323) acrescenta que “enquanto no sistema anterior o legislador conferia um valor prévio a cada meio de prova, neste o juiz atribui um valor *posterior* a cada prova existente no processo”. Ao invés do legislador conferir um valor fixo e prévio aos meios de prova, no sistema da livre convicção o juiz é que atribui um valor a cada prova produzida no processo, mas posteriormente à sua produção.

Moacyr Amaral Santos (2011, p. 423) explica detalhadamente a relação entre a convicção do juiz, a valoração das provas e a verdade no processo:

A verdade jurídica é a formada na consciência do juiz, que não é, para isso, vinculado a qualquer regra legal, quer no tocante à espécie de prova, quer no tocante à sua avaliação. A convicção decorre não das provas, ou melhor, não só das provas colhidas, mas também do conhecimento pessoal do juiz, das suas impressões pessoais, e à vista destas lhe é lícito repelir qualquer ou todas as demais provas. Além do que não está obrigado a dar os motivos em que funda a sua convicção, nem os que o levaram a condenar ou absolver.

Por meio desse sistema, a verdade será constituída na consciência do magistrado, não estando este vinculado a qualquer regra da legislação, seja no

tocante a meios de prova ou avaliação e valoração destas provas. A convicção do magistrado não decorreria somente das provas produzidas no processo, mas também do próprio convencimento do juiz e suas pessoais impressões, podendo repelir qualquer tipo de prova produzida no processo ou todas elas. No sistema da livre convicção, o juiz não está obrigado a motivar sua convicção, nem justificar os motivos por quais está condenando ou absolvendo.

Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 860) critica o sistema em questão, que possuía defensores nos povos germânicos, ao escrever que o sistema peca pelos excessos, conflitando até mesmo com o princípio do contraditório, princípio este que todo direito moderno precisa respeitar, ao não ser exigível, por exemplo, a motivação das decisões proferidas.

Embora alerte acerca da adoção perigosa deste sistema, visto que às partes estarão sujeitas a eventuais arbitrariedades no processo, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 37) lembra que há uma adoção vigente em nosso ordenamento, um único caso em que se aceita o sistema da livre convicção, qual seja, no Tribunal do Júri e nas decisões proferidas neste juízo.

2.4.4 Sistema da persuasão racional

O terceiro sistema a ser estudado, o sistema da persuasão racional, é também conhecido como o sistema do livre convencimento motivado. Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 860) explica que este sistema foi consagrado pelos Códigos Napoleônicos estando entre nós, prevalecendo e sendo a orientação majoritária doutrinária e legislativa.

Conforme explica Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 37), o sistema da persuasão racional guarda íntima ligação com a liberdade de valoração, mas justificada, diferente do sistema anterior:

O juiz tem liberdade para valorar as provas e atribuir-lhes o valor que mereçam na formação de sua convicção. Mas, ao preferir a decisão, deve justificá-la, com base nas provas colhidas, esclarecendo de que maneira foram valoradas e quais foram decisivas para o seu convencimento. Este deve ser racional, isto é, fundado em razões pertinentes, associadas às provas produzidas nos autos.

No sistema da persuasão racional, o magistrado tem liberdade para

valoração das provas, atribuindo a cada uma delas o valor que melhor julgar correto no momento da formação da convicção. Entretanto, no momento da decisão, deverá justificar a valoração efetuada, baseando-se nas provas constantes no processo, explanando como estas foram valoradas e quais mais influenciaram, e acabaram por decidir, em seu convencimento. Dita-se persuasão racional, já que o magistrado deverá racionalizar seu convencimento, fundamentando suas razões e associando-as às provas nos autos.

Essa necessidade de a prova estar nos autos para possibilitar sua valoração e sua conseqüente utilização no convencimento do magistrado é decorrente do contraditório, conforme explicam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 103), já que se a prova está nos autos, passou pelo próprio contraditório. Se a prova não está nos autos, é possível que uma das partes processuais não participou em sua produção, nem ao menos se manifestou acerca dessa produção probatória.

Moacyr Amaral Santos (2011, p. 424) explica que esta convicção, motivação racional será condicionada da seguinte maneira: “a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas no processo; c) às regras legais e a máximas de experiência; e, por isso que é condicionada, deverá ser motivada”. Tal motivação, uma das bases do sistema da persuasão racional estará condicionada aos fatos em discussão no processo, às provas que destes mesmos fatos, que foram colhidas e produzidas no processo, e, finalmente, às máximas da experiência e às regras legais. Visto que é condicionada das maneiras mencionadas, a motivação é exigível.

O principal objetivo na justificação da decisão, conforme ensinam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 103), é que seja possibilitado o controle da racionalidade da justificativa apresentada pelo juiz. Não é permitido que o magistrado produza discurso retórico, superficial, vazio, que somente guiado pela emoção.

O sistema da persuasão racional está previsto no novo Código de Processo Civil em seu artigo 371 ao ditar que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. É possível verificar que o Código prevê, assim como anteriormente explanado, que o magistrado se baseará nas provas do

processo, indicando, assim, as razões que influenciaram em seu convencimento.

Conforme preconiza Oscar Valente Cardoso (2015, p. 334), o sistema da persuasão racional está previsto na Constituição Federal no artigo 93, IX. Tal artigo estabelece alguns princípios acerca do Estatuto da Magistratura, estabelecendo no inciso IX o seguinte:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

A Constituição Federal prevê a necessidade de fundamentação em todas as decisões preferidas por órgãos do Poder Judiciário, colocando tal previsão, inclusive, como princípio. Há íntima ligação com o sistema da persuasão racional, visto que uma das bases desse sistema de valoração de prova exige a fundamentação das razões de seu convencimento.

A motivação, essa fundamentação, também deverá ser controlável. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 103) ditam que o magistrado deve ser claro na fundamentação apresentada, pois não está se dirigindo somente às partes, mas também a toda comunidade jurídica interessa na formação de eventual precedente. Já que envolve toda a comunidade jurídica, o interesse na motivação não é somente às partes.

Há relação com a verdade dos fatos, conforme explicita Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 384-385):

[...] de nada adiantará afirmar que o processo é instrumento de acesso à justiça, e que está acompanhado de uma série de garantias constitucionais (como o contraditório ou a isonomia), se não se busca, através da persuasão racional, a possibilidade de se reconstruir a verdade dos fatos e, com base nela, aplicar a norma jurídica ao caso concreto.

Não adiantará afirmar que por meio do processo se acessa à justiça, e que este é acompanhado por diversas garantias previstas na Constituição Federal, como a isonomia e o contraditório, se, através da valoração da prova por meio do sistema da persuasão racional, não se buscar a possibilidade de reconstrução da

verdade dos fatos debatidos no processo, aplicando-se, assim, a norma jurídica correta ao caso em concreto.

Há nítida evolução neste sistema de valoração de prova. Conforme analisa Fernando da Costa Tourinho Filho (2013, p. 275) o sistema da persuasão racional vigora “sem o perigo do despotismo judicial que o sistema da íntima convicção ensejava e sem coactar os movimentos do Juiz no sentido de investigar a verdade, como acontecia com o sistema das provas legais”. Há aqui uma evolução no sentido de não gerar a instabilidade, insegurança e injustiça do sistema da íntima convicção, já que este permitia uma decisão completamente livre por parte do magistrado, bem como no sentido de permitir atuação do magistrado, ao contrário do sistema das provas legais que basicamente seguia os preceitos estabelecidos pela legislação, sem possibilitar maiores análises por parte do julgador.

2.4.5 Alterações efetuadas pelo Código de Processo Civil de 2015

Segundo apresentado anteriormente, o novo Código de Processo Civil prevê o sistema da persuasão racional para a valoração das provas. Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 102) “o CPC consagra, seguindo a tradição brasileira, o sistema que permite que o órgão julgador atribua às provas produzidas o valor que entender que elas mereçam, de acordo com as circunstâncias do caso concreto”. O novo Código, seguindo a tradição, continua prevendo o sistema que permite ao julgador atribuir às provas produzidas processualmente o valor que entendem ser justo e que mereçam, seguindo e de acordo com o caso em concreto.

É nesse sentido que escreve Oscar Valente Cardoso (2015, p. 332) ao lembrar que os dois Códigos de Processo Civil anteriores, o de 1939 e o 1973 previam o livre convencimento motivado, também chamado da persuasão racional como o sistema de valoração de provas. Antes disso, o que prevalecia como a regra no sistema brasileiro era o sistema das provas legais, que concedia ao legislador a tarefa e poder de estabelecer o valor individual de cada prova.

Conforme demonstrando anteriormente ao analisar o sistema de provas legais, embora não utilizado como regra, ainda está presente em nosso ordenamento jurídico por meio de diversas regras previstas na legislação, inclusive no próprio

Código de Processo Civil.

Entretanto, há uma discussão doutrinária no tocante à mudança do corpo do texto do artigo que estabelece o sistema de valoração de prova, principalmente na ausência do termo livremente que constava no artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973.

Este artigo do Código de 1973 previa que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Enquanto isso, o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 371, conforme já explicitado anteriormente, estabelece que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. Verifica-se a ausência do livremente no corpo do texto, bem como algumas modificações textuais para melhor apresentar a valoração probatória. Há também previsão da valoração apenas das provas do processo, sem mencionar as circunstâncias e fatos em si.

Ao analisar o texto do Código de 1973, Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 860-861) conclui que o magistrado possuía liberdade de seleção das provas “[...] que melhor se prestariam à solução da causa, a lei impunha o dever de fundamentar sua escolha, que somente poderia ser feita mediante prévio contraditório entre as partes, e posterior possibilidade de impugnação recursal”. Essas questões são consideradas os três pilares para resguardar o devido processo legal durante a valoração probatória, quais sejam, o dever de fundamentação da escolha, o prévio contraditório e a possibilidade recursal.

Explicam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 102-103) que o adjetivo livre ao sistema de valoração era, por vezes, compreendido de forma errônea, como se permitisse o magistrado valorar a prova da maneira que quisesse.

Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 861) alerta quanto a liberdade concedida pelo texto do Código de Processo Civil de 1973:

[...] a liberdade na apreciação dos elementos relativos à demonstração das alegações fáticas poderia ensejar a inconveniente possibilidade de o juiz isolar certa prova, para dar-lhe força suficiente para formar seu convencimento, com total ou parcial eliminação do exame e avaliação dos demais elementos probatórios produzidos no processo.

Segundo o referido autor, tal liberdade na valoração das provas poderia gerar a possibilidade de o magistrado isolar determinada prova produzida, de certa forma a conceder força suficiente para formação de seu convencimento, eliminando parcialmente ou totalmente os outros elementos probatórios produzidos durante o processo.

Ao analisar o texto do novo Código de Processo Civil, Lenio Luiz Streck (2015, p. 301) entende o seguinte acerca do sistema do livre convencimento motivado no ordenamento jurídico brasileiro:

Tenho convicção de que um dos pontos centrais a favor do novo CPC é o abandono do LC. Simbolicamente isso representa o direito de mudar. Da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, *o juiz não tem a opção* para se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja; ele deve explicitar com base em que *razões*, que devem ser *intersubjetivamente sustentáveis*, ele decidiu desta e não daquela maneira, conforme bem diz Marcelo Cattoni. (grifo do autor).

Por este entendimento, uma das modificações substanciais que foi realizada pelo Código de Processo Civil foi o abandono do chamado livre convencimento. Visto a necessidade, inclusive no Código de Processo Civil de 1973 no tocante a exigência de fundamentação de todas as decisões processuais, o magistrado não tem a opção de se convencer de qualquer maneira, de certa forma discricionária; o magistrado deverá deixar evidente as razões de seu convencimento, que deverão ser sustentáveis dentro dos elementos probatórios e processuais apresentados, e demonstrar o porquê da decisão desta maneira ou deste modo, e não da outra maneira.

Entende Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 861) que o legislador ao suprimir o livre convencimento, adota “o princípio democrático da participação efetiva das partes na preparação e formação do provimento que haverá de ser editado pelo juiz para se chegar à justa composição do litígio”. Segundo este entendimento, a supressão do chamado livre convencimento está de acordo com o princípio democrático da necessidade de efetiva participação das partes na formação do provimento jurisdicional para composição justa do litígio em discussão.

A finalidade da jurisdição, por meio de uma análise do novo Código de Processo Civil é apresentada por Lúcio Delfino e Ziel Ferreira Lopes (2015, p. 311):

A jurisdição tem por escopo resolver conflitos conforme o direito, a surgir da

interpretação das leis, dos princípios constitucionais, dos regulamentos e dos precedentes como DNA constitucional. E é nele, no direito construído intersubjetivamente no ambiente processual, que as atenções de todos os atores processuais devem se voltar.

A jurisdição tem a finalidade de resolução dos conflitos de acordo com o direito que surge e surgirá dos princípios constitucionais, da interpretação da própria lei, de eventuais regulamentos e precedentes, tudo de acordo com a Constituição Federal. E a valoração da prova deve guardar íntima conexão com o direito que fora construído subjetivamente no processo e na produção probatória, e é ali que a atenção dos atores do processo deve estar, naquilo que fora produzido processualmente.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 103) entendem que a retirada das referências ao chamado livre convencimento motivado é proposital. A motivação no convencimento do juiz deve ser racional, sendo que isso que basta para definir o sistema de valoração probatória. Tem-se, aí, uma razão para melhor definição do sistema como da persuasão racional.

Visto a ausência do adjetivo livre no texto do novo Código de Processo Civil, completam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 103) que “não é mais correta, então, a referência ao ‘livre convencimento motivado’, como princípio fundamental do processo civil brasileiro; não é dogmaticamente aceitável, do mesmo modo, valer-se desse jargão para fundamentar as decisões”. Visto a ausência do chamado livre convencimento, não deve ser mais aceita a utilização desse jargão ao se decidir, motivar e fundamentar as decisões. Não deve ser mais considerado como um princípio dentro do processo civil vigente.

Conclui Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 862) que tal alteração legislativa deve provocar alteração de entendimento quanto a utilização do chamado livre convencimento motivado:

A fundamentação da sentença, portanto, não pode se confundir com a simples fundamentação escolhida pelo juiz para justificar seu convencimento livre e individualmente formado diante da lide. Todos os argumentos e todas as provas deduzidas no processo terão de ser racionais e objetivamente analisados, sem preconceitos subjetivos. O juiz interpreta e aplica o direito e não seus sentimentos pessoais acerca de justiça. É por isso que não se deve atrelar o julgamento ao *livre convencimento* do sentenciante. (grifo do autor).

A necessidade fundamentar e motivar a sentença não pode ser confundida com a simples manifestação e fundamentação do magistrado para justificar seu chamado livre convencimento perante os fatos apresentados. De acordo

com o autor, todas as provas e argumentos apresentados pelas partes devem ser objetivamente e racionalmente analisados. O magistrado deve interpretar e aplicar o direito, e não seus pensamentos individuais e pessoais acerca da justiça no processo. Não se trata de livre convencimento do juiz.

Em contraponto, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva e Rogério Licastro Torres de Mello (2015, p. 645) afirmam que o novo Código de Processo Civil em seu artigo 371, assim como o Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 131, adota o sistema do livre convencimento motivado.

Ademais, há de se acrescentar que o sistema da persuasão racional ou do livre convencimento motivado são equivalentes, conforme já explicado anteriormente. O que se verificava na prática jurídica era a utilização de certos magistrados do termo livre convencimento que estava previsto expressamente no texto legal para justificar seu modo de valoração de prova, que, de certa forma, não se adequava ao sistema da persuasão racional, vigente no Código de Processo Civil de 1973 e no novo Código.

Fernando de Fonseca Gajardoni (2015, s.p.) dita que por não ter mais livre não quer dizer que não mais existe no ordenamento:

E não deixou por uma razão absolutamente simples: o princípio do livre convencimento motivado jamais foi concebido com método de (não) aplicação da lei; como alforria para o juiz julgar o processo como bem entendesse; como se o ordenamento jurídico não fosse o limite. Foi concebido, sim, como antídoto eficaz e necessário para combater os sistemas da prova legal e do livre convencimento motivado puro, suprimidos do ordenamento jurídico brasileiro, como regra geral, desde os tempos coloniais.

O sistema da persuasão racional, chamado pelo autor de princípio do livre convencimento motivado, não foi, de forma alguma, imaginado como uma forma de não aplicar a lei, uma forma de permitir o magistrado julgar da forma que quisesse. O sistema foi imaginado como um antídoto necessário em contraposição ao sistema da prova legal e do sistema do livre convencimento em si, já explicados.

Além disso, é preciso acrescentar que o Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 372 dita que “o juiz poderá admitir a utilização da prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Oscar Valente Cardoso (2015, p. 335) entende que a ressalva apresentada pelo artigo em questão permite o entendimento de que há manutenção

na liberdade de valoração das provas.

O novo Código inova ao tratar dos requisitos da fundamentação da decisão judicial. Há, agora, previsão expressa de certos preceitos:

Art. 489. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Há confusão na interpretação desse artigo perante parte da doutrina. Fernando de Fonseca Gajardoni (2015, s.p.) explica que a previsão legal no novo Código de Processo Civil no artigo 489, §1º com requisitos mínimos de motivação não interfere na liberdade de valoração do magistrado. Existem dois elementos distintos presentes no novo Código e no Código de 1973 com relação à necessidade de motivação e liberdade na valoração da prova. A regra mencionada acima trata da motivação em si e não da liberdade de valoração.

Não há consenso quanto à adoção do termo livre convencimento motivado para caracterizar o sistema de valoração probatória adotada pelo novo Código de Processo Civil, visto não estar mais expressamente previsto dessa maneira. Há, no entanto, percepção pela maioria da doutrina, conforme apresentado, de que o novo Código de Processo Civil abriga o chamado sistema da persuasão racional que prevê necessidade de fundamentação expressa por parte do magistrado no momento que efetua a valoração do conjunto probatório processual, construído e debatido em contraditório.

3 ÔNUS DA PROVA

Após análise da prova em si, convém apreciar as regras gerais do ônus da prova, com a finalidade de posterior verificação das hipóteses de flexibilização deste no Código de Defesa do Consumidor, pelo princípio da precaução e no novo Código de Processo Civil. A análise do ônus probatório possibilita a melhor utilização e apreciação da prova por amostragem, que será estudada no capítulo posterior.

Antes da análise do ônus da prova, é importante determinar o que se entende como o ônus em si, a sua conceituação. Moacyr Amaral Santos (2011, p. 388) descreve que o ônus advém do latim *onus* que significa fardo, peso, carga.

Landolfo Andrade (2015, p. 68) analisa o ônus de forma geral e descreve este como a liberdade da produção de determinadas condutas e atos previstas nas normas jurídicas, com os fins de satisfazer interesse próprio, sem resignação ou coerção, sem que possa outra pessoa ou sujeito exigir o cumprimento, entretanto não o observar poderá acarretar consequências prejudiciais àquele que não o cumprir.

3.1 Conceito

Dentro da produção probatória, o ônus ganha contornos um pouco diferenciados, sendo conhecido como o ônus da prova. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 107) ditam que este é o encargo atribuído a determinado sujeito para que comprove determinadas alegações dos fatos.

Por sua vez, ao analisar o ônus probatório, Moacyr Amaral Santos (2011, p. 388) descreve este da seguinte forma:

Onus probandi traduz-se apropriadamente por *dever de provar*, no sentido de *necessidade* de provar. Trata-se apenas de *dever* no sentido de interesse, necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes. (grifo do autor).

Onus probandi é traduzido para dever de provar, entretanto esse dever deve ser entendido como a necessidade de prova. É o dever, não no sentido de obrigação, mas no sentido de interesse, de que o provar será necessário para fornecer ao magistrado o arcabouço probatório suficiente para formação de sua convicção, principalmente no tocante aos fatos que são pelas partes alegados.

Nesse sentido, também escreve João Batista Lopes (2002, p. 38) ao ditar que “no ônus, há a idéia de carga, e não de obrigação ou dever. Por outras palavras, a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir, mas se não o fizer nem por isso será automaticamente prejudicada”. Não há, como já explanado, um sentido de dever obrigação, mas sim de interesse, carga. A legislação atribui a uma das partes um ônus, e será interesse dele essa desincumbência ou não. Mesmo se não se desincumbir, a parte não será prejudicada de forma automática.

O magistrado, conforme já explicado no capítulo anterior, com base no artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015, apreciará toda a prova que estiver nos autos, não importando qual sujeito processual a promoveu, indicando, justificando e motivando a formação do convencimento, a sentença proferida.

É preciso lembrar também que o ônus da prova, conforme explicam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 165) não tem a ideia de ligação da produção probatória e resultado favorável àquele que produz a própria prova. A produção da prova está relacionada a uma chance maior de convencimento do magistrado, visto haver um arcabouço probatório maior a ser analisado pelo juiz para formação de seu convencimento.

Ainda nesse sentido, escreve Landolfo Andrade (2015, p. 67) que o

provar em si, juridicamente determinado, não é um dever. Trata-se de uma condição, uma chance de maior convencimento do magistrado, falando-se em sentido técnico como ônus da prova.

Paulo Roberto Fernandes de Andrade (2015, p. 241) apresenta que a presença e discussão do ônus da prova no processo está relacionado à presença do chamado 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.

Se possuíssemos um processo inquisitivo puro, e não um com o princípio dispositivo vigorando, não se falaria em ônus da prova, nem muito menos de seu descumprimento e consequências deste. No processo inquisitivo é do juiz a responsabilidade pela procura e compreensão da verdade dos fatos debatidos no processo, sendo que o cooperar das partes é, ao menos, dispensável, sendo que não há como puni-las pela omissão e falta do provar.

Analisando o ônus probatório dentro do processo, João Batista Lopes (2002, p. 47) doutrina que existem dois aspectos distintos:

[...] há dois aspectos do ônus da prova, bem claros e definidos: a) o ônus subjetivo (a quem incumbe provar); b) o ônus objetivo (encerrada a prova, irrelevante é indagar se houve estrita observância das regras que regem o ônus subjetivo da prova, pois o juiz, destinatário dela, julgará a causa levando em consideração todos os elementos constantes dos autos).

Verifica-se que o ônus da prova possui dois aspectos distintos: o ônus da prova subjetivo, relativo a quem é encarregado o provar, e o ônus objetivo, relativo ao destinatário da prova, qual seja, o magistrado. Neste ônus, ao final da produção probatória, será irrelevante verificar se as regras que conduzem o ônus subjetivo foram estritamente seguidas, já que o magistrado ponderará todos os elementos dos autos, e todas as provas produzidas para proferir julgamento.

Ao explicar o ônus da prova subjetivo, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 196) aclaram que este é dirigido às partes, e indica os fatos que cada parte deverá provar, bem como qualifica o próprio contraditório, visto que estimulará as partes para que participem do processo, conseqüente colaborando

para uma decisão mais correta e justa.

Ao analisar o ônus da prova objetivo, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 196) explanam que por esse aspecto é uma norma dirigida ao magistrado, sendo, dessa forma, uma regra de julgamento, indicando como ele julgará quando não houver prova nos autos.

Adicionam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 107), ao avaliar este mesmo ônus da prova objetivo, que o dever de julgamento ao magistrado persiste mesmo quando não há prova, visto que é vedado pelo ordenamento o *non liquet*.

Entretanto, lembra João Batista Lopes (2002, p. 48) “que, havendo nos autos elementos probatórios suficientes, não há razão para o juiz preocupar-se com a questão do ônus da prova, isto é, se tais elementos foram carreados ao processo pela parte a quem tocava o ônus de fazê-lo”. O magistrado, no entanto, conforme apresentado pelo autor, não precisará se preocupar com o ônus probatório das partes, se as partes inseriram elementos suficientes nos autos para formação do convencimento, trouxeram e produziram prova no processo de acordo com o ônus que possuíam.

3.2 Distribuição Legal e a Inversão do Ônus da Prova

Após a conceituação do ônus da prova por meio da análise doutrinária de seu significado, é imprescindível entender a previsão atual quanto ao ônus da prova dentro do ordenamento jurídico vigente, principalmente no tocante a quem cabe produzir prova, a quem será imposto o ônus de sua não produção.

A distribuição legal do ônus da prova está prevista no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 373 ditando as regras gerais do ônus da prova:

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.

Sendo assim, tal encargo é do autor, quando for relacionado a fato que constitua direito dele próprio, e do réu, quando houver fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito do autor. Não houve alteração significativa no texto relativo à distribuição legal do ônus probatório comparando o texto do Código de Processo Civil

vigente ao Código de Processo Civil de 1973. Houve apenas alteração de “do seu direito” para “de seu direito”, realizando apenas adequações ao texto legal.

Essa distribuição legal do ônus probatório é apresentada por Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 197) como a distribuição estática do ônus da prova. Tal consideração é devido à uma previsão estática, ou seja, direcionando o ônus, por vias legais, de parte dos fatos ao autor, e de outra parte dos fatos ao réu.

Analisando o ônus da prova destinado ao autor, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 111) elucidam que o fato constitutivo “compõe o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular”. Ou seja, será considerado como fato constitutivo aquele suporte fático de certa situação jurídica, enquadrado em uma determinada norma, afirmado pelo autor como sendo este o titular.

Analisando o ônus da prova destinado ao réu, qual seja, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 282) explana que “são os novos fatos que o réu pode, em contestação, alegar em detrimento da posição jurídica sustentada pelo autor e que, uma vez acolhidos, têm o condão de levar à rejeição da tutela jurisdicional tal qual formulada pelo autor”. Sendo assim, o ônus da prova ao réu determinado pela lei serão aqueles fatos novos que poderá o réu alegar, por meio da contestação, e contrapor à posição pelo autor sustentada. Estes fatos novos, se acolhidos, poderão levar à negativa da tutela jurisdicional requerida pelo autor na petição inicial.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 267) lembram que o magistrado poderá julgar de forma favorável àquela parte que não produziu provas de acordo com o previsto na legislação, ao imposto como ônus probatório, visto que o convencimento do julgador poderá ser baseado nas provas pela outra parte produzidas, bem como, se houver, nas provas de ofício produzidas.

Conforme alerta Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 33), eventuais descumprimentos do ônus da prova estático previsto na legislação só gerarão consequências na decisão, na própria prolatação da sentença, quando o magistrado formar seu convencimento fundamentado no arcabouço probatório produzido no processo.

É nesse sentido que doutrinam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 267) ao escreverem que “a regra do ônus da prova é um indicativo para as partes a respeito de quem pode se prejudicar com o estado de dúvida judicial e para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito”. Para as partes, a regra prevista no Código com relação ao ônus da prova será um indicativo, quem será prejudicado em caso de dúvida do juiz, e por meio desse regramento, o juiz se livrará desta dúvida, definindo o mérito.

Embora a regra geral seja a apresentada pelo Código de Processo Civil, a chama regra estática do ônus da prova, este poderá sofrer modificações em três situações distintas, conforme explicam Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 198): pela inversão convencional, a inversão legal (também conhecida como *ope legis*) ou pela inversão judicial (também conhecida por *ope iudicis*).

A primeira hipótese levantada de modificação ou inversão do ônus da prova é a inversão convencional do ônus da prova que está prevista expressamente no novo Código de Processo Civil, no mesmo artigo 373 que dita a regra estática do ônus da prova, mas em seus parágrafos, conforme abaixo:

Art. 373 [...] § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Conforme autorização do texto legal, as partes distribuir o ônus da prova de forma convencional, diversa do imposto pela legislação, desde que não recaia sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a desincumbência do ônus convencional que impossibilite o exercício do direito, esta chamada prova diabólica, podendo tal convenção ser celebrada durante o processo, ou, até mesmo, antes.

Novamente, não houve alteração significativa no texto relativo à distribuição convencional do ônus probatório comparando o texto do Código de Processo Civil de 2015, vigente, ao Código de Processo Civil de 1973. O texto anterior trazia uma regra negativa da qual advinha o entendimento da autorização legal da modificação convencional do ônus da prova pelas partes. Não houve, no entanto, alteração nas exceções à convenção das partes. Há também adição de mais um

parágrafo que esclarece em que momentos tal convenção poderá ser realizada.

A inversão convencional, esta modificação do ônus probatório por convenção das partes, segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 281) é considerada um negócio jurídico processual, sendo admitido pelo ordenamento jurídico desde que os requisitos para a validade de qualquer outro negócio jurídico estejam presentes, quais sejam, agente capaz, objeto lícito e a forma admitida pela legislação.

Além das limitações expressas pelo Código de Processo Civil de 2015, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 281) trazem a limitação do artigo 51, VI, do Código de Defesa do Consumidor que prevê que não será possível a modificação convencional do ônus da prova nas relações consumeristas, sempre que a modificação seja prejudicial ao consumidor. Há nessa previsão, a proteção da vulnerabilidade do consumidor tão presente no Código de Defesa do Consumidor. O Código, no artigo supramencionado, prevê que serão nulas de pleno direito qualquer cláusula contratual relativa ao fornecimento de serviços ou produtos que estabelecerem inversão do ônus probatório de forma prejudicial ao consumidor, aqui protegido.

A segunda hipótese levantada de modificação ou inversão do ônus da prova são as inversões legais, estas apresentadas por Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 198) como aquelas determinadas de forma prévia pela legislação, abstratamente, não dependendo da atuação do magistrado ou do caso em concreto. Essas hipóteses são, na verdade, presunções legais relativas.

No mesmo sentido, apresentam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 113) que a inversão *ope legis* é aquela determinada pela própria lei, não dependendo da atuação do magistrado ou do caso em concreto. Na verdade, não há qualquer inversão nessa hipótese de modificação. Há, na realidade, uma exceção da própria lei à regra geral do ônus probatório, sendo situação de presunção legal relativa. Na inversão *ope legis*, aquela parte que alegar o fato estará dispensada da prova, cabendo o ônus da prova de não ocorrência do fato debatido à outra parte.

Um exemplo apresentado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 113) desta modificação do ônus da prova está no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor ao prever que “o ônus da prova da

veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Conforme previsto pelo próprio Código vigente, a situação de prova da verdade da comunicação ou informação publicitária caberá àquele que as patrocina, não necessitando o consumidor atingido pela publicidade comprovar o dano, não seguindo, assim, a regra geral prevista pelo Código de Processo Civil de 2015.

Ao analisar as presunções relativas e absolutas e sua relação com a regra estática do ônus da prova e as modificações legais deste ônus, conforme apresentado, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 30) acrescenta o abaixo mencionado:

[...] aquilo que é presumido não precisa ser comprovado. Quando a presunção é absoluta, não se admite prova em contrária; quando é relativa, dispensa a produção de provas por quem faz a alegação, mas permite a prova contrária pela parte adversa. Somente no caso da presunção relativa é que se pode falar, propriamente, em inversão, porque aí haverá a possibilidade de o adversário fazer prova da inveracidade do fato alegado. Na absoluta, o que ocorre é a desnecessidade completa da produção da prova, e não propriamente inversão.

O que está presumido legalmente não precisará ser provado pelas partes. No caso das presunções absolutas, não será admitido prova em contrário. Já no caso das presunções relativas, é dispensada, conforme já explicitado anteriormente, a produção probatória para aquele que a alega, mas permite a prova em contrário pela outra parte.

Haveria uma modificação legal, uma inversão do ônus da prova, uma exceção à regra geral somente na presunção relativa, já que é possível a produção de prova pela outra parte. No caso da presunção absoluta, o que se verifica é a falta completa de necessidade da produção de prova, e não há uma inversão do ônus da prova propriamente dito, visto que não será possível esta produção pela parte contrária.

A terceira hipótese levantada de modificação ou inversão do ônus da prova são as inversões judiciais, estas apresentadas por Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 198) como aquelas que dependem da apreciação de forma subjetiva pelo juiz. A legislação confere, assim, ao próprio juiz, analisar o caso concreto e realizar a repartição do ônus da prova de forma diferente ao previsto na legislação. Estas hipóteses estão previstas, principalmente, no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Processo Civil de 2015, sendo que estas

hipóteses serão analisadas posteriormente.

Com a inversão judicial do ônus da prova, conforme Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 122), haverá modificação natural na produção de provas das partes, aqui presente o ônus subjetivo. Além disso, haverá modificação de quem assumirá os riscos do não desincumbir do ônus da prova, aqui presente o ônus objetivo. Não haverá qualquer mudança ou disposição quanto aos poderes probatórios do juiz.

Quanto ao momento que esta inversão do ônus probatório deve acontecer, Cassio Scarpinella Bueno (2011, p. 284-285) faz a seguinte ponderação:

Máxime em se aceitando, como é correto, a existência de um verdadeiro “direito fundamental à prova” [...] e à necessidade de o magistrado criar condições *prévias* de as partes produzirem a prova que lhes é determinada. De mais a mais, uma vez a prova seja produzida nos autos, passa a ser irrelevante quem a produziu em função do “princípio da aquisição da prova” [...], razão bastante para afastar eventuais críticas que o pensamento sustentado pode despertar no que diz respeito a uma eventual perda da isonomia do magistrado, ao assumir posição *ativa* na produção probatória. (grifo do autor).

Considerando o direito fundamental à prova, verifica-se que o juiz precisa criar prévias condições para as partes produzirem as provas a eles determinadas. Após a produção da prova, não é mais relevante quem a produziu, visto o princípio da aquisição da prova estar presente em nosso ordenamento. Não havendo relevância posterior de quem a produziu, não há motivos a sustentar o pensamento de que esta prévia condição apresentada às partes, essa assunção de uma posição ativa do magistrado na produção probatória, influi em uma perda de isonomia do julgador.

Considera Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 33) o ônus da prova como regra de julgamento, entretanto entende que deverá o magistrado na decisão em que irá sanear e organizar o processo, definir a distribuição do ônus da prova. Com isto, será evitada eventual afronta ao contraditório, bem como cerceamento de defesa da parte que seria prejudicada com alteração do ônus da prova, visto que esta alteração seria realizada em um momento processual que permitiria àquela parte que teve seu ônus alterado, com relação à regra geral, a produção da prova necessária para demonstrar os fatos que lhe interessam.

É nesse sentido que escreve Ricardo Augusto de Castro Lopes (2013, p. 552) quanto à posição do magistrado ao determinar o ônus probatório às partes:

[...] o juiz deve iluminar o caminho que as partes devem percorrer para tentar formar seu convencimento, apontando não só os pontos que entende controvertidos, mas, também, indicando quem deverá comprovar uma ou outra alegação, pouco importando, na verdade, se a parte já deveria, ou não, saber qual prova lhe caberia durante o processo.

Nesse sentido, o magistrado deverá guiar às partes para estas percorram o caminho correto para formação do convencimento do julgador, não só fixando os pontos chamados controvertidos, mas também indicando o ônus probatório a cada uma das partes, não importando se a parte deveria saber ou não qual prova seria cabível a ela.

De certa forma, é o que prevê o novo Código de Processo Civil em seu artigo 10 ao estabelecer que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. Por meio desta previsão, o magistrado não poderá decidir, em qualquer grau de jurisdição, baseando-se em fundamento do qual não foi dada às partes a possibilidade de manifestação.

Ao analisar o novo Código de Processo Civil, na época projeto de Código, mas que possuía o mesmo texto legal acima mencionado, Cassio Scarpinella Bueno (2013, p. 126-127) escreveu que a inversão judicial do ônus probatório somente pode ser compreendida como regra de procedimento. Escreve ainda que valorar os meios de prova será questão posterior, que pressupõe e necessita a correta produção probatória, compreendida processualmente como a chance de que as partes produzam as provas que compreendam como úteis e necessárias para formar o convencimento do magistrado.

É nesse mesmo sentido que explicam Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 462) ao ditarem que “uma coisa é a regra de inversão do ônus da prova (regra que inverte), outra é a regra do ônus da prova (regra invertida), esta sim, sem sombra de dúvidas, uma regra de julgamento”. Sendo assim, a regra que inverte, ou seja, a regra da inversão de ônus probatório é uma regra de procedimento. A regra que foi invertida, qual seja, a regra do próprio ônus da prova, é, com certeza, regra de julgamento.

Como as regras do ônus probatório sempre criam expectativas às partes com relação à futura decisão proferida, conforme analisam Fredie Didier Jr., Paula

Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 109), eventual distribuição do ônus da prova, com ou não aplicação das regras de inversão de ônus, deverá ser realizada em momento antecedente à decisão, para que a parte possa redimensionar a sua própria participação no processo.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 268-269) vão mais além e ultrapassam a discussão de regra de procedimento e regra de julgamento ou decisão, relacionando o convencimento judicial e a verossimilhança:

[...] não há como entender que o art. 373, quando dirigido ao juiz, é uma mera regra de decisão. Mesmo quando se pensa tal regra como dirigida ao juiz, não há como deixar de separar a sua aplicação como regra de decisão e como regra determinante da formação do convencimento judicial.

[...]

Quando se fala que a regra do art. 373 importa para a *formação do convencimento*, deseja-se dizer que ela pode ser *atenuada diante de determinadas situações de direito substancial*. Percebe-se que, ao se admitir que a técnica da verossimilhança tem a ver com a formação do convencimento judicial, fica mais fácil explicar porque o juiz, ao considerar o direito material em litígio, *não deve se preocupar com a prova dos fatos considerados de impossível esclarecimento*. (grifo do autor).

Não se pode compreender o ônus da prova, e a conseqüente regra estática prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil como uma mera regra de julgamento. Há íntima relação do ônus da prova no momento da decisão como uma regra determinante e importante quando da formação do convencimento do magistrado. Quando são relacionados o ônus da prova e a formação do convencimento, o que se deseja afirmar é que esta formação pode ser abrandada frente a certas situações do direito material.

Aceitando que a técnica de verossimilhança, isto é, a aparência de verdade naquilo que é apresentado, tem real conexão com a própria formação do convencimento do magistrado, fica facilitada a justificação de que o julgador, ao considerar os fatos e o direito material do caso em concreto, não deverá se preocupar com a comprovação daqueles fatos impossíveis de serem esclarecidos durante a produção probatória.

Complementam ainda Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 274) ao escrevem que diante de algumas situações é admitida a decisão se basear na verossimilhança como forma de possibilitar o direito material diante a regra legislativa do ônus da prova. Nessas situações que possuem

particularidades próprias, estas satisfatórias para demonstração de que exigir a prova completa, a prova plena contrariaria o desejo do próprio direito material. Não haveria conciliação do direito material e a aplicação do regramento do ônus probatório previsto na legislação.

Sendo assim, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 274) concluem ainda que a inversão do ônus da prova é uma técnica de adequação do processo e da convicção do magistrado à particularidade do direito material debatido nos autos.

3.3 Hipóteses de Flexibilização do Ônus da Prova no Processo Coletivo

Apresentada a regra geral do ônus da prova, bem como as possibilidades de sua modificação, quais sejam, as expressamente previstas em lei, as permitidas pela legislação devendo ser valoradas pelo magistrado e as que podem ser convencionadas pelas partes, é necessário analisar a flexibilização desse ônus probatório na especificidade do processo coletivo, principalmente por meio do Código de Defesa do Consumidor e o Código de Processo Civil de 2015.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 49) explicam que os microssistemas caracterizam e evidenciam quão policêntrico é o direito contemporâneo. Existem diversos centros de poder, em sistemática harmonização, qual seja, a Constituição Federal prevalecendo sobre os demais (por ser o fundamento da validade material e formal de todo o ordenamento jurídico), o próprio Código de Processo Civil e as diversas e variadas leis especiais.

O Código de Defesa do Consumidor faz parte do chamado microssistema de processos coletivos, conforme explica Cassio Scarpinella Bueno (2010, p. 203):

No plano infraconstitucional [...] o referencial normativo seguro do “direito processual coletivo” é o conjunto formado pela interação da Lei n. 7.347/1985, “Lei da ação civil pública”, e parcela da Lei n. 8.078/1990, o “Código do Consumidor”, decorrente da interpretação conjunta de seus arts. 21 e 90, respectivamente. É indiferente, no particular, que o direito *material* cuja tutela jurisdicional se pretende obter do Estado-juiz não seja relativo ao consumidor. (grifo do autor).

Percebe-se que, embora não haja um código de processo coletivo, o conjunto da Lei da Ação Civil Pública e parte do Código de Defesa do Consumidor

farão as vias das regras processuais para os processos coletivos, mesmo que a tutela que a parte pretende obter judicialmente não seja consumerista.

A lei 7.347/1985, a Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 21, deixa explícita a utilização das regras dispostas no Código de Defesa do Consumidor: “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Sempre que couber, serão utilizados os regramentos processuais previstos no Código de Defesa do Consumidor para os processos coletivos.

Haverá aplicação subsidiária das regras do Código de Processo Civil, inclusive aquelas referentes ao ônus da prova, bem como as regras da Lei da Ação Civil Pública, conforme artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor: “Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”. Há, assim, uma conjunção dos regramentos do Código de Defesa do Consumidor, da Lei da Ação Civil Pública e, subsidiariamente, no que couber, o Código de Processo Civil.

No mesmo sentido, anotam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 53) o microssistema de processos coletivos é composto pelo Código de Defesa do Consumidor, “a Lei de Ação Civil Pública, a Lei de Ação Popular, no seu núcleo, e a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança e outras leis avulsas, na sua periferia”. Acrescenta-se que somente poderá ser compreendido tal microssistema articulando essa legislação acima apresentada com a Constituição Federal e o Código de Processo Civil, em diálogo de fontes.

3.3.1 Flexibilização no Código de Defesa do Consumidor

Compreendida a noção do microssistema de processos coletivos, é preciso estudar o ônus da prova é flexibilizado por uma das mais importantes legislações que abrangem tal proteção, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, base processual expressamente prevista à tal microssistema, conforme dita a Lei da Ação Civil Pública.

Ensina Ronnier Herbert Barros Soares (2013, p. 589) que os interesses do consumidor são tutelados, desde a Constituição Federal de 1988, sob um enfoque

novo, por meio do qual o consumidor passou a ser considerado, dentro da relação de consumo, como a parte mais fraca, merecendo e precisando de atenção diferenciada do legislador, que decidiu instituir diversos mecanismos para compensar essa desigualdade, que passa a ser presumidamente existente. Entre esses mecanismos está a necessidade de facilitar o acesso e defesa dos direitos e interesses dos consumidores, principalmente com a inversão do ônus probatório.

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 6º, VIII, traz esse mecanismo de compensação de desigualdade do consumidor, por meio de hipótese de flexibilização do ônus da prova, ao ditar, expressamente, o seguinte direito básico do consumidor:

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.

Com a finalidade de facilitar a defesa dos direitos do consumidor, há a previsão expressa da possibilidade de inversão do ônus da prova a favor do consumidor, a critério fundamentado do magistrado, quando for, alternativamente, verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, seguindo as regras da experiência, estas anteriormente já estudadas.

Verifica-se que esta alternativa entre os dois requisitos para a inversão do ônus é, inclusive, conforme entendem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 277), a compreensão literal do próprio texto normativo, qual seja, a alternatividade, e não cumulatividade, da verossimilhança ou da hipossuficiência.

O princípio da isonomia está relacionado à aplicação da inversão do ônus probatório, conforme apresenta Ronnie Herbert Barros Soares (2013, p. 591):

[...] afigura-se correto, portanto, reconhecer ao consumidor a prerrogativa de ver invertido o ônus da prova, como forma de aplicação do princípio da isonomia, do qual decorre o direito à ampla defesa, assegurando-se, assim, o reestabelecimento do equilíbrio entre as partes litigantes, sempre que este se encontre em posição de inferioridade jurídica ou econômica.

Conceder ao consumidor o direito de ter seu ônus da prova invertido ao fornecedor é uma maneira de aplicar o princípio da isonomia dentro do processo, com

consequente ampla defesa, permitindo, assim, que o equilíbrio entre os litigantes seja reestabelecido, quando houver uma situação de inferioridade econômica ou jurídica.

O primeiro requisito apresentado pelo Código para a flexibilização do ônus da prova é a verossimilhança. João Batista Lopes (2002, p. 50) dita que “alegação verossímil é a que tem aparência de verdade”. A verossimilhança está presente quando o consumidor apresenta suas alegações e estas possuem, pelo menos, aparência, aspecto de verdade.

Ao analisar este requisito, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 129) entendem que “constatada a verossimilhança das alegações do consumidor, com base nas regras da experiência, o magistrado deve presumi-las verdadeiras, para, redistribuindo o ônus da prova, impor ao fornecedor o encargo de prova contrária”. Possuindo as alegações do consumidor aparência de verdade, qual seja, verossimilhança, baseando-se nas chamadas regras de experiência, o juiz deverá presumir estas alegações como verdade e redistribuir, flexibilizar o ônus probatório, impondo ao fornecedor o ônus, o encargo da prova em contrário.

É nesse sentido que também entendem Vidal Serrano Nunes Júnior e Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos (2014, p. 77) que explicam que o magistrado, se utilizando das regras de experiência, deverá verificar se as afirmações são verossímeis, ou seja, por meio de ponderação de plausibilidade se estas afirmações se mostram cabíveis, com verdade aparente.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 279) fazem uma análise de tal requisito e exemplificam, relacionando o requisito da verossimilhança à teoria da verossimilhança preponderante:

No caso em que o autor alega que um defeito no sistema de freios do seu veículo lhe acarretou um acidente com danos materiais e pessoais, e o fabricante não demonstra a inexistência desse defeito, a dificuldade no *preciso esclarecimento* de que o dano foi gerado pelo defeito não pode ser suportada pelo consumidor, bastando-lhe, assim, fazer o juiz *acreditar na verossimilhança* de que esse defeito tenha causado o dano. A dificuldade no *pleno esclarecimento* da relação de causalidade, diante do risco probatório assumido pelo fabricante – que produziu o sistema de freios com defeito –, obviamente deve ser imputada a ele. (grifo do autor).

No caso apresentado, em uma situação de dificuldade de esclarecimento pleno e preciso da geração de dano por defeito do produto, não pode

o consumidor ser lesado. Basta o magistrado acreditar que há verossimilhança preponderante, uma aparência de verdade, nas alegações do consumidor, qual seja, que o defeito causou o dano do caso em concreto. Acrescenta-se, entretanto, conforme os próprios autores lembram, que é preciso sempre apresentar às partes previamente a alteração do ônus probatório, conforme já debatido anteriormente.

Nesse sentido, escreve Landolfo Andrade (2015, p. 93) que quando o Código de Defesa do Consumidor mistura a inversão do ônus da prova com a verossimilhança preponderante, e dizendo que esta estando presente basta, ele se utiliza da técnica chamada verossimilhança preponderante, embora a coloque como uma hipótese de flexibilização do ônus da prova.

Ao comentar o Código de Defesa do Consumidor, José Geraldo Brito Filomeno (2011, p. 163) alerta que a razão da verossimilhança posta como requisito pelo Código “consiste na circunstância da vulnerabilidade do consumidor, que [...] não detém o mesmo grau de informação, inclusive técnica, e outros dados a respeito dos produtos e serviços com que se defronta no mercado, que o respectivo fornecedor”. O consumidor é vulnerável frente aos fornecedores, não detendo aquele dos mesmos dados e informações, inclusive técnicas, acerca dos serviços e produtos postos no mercado por estes, sendo essa situação de vulnerabilidade a base da previsão da flexibilização do ônus da prova e do requisito da verossimilhança.

A vulnerabilidade do consumidor é princípio expresso no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4, I, ao estabelecer como princípio o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”, servindo esta como base para toda a defesa do consumidor.

O segundo requisito apresentado pelo Código para a flexibilização do ônus da prova é a hipossuficiência. Landolfo Andrade (2015, p. 97) explica esse requisito da seguinte maneira:

[...] a hipossuficiência pode ser definida como a *dificuldade do consumidor para produzir, no processo, a prova do fato favorável a seu interesse*, quer seja porque ele não possui conhecimento técnico específico sobre o produto ou serviço adquirido (*hipossuficiência técnico-científica*) – hipótese mais comum –, quer seja porque ele não dispõe de recursos financeiros para arcar com os custos de produção dessa prova (*hipossuficiência econômica ou fática*). (grifo do autor).

O requisito da hipossuficiência dentro da flexibilização do ônus da prova deve ser entendido como a dificuldade de o consumidor produzir, dentro do prazo,

provas dos fatos apresentados favoráveis a seus interesses. Essa hipossuficiência poderá ser técnico-científica, quando o consumidor não possuir conhecimento técnico sobre o serviço ou produto, ou a econômica, também apresentada como fática, quando o consumidor não dispor de recursos para arcar a produção probatória e seus custos, sendo a técnico-científica a hipótese mais comum.

Nesse fundamento, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 31) alude também que a hipossuficiência apresentada pela lei não é somente a econômica, mas também, e especialmente, a relacionada a informações de produtos ou serviços, a hipossuficiência chamada técnico-científica. O magistrado flexibilizará o ônus estático previsto no Código de Processo Civil, invertendo o ônus da prova, sempre que constatar que a produção probatória será árdua ao consumidor, já que as informações e conhecimentos técnicos serão necessários e estão em posse do fornecedor, afinal, é este que conhece o serviço ou produto colocado no mercado. Nessa situação, será difícil o consumidor comprovar a causa do defeito, devendo o magistrado inverter o ônus da prova.

Ao analisar o artigo que flexibiliza o ônus probatório, principalmente o requisito da hipossuficiência, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (2009, p. 110) faz o seguinte alerta:

Como o Código de Defesa do Consumidor não expressou a natureza da hipossuficiência, dando margem a uma interpretação restrita do seu alcance para abranger apenas os economicamente necessitados, contrapondo-se a uma visão mais ampla que trabalhava com a idéia de hipossuficiência em sentido amplo, para abranger uma aferição em concreto quanto à aptidão da produção da prova.

Como o Código de Defesa do Consumidor não especifica e qualifica a hipossuficiência, diversos entendimentos surgem da interpretação do texto legal, inclusive a aplicação somente a economicamente necessitados. Há uma visão mais ampla dessa hipossuficiência, conforme já apresentado, devendo verificar, no caso concreto, se há aptidão do consumidor para a produção da prova, e se não for o caso, inverter o ônus da prova.

Ao relacionar os dois requisitos alternativos para a inversão do ônus da prova apresentada pelo Código de Defesa do Consumidor, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 280) concluem que quando não se puder chegar à verossimilhança do alegado, chegando-se em uma situação de

impossibilidade de produção de prova por parte do consumidor, uma inesclarecibilidade da relação de causalidade, deverá a inversão do ônus probatório ser realizada baseada na hipossuficiência.

Ao comentar o Código de Defesa do Consumidor, Kazuo Watanabe (2011, p. 10) compreende que se houver uma “situação de manifesta posição de superioridade do fornecedor em relação ao consumidor, de que decorra a conclusão de que é muito mais fácil ao fornecedor provar a sua alegação, poderá o juiz proceder à inversão do ônus da prova”. Sendo assim, havendo superioridade do fornecedor frente ao consumidor, concluindo-se que para aquele é facilitada a prova da alegação, poderá o magistrado, mediante decisão fundamentada, inverter o ônus probatório.

Relacionam, no entanto, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 280) essa possibilidade de inversão do ônus probatório quando a produção da prova é difícil ao consumidor ou impossível, ou ainda, mais fácil ao fornecedor à inversão apresentada pelo novo Código de Processo Civil em seu artigo 373, que será explicada posteriormente, sendo esta baseada na teoria do ônus dinâmico.

Não se pode confundir a hipossuficiência do consumidor, com sua vulnerabilidade. Conforme explicam Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 460), a hipossuficiência tem índole processual, guardando relação com dificuldade na produção de determinadas provas pelo consumidor, não sendo presumida por lei, devendo ser analisada casuisticamente pelo magistrado, seguindo as regras da experiência. A vulnerabilidade, por sua vez, tem índole material, traduzindo-se em situação de inferioridade econômica, técnica e jurídica do consumidor comparado ao fornecedor, sendo presumida no próprio Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 4º, I, ao estabelecer o princípio da vulnerabilidade do consumidor.

Entre as três hipóteses de modificação do ônus da prova, Flávia Pereira Ribeiro e Clara Moreira Azzoni (2013, p. 192) apresentam que a regra do Código de Defesa do Consumidor é uma inversão legal (*ope iudicis*), cabendo ao magistrado, analisando o caso concreto, e seguindo as regras da experiência, analisar se estão evidentes e presentes os requisitos exigidos pelo Código em questão.

Yoshiaki Ichihara (2013, p. 649) também entende dessa maneira ao escrever que é dirigida ao magistrado essa modificação do ônus probatório, que

deverá verificar no caso concreto, se está presente a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. Essa inversão do ônus da prova embarca no espaço da interpretação da legislação e dos fatos, como ocorre com todo e qualquer caso apresentado em juízo.

Tal inversão do ônus da prova não é discricionária do magistrado, devendo esta modificação ser fundamentada, conforme explica Hugo Nigro Mazzilli (2011, p. 631):

A inversão não é discricionária: deve ser fundamentada em concreto. Tanto para considerar se é verossímil a alegação, como para avaliar se o consumidor é hipossuficiente, o juiz pode valer-se das regras ordinárias de experiência: por isso, não está adstrito aos critérios do art. 2º, parágrafo único da Lei n. 1.060/50 (que define os beneficiários da assistência judiciária gratuita), até porque não há razão para aqui entender a hipossuficiência apenas sob o aspecto econômico.

O magistrado, quando verificar ser cabível a inversão do ônus da prova, deverá fundamentar a sua decisão, tanto para a verossimilhança da alegação, quando a hipossuficiência do consumidor, podendo utilizadas regras ordinárias de experiência para tal fundamentação. Verifica-se também que não deve ser considerada a hipossuficiência somente sob o aspecto econômico, não se atendo à critérios da legislação atinente à assistência judiciária gratuita.

Escreve também Hugo Nigro Mazzilli (2011, p. 631) que tal inversão do ônus também não é automática, dependendo “não só de identificar o juiz uma das hipóteses em que a lei a admita, como ainda de o juiz, no caso concreto, reputá-la adequada ou conveniente”. Não será a inversão do ônus da prova automático, devendo o juiz verificar o caso concreto, os fatos apresentados e a situação das partes, e, identificando uma das hipóteses autorizativas da inversão, julgar se tal modificação é conveniente ou adequada ao caso apresentado.

Relacionando a inversão do ônus probatório como sendo uma regra de procedimento, conforme já explicado anteriormente, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 461) apresenta que esta inversão deverá ser realizada em um determinado momento em que possibilite a outra parte, que originariamente não possuía tal ônus, de se desincumbir deste. É dever do juiz, apresentar a inversão probatória antes da prolação da sentença, e no tempo suficiente para aquele que for onerado possa se desincumbir desse ônus probatório. Caso não seja realizado dessa maneira, a inversão será uma imposição de pena, e não a inversão desse ônus.

Flávia Pereira Ribeiro e Clara Moreira Azzoni (2013, p. 193) entendem que deverá ser clara a inversão do ônus da prova, sendo que o mero risco de possibilidade de a inversão ocorrer, visto a previsão legal autorizativa da modificação do ônus da prova, ou mero alerta do juiz no saneamento do processo não deve ser encarado com suficiente para o exercício do direito de ampla defesa da parte contrária, qual seja, no direito do consumidor, o fornecedor de produtos ou serviços.

Essa hipótese de flexibilização do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, não se limita às ações consumeristas, conforme escrevem Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 200) que há entendimento, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, da utilização da inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor para proteger todos os outros tipos de direitos ou interesses transindividuais. Tal interpretação é condizente com o microsistema de processos coletivos, já mencionado e explicado anteriormente.

Continuam, ainda, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 200) que embora o artigo 6.º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor estar fora do chamado título III, que trata da defesa do consumidor em juízo, não se nega que se trata de regra figurada para tal defesa, sendo, assim, aplicável às outras ações coletivas pelo princípio da integração, estando assim, figurada no microsistema de processos coletivos e base processual para a discussão dos interesses difusos e coletivos.

Landolfo Andrade (2015, p. 135) lembra, no entanto, que é na chamada vulnerabilidade do próprio consumidor que é fundado todo o direito do consumidor. Sendo assim, é necessária a observação e verificação em cada caso em concreto da condição de vulnerável daqueles que são destinatários da norma e de sua proteção. No caso de se tratar das ações coletivas fora do ramo do direito do consumidor, sem a ressalva da vulnerabilidade analisada no caso concreto, usar tal flexibilização do ônus probatório sem cautela pode gerar decisões ainda mais injustas daquelas que se pretendia evitar, não se atingindo o objetivo de tal modificação do ônus estático.

Um exemplo da aplicação desta inversão do ônus da prova em outra área coletiva é apresentado por José Miguel Garcia Medina e Rafael de Oliveira Guimarães (2007, p. 156-157), aplicando-a ao direito ambiental, em um caso de vazamento potencialmente perigoso:

Imagine-se na ocorrência de um vazamento de produtos químicos em um rio noticiado amplamente pela imprensa. Nessa situação, no caso de uma associação ambiental demandar a indústria causadora em juízo, pode (e deve) o juiz entender que há claramente verossimilhança das alegações, e determinar que a empresa prove que não causou dano ambiental algum ao rio, e assim se eximir das conseqüências legais de tal ato.

No exemplo acima mencionado, verifica-se a necessidade de constatada a verossimilhança do alegado pela associação ambiental autora, em vistas à proteção ao meio ambiente, inverter o ônus da prova, imputando tal encargo à empresa potencialmente poluidora para que se comprove que o dano ambiental não fora causado.

Fora do direito ambiental, Landolfo Andrade (2015, p. 135) traz o seguinte exemplo de uma ação civil pública dentro da esfera dos direitos da criança e do adolescente:

Imagine-se, por exemplo, uma ação civil pública ajuizada para a defesa dos interesses das crianças e adolescentes de um determinado município, que estão sendo vítimas da péssima qualidade da merenda fornecida por uma empresa do setor alimentício contratada pela prefeitura para prestar esse tipo de serviço. É evidente que referida empresa, em razão da especialidade do serviço por ela prestado, está numa posição de superioridade técnica frente aos destinatários imediatos da merenda escolar. Nessa hipótese está justificada a aplicação, por analogia (*ubi eadem ratio ibi idem jus*), das regras de proteção previstas no CDC, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova, quando presentes estiverem os requisitos legais.

Traz-se um exemplo, fora do direito do consumidor ou do direito ambiental, onde também vigora o princípio da precaução, que será analisado em seção posterior, para demonstrar que é possível aplicar por analogia o regramento da inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor para a defesa de direitos difusos, coletivos e transindividuais, desde que respeitados os requisitos desta inversão, devendo também, conforme já analisado, verificar no caso concreto a presença da vulnerabilidade dos destinatários da norma. Estando tais situações evidentes, será possível utilizar tal flexibilização.

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual apresenta em seu artigo 12 um modelo de ônus da prova para os processos coletivos diverso daquele que é a regra geral em nosso ordenamento jurídico, conforme abaixo:

Art. 12. [...] Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Par. 2º – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º - O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

O Código Modelo traz um modelo de regra geral de ônus probatório para os processos coletivos, e não inversão do ônus da prova, sugerindo a incumbência de tal ônus à parte que possuir específicas informações ou conhecimentos técnicos quanto aos fatos em discussão, o que se compara à previsão do Código de Defesa do Consumidor no critério da hipossuficiência. Sugere também o ônus da prova para a parte que obtiver maior facilidade em demonstrar os fatos, o que se compara à previsão do Código de Processo Civil, a ser analisado em tópico posterior.

Recomenda também que se, por motivos de ordem técnica ou econômica, não puder o ônus ser cumprido, o magistrado poderia determinar o que necessário for para obter os elementos probatórios que forem indispensáveis para a decisão de mérito, inclusive requisitando eventuais perícias, principalmente a entidades públicas vinculadas ao objeto da matéria, condenando o sucumbente a proceder ao reembolso das custas. Verifica-se também o conselho de possibilitar o magistrado *ex officio* determinar a produção de provas necessárias, sempre observando o princípio do contraditório, colocando o juiz, assim como em nosso ordenamento jurídico, em uma posição ativa, já que é destinatário principal da produção de provas.

É possível verificar também que, além da regra geral estabelecida aos processos coletivos, o Código Modelo sugere que o ônus probatório poderá ser alterado se surgir uma mudança nos fatos ou no direito necessária para a causa, quando poderia o magistrado rever o ônus da prova, por meio de decisão motivada, desde que houvesse tempo hábil para a produção probatória designada, observando-

se, também, o contraditório.

O anteprojeto de Código de Código Brasileiro de Processos Coletivos trazia texto similar em seu artigo 10, apenas readequando os termos e prevendo relações ao Código de Processo Civil, mas trazendo o mesmo regramento do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

3.3.2 Flexibilização por meio do princípio da precaução

Conforme apresentado acima, pode-se aplicar no direito ambiental a possibilidade da inversão do ônus da prova apresentado pelo Código de Defesa do Consumidor. Além disso, um dos principais princípios do direito ambiental, é o princípio da precaução é também levantado como base para inversão do ônus probatório. Fernando Reverendo Vidal Akaoui (2009, p. 22), ao analisar os princípios da precaução e da prevenção, dita o seguinte:

Denominados por muitos de megaprincípios do Direito Ambiental, sob nossa ótica, são de fato, os mais importantes dos princípios que regem esta matéria, visto que, sem uma política que permita impedir a ocorrência de danos ao meio ambiente, não será possível obter o resultado pretendido pela Constituição Federal, no sentido de manter uma vida digna, o que pressupõe seja saudável (física e psicologicamente).

Os princípios da precaução e da prevenção são considerados megaprincípios dentro do direito ambiental, base de uma política que possa impedir que danos ao meio ambiente ocorram, para que seja possível ser obtido o resultado que pretende e prevê a Constituição Federal para manutenção de uma vida digna e saudável.

Tal previsão está no artigo 225, *caput* da Constituição Federal, ao ditar que todos terão “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. No ordenamento brasileiro, advém daqui, indiretamente, o princípio da precaução no direito ambiental, visto que para a qualidade de vida apresentada pela *Magna Carta* será necessária a aplicação do princípio da precaução no direito ambiental.

Celso Umberto Luchesi (2011, p. 132) explica que este princípio foi

apresentado lá no início da década de 1970 por alguns juristas alemães que preconizavam a necessidade de medidas que, preventivamente, preservassem o meio ambiente.

Ao diferenciar os princípios da prevenção e da precaução, Landolfo Andrade (2015, p. 136), explica que ao lado “do princípio da prevenção, cuja aplicação busca evitar um dano nos casos em que os riscos decorrentes de uma atividade são conhecidos, o princípio da precaução é usado nos casos em que não há certeza científica quanto a estes riscos”. Verifica-se que a prevenção busca a proteção ao meio ambiente quando os riscos que decorrem de certa atividade já são conhecidos pela ciência, enquanto a precaução está ligada àqueles casos quando os riscos não são certos, não há uma certeza científica vinculada aos riscos apresentados.

A exteriorização mais clara deste princípio, segundo Fernando Reverendo Vidal Akaoui (2009, p. 24), é o conhecido licenciamento ambiental, já que é por meio dele que se avalia os impactos de certa atividade, conduta ou obra ao meio ambiente, ou é atestada a impossibilidade de se detectar os limites em potencial dos danos ambientais.

Visto esse dever de conservação de todo o meio ambiente, advindo do princípio da precaução, principalmente com relação àqueles danos que não possuem certeza científica, Landolfo Andrade (2015, p. 139) explica:

[...] é possível afirmar que, no contexto do direito ambiental, o adágio *in dubio pro reo* é transmutado, no rastro do princípio da precaução, em *in dubio pro natura*, carregando consigo uma forte presunção em favor da proteção da saúde humana e biota. Tal, por óbvio, coloca a responsabilidade pela demonstração da segurança naqueles que conduzem atividades potencialmente perigosas, o que simboliza claramente um novo paradigma: antes, o poluidor se beneficiava da dúvida científica; doravante, a dúvida funcionará em benefício do ambiente.

Referindo-se ao direito penal, o princípio processual penal do *in dubio pro reo*, sofre uma modificação, com base no princípio da precaução, aplicando-se no direito ambiental o chamado *in dubio pro natura*, trazendo uma presunção favorecendo a proteção do meio ambiente, da saúde biota e da saúde humana. Há uma mudança na responsabilidade de se demonstrar a segurança daquelas atividades que são potencialmente perigosas ao meio ambiente: antes, a dúvida científica beneficiava o poluidor; hoje, o meio ambiente se beneficia com a falta de

certeza científica.

Tal modificação de responsabilidade, explica Álvaro Luiz Valery Mirra (2002, p. 248), faz com que, mesmo diante da incerteza científica quanto à efeitos perigosos e nocivos de certa substância ou atividade ao meio ambiente, visto a presença de um perigo irreversível e grave, a substância ou atividade em questão seja evitada ou controlada de maneira rigorosa, priorizando o meio ambiente, conforme disposto na Constituição Federal.

O reflexo do princípio da precaução aplicado no direito ambiental, para se proteger o meio ambiente em toda a sua essência, no processo coletivo é apresentado por Landolfo Andrade (2015, p. 140):

[...] nas ações civis públicas ambientais, ao autor incumbirá, em regra, a comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil por dano ambiental, quais sejam: atividade danosa, dano e nexos causal. Comprovada, contudo, a existência de dúvida científica razoável a respeito dos riscos de determinada atividade, o princípio da precaução sugere, então, que o ônus da prova seja sempre invertido de maneira que o réu-empresendedor tenha que demonstrar a ausência de perigo ou dano decorrente dessa atividade.

Caberá ao autor da ação civil pública ambiental, em regra, o ônus probatório na responsabilidade civil pelo dano ambiental, devendo comprovar o nexos causal, o dano e a atividade danosa. Entretanto, aplicando-se o princípio da precaução dentro do direito ambiental, havendo incerteza científica razoável quanto aos riscos de uma atividade ou substância, poderá haver inversão do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar que não há dano ou perigo que decorra da atividade desenvolvida ou da substância aplicada no caso em concreto.

Ao analisar essa possibilidade de inversão do ônus da prova, Álvaro Luiz Valery Mirra (2002, p. 252) escreve que tal modificação impõe àquele que degrada o meio ambiente o ônus da prova que a atividade que está a ser questionada no caso em concreto não é potencialmente ou efetivamente degradadora do meio ambiente.

Um exemplo da aplicação do princípio da precaução como fundamento para a modificação do ônus probatório é apresentado abaixo, conforme decisão do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial 292.902/RS, relatado pela Ministra Eliana Calmon:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

– ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. [...]

3. Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução.

No caso concreto, aplicou-se a inversão do ônus da prova devendo o empreendedor demonstrar a segurança do empreendimento. Há também menção à inversão do ônus da prova com base no Código de Defesa do Consumidor, demonstrando a aplicação do microssistema de processos coletivos.

3.3.3 Flexibilização no Código de Processo Civil de 2015

Após verificar a hipótese de flexibilização trazida pelo Código de Defesa do Consumidor quanto à inversão do ônus da prova, e a modificação do ônus da prova advinda da aplicação do princípio da precaução no direito ambiental, convém analisar a hipótese do Código de Processo Civil de 2015.

A ideia por trás da modificação trazida pelo novo Código de Processo Civil tem como base a teoria do ônus dinâmico da prova, desenvolvida por Jorge Peyrano (2013, p. 968):

Resulta ser que la vida y hasta el propio sentido común permitieron descubrir coyunturas en las cuales el referido apriorismo en materia de esfuerzos probatorios, funcionaba mal. Así, v.gr, la regla de distribución de las cargas probatorias según la cual se debe colocar la carga respectiva en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla.¹

Ao apresentar esta teoria do ônus dinâmico da prova, verifica-se que esta distribui o ônus da prova para aquela parte que estiver em melhores condições para a produção, o que difere da regra geral, por exemplo, utilizada pelo Código de Processo Civil vigente, que utiliza uma regra estática de ônus.

Esta teoria pode ser resumida e apresentada da seguinte forma, conforme Terence Trennepohl (2009, p. 420) escreve:

[...] há de ser levada em conta a apreciação da chamada teoria da distribuição

¹ Acontece que a vida, e até mesmo o próprio senso comum, permitiram descobrir situações em que o referido apriorismo em matéria de esforços probatórios funcionava mal. Assim, por exemplo, a regra de distribuição das cargas probatórias, segundo a qual se deve a carga respectiva sob responsabilidade da parte que se encontre nas melhores condições da produção da prova (tradução nossa).

dinâmica do ônus das provas, que busca, resumidamente, impor a carga da produção da prova, àquele que estejam em condições de produzi-la com menos inconvenientes e despesas. [...] a produção da prova seria extremamente complexa do ponto de vista do demandante, o que não ocorreria para o demandado, pois, além de ter informações técnicas sobre o dano, é o único que poderia agir eficazmente para saná-lo.

Tal distribuição dinâmica impõe o ônus da prova para aquele que possuir melhores condições de produzi-la, com menos despesas e inconvenientes. Além disso, a produção da prova extremamente complexa para um dos lados seria também motivo para alteração do ônus probatório. Repassando o ônus para a outra parte, esta possuindo melhores informações técnicas sobre o dano em si, por exemplo, seria o mais eficaz para a produção da prova, e conseqüente desincumbência deste ônus distribuído.

Cinco pontos são levantados por Flávia Pereira Ribeiro e Clara Moreira Azzoni (2013, p. 199) ao estudarem a teoria do ônus dinâmico da prova:

Em linhas gerais, pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, (i) não se deve aceitar o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; (ii) não importa a posição da parte no processo; (iii) não é relevante a clássica distinção entre fatos constitutivos, extintivos, modificativos, etc.; *é importante apenas* (iv) o caso em concreto e a (v) natureza do fato a ser provado – imputando-se o encargo àquele que, pelas circunstâncias reais, encontrar-se em melhores condições de fazê-lo. (original não grifado).

O primeiro ponto é que não se poderia aceitar um prévio e abstrato estabelecimento de ônus da prova. O segundo ponto é que as posições das partes não importam. O terceiro ponto é que não seria relevante aquela clássica distinção quanto a fatos modificativos, extintivos, impeditivos e constitutivos do direito, utilizada para a regra geral do ônus da prova no Código de Processo Civil. O que importa à esta teoria são os dois últimos pontos: o caso analisado em concreto e a natureza dos fatos que devem ser provados. Será imputado o ônus da prova para a parte, segundo o caso em concreto e a natureza do fato, estiver nas melhores condições de produção da prova.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 129) entendem que esta técnica é considerada a própria consagração do princípio da adequação e do princípio da igualdade, com vistas ao equilíbrio entre as partes processuais, estando este equilíbrio necessário previsto expressamente no artigo 7º do Código de Processo Civil.

Analisando o princípio da igualdade e sua relação com a teoria do ônus dinâmico da prova, Flávia Pereira Ribeiro e Clara Moreira Azzoni (2013, p.199) explicam que para esse princípio ser consagrado no processo é necessário o reconhecimento de eventuais diferenças econômicas, culturais e técnicas entre as partes, bem como uma maior ou menor dificuldade na produção de provas.

Um alerta é proferido por Landolfo Andrade (2015, p. 112) ao dizer que a teoria em questão não tem como finalidade a substituição dos chamados critérios tradicionais da distribuição do ônus da prova, mas sim como complementação e aperfeiçoamento. Deve-se flexibilizar o ônus estático da prova naqueles casos em que a parte que deva arcar com o encargo probatório, segundo as regras clássicas previstas expressamente na legislação, está impossibilitada de cumpri-lo por motivos e questões alheias a vontade da própria parte.

É nítido, conforme apresenta Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2011, p. 230), que esta teoria do ônus dinâmico da prova está de acordo com umas das maiores preocupações do direito processual, qual seja, a maior efetividade na questão, no plano material por meio de um aprimoramento, melhora da própria técnica processual.

Adotando a ideia da teoria em questão, o Código de Processo Civil de 2015 criou uma hipótese de flexibilização do ônus estático da prova, em dois parágrafos do artigo 373:

Art. 373 § 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.

O Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 373, §1º prevê a possibilidade de flexibilização do ônus da prova em casos previstos em lei ou diante do caso em concreto quando for impossível ou for de excessiva dificuldade o cumprimento do encargo do ônus probatório geral, já mencionado anteriormente, bem como em situações em que seja mais fácil a obtenção da prova pela parte contrária. Nessas situações, o juiz poderá alterar o ônus da prova, desde que fundamentada e motivada a decisão. Além disso, o Código prevê também que a alteração do ônus não

pode gerar prova impossível ou excessivamente difícil para parte contrária, que não possuía esse ônus pela regra geral.

Nesse sentido, escreve Landolfo Andrade (2015, p. 66) ao analisar a modificação prevista pelo Código de Processo Civil de 2015, que não era prevista no Código de Processo Civil de 1973:

Escorada em autorizada doutrina, o novo CPC autoriza o juiz, diante de peculiaridades da causa, a modificar o ônus da prova nos casos em que a prova que deveria produzi-la segundo as regras estáticas e clássicas se vir impossibilitada de fazê-lo, ou então, quando se afigurar mais fácil à parte adversa produzir a prova do fato contrário.

Já aceita por parte da doutrina mesmo antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, a legislação agora expressamente autoriza a flexibilização do ônus da prova, desde que de forma fundamentada pelo magistrado, nas situações previstas no artigo 373, qual seja, quando estiver a parte impossibilitada de fazê-lo, ou na situação em que for mais fácil à parte contrária fazer prova do fato contrário.

Ponderando o texto legal que prevê a possibilidade de modificação do ônus probatório estático previsto no Código, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 198) inferem que:

Excepcionalmente, quando se constatar, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, que a aplicação das normas legais sobre distribuição do ônus da prova resultará numa decisão manifestamente injusta, aí sim poderá o juiz repartir de modo diverso o ônus da prova, por meio de um julgamento lógico, capaz de revelar e fazer compreender, por meio de adequada fundamentação, como formou de maneira racional sua convicção e quais os elementos que a determinaram.

De acordo com as circunstâncias dos fatos debatidos no processo, do caso em concreto, quando se verificar que a aplicação das regras estáticas do ônus da prova for resultar em uma decisão visivelmente injusta, poderá o magistrado flexibilizar este encargo expressamente previsto, através de um julgamento racional e coerente, mediante fundamentação adequada, demonstrando sua convicção racionalmente formada e os elementos determinantes de sua decisão.

Ao sistematizar essa flexibilização do ônus probatório pelo Código de Processo Civil, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 124) apresentam três pressupostos formais e dois pressupostos materiais para a aplicação ao caso em concreto. Os pressupostos formais são decisão

motivada, redistribuição do ônus probatório antes da decisão e proibição de implicação de prova diabólica reversa.

O primeiro pressuposto formal é a decisão motivada. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 124) lembram que esta exigência de decisão motivada para que o ônus da prova seja redistribuído advém da própria Constituição Federal em seu artigo 93, IX, que exige fundamentação em todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário. Além disso, o magistrado deverá discriminar os fatos que serão objetos da modificação do ônus da prova, já que, se a regra geral é aquela estabelecida no *caput* do artigo 373, os fatos que não forem referenciados expressamente na decisão do magistrado não terão alterados seus ônus da prova.

O segundo pressuposto é a redistribuição do ônus probatório antes da decisão. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 125) escrevem que a redistribuição do ônus probatório antes da decisão poderá acontecer a qualquer momento, desde que a parte possa se desincumbir do encargo que lhe fora atribuído com a modificação do ônus estático, sendo, no entanto, mais oportuna que essa flexibilização ocorra na decisão de saneamento e de organização do processo.

É também nesse sentido que escreve Landolfo Andrade (2015, p. 99) ao determinar que a inversão do ônus da prova é regra de procedimento, conforme já analisado anteriormente, e não de julgamento, como a regra estática que distribui o ônus da prova. Conforme ainda o próprio Código de Processo Civil em seu artigo 373, §1º, parte final ao determinar que quando flexibilizar o ônus, “deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. Tal entendimento e tal previsão legal são no sentido de que o magistrado deverá inverter o encargo antes da prolação da sentença e no tempo suficiente para que a parte onerada com a modificação possa se desincumbir.

Verifica-se, também, que o artigo 357 do Código de Processo Civil que estabelece que “deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373”. Sendo a decisão de saneamento e de organização do processo o momento correto para definição da distribuição do ônus da prova, também seria este é adequado momento para flexibilização do ônus probatório, seguindo, assim, os entendimentos acima

expostos.

O terceiro pressuposto é o da proibição de implicação de prova diabólica reversa. Tal pressuposto está expressamente previsto no artigo 373, §2º do Código de Processo Civil, sendo, conforme Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 126) pressuposto negativo para a aplicação na prática da flexibilização do ônus probatório.

Quando tal situação pode estar, e a prova diabólica está para ambas as partes no processo, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 276) trazem a seguinte solução:

[...] há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, *mas a impossibilidade de esclarecimento do fato deve repercutir em prejuízo para uma das partes*, segundo outros critérios do direito material, e não propriamente em base do regime do ônus da prova ou de sua modificação. Nesse caso, o risco deve ser carreado à parte por ele responsável no plano do direito material, respeitado obviamente o contraditório. (grifo do autor).

Mesmo quando houver a presença de prova diabólica para um mesmo fato para ambas as partes processuais, essa impossibilidade de esclarecimento dos fatos levados em discussão deverá repercutir e prejudicar a uma das partes. Não deverá seguir a regra estática do ônus probatório propriamente dita, mas prejudicar a parte responsável por este risco no plano do próprio direito material, sempre respeitando o princípio do contraditório.

Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 128), conforme já mencionado, além dos pressupostos formais, trazem a necessidade de presença de, pelo menos, um de dois pressupostos materiais: prova diabólica ou “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”.

O primeiro pressuposto material alternativo é a prova diabólica. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 114) apresentam que “a prova diabólica é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil”. Conforme o texto legal apresenta, não poderá a flexibilização do ônus da prova implicar à parte contrária um ônus do qual não poderá se desincumbir, já que a produção probatória será impossível ou demasiadamente difícil.

Relacionando a possibilidade de flexibilização do ônus da prova e a regra estática prevista no Código como regra geral do encargo probatório, escrevem Luiz

Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 275) que a modificação somente poderá ser aplicada pelo magistrado quando for possível ao réu cumprir inversamente a regra estática destinada ao autor, qual seja, inexistência do fato constitutivo, e o autor poder cumprir inversamente a regra estática destinada ao réu, ou seja, inexistência do fato modificativo, extintivo ou impeditivo.

Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis (2013, p. 152) ao analisar a chamada prova difícil, também compreendida como prova diabólica, apresentam aquela da seguinte maneira:

Mas afinal o que é a prova difícil?

Se não erramos na interpretação das fontes que compulsámos, supomos que a expressão queira significar a prova de factos que são difíceis de provar. Se assim é, dizer que a prova é difícil porque difícil de provar é o facto. Dito de outro modo, a demonstração da realidade é difícil porque difícil é demonstrar a realidade de um facto.

A prova difícil é entendida, nesse sentido, como a difícil prova de determinados fatos, já que a demonstração da realidade destes mesmos fatos é difícil, devido ao fato em si, sendo que, nessa situação, também deverá ser considerada como prova diabólica.

Em situações de prova diabólica, principalmente quando a produção probatória for demasiadamente difícil, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 115) apresentam algumas soluções que poderão ser adotadas para possibilitar a desincumbência de tal ônus probatório. Estão entre elas a prova indiciária, já explicada anteriormente no capítulo anterior, bem como a prova por amostragem que será debatida posteriormente no capítulo posterior, visto ser o tema principal a ser debatido neste trabalho.

O segundo pressuposto material alternativo é a facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 129) elencam que se a situação se alterar e houver maior facilidade da outra parte, seria possível uma modificação dos ônus da prova previamente estabelecidos pela legislação, por meio de decisão motivada, bem como a oportunidade de a parte poder se desincumbir do ônus alterado.

Ao analisar esse pressuposto presente no texto normativo, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 275) anotam:

Aqui, a rigor, a regra se alinha ao conceito de economia processual, de modo

que, se a prova é mais facilmente acessível a uma das partes, não há razão para atribuir-se à outra a tarefa de aportá-la ao processo e, mais do que isso, de correr o risco pela sua não aquisição nos autos. Em suma, nesse caso se parte da lógica de que aquele que pode facilmente trazer uma prova para os autos, mas não o faz, deve suportar os ônus daí decorrentes. A situação se afeiçoa a ideia de que a ausência de certa conduta, que é esperada da parte, deve refletir em seu prejuízo.

Há vinculação à economia processual. Se a prova é mais acessível a uma parte, deve ser esta a responsável pela apresentação nesta no processo, e de assumir o risco de sua não apresentação aos autos, suportando o ônus probatório vinculado àqueles fatos. Esse pressuposto guarda relação com a própria ideia de que a não realização de certa conduta, sendo esperado que a parte a realizasse, refletiria em prejuízo desta mesma parte.

Conforme já analisado anteriormente, ao tratar da legislação vigente ao processo coletivo, as regras do Código de Processo Civil serão utilizadas de forma subsidiária, já que o microsistema de processos coletivos é entendido como os regramos específicos existentes na legislação esparsa, bem como a Constituição Federal e o Código de Processo Civil em diálogo de fontes. Sendo assim, a previsão da flexibilização do ônus da prova previsto no próprio Código poderá ser utilizada nos processos coletivos, com vistas à maior efetividade processual tão necessária para proteção desses direitos difusos, coletivos e transindividuais.

3.4 Flexibilização do Ônus da Prova na Ação de Improbidade Administrativa

Além de analisar as flexibilizações apresentadas pelo Código de Defesa do Consumidor, pela aplicação do princípio da precaução no direito ambiental e a prevista no novo Código de Processo Civil, é importante verificar se é cabível tais flexibilizações na ação de improbidade administrativa, no mandado de segurança coletivo e na ação popular, ações coletivas que possuem particularidades comparadas à ação civil pública em si.

José Miguel Garcia Medina e Rafael de Oliveira Guimarães (2007, p. 157) ensinam que “a ação de improbidade administrativa, apesar da natureza mista (processual e material) é usada frequentemente como fundamentação da ação civil pública”. Mesmo possuindo essa natureza mista, qual seja, material e processual, é utilizada frequentemente por fundamento e por meio da ação civil pública.

A base da improbidade administrativa está prevista na Lei 8.429/1992 que ao dispor sobre eventuais sanções que serão aplicáveis àqueles agentes públicos que cometerem certos atos previstos nesta lei, estando separados em três situações distintas: os que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário, e os que atentam contra os princípios da administração pública.

Foi adicionada recentemente também, no final do ano de 2016, a seção II-A, relativa aos que causam prejuízo ao erário, quanto aos atos decorrentes da concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, relativa à modificação legislativa do Imposto sobre Serviço. Esta nova situação prevista na legislação ainda não está em vigor, produzindo efeitos somente após 1 (um) ano da publicação, qual seja, 29 de dezembro de 2016, da Lei Complementar nº 157/2016 que adicionou tal situação como improbidade administrativa.

A proteção da lei de improbidade administrativa, conforme José Miguel Garcia Medina e Rafael de Oliveira Guimarães (2007, p. 157), não tutela somente as pessoas jurídicas de direito público:

A lei de improbidade, muito mais do que punir enriquecimentos ilícitos e recuperar verbas desviadas, veio proteger a moralidade dos agentes políticos, regular condutas, que às vezes nem causam prejuízo aos cofres públicos, mas causam uma crise de credibilidade no nosso sistema administrativo. [...] O direito tutelado não fica na esfera da pessoa jurídica de direito público, mas de toda a comunidade, sai da esfera do interesse público e entra na do interesse difuso.

A base da legislação que prevê a situação da improbidade não é somente, de acordo com estes autores, para punir eventual enriquecimento ilícito e recuperação de desvio de verbas, mas também regular as condutas, proteção da moralidade de todos os agentes políticos, que nem sempre causam aos cofres públicos prejuízo, entretanto desestabilizam a credibilidade de todo o sistema administrativo.

Quanto ao ônus probatório dentro das ações de improbidade administrativa, Eduardo Cambi (2011, s.p.) escreve que a regra geral seguirá a exposta no Código de Processo Civil, recaindo sobre os demandantes das ações propostas, qual seja, a pessoa jurídica interessada, conforme critérios previstos na Lei de Improbidade Administrativa, ou o Ministério Público.

Anotam José Miguel Garcia Medina e Rafael de Oliveira Guimarães (2007, p. 159) que nas demandas coletivas, por meio das ações civis públicas, em

sua maioria estabelecem somente sanções financeiras, o que não ocorre nas ações de improbidade administrativa:

A ação de improbidade possui características *sui generis*, como pesadas sanções no artigo 12 da Lei n. 8.429/92; exemplo disso é a perda do cargo, a proibição de contratar com o Poder Público e multa de até 100 vezes o valor envolvido; possui a preponderância do dolo nas condutas, e uma grande reprovação social. [...]
É por isso que vigora nos atos de improbidade administrativa a garantia constitucional da presunção de inocência, assegurada pelo inciso LVII do art. 5º da CF/88 [...].

As sanções impostas pela legislação atinente à improbidade administrativa ultrapassam as financeiras, atingindo pessoalmente o demandado, por meio de proibição de contratação com o poder público, multas, perda de cargos, bem como prepondera nas condutas a presença do dolo, além de reprovação social considerável. Tais características relacionam à uma característica penal, devendo ser aplicado o princípio da presunção de inocência expressamente previsto na Constituição Federal.

Sendo aplicável tal garantia constitucional, José Miguel Garcia Medina e Rafael de Oliveira Guimarães (2007, p. 160) entendem que pelas ações de improbidade possuem características diferentes de outras demandas do direito coletivo, não deverão aquelas se submeterem à possibilidade de inversão do ônus probatório.

Complementa ainda Paulo Henrique dos Santos Lucon (2013, p. 539) que “não há como invocar uma inversão do encargo de provar, algo que, [...] implica transferência de uma *probatio diabolica* aos réus, obrigados que estariam a produzir uma prova negativa”. Inverter o ônus probatório nas ações de improbidade administrativa poderão gerar situações de prova diabólica aos réus, obrigando-os a produzir prova negativa dos fatos em discussão no processo.

Analisando o ônus da prova na ação de improbidade administrativa, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 765.958/PR, do qual foi relator o Ministro Mauro Campbell Marques, com publicação em 19 de novembro de 2009, tomou a seguinte decisão:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO ACERCA DE PONTOS RELEVANTES PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. OCORRÊNCIA.
[...]

7. Mas, mais do que isso, a origem determinou que fosse reconhecida a inversão do ônus da prova contra os apelados (entre eles o recorrente), mesmo que, aparentemente, tenha havido promoção do recorrido - titular da ação civil de improbidade, a quem cumbe comprovar o alegado na inicial - no sentido de que eram desnecessárias novas provas.

8. Como se sabe, é o autor que deve demonstrar a ocorrência de fatos e, mais do que isso, que tem o dever de delimitar as condutas de cada agente supostamente envolvido com o ato ímprobo.

9. Se o próprio autor da ação civil pública está satisfeito com o conjunto probatório carreado aos autos, mas inexistente provas suficientes para condenar os réus, não é caso de reabrir a instrução processual; ao contrário, é hipótese de julgamento de improcedência. [...]

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é também no sentido de não admitir que o ônus da prova seja invertido nas ações relativas a improbidade administrativa, cabendo ao autor este ônus neste tipo de ação.

Há também uma análise específica no tocante ao artigo 9º, VII da Lei de Improbidade Administrativa, quanto a situação de improbidade administrativa do agente público que “adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”.

Analisando a esta situação, Eduardo Cambi (2011, s.p.) relaciona a regra do artigo 13 da Lei de Improbidade Administrativa que exige a declaração de bens e valores de todo agente público:

O direito fundamental à tutela jurisdicional adequada (art. 5º, inc. XXXV, CF), interpretado juntamente com a regra contida no artigo 13 da Lei 8.429/92, permite, mesmo *de lege lata*, a inversão do ônus da prova, na ação civil pública por improbidade administrativa, na hipótese do artigo 9º, inc. VII, da Lei 8.492/92, desde que o Ministério Público demonstre *nexo de incompatibilidade* entre o patrimônio e a renda auferida no exercício do mandato, cargo, emprego ou função pública, constatada pela variação patrimonial injustificada.

Devido a necessidade de obedecer ao direito fundamental da tutela jurisdicional adequada previsto expressamente na Constituição Federal, com interpretação conjunta ao artigo 13 da Lei de Improbidade Administrativa que, conforme mencionado, exige a declaração de bens e valores de todo agente público, permite nesta situação do artigo 9º, VII da mesma lei, a inversão do ônus probatório, demonstrando Ministério Público somente um nexo de que o patrimônio é incompatível com a renda que foi recebida pelo agente público em sua atuação, verificando-se, assim, uma variação patrimonial que não é justificada.

Essa possibilidade, conforme Eduardo Cambi (2011, s.p.) tem vistas à

tutelar a ética que deve estar presente na gestão pública, o modelo republicano e o direito fundamental de todos a um governo honesto. Verifica-se que a base da possibilidade da inversão do ônus probatório são direitos difusos relativos à gestão pública.

Ao analisar o mesmo artigo, escreve Fábio Medina Osório (2000, p. 388), ao analisar o artigo supramencionado, elencando que bastando a falta de prova quanto a origem daquele patrimônio que fora adquirido, torna-se ilícita a renda obtida dessa maneira, sendo que tal situação está vinculada à necessária transparência que advém da publicidade do trabalho de todos aqueles que laboram com a chamada coisa pública. Sendo assim, não seria essa situação, de forma técnica, uma inversão do ônus probatório.

3.5 Flexibilização do Ônus da Prova no Mandado de Segurança Coletivo

Continuando a análise de outras ações coletivas e a aplicabilidade da flexibilização do ônus probatório, passa-se a analisar o mandado de segurança coletivo, sendo este previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXIX, com disciplina infraconstitucional pela Lei nº 12.016/2009, a chamada Lei do Mandado de Segurança, que abrange tanto o mandado de segurança individual, quanto o mandado de segurança coletivo.

Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade (2015, p. 345) ditam que o mandado de segurança coletivo se trata de uma ação constituição de rito sumário e natureza cível, com finalidade de proteção de direito líquido e certo, que não sejam tutelados pelo *habeas corpus* ou pelo *habeas data*, contra os atos ofensivos praticados por agentes privados ou públicos quando no exercício da função pública.

É da própria essência do mandado de segurança o direito líquido e certo, sendo assim, entende Marcos Vinícius Pinto (2015, p. 21) que “é exclusivamente do impetrante o encargo de pré-constituir a prova do fato que constitui lesão ou ameaça do alegado direito, caso contrário, a via do *writ* não será adequada”. Não sendo pré-constituída a prova daqueles fatos narrados pelo impetrante do mandado de segurança, encargo exclusivo desta parte processual, não poderá ser considerada adequada esta ação constitucional.

Ao verificar especificadamente o ônus da prova no mandado de

segurança, Marcos Vinícius Pinto (2015, p. 21) elenca o abaixo:

O mandado de segurança (individual e coletivo) é instrumento de tutela diferenciada, no qual a cognição plena e exauriente só será exercida de acordo com a suficiência da prova produzida, reflexo da cognição *secundum eventum probationis*. O procedimento não comporta dilação probatória, admite apenas prova documental pré-constituída e é intolerante com controvérsias fáticas (não comportando, por isso, julgamento com base em ônus da prova).

Devido a tutela específica do mandado de segurança para proteção do direito líquido e certo, a cognição, desta ação constitucional, exauriente e plena somente poderá ser exercida mediante prova suficiente produzida, não comportando, ainda, dilação probatória, não permitindo controvérsias fáticas, o que impossibilita julgamentos baseados no ônus probatório, e somente permitindo provas documentais pré-constituídas.

Entretanto, Marcos Vinícius Pinto (2015, p. 21), ainda, levanta exceção à tais situações se houver dúvida quanto à veracidade de determinado documento. Nessa situação, o chamado incidente de falsidade documental poderá ser processado. Caso não o fosse possível, a mera alegação de falsidade documental implicaria em automático ganho da causa por parte da autoridade coatora e da pessoa jurídica de direito público, o que não pode ser permitido em nosso ordenamento jurídico.

Conclui, então, Marcos Vinícius Pinto (2015, p. 21) que não será admitido no mandado de segurança coletivo quaisquer técnicas que alterem o ônus da prova do impetrante, estando afastada qualquer flexibilização do ônus probatório, seja por meio da distribuição dinâmica do ônus da prova ou quaisquer outras inversões, expressamente previstas ou não, visto as características apresentadas do mandado de segurança em si.

3.6 Flexibilização do Ônus da Prova na Ação Popular

Finalizando a análise de outras ações coletivas e a aplicabilidade da flexibilização do ônus probatório, passa-se a analisar a ação popular, sendo esta prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXIII, com disciplina infraconstitucional pela Lei nº 4.717/1965, a chamada Lei da Ação Popular.

Analisando o regramento constitucional da ação popular, Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade (2015, p. 291) entendem que:

A ação popular é um instrumento de democracia participativa (CF, art. 1.º, parágrafo único), uma ferramenta por meio da qual o cidadão pode participar do controle dos atos da Administração, fiscalizando sua idoneidade. [...] a ação popular é um mecanismo de tutela de interesses transindividuais, pois permite impugnar atos lesivos a bens difusos: o patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe ou para a qual contribua financeiramente; a moralidade administrativa; e o meio ambiente (CF, art. 5.º, LXXIII).

Advinda da própria democracia participativa prevista nos fundamentos da República Federativa do Brasil, expressos na Constituição Federal, a ação popular é uma ação que poderá ser utilizada por qualquer cidadão para fiscalizar os atos da Administração Pública, podendo tutelar diversos interesses transindividuais: atos lesivos ao patrimônio público, meio ambiente, moralidade administrativa, bem como o patrimônio cultural e histórico.

Relativa à instrução processual e as disciplinas infraconstitucionais, Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade (2015, p. 320) concluem que a lei traz algumas regras específicas no tocante a prova documental, mas não apresenta inovações no tocante às outras provas. Sendo assim, no que a lei for omissa, será possível aplicar o Código de Processo Civil, estando esta possibilidade expressamente prevista no artigo 22 da Lei da Ação Civil Pública.

Lembram, ainda, Adriano Andrade, Cleber Masson, Landolfo Andrade (2015, p. 292) que por fazer parte do microsistema de processos coletivos, pode-se, inicialmente, utilizar as leis que fazer parte de tal microsistema para interpretação e aplicação da ação popular, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, no que couber.

Por meio de tais entendimentos, pode-se concluir que é possível a utilização da flexibilização do ônus probatório, tanto o previsto no Código de Defesa do Consumidor, o advindo do princípio da precaução no direito ambiental e a distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no novo Código de Processo Civil, respeitadas as limitações já explicadas anteriormente quando cada situação foi analisada.

4 PROVA POR AMOSTRAGEM NO PROCESSO COLETIVO

Após analisar o ônus probatório e suas flexibilizações, há de se compreender o assunto principal desse estudo, qual seja, a aplicação da prova por amostragem no processo coletivo, por meio de análises doutrinárias, bem como jurisprudenciais para delimitação do assunto em questão.

Ao analisar e comparar o regramento do direito probatório dos direitos individuais propriamente ditos aos direitos transindividuais, Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade (2015, p. 202) concluem o seguinte:

A aplicação de velhas regras ortodoxas em sede de direitos transindividuais leva a uma inadequada tutela de direitos, frustrando a expectativa constitucionalmente legítima de amplo acesso à justiça. Assim, é preciso trilhar novos caminhos processuais a fim de se alcançar a necessária e adequada tutela coletiva, deixando de lado o formalismo e as regras inócuas do conhecido direito probatório, sempre que se revelarem insuficientes para a efetivação de tão especiais direitos, os quais devem ser assegurados por regras igualmente especiais.

Aplicar as regras dos direitos individuais aos direitos transindividuais, via de regra, criam uma tutela inadequada de direitos, não cumprindo a expectativa de acesso amplo à justiça legitimado na Constituição Federal. Para se alcançar uma tutela coletiva adequada, é preciso deixar de lado o estrito formalismo, bem como as regras estáticas do direito probatório apresentado pelo ordenamento jurídico, sempre que estes se apresentarem como insuficientes.

4.1 Conceito e Admissibilidade

Ao analisar as dificuldades de produção de prova, Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis (2013, p. 161-162) apresentam a seguinte situação:

Um outro conjunto de casos em que a prova é extremamente difícil - se não mesmo impossível - é representado pelas situações em que o universo de factos probandos é muito vasto. Nestas hipóteses, o decisor e as partes confrontam-se com um dilema: exigir a prova de todos e de cada um dos factos integrados no universo de factos probandos transforma a prova numa tarefa de tal modo custosa e demorada que exigir a sua produção é irracional.

Tem-se uma situação complicada quando os fatos a se provar são vastos demais tornando, assim, a produção da prova muito difícil ou impossível, a chamada prova diabólica. Nessa hipótese, o juiz e as partes tem uma questão a resolver: a exigência da produção probatória de todos esses fatos discutidos no processo fará da prova uma tarefa extremamente demorada e custosa, podendo-se considerar tal produção irracional.

Conforme já explicado, entre as maneiras de superação da prova diabólica dentro do processo está a prova por amostragem, objeto deste estudo. Por meio desse método de produção probatória, será possível ultrapassar ou minimizar a problemática apresentada acima, qual seja, a produção de prova altamente difícil ou praticamente impossível.

A questão é ainda pior nos processos coletivos já que tutelam direitos

que atingem toda uma coletividade, direitos supra individuais. Explica Luiz Gustavo de Andrade (2008, p. 77) que será possível se utilizar da prova por amostragem como um meio possível e lícito para resolução da controvérsia em discussão nos processos coletivos, o que afetará todos aqueles envolvidos na demanda.

Para explicar a chamada prova por amostragem, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 74) escrevem que “é aquela por meio da qual se demonstra uma universidade de eventos a partir da prova de parte deles”. Por meio desse método de produção de prova, é demonstrado todo um universo de eventos e fatos a partir da demonstração e prova de somente parte deles.

Ao analisarem a prova por amostragem, ou também chamada de prova por estatística, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Haroldo Lourenço (2017, p. 68-69) concluem o seguinte:

Trata-se da prova realizada apenas por uma parcela do todo, do conjunto, que deveria ser considerado, porque a análise global seria impossível, de difícil consecução, altamente dispendiosa ou desnecessária, bastando a aferição de uma amostra, dos dados identificados a partir da averiguação de uma parte do conjunto.

De forma complementar ao apresentado anteriormente com relação a prova por amostragem, é apresentada uma relação da prova por amostragem em si com sua admissibilidade, qual seja, tal produção de prova de somente uma parte do conjunto todo será admissível quando a análise de todos os dados será de difícil realização, impossível, onerosa ou, até mesmo, desnecessária, sendo a análise da amostra o suficiente para averiguação do todo.

A prova por amostragem é exatamente a solução apresentada por Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis (2013, p. 162) para a situação da dificuldade da produção de prova:

Uma forma de obviar a semelhante iniquidade é trazida pela prova por amostragem. Este método probatório parte da prova realizada sobre elementos do conjunto, operando-se uma ulterior extrapolação. Considerar-se-á que o que vale para os elementos x, y e z, sc. que o que vale para um segmento ou uma amostra relativamente pequena de um conjunto, valerá para todos os elementos que o integram.

Apresentando-se aqui como um método de produção de prova, a prova por amostragem acontece quando somente parte do conjunto é analisada, extrapolando o resultado levantado, concluindo que o que foi demonstrado por esta

parte vale para toda aquela amostragem selecionada, que, por consequência, deve ser o entendimento para todo o conjunto.

O Poder Judiciário dos Estados Unidos mantém o chamado *Manual for Complex Litigation*, utilizado pelos juízes para facilitação e como base para julgamentos naquele Estado. Neste manual há a seguinte previsão acerca da utilização de métodos estatísticos:

Statistical methods can often estimate, to specified levels of accuracy, the characteristics of a “population” or “universe” of events, transactions, attitudes, or opinions by observing those characteristics in a relatively small segment, or sample, of the population. Acceptable sampling techniques, in lieu of discovery and presentation of voluminous data from the entire population, can save substantial time and expense, and in some cases provide the only practicable means to collect and present relevant data.²

Apresenta o manual em questão que certos métodos estatísticos podem estimar com certo nível de precisão, características dentro de um conjunto de eventos observando-as em uma amostra desse todo. A utilização da prova por amostragem, ao invés da análise de todo o universo de fatos, economiza tempo, bem com despesas financeiras, além de que, em situações específicas, pode ser o único meio razoável e possível para apresentação dos fatos.

Ao analisar estas características da prova por amostragem, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 77) concluem que a produção da prova por meio da amostragem atenderá o princípio da eficiência, bem como poderá ser meio de superar a chamada prova diabólica.

Para melhor compreensão dos termos técnicos utilizados, é necessária definição técnica de parte dos critérios apresentados. Gilberto de Andrade Martins e Osmar Domingues (2011, p. 3) apresentam o seguinte:

População (ou universo) é a totalidade de itens, objetos ou pessoas sob consideração, que deve apresentar pelo menos uma característica comum a todos os seus elementos.

Amostra é uma parte representativa da população que é selecionada para análise. A representatividade é obtida quando apresenta tamanho suficiente e é composta de forma aleatória (probabilística). (grifo do autor).

² Métodos estatísticos podem frequentemente estimar a níveis específicos de precisão, as características de uma "população" ou "universo" de eventos, operações, atitudes, ou opiniões observando essas características em um segmento relativamente pequeno, ou amostra, da população. Técnicas de amostragem aceitáveis, ao invés da descoberta e apresentação de dados volumosos da população inteira, podem economizar tempo e despesas substanciais e, em alguns casos, fornecem o único meio praticável para recolher e apresentar dados relevantes (tradução nossa).

Universo, ou população é o todo do conjunto de pessoas, objetos ou itens que estão em consideração, devendo apresentar ao menos uma característica em comum entre todos os seus elementos. Já amostra é considerada uma representação de parte do universo selecionada para a análise, devendo ser representada quando possui tamanho satisfatório e for composta aleatoriamente, por meio de probabilidade.

Os conceitos acima apresentados e definidos facilitam o entendimento da prova por amostragem dentro do processo. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 75) aplicam parte desses conceitos e explicam:

A prova por amostragem pressupõe a existência de um conjunto de eventos/fatos que possam ser agrupados, porque semelhantes, de forma que a demonstração de parte deles possa conduzir o magistrado ao juízo acerca da existência de todos. Ou seja: a prova de parte do conjunto conduz à conclusão da existência de todos os fatos que compõem esse mesmo conjunto.

Para aplicação da prova por amostragem no processo verifica-se a necessidade da presença de um universo de fatos que possuam características semelhantes e que, ao prova-los no processo, permitam ao magistrado concluir pela realidade de todos os fatos. Sendo assim, a produção de prova de somente parte de todo o universo de fatos conduzirá ao entendimento da existência, da realidade de todos os fatos relativos a esse conjunto, inclusive os não diretamente provados.

Nesse mesmo sentido, escreve Lygia Maria Moreno Molina Henrique (2014, s.p.) que a prova por amostragem adveio da impossibilidade da análise de todos os eventos em discussão, dos fatos a se provar, sendo que, analisando-se apenas parte, por exemplo de um lote de certos produtos, são apresentadas conclusões que serão compreendidas para o todo, por exemplo todo o lote.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Haroldo Lourenço (2017, p. 69) explicam ainda que somente será admissível a prova por amostragem quando for realmente vasto o objeto a ser analisado e a amostra for representativa comparada ao todo. Nesse sentido, a seleção da amostra é essencial para efetividade da produção probatória, bem como real representatividade do conjunto. Essa seleção será analisada posteriormente em tópico separado.

Quanto à aplicabilidade da prova por amostragem dentro dos processos coletivos, Luiz Gustavo de Andrade (2008, p. 143) levanta ainda que a utilização deste

método de produção probatória é muito apropriada para processos que envolvam os direitos individuais homogêneos quando exigência da comprovação individual de todos os fatos poderia efetivamente tumultuar o processo.

Ana Paula de Castro (2011, s.p.), em sentido similar, entende que existe relação entre a prova por amostragem com a impossibilidade da comprovação de cada fato individualmente apresentado no processo pelas partes, sendo a sua aplicação no processo coletivo de grande importância para a real defesa dos interesses em discussão.

Um exemplo prático da utilização da prova por amostragem durante a produção probatória é descrito por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 75)

Como exemplo, podemos citar a conclusão a que se chega, após o exame de um número adequado de amostras, de que determinada peça de um veículo apresenta inadequado funcionamento, o que pode ensejar a concessão de tutela para que a montadora seja compelida a fazer um *recall* de todo o lote ou de toda a frota.

No exemplo apresentado, inserido dentro do Direito do Consumidor, após a análise de um determinado número de amostras, adequadamente selecionadas, conclui-se que certa peça de veículo está apresentando funcionamento inadequado. Com base nessa produção de prova, poderá ser concedida tutela para que o fabricante da peça faça o *recall* de todos os veículos, ou de todo aquele lote, dependendo da conclusão apresentada na amostragem das peças.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Haroldo Lourenço (2017, p. 69), ainda dentro do Código de Defesa do Consumidor, escrevem que poderia ser utilizada a prova por amostragem na situação apresentada por este Código em seu artigo 100, ao ditar que “decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida”. Este número compatível apresentado no texto legal poderia ser levantado, e provado, por meio da prova por amostragem.

Outro exemplo é apontado por Christiane Cavalcante (s.a., s.p.), também inserido dentro do Direito do Consumidor, na situação de um produto, como sabão em pó, não possuir a quantidade informada na embalagem pelo próprio fornecedor. Em uma situação similar a esta, poderia ser utilizada a prova por amostragem, não necessitando analisar todos os produtos do lote, mas somente uma

parte dele.

Continuando os exemplos da utilização da prova por amostragem dentro de processos coletivos, Ana Paula de Castro (2011, s.p.) traz um exemplo dentro do Direito do Consumidor, similar ao acima apresentado, bem como um dentro do Direito Ambiental:

a) um produto que informa determinada quantidade em sua embalagem, mas seu conteúdo não corresponde a esta informação, pois, há uma quantidade inferior à informada;

b) uma empresa foi multada por poluir com produtos químicos um rio que passa por diversos municípios.

Em ambas as situações, na linha do que preceitua o STF, o juiz de primeiro grau poderia determinar que a perícia fosse realizada por amostragem dada a impossibilidade fática de serem periciados todos os produtos colocados no mercado ou todo o percurso do rio. Assim, o magistrado poderia determinar que a perícia fosse realizada em alguns trechos do rio a fim de que restasse comprovada a poluição por determinado composto químico e em alguns produtos de diferentes fornecedores com a finalidade de comprovar a divergência da informação constante no rótulo da embalagem e do conteúdo.

Tanto na questão de a quantidade do produto não corresponder àquela informada na embalagem, quanto na multa por poluição de rio que passa por vários municípios, poderá o magistrado determinar que a produção da prova pericial aconteça por amostragem, visto que seria impossível periciar o rio todo, bem como todos os lotes do produto que foram colocados à venda no mercado em geral. Poderia ser realizada a perícia somente em certos trechos do rio, para que seja comprovada a poluição, bem como perícia em diversos lotes, de locais diversos para comprovação da divergência entre o rótulo e o conteúdo do produto.

Um exemplo diferente interessante é trazido por Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis (2013, p. 163) relativo à uma ação proposta nos Estados Unidos:

Nesta acção, cujos contornos exactos aqui podem ser omitidos, havia que provar a confundibilidade entre marcas, a fim de obter uma decisão de procedência quanto à inibição de uso de uma segunda marca. O tribunal poderia ter optado por concretizar o tipo-padrão de consumidor. Mas o elemento probatório que veio a verificar-se determinante foi um estudo de opinião realizado junto de 3500 compradores adultos, em trinta e cinco zonas comerciais espalhadas pelos Estados Unidos. Este estudo permitiu concluir que uma determinada percentagem de consumidores reais e concretos confundia as duas marcas.

Havia uma discussão processual acerca da confusão entre duas marcas distintas que estaria ocorrendo nos Estados Unidos. Foi utilizada uma produção de prova por amostragem, realizando-se uma amostra de opinião junto a 3500

consumidores, espalhados em diversas áreas no país. Ao final da produção, restou claro que uma parte determinada dos consumidores efetivamente confundia as marcas.

É preciso compreender a possibilidade jurídica da aplicação da prova por amostragem dentro do processo, principalmente coletivo. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 77) explicam que não há previsão expressa da prova por amostragem no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, a disposição do artigo 369 do novo Código de Processo Civil traz que poderão ser empregados quaisquer meios de prova, mesmo que não previstos expressamente na legislação, não podendo ser um meio moralmente ilegítimo ou ilícito. Trata-se do princípio da atipicidade da prova, já explicitado quando foram diferenciadas as provas típicas e atípicas.

Havendo uma disposição genérica no Código de Processo Civil vigente que possibilitará a utilização da prova por amostragem dentro do processo civil, é possível também a utilização deste método de produção de prova dentro do processo coletivo. Como já explicado, o Código de Processo Civil será utilizado subsidiariamente para regimento do processo coletivo, sendo assim, a possibilidade da utilização da prova por amostragem resta evidente e clara.

No tocante aos processos coletivos, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, inclusive, coloca em seu artigo 12 que “são admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem”. É colocada a sugestão da aplicação também do princípio da atipicidade da prova dentro dos processos coletivos, sendo, no entanto, acrescentado expressamente a prova por amostragem ou estatística. Visto que o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos se baseava neste Código Modelo, o artigo 10 deste projeto possuía exatamente o mesmo texto.

4.1.1 Método de produção de provas

É preciso acrescentar que Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 77) trazem a prova por amostragem como exemplo de uma prova atípica, ao relacionar ao princípio da atipicidade da prova previsto expressamente no artigo 369 do novo Código de Processo Civil, conforme já

analisado.

Há de apresentar, no entanto, que a prova por amostragem guarda íntima relação com diversos meios de prova chamados de típicos pela doutrina, aqueles expressamente previstos pelo novo Código de Processo Civil. Além de ser uma espécie de prova atípica, no sentido de não estar expressamente prevista no Código, há de se considerar que a prova por amostragem é um método de produção de outros meios de prova.

Haja vista que a prova por amostragem pode se apresentar em diversos outros tipos de prova, como provas periciais, provas documentais, provas testemunhais, conforme exemplos apresentados anteriormente, e jurisprudências que serão apresentadas e analisadas posteriormente em tópico separado, a produção da prova por amostragem não possui um aspecto especializado para serem consideradas em si mesmas um meio de prova, mas possuem características para serem entendidas como método para realizar a produção de quaisquer meios de prova, mesmo que típicos.

4.2 Relação da Prova por Amostragem com a Prova Indiciária

Para melhor distinguir a prova por amostragem, é importante fazer relação desta prova com a prova indiciária. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 75) explicam a relação dos fatos provados na prova indiciária da seguinte forma:

Na prova indiciária, o indício não é o fato probando principal – embora se tenha de prova o indício, o objeto principal da prova é o fato que o indício aponta; o fato ao qual se liga o indício. O indício é o fato conhecido que, por via de raciocínio, sugere a existência/inexistência do fato probando principal. Entre o indício e o fato probando principal há uma relação lógica de causalidade, que autoriza a atividade do juiz (presunção judicial) de concluir existente o fato probando principal. Na prova indiciária, há uma relação lógica entre o fato conhecido (indício) e o fato que se quer provar.

Entende-se que, o indício, base da prova indiciária, não é o próprio fato a se provar no processo, qual seja, fato probando principal. O objeto principal em discussão é o fato que será indicado, apontado pelo indício, sendo que, por meio deste, por linha de raciocínio, indicará a existência, ou até mesmo inexistência, do fato considerado principal. É essa relação lógica entre o fato probando principal e o indício que permitirá a atuação do magistrado, por meio de presunção judicial, concluindo

pela existência ou inexistência do fato considerado principal.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 75) apresentam também que a prova por amostragem possui uma diferença ao se comparar à prova indiciária:

Na prova por amostragem, os fatos provados são também fatos probandos – servem como indícios –, mas, por meio da sua prova, pretende seja realizado juízo acerca da existência de todos os fatos pertencentes ao conjunto. A prova dos fatos da *amostragem* autoriza a presunção acerca dos fatos que não compõem a *amostragem*. Nesse sentido, caso se realize a atividade da presunção, nenhum dos fatos que compõem o conjunto pode ser considerado não provado, pois seria ilógico. Todos os fatos pertencem ao conjunto justamente porque existe relação de forma constante ou ordinária entre eles. Por meio da prova de determinados elementos, surge a presunção acerca de todos eles, considerados em sua universalidade. (grifo do autor).

Os fatos que forem provados por meio de amostragem fazem parte de uma mesma população. Estes mesmos fatos também serão considerados como fatos probandos, servindo como indícios. Provando-se os fatos que compõem a amostragem, será autorizado o entendimento pela presunção dos demais fatos que compõem esse mesmo conjunto. Por meio da prova da amostra devidamente selecionada, surgirá a presunção do todo, não podendo se considerar qualquer dos fatos componentes desse universo como não provados, o que seria ilógico.

Continuando na relação da prova por amostragem com a prova indiciária, Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis (2013, p. 162) fazem relação daquela com provas diretas e indiretas, fazendo a seguinte diferenciação:

A prova por amostragem é, assim, uma prova com dupla natureza: quanto aos factos que integram a amostra, a prova é directa no sentido em que é uma prova que recai directamente sobre o facto probando (e não no sentido de que a prova do facto probando não possa ser, ela mesma, realizada com base em indícios). Quanto aos factos relativamente aos quais se procede à extrapolação, a prova é uma prova indirecta que, pela sua tendencial falibilidade, há-de reconduzir-se a uma prova *prima facie*. Uma vez que o facto objecto de extrapolação não é provado directamente, a prova que sobre ele é realizada é uma prova indiciária: todos os resultados obtidos através da prova directa dos factos integrados na amostragem são aceites como bons quanto ao universo de factos que não são objecto dessa prova directa.

A prova por amostragem possui as duas naturezas: se entenderá como uma prova direta quanto aos fatos integrantes da amostra, já que guardam relação direta com o fato probando principal, podendo tal prova ser realizada por meio de indícios. Já com relação aos fatos extrapolados, qual sejam, o restante dos fatos não

integrantes da amostra, trata-se de uma prova indireta, realizando-se uma espécie de prova indiciária entre essas situações: toda a produção probatória, a verdade apresentada pelos fatos componentes da prova direta, da amostragem, serão considerados como suficientes, para expansão desse valor aos fatos restantes também componentes deste mesmo universo.

É possível também fazer um silogismo aplicando a prova por amostragem e as máximas da experiência, conforme apresentam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 75):

Premissa maior: máxima da experiência, noção que reflete o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumamos apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se outras – possuem as características da generalidade e abstração. (grifo do autor).

A premissa maior apresentada pelos autores trata-se das regras ou máximas da experiência, já apresentadas anteriormente. Por meio destas, pode-se compreender que acontecimentos similares, que ocorrem regularmente, por meio de um raciocínio indutivo, tendem a acontecer em situações semelhantes, em circunstâncias iguais, possuindo assim um caráter de abstração e generalidade.

Apresentado essa premissa maior, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 75) apresentam relação das regras da experiência com as provas por amostragem:

Premissa menor: a relação entre fatos para que sejam tidos como componentes de um conjunto. A relação entre eles será também de constância ou ordinariedade, justificando a formação, na lógica do pensamento, do conjunto. Com o auxílio da experiência, pode-se concluir que todos aqueles fatos são componentes do conjunto. Após esta conclusão, dado que uma série de fatos do conjunto exista – e aqui a experiência atua mais uma vez –, conclui-se que todos eles existem. É a presunção.

Há uma relação intrínseca entre os fatos que compõem um conjunto ou universo, bem como uma relação de ordinariedade e constância, sendo estes as bases para o entendimento destes fatos como um conjunto. Por meio da premissa maior, qual seja, a regra da experiência, é possível a conclusão dos fatos como parte de um mesmo conjunto. Com isso, se parte dos fatos são provados, pela mesma regra da experiência, deve-se concluir pela existência de todo o conjunto. Daí é toda a compreensão da presunção presente na prova por amostragem.

4.3 Seleção da Amostra e Valoração da Amostragem

Os processos coletivos possuem um viés que ultrapassa o processo tradicional. Pode-se relacionar tais situações com o que é apresentado por Edilson Vitorelli (2016, p. 532-533) como litígios estruturais:

Em um processo tradicional, o juiz considera fatos pretéritos para determinar como a realidade deve ser no futuro. Em litígios estruturais, a realidade do momento da execução vai influenciar no modo como serão definidos concretamente os objetivos abstratos fixados na sentença. As possibilidades de realização de um direito influenciarão na compreensão do próprio conteúdo do direito a ser implantado. Os fatos do litígio não são fatos históricos, mas sim fatos sociais, em constante construção e reconstrução. O processo não se foca no que aconteceu, mas no que vai acontecer depois que ele interferir na realidade.

Nos processos tradicionais, em regra, o magistrado analisará fatos que já aconteceram, para possibilitar determinar o futuro destes mesmos fatos. Nos chamados litígios estruturais, o que está acontecendo naquele exato momento vai ter influência considerável no momento da sentença. Os fatos apresentados por estes litígios estruturais, que via de regra os processos coletivos podem ser inseridos, não são fatos considerados apenas históricos, e sim sociais, já que estão em mudança constante, numa efetiva construção e sucessiva reconstrução. Todo o processo coletivo não está baseado efetivamente no que já aconteceu, mas o que vai acontecer como consequência depois que a sentença passar a interferir nos fatos em discussão.

Relacionando com a importância do ativismo judicial dentro dos processos coletivos, Marcos Destefenni (2011, p. 576) conclui que as demandas relativas a direitos fundamentais frente ao Poder Público, que estão constantemente relacionadas a interesses difusos e coletivos, consequentemente influenciam eventuais controles judiciais de políticas públicas, necessitando o juiz atuar de forma comprometida na efetivação de tais direitos.

Nesse contexto, a prova por amostragem surge como uma necessidade para melhor efetivação desses mesmos direitos. Entretanto, para gerar consequências práticas dentro do processo, a seleção da amostragem deve ser realizada com cautela, para possibilitar a formação da convicção do magistrado, ou seja, para que esta valoração probatória da amostragem seja realizada pelo juiz, com vistas à efetivação dos interesses em discussão no processo.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 76) escrevem que a utilização de normas técnicas aplicadas à estatística serão, dentro da produção da prova por amostragem, os meios essenciais para que as conclusões das análises das amostras sejam confiáveis, que a presunção de parte do todo seja estendida ao todo.

Para que essa presunção de parte do universo, do conjunto seja estendida ao todo, conforme explicam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 76), é necessário que o universo dos fatos seja definido, já que os elementos que compõem o conjunto precisam guardar uma relação de constância para com este. Além disso, a amostra deve ser expressiva e relevante para que a compreensão da presunção seja aplicada.

Essa amostra não necessita guardar extrema ligação com a verdade absoluta, já que, analisando o conceito desta mesma verdade, Lucas Britto Mejias (2016, p. 451) escreve e relaciona a verdade dentro da produção probatória do processo:

Toda verdade é relativa, na medida em que a noção do que é verdadeiro e do que é falso, do que existe e do que não existe, sempre dependerá do nível de informação disponibilizado ao investigador do fato, e também da própria forma como cada pessoa interpreta acontecimentos. Isso não significa que, de acordo com novas informações e com um maior grau de tecnologia, essa verdade não possa ser alterada. É assim em qualquer procedimento investigatório; processual ou não. É por isso que se diz que a verdade sempre equivale a um alto grau de probabilidade de certeza sobre um fato.

Não existe uma verdade absoluta dos fatos apresentados. Há relatividade intrínseca no conceito de verdade, já que as definições do que é falso ou verdadeiro, do que existe ou não, dependerá sempre das informações apresentadas àquele que investiga os fatos, bem como a interpretação de cada pessoa destes acontecimentos. A verdade, inclusive, poderá ser alterada, com o surgimento de novas informações ou com a evolução da tecnologia, em qualquer tipo de investigação, seja ela processual ou não. É nesse sentido que nos apresenta o autor de que a verdade processual sempre está relacionada a uma probabilidade acentuada, um alto grau de certeza sobre o fato controvertido.

Lucas Britto Mejias (2016, p. 455) conclui, ainda, que o que importa é que a verdade dos fatos em discussão no processo, principalmente os controvertidos, seja precisamente identificada, retirando o magistrado da dúvida, permitindo a

certeza, para que a aplicação do Direito seja realizada de forma a solucionar a controvérsia apresentada pelas partes.

Ao analisar tecnicamente a amostragem, Gilberto de Andrade Martins e Osmar Domingues (2011, p. 283) apresentam as seguintes considerações acerca desta definição das amostras:

[...] nem sempre é possível obter as informações de *todos* os elementos da população. Limitações de tempo, custo e as vantagens do uso das técnicas estatísticas de representatividade de inferências justificam o uso de planos amostrais. Torna-se claro que a representatividade da amostra dependerá de seu tamanho (quanto maior, melhor) e de outras considerações de ordem metodológica. Isto é, o investigador procurará acerrar-se de cuidados, visando à obtenção de uma amostra significativa, ou seja, que de fato represente *o melhor possível* toda a população. (grifo do autor).

Uma das bases para utilização da prova por amostragem é a impossibilidade de obter todos aqueles elementos de certo universo ou população. Limitações apresentadas no tocante ao tempo, bem como custo desta produção, além das diversas vantagens da utilização de técnicas da estatística relacionadas a representatividade justificam a utilização da amostragem.

A representatividade da selecionada amostra, e conseqüente realidade da amostra com relação ao todo, será altamente dependente do tamanho escolhido, sendo que quanto maior a seleção, melhor será o resultado, além de diversos critérios técnicos, e fórmulas diretamente relacionadas ciência da Estatística. Deve-se tomar os devidos cuidados para que a amostra signifique e esteja em direta conexão com o todo dos fatos em análise, para que a amostra represente efetivamente, o mais próximo possível, a população ou universo em discussão e análise.

Para esta escolha da amostragem mais próxima possível à realidade, o *Manual for Complex Litigation* do Poder Judiciário dos Estados Unidos alerta que a definição do método correto de amostragem dependerá do objetivo da pesquisa ou desta produção. Há uma completa diferença entre a produção de prova por meio de amostragem para declaração da verdade dos fatos, da amostragem como pesquisa em si, para levantar opiniões de certa população. Para demonstrar a verdade, tem-se íntima necessidade da presença dos requisitos de validade e confiabilidade na seleção destas estimativas do universo em discussão.

O mesmo *Manual for Complex Litigation* sugere quatro fatores relevantes para detectar a seleção apropriada da amostragem e da utilização de

métodos estatísticos, conforme abaixo:

The sampling methods used must conform to generally recognized statistical standards. Relevant factors include whether

- the population was properly chosen and defined;
- the sample chosen was representative of that population;
- the data gathered were accurately reported; and
- the data were analyzed in accordance with accepted statistical principles.³

O primeiro fator relevante apresentado é se a população foi definida e escolhida da forma apropriada. O segundo fator relevante apontado é se a amostra que foi selecionada é a devida representação da população ou universo. O terceiro fator relevante é se foram precisamente demonstrados os dados que foram colhidos. O quarto e último fator relevante é se estes mesmos dados que foram colhidos, no caso da prova por amostragem, se a própria produção probatória, foi analisada conforme princípios estatísticos devidamente reconhecidos.

Após a produção probatória, seguindo o sistema da persuasão racional, o magistrado deverá valorar a prova por amostragem. Tal situação é analisada por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 241):

Em determinada dimensão, a convicção é importante para a decisão, pois o juiz, para decidir, tem de saber o que é necessário (ou o que basta) para julgar o pedido procedente e, assim, quando é suficiente uma convicção de verossimilhança, por exemplo. Em outra perspectiva, a convicção somente importa quando é posta às claras, ou seja, quando é racionalizada na motivação. Ou seja: se a convicção é importante para a decisão, o certo é que a convicção e a decisão somente poderão compreendidas em face da motivação, quando deverão ser justificadas racionalmente.

A convicção está intimamente ligada à decisão, já que para esta o magistrado precisa distinguir o que será considerado suficiente para o julgamento da procedência ou não do pedido. Entretanto, tal convicção somente terá importância quando é apresentada, qual seja, racionalizada por meio da motivação. Sendo assim, se a convicção está ligada, e é imprescindível, para a decisão proferida, esta e aquela somente podem ser compreendidas ao serem relacionadas à motivação, devendo ser racionalmente justificadas, de acordo com o sistema de valoração de provas vigente.

³ Os métodos de amostragem utilizados devem obedecer às normas estatísticas reconhecidas. Os fatores relevantes incluem

- a população foi devidamente escolhida e definida;
- a amostra escolhida foi representativa dessa população;
- os dados recolhidos foram relatados com precisão; e
- os dados foram analisados em conformidade com os princípios estatísticos (tradução nossa).

A valoração da amostragem por meio do magistrado deverá ser pautada nesses critérios. A seleção adequada da amostra é imprescindível para que seja possível a consequente presunção da veracidade destes fatos para com o todo. Tal análise deverá ser realizada pelo magistrado em sua convicção, devendo, dessa forma, valorar a produção probatória da amostragem de acordo com o sistema processual vigente, qual seja, o sistema da persuasão racional.

4.4 A Amostragem em Provas Não Repetíveis

Nem sempre a prova por amostragem será realizada em um ambiente processual comum, ou seja, durante a produção probatória do processo. Além disso, em algumas situações, mesmo quando produzida no chamado momento comum, o objeto da prova poderá perecer durante a produção. Sendo assim, é importante a análise da prova por amostragem nesse tipo de prova, chamada não repetível.

Será utilizado o conceito da prova não repetível dentro do processo penal, que será utilizado como base para a compreensão desta prova no processo coletivo por analogia, já que o Código de Processo Civil silencia na previsão expressa, bem como a doutrina processual civil não tece extensos comentários acerca do tema.

Alerta Camilla Brentel (2012, p. 39) que, do ponto de vista técnico, nunca haverá repetição de prova, já que em uma nova produção desta, mesmo que incidente em uma mesma fonte de prova, que poderá ou não ter conservado aquelas características apresentadas na primeira análise, em novas circunstâncias temporais ou fáticas, poderão ou não levar ao mesmo resultado probatório produzido na primeira vez.

Feita a ressalva apresentada, Camilla Brentel (2012, p. 39) explica que a definição mais ampla da prova irrepitível é a “prova cuja fonte (pessoa ou objeto) não puder ser submetida a exame na audiência de julgamento em razão de alteração significativa das características que lhe são peculiares, ou de sua extinção”. Dentro do processo penal, há nítida vinculação do conceito de prova não repetível com relação à impossibilidade de exame direto desta na audiência de julgamento.

Será considerada como prova não repetível aquela prova que sua fonte, podendo ser objeto ou pessoa, não puder ser analisada, posta a exame, durante a audiência de julgamento, devido à alteração substancial de suas características, ou

até mesmo, da extinção da fonte em si. Entretanto, essa é somente uma das faces da prova irrepetível. A análise da prova não repetível não deverá ficar adstrita a esse conhecimento amplo e mais comum, devendo ser expandida em duas principais classificações para melhor compreensão.

A principal preocupação com relação à prova não repetível é sua relação com o princípio do contraditório. Devido à falta de regramento nacional, e até mesmo doutrina, Camilla Brentel (2012, p. 102) estudou o ordenamento jurídico italiano que divide as provas irrepetíveis em duas situações distintas, as naturais e as supervenientes, gerando consequências processuais distintas, principalmente com relação à valoração desta prova. As naturalmente irrepetíveis são apresentadas da seguinte maneira:

A prova naturalmente irrepetível é aquela cuja fonte (pessoa ou objeto) não pode ser submetida a exame na audiência de julgamento, em razão de alteração significativa das características que lhe são peculiares, ou de sua extinção. Ela é aceita no ordenamento jurídico italiano, e serve à formação do convencimento do julgador de duas formas: (i) exclusivamente, quando sua produção ocorrer pela via do incidente probatório de antecipação de prova (que garante o contraditório concomitante entre as partes); (ii) e subsidiariamente, quando não houver o uso de incidente probatório (cuja obrigatoriedade somente é afastada quando a produção da prova não puder ser postergada, sem que disso decorra a perda ou extinção da fonte de prova) e o contraditório for diferido.

A prova não repetível natural é, basicamente, a definição mais ampla já apresentada, sendo aquela prova que sua fonte não poderá ser analisada na audiência, seja pela modificação significativa de suas características peculiares, seja pela sua extinção. Esta prova irrepetível é permitida pelo ordenamento jurídico italiano, podendo ser valorada e formar o convencimento do magistrado em duas situações distintas. Primeiramente, poderá ser a base exclusiva para o convencimento quando a produção for realizada durante produção antecipada de prova, que permitirá o exercício do contraditório por ambas as partes. Na segunda situação, somente poderá ser a prova não repetível ser utilizada de forma subsidiária, quando não puder a prova ser produzida por meio da antecipação de prova, já que postergar a produção da prova poderia influir na extinção ou perda da própria fonte da prova, quando o contraditório será diferido.

Continuando a análise, a segunda situação é com relação às provas irrepetíveis supervenientes, que são explicadas por Camilla Brentel (2012, p.102):

A prova de irrepetibilidade superveniente liga-se à inesperada modificação ou extinção da fonte da prova. Dão causa à irrepetibilidade superveniente a morte, a enfermidade e o desaparecimento inesperados do declarante. Trata-se da hipótese que causa maior desconforto na comunidade jurídica, pois, segundo a interpretação literal da norma que lhe dá validade [...], ela poderia ser usada exclusivamente na motivação da sentença. Atualmente há jurisprudência vinculante ao sentido de que seu uso é subsidiário. Entendemos que as provas de irrepetibilidade superveniente podem ser aceitas no processo penal brasileiro, contanto que do modo como interpretou a Corte italiana (subsidiariamente, portanto).

A prova não repetível superveniente está ligada a uma inesperada extinção ou modificação da própria fonte de prova. Esta prova está ligada ao desaparecimento, morte ou enfermidade que não eram esperados, por exemplo, do declarante. A discussão do ordenamento jurídico italiano é no tocante a possibilidade ou não dela ser utilizada exclusivamente no convencimento do magistrado, já que ao se interpretar a norma de maneira literal, seria esse o entendimento. Entretanto, na Itália, surgiu jurisprudência vinculante seguindo a compreensão que essa prova somente poderia ser utilizada em caráter subsidiário. Seguindo os preceitos do ordenamento jurídico brasileiro, deverá ser também este o entendimento aplicado, seguindo o sistema de valoração de provas vigente.

A prova não repetível está apresentada no Código de Processo Penal, em seu artigo 155 quando dita que o magistrado poderá livremente apreciar a prova produzida mediante contraditório judicial, formando, assim, sua convicção, entretanto não poderá se basear de forma exclusiva sua decisão em elementos colhidos exclusivamente na investigação, fazendo a ressalva de provas antecipadas, cautelares e não repetíveis.

Analisando o texto legal do artigo 155, Guilherme de Souza Nucci (2011, p. 397) explica qual é a fundamentação de tal previsão legal, relacionando ao princípio do contraditório:

O propósito legislativo foi evitar que o magistrado levasse em conta, com fundamento para sua decisão, a prova colhida na fase investigatória (normalmente, a fase do inquérito policial), pois não há contraditório, nem a ampla defesa. O correto seria, então, concentrar a análise e avaliação das provas produzidas em contraditório judicial. A única ressalva concentrar-se-ia nas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, como os laudos periciais produzidos de imediato para que o objeto não se perca (ex.: exame cadavérico).

A intenção do texto legislativo é com relação a evitar que o juiz, em sua

valoração probatória, na formação de seu convencimento, utilizasse exclusivamente a prova produzida na fase de investigação, já que não há ampla defesa ou contraditório presentes nessa fase. Sendo assim, deverá o magistrado se ater, principalmente, na produção de prova que foi realizada presente o contraditório processual, ressaltando-se as provas antecipadas, cautelares e não repetíveis.

É preciso acrescentar, no entanto, que o Código de Processo Civil não apresenta tais ressalvas, mas a base do entendimento deve ser também aplicada aos processos coletivos, qual seja, a necessidade da presença do contraditório, exceto quando imprescindível a produção probatória, e a motivação evidente do magistrado ao expressar sua convicção na decisão judicial, devido a aplicação do sistema da persuasão racional no processo.

Poderá, inclusive, uma prova por amostragem dentro do processo coletivo ser ou se tornar provas não repetíveis, seja ela natural ou superveniente. As naturalmente irrepitíveis poderão ser aquelas provas que serão realizadas pelo método da amostragem, geralmente, por meio da ação de produção antecipada de provas, que será analisada posteriormente.

É possível, também, que durante a produção da prova por amostragem, a amostra selecionada se perca para efetivação desta produção, por exemplo, por processos químicos necessários para a sua realização. Nessa situação, verifica-se a presença de uma prova não repetível natural, visto já ser esperada a consequente extinção do objeto, ou completa alteração de suas características. Deve-se, no entanto, respeito ao contraditório processual, bem como ao sistema de valoração vigente em nosso ordenamento, devendo o magistrado valorar apropriadamente, segundo os critérios já explanados.

Embora, como já elencado, o novo Código de Processo Civil não preveja expressamente a figura da prova não repetível, estas poderão se apresentar em processos de produção antecipada de provas, que considerados, agora, autônomos, não sendo cautelares, conforme explicam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p.138-139):

Não é processo cautelar – não há sequer a necessidade de alegar urgência. A circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma *litigiosidade potencial*. É jurisdição voluntária pelo fato de que não *há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova*. (grifo do autor).

A ação de produção antecipada de prova não se trata de um processo cautelar, não precisando alegar urgência para sua utilização. Trata-se de jurisdição voluntária, não desvirtuando esta figura a possibilidade de existir conflito, já que este tipo de jurisdição sempre persiste a ideia de litigiosidade potencial. Não existe a necessidade da afirmação e presença do conflito para a produção de prova, sendo que a existência do conflito também não impedirá a sua realização.

Tais entendimentos podem ser extraídos do próprio texto legal do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015 que determina as situações em que será possível a ação de produção antecipada da prova, conforme apresentado abaixo:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

São três situações em que será possível a ação de produção antecipada de prova. A primeira situação guarda relação com a prova não repetível, visto que serão aquelas provas que haja receio fundado que se a prova se torne impossível ou difícil para sua realização durante o processo. A segunda situação possibilita a produção antecipada quando a prova que será produzida neste processo autônomo poderá possibilitar e facilitar outros meios adequados para solução dos conflitos. A terceira e última situação apresentada é quando a prova que for produzida, e seu prévio conhecimento e apresentação dos fatos poderá evitar ou justificar que outra ação seja proposta.

A primeira situação é a que importa para a melhor análise das provas não repetíveis. Esta é a situação mais clássica com relação à produção antecipada da prova, qual seja, o risco e possibilidade de a prova não poder ser mais produzida, senão naquele momento, conforme explicam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 139-140). Busca-se que a produção antecipada desta prova perpetue uma necessária memória do objeto da prova, da coisa, da fonte da prova.

Exemplificando a utilização da produção antecipada da prova, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 140) trazem as

seguintes situações: está perecendo ou para perecer o objeto que será alvo de uma perícia; um dano ambiental, aos poucos, está sendo absorvido, neutralizado pela própria natureza. Nessas situações, a produção tem a finalidade de se evitar lesão ao direito de produção da prova.

Nas situações levantadas pelos autores, pode-se haver, inclusive a realização desta prova por amostragem. A perícia poderá ser realizada por amostragem, visto que seria impossível a realização desta prova sobre todo o conjunto, todo o universo do objeto. O dano ambiental será analisado por amostragem, em um devido local, já que é tão extenso, que a análise do todo seria impossível, inviável ou de alto custo. A utilização da prova por amostragem sanará essas questões e produzirá prova de igual importância e realidade fática com a verdade.

Anota Carlos Alberto Del Papa Rossi (2016, s.p.), ao analisar o texto do novo Código de Processo Civil, que não há previsão expressa de produção antecipada de prova sem a citação da outra parte, em situações de urgência, ou se houver risco da outra parte impossibilitar a produção probatória que se busca. Nessas situações, mesmo sem esta previsão, seria possível deferir eventual produção antecipada de prova sem ouvir a parte contrária, devendo a parte comprovar a necessidade, bem como o magistrado efetivamente motivar sua decisão.

O novo Código de Processo Civil prevê o seguinte em seu artigo 383: “§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”. Ou seja, não deverá o magistrado valorar a prova produzida na ação autônoma de produção antecipada de prova, não se pronunciando sobre a inoocorrência ou ocorrência dos fatos, bem como as consequências jurídicas.

Analisando este artigo, bem como toda a ação autônoma em questão, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 145-146) explicam o contraditório presente na produção antecipada de prova:

Há, sim, contraditório reduzido, mas não zerado: discute-se o direito à produção da prova, a competência do órgão jurisdicional (se há regras de competência, há possibilidade de o réu discutir a aplicação delas, obviamente; a alegação de incompetência é matéria de defesa), a legitimidade, o interesse, o modo de produção da perícia (nomeação de assistente técnico, possibilidade de impugnação do perito etc.) etc. Não se admite discussão em torno da valoração da prova e dos efeitos jurídicos dos fatos probandos – isso será objeto do contraditório em outro processo.

Não há contraditório zerado, mas, sim, reduzido. É possível discutir se há o direito para produção de prova, discussão da competência do juízo, o interesse, a legitimidade, todo o modo da produção da prova pericial, por exemplo. Entretanto, não poderá discussão com relação à valoração desta prova produzida, bem como todas as consequências jurídicas destes fatos probandos, já que serão objetos do contraditório no processo posterior.

É nesse sentido que escrevem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade (2015, p. 1014) ao ditar que “tendo em vista que o procedimento exige o foco exclusivo na produção da prova, o juiz não pode, à evidência, discutir o fato probando e nem tampouco sobre as suas consequências jurídicas”. Como o foco da produção antecipada de prova é exatamente na produção da prova, não poderá o magistrado valorar a prova produzida.

Complementam ainda, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 319) que o juiz irá proferir uma “sentença meramente extintiva, sem emitir juízo valorativo a respeito da prova colhida, isto é, sem se pronunciar sobre a efetiva demonstração da existência ou não do fato que se queria provar ou sobre eventuais consequências jurídicas decorrentes”. Conforme já explicado, não irá o magistrado valorar a produção da prova, proferindo uma sentença extintiva.

Analisando todo esse contexto, deve-se compreender que a prova por amostragem pode ser utilizada, inclusive, em provas não repetíveis, em situações de antecipação de prova, ou não, podendo ser aplicada também aos processos coletivos, respeitado o contraditório, utilizando-se como base o Código de Processo Civil, bem o Código de Processo Penal por analogia.

4.5 Aplicação na Jurisprudência

Após compreensão de que o ordenamento jurídico permite que a prova por amostragem seja utilizada, é pertinente a análise de algumas jurisprudências para verificação da aceitação deste método de produção de prova nos tribunais. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 89.601/RS, do qual foi relator o Ministro Eduardo Ribeiro, com publicação em 05 de abril de 1999, tomou a seguinte decisão:

Direitos autorais. Apartamentos de hotéis. Música. São devidos direitos autorais pela empresa administradora de hotel que coloca, nos apartamentos, aparelhos receptores de rádio, à disposição dos hóspedes. Não é dado, entretanto, fixar-se esse montante como se todos os apartamentos estivessem ocupados e todos os hóspedes se valessem da aparelhagem para ouvir música. Necessidade de ter-se em conta a média de efetiva utilização.

Ao analisar como deveria ser fixado o montante devido ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição de um hotel em específico, foi determinada que deveria ser realizada uma pesquisa determinada, por amostragem, inclusive podendo ser regional, para estabelecimento de uma média de utilização da aparelhagem de música, sem que seja necessário que todos os hotéis fossem pesquisados, devendo tais situações serem apuradas em sede de liquidação da sentença. Embora não diretamente ligado a uma produção de provas, o julgado acima permite a utilização da amostragem, demonstrando a plena validade de critérios estatísticos, e de amostras, para determinação de fatos em discussão.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* 95.295/RJ, do qual foi relator o Ministro Cezar Peluso, com publicação em 05 de dezembro de 2008, proferiu a seguinte decisão:

AÇÃO PENAL. Prova. Perícia. Componentes de máquinas caça-níqueis. Quantidade elevada. Necessidade reconhecida em acórdão transitado em julgado. Desmonte de algumas delas e consunção de peças. Verificação ulterior. Impossibilidade de exame técnico de todas. Revisão do julgamento em questão de ordem. Inadmissibilidade. Ofensa à coisa julgada formal. Extensão da prova pericial. Matéria sujeita à ponderação do juízo de primeiro grau. HC concedido em parte. Não pode o tribunal, depois de deferir perícia em todas as coisas apreendidas, determinar, em questão de ordem subsequente ao trânsito em julgado do acórdão, que a prova se realize por amostragem.

Tratava de uma ação penal com uma quantidade grande de objetos a serem periciados. Inicialmente, o Tribunal Regional Federal, após impetração de *Habeas Corpus* contra a decisão do juízo de primeiro grau, determinou a realização da prova pericial em todas as máquinas, mesmo com a grande quantidade destas a serem objetos da produção probatória. Em questão de ordem levantada no processo, o Tribunal Regional Federal alterou o entendimento para que a produção probatória fosse realizada por amostragem, ao invés de serem periciadas todas as máquinas, mesmo após o trânsito em julgado do acórdão, o que violava a coisa julgada formal.

Mesmo com este entendimento, o Supremo Tribunal Federal entendeu

que a ponderação quanto à extensão da produção de provas é do juízo de primeiro grau, mediante decisão motivada, que poderia, inclusive, realizar a prova por amostragem. Segundo o relator Ministro Cezar Peluso, a intenção do julgamento proferido do Tribunal Regional Federal era no tocante a necessidade do exame técnico para detectar a real origem, ilícita, dos equipamentos, devendo a quantidade ser considerada a critério do executor da ordem, qual seja, o juízo de primeiro grau.

Também no âmbito criminal, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* 71.599/RJ, do qual foi relator o Ministro Paulo Brossard, com publicação em 19 de dezembro de 1994, proferiu a decisão a seguir:

HABEAS CORPUS. Paciente condenado pela prática do crime de tráfico de substância entorpecente. Alegada falta de justa causa para a condenação. Ausência de prova da materialidade do delito: laudo definitivo do material portado pelo paciente. Prova pericial efetivada por amostragem. Laudos prévios e definitivos conclusivos. Nulidade não arguida na primeira oportunidade. Convalidação, HC 50.639. Ausência de prejuízo. A ausência ou a juntada tardia do laudo pericial definitivo não importam em nulidade, dada sua natureza meramente confirmatória do laudo prévio. Precedentes do STF: HC 69.806, HC 61.660. E inadequada a via do *habeas corpus* para reexame aprofundado e valoração da prova coligida. Pedido conhecido, mas indeferido a ordem de *habeas corpus*.

A produção probatória foi realizada por amostragem, inclusive apresentando que tanto os laudos prévios quanto os definitivos foram conclusivos no tocante a presença da substância entorpecente. O relator Ministro Paulo Brossard ainda dita no acórdão que a prova pericial foi realizada por amostragem, não sendo relevante a questão de não ter sido periciado todo o material que foi apreendido.

Após tais análises, serão apresentados julgados específicos a processos coletivos, principalmente ações civis públicas. A Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 327.190-9, do qual foi o relator o Juiz convidado Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes, sendo a decisão publicada em 24 de outubro de 2008, decidiu o seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRIGAÇÃO DE FAZER - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA MÓVEL - LIMINAR - REVOGAÇÃO INDEFERIDA PELO JUÍZO "A QUO" - TUTELA DE URGÊNCIA AMPARADA NA NOTORIEDADE DA DEFICIÊNCIA DO SERVIÇO E EM DEPOIMENTOS DE USUÁRIOS COLHIDOS UNILATERALMENTE E POR AMOSTRAGEM - FATO NOVO - INSTALAÇÃO DE ANTENA APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO - EVIDÊNCIA TÉCNICA SUFICIENTE PARA AFASTAR A RELEVÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO - DECISÃO REFORMADA. AGRAVO PROVIDO. 1. Segundo preceitua o art. 461, §3º, do Código de Processo Civil, a antecipação de tutela de obrigação

de fazer ou não-fazer exige a seu deferimento a relevância da fundamentação aliada a justificado receio de ineficácia do provimento final. 2. Declarações produzidas unilateralmente pela parte, especialmente aquelas colhidas por amostragem dos usuários do serviço de telefonia, não constituem evidência suficiente para deferir medida liminar.

No caso em questão, é interessante notar que foi apresentada junto à petição inicial diversos depoimentos produzidos por amostragem para, teoricamente, evidenciar problemas relativos a sinais de telefonia de uma operadora de celular. Foi concedida liminar no juízo de primeiro grau, sendo, posteriormente, uma nova antena instalada pela operadora para sanar parte do problema em discussão. O Tribunal decidiu, então, revogar a liminar concedida, visto que, além do fato novo demonstrado processualmente, quando da valoração dos depoimentos colhidos por amostragem, não foram suficientes para manutenção da antecipação de tutela, bem como não foram consideradas satisfatórias para demonstração dos problemas de sinais de telefonia celular. Verifica-se, aí, a necessidade de cuidado na seleção da amostragem, conforme já explicado, bem como da forma que os fatos foram apresentados processualmente.

Em uma ação civil pública também relativa a uma operadora de telefonia, mas agora no tocante aos telefones de uso público, a Décima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 750316-2, do qual foi o relator o Desembargador Ruy Muggiati, sendo a decisão publicada em 20 de maio de 2011, proferiu o seguinte:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DEFEITOS EM TELEFONES DE USO PÚBLICO (TUP), VULGO 'ORELHÕES' - INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO CIVIL - RELATÓRIO DA ANATEL - VERIFICAÇÃO POR AMOSTRAGEM - 1/3 DOS APARELHOS INSPECIONADOS COM DEFEITO - PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA - SERVIÇO ESSENCIAL - CONCESSÃO PARCIAL DA TUTELA ANTECIPADA - INCONFORMISMO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRAZO PARA MONITORAMENTO, INSPEÇÃO E VERIFICAÇÃO DE TODOS OS APARELHOS EM CURITIBA E PARA REPARAÇÃO DOS DEFEITOS ENCONTRADOS - DILAÇÃO - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - APRESENTAÇÃO DE RELATÓRIO DAS ATIVIDADES AO JUÍZO E À ANATEL - DECISÃO REFORMADA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

No caso em questão, pode-se verificar a utilização da prova por amostragem para realização de inspeção nos aparelhos, sendo constatado defeito em um terço dos inspecionados. Foi considerada tal produção de prova suficiente pelo juízo de primeiro grau, bem como concedida parcialmente a tutela antecipada. Após

considerações apresentadas pela empresa de telefonia, bem como algumas providências tomadas por parte desta, o Tribunal de Justiça reformou parte da decisão, visto o saneamento de parte dos problemas descritos pelo Ministério Público.

A Quarta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar a Apelação Cível n. 2006.014688-5, do qual foi o relator o Desembargador José Volpato de Souza, julgamento realizado em 16 de abril de 2009, analisou ação civil pública relativa à cobrança de taxas diversas de locatários, conforme decisão abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - RELAÇÕES LOCATÍCIAS - COBRANÇA DE TAXAS DIVERSAS DOS LOCATÁRIOS, NÃO PREVISTAS EM LEI, OU CUJA RESPONSABILIDADE INCUMBE AO LOCADOR - "TAXA DE CONTRATO" - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - ENTIDADES REPRESENTATIVAS DE CLASSE - INOCORRÊNCIA - VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL AO LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO VERIFICADA - DEFESA AO DIREITO DO CONSUMIDOR - ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ NA COBRANÇA E RESTITUIÇÃO EM DOBRO ANTERIOR À CITAÇÃO - IRRELEVÂNCIA, NO CASO VERTENTE - ILEGALIDADE DA COBRANÇA INCONTESTE - PRÁTICA EVIDENCIADA POR AMOSTRAGEM - PROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO MINISTERIAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INCABÍVEIS NA ESPÉCIE - EXEGESE DO ART. 128, § 5º, II, DA CRFB - EXCLUSÃO DE OFÍCIO - RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

A prática da cobrança ilegal de diversas taxas foi demonstrada por meio de produção probatória realizada por amostragem, sendo considerada suficiente pelo Tribunal de Justiça para a evidência dos fatos apresentados pelo Ministério Público. Resta patente por meio desse julgado que a prova por amostragem, produzida por meio de critérios técnicos, é suficiente para comprovação dos fatos dentro do processo, para formação do convencimento do magistrado.

Em sede de ação de improbidade administrativa, a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, na Apelação Cível 583.176/PE, da qual foi relator o Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho, publicada em 17 de novembro de 2015, decidiu da seguinte maneira:

Administrativo. Recurso de apelação do demandante ante sentença, em ação civil pública por improbidade administrativa, que julga procedente a demanda, buscando o apelo, por parte do demandado, ora apelado, o ressarcimento da quantia de R\$ 157.314,83, ou, na quantia de R\$ 115.776,00. A r. sentença recorrida, f. 294-299, ao condenar o demandado, como incurso nas condutas do art. 11, inc. VI, da Lei 8.429, de 1992, – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo –, fixou apenas duas sanções: a) suspensão dos direitos políticos por três anos, e b) pagamento de multa

equivalente ao valor da última remuneração percebida pela demandada, f. 299.

O apelante busca, então, a condenação no ressarcimento integral do dano, em um dos valores indicados. O ressarcimento integral do dano, previsto no inc. III, do art. 12, da Lei 8.429, depende da ocorrência do dano. [...]

Os equipamentos/materiais permanentes adquiridos com recursos do convênio foram verificados por amostragem e parcialmente localizados [...]

Se o objetivo do Convênio 5572, de 2004, foi atingindo em 100%, como justificar o ressarcimento de dano? Se, por al, alguns problemas surgiram, com o tempo, não ilidem o fato de que os materiais, que deveriam ter sido adquiridos, o foram, como foram utilizados. [...]

À míngua de qualquer prejuízo ao erário público, mesmo porque as condutas desenhadas no art. 11, da referida Lei 8.429, não são de causar prejuízo ao erário público, não há como dar guarida ao apelo do demandante.

Improvimento ao recurso de apelação.

No caso analisado, visto que os equipamentos adquiridos pelo convênio eram em grande quantidade, a produção de prova foi realizada por amostragem. Não será objeto deste estudo a discussão principal da apelação em questão, qual seja, a condenação em ressarcimento integral do dano, além das já proferidas pelo juízo de primeiro grau, mas é possível verificar que a produção probatória por amostragem foi considerada na ação de improbidade administrativa como suficiente, inclusive para condenação em suspensão de direitos políticos e pagamento de multa.

5 CONCLUSÃO

A prova por amostragem permite a comprovação apenas da amostra selecionada, que faz parte de todo o conjunto, e conduzirá ao entendimento e demonstração da existência e realidade de todos os mesmos fatos componentes desse universo. A utilização deste método de produção de prova no processo coletivo facilitará e possibilitará a efetivação dos interesses difusos e coletivos em discussão, tutelando corretamente tais especiais direitos.

1. Os métodos estatísticos utilizados pela prova por amostragem possuem grau de precisão o suficiente para determinar e comprovar características e fatos dentro de uma população ou universo, devendo a amostra selecionada representar de forma técnica tal conjunto, substituindo a análise completa da população a ser descoberta, economizando, por meio desse método, tempo e dinheiro.

2. A utilização da prova por amostragem no processo coletivo atende ao princípio da eficiência, sendo utilizada para superação de entraves na produção probatória, principalmente quando tal produção for impossível ou de alta dificuldade, bem como meio de superação da prova diabólica. Os interesses difusos e coletivos tutelados por estes processos necessitam ser tutelados adequadamente, e a prova por amostragem permitirá ultrapassar os problemas em questão.

3. Não há disposição expressa no ordenamento jurídico brasileiro quanto à prova por amostragem. Entretanto, aplica-se o princípio da atipicidade da prova, este expressamente previsto no Código de Processo Civil de 2015, ao se permitir a produção de prova por quaisquer meios, desde que moralmente legítimos ou legais, o que permitirá a aplicação e utilização da amostragem no processo. Visto que o Código em questão é utilizado subsidiariamente pelo processo coletivo, é evidente a possibilidade de utilização da prova por amostragem neste. Além disso, a amostragem é amplamente utilizada e permitida pela jurisprudência, com base em tais entendimentos.

4. Embora entendida como uma prova atípica, por não estar expressamente prevista no ordenamento, a prova por amostragem pode considerada

como um método de produção dos meios de prova, inclusive possuindo apresentação e utilização em alguns típicos, expressamente previstos no Código de Processo Civil de 2015, como provas periciais e documentais.

5. Não há completa igualdade entre as provas indiciárias e as provas por amostragem. Na prova por amostragem, os fatos provados por meio da amostra fazem parte de uma mesma população, e estando provados, conseqüentemente, comprovarão o todo, ou seja, se os fatos comprovados pela amostra existem, presume-se que o todo também existe e é verdadeiro. Na produção de prova indiciária, por sua vez, o indício não faz parte do mesmo conjunto, e se provado, indicará que existe ou não existe o fato principal. Nesta prova, há relação de causalidade entre o indício e o fato principal, que permite ao magistrado presumir a ocorrência deste ao comprovar aquele.

6. A seleção correta da amostra é imprescindível para a produção probatória e efetivação dos interesses difusos e coletivos em discussão no processo. A representatividade correta da amostragem irá depender de seu tamanho, sendo que quanto maior a amostra, melhor a representação do todo, além de técnicas próprias da estatística que deverão ser utilizadas para viabilizar tal amostragem, bem como para representar corretamente a população analisada.

7. Seguindo o sistema da persuasão racional, adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, o juiz irá valorar a prova produzida por amostragem, devendo fundamentar a sua decisão, a valoração em si da prova. O magistrado, com base em sua convicção, ao analisar a produção probatória, deverá motivar a decisão proferida, justificando racionalmente os critérios adotados para tal entendimento.

8. A prova por amostragem poderá ser, ou se tornar, uma prova não repetível, natural ou superveniente. A prova naturalmente irrepitível é aquela que não pode ser novamente examinada, visto alteração substancial de suas características ou a sua completa extinção por meios naturais. A prova não repetível superveniente é aquela modificação ou extinção não esperada da fonte probatória. Além disso, tais provas não repetíveis poderão acontecer em situações de produção antecipada de provas, agora processos autônomos no Código de Processo Civil de 2015. Essas produções de prova também serão válidas ao processo coletivo, devendo ser respeitado o contraditório processual, devendo o magistrado valorar corretamente tais provas não repetíveis, fundamentando a decisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal *et al.* **Manual de direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009.

ALAGOAS; CEARÁ; PARAÍBA; PERNAMBUCO; RIO GRANDE DO NORTE; SERGIPE. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Administrativo. **Apelação Cível 583176/PE**. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: João Batista Martins da Silva. Relatora: Desembargador Federal Vladimir Souza Carvalho. Recife, 17 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/data/2015/11/ESPARTA/00002744820134058304_20151116_6534925.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2017.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses difusos e coletivos esquematizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

ANDRADE, Landolfo. **O ônus da prova na ação civil pública**. São Paulo: Verbatim, 2015.

ANDRADE, Luiz Gustavo de. **Tutela processual de direitos metaindividuais: fundamentos constitucionais e reflexos na atividade empresarial**. 2008. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Curitiba, 2008.

ANDRADE, Paulo Roberto Fernandes de. Ônus da Prova e Direito Ambiental. Fazenda Pública e inversão do ônus. Aspectos no CPC/1973 e no CPC/2015. In: **REVISTA da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2015. V. 81.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto Lei n 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 3 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF, 2 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direitos Autorais. Apartamentos de Hotéis. Música. **Recurso Especial nº 89.601/RS.** Recorrente: Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD. Recorrido: Hotéis Charrua S/A. Relatora: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, 5 de abril de 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199600134138&dt_publicacao=05/04/1999>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil. Ofensa ao Art. 535 do CPC. Omissão Acerca de Pontos Relevantes para o Deslinde da Controvérsia. Ocorrência.

Recurso Especial nº 765.958/RS. Recorrente: Arnaldo Verzolla. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, 19 de novembro de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=7054561&num_registro=200501091403&data=20091119&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 13 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processual Civil e Ambiental. Ação Civil Pública. Dano Ambiental. Adiantamento de Honorários Periciais pelo Parquet. Matéria Prejudicada. Inversão do Ônus da Prova. Art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 C/C o Art. 21 da Lei 7.347/1985. Princípio da Precaução. **Recurso Especial nº 972.902/RS.** Recorrente: Ministério Público do Rio Grande do Sul. Recorrido: Amapá do Sul S/A. Artefatos de Borracha. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=903149&sReg=200701758820&sData=20090914&formato=PDF>. Acesso em: 3 jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal. Prova. Perícia. Componentes de Máquinas Caça-Níqueis. Quantidade Elevada. Necessidade Reconhecida em Acórdão Transitado em Julgado. Desmonte de Algumas Delas e Consunção de Peças. Verificação Ulterior. Impossibilidade de Exame Técnico de Todas. Revisão do Julgamento em Questão de Ordem. Inadmissibilidade. Ofensa à Coisa Julgada Formal. Extensão da Prova Pericial. Matéria Sujeita à Ponderação do Juízo de Primeiro Grau. HC Concedido em Parte. **Habeas Corpus nº 95.295/RJ.** Pacientes: Carlos Henrique de Jesus e Lúcio César da Silva Cruz. Impetrante: Henrique Pereira Baptista e outro. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 5 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=567751>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. Paciente Condenado pela Prática do Crime de Tráfico de Substância Entorpecente. Alegada Falta de Justa Causa para a Condenação. Ausência de Prova da Materialidade do Delito: Laudo Definitivo do Material Portado pelo Paciente. Prova Pericial Efetivada por Amostragem. Laudos Prévios e Definitivos Conclusivos. Nulidade Não Arguida na Primeira Oportunidade. Convalidação, HC 50.639. Ausência De Prejuízo. **Habeas Corpus nº 71.599/RJ.** Paciente: Celso Augusto de Queiroz. Impetrante: Damião Monteiro e outro. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, 19 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73212>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

BRENTEL, Camilla. **As provas não repetíveis no processo penal brasileiro.** 2012. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil:** volume 2, tomo 3 : direito processual coletivo e direito processual público. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil:** volume 2, tomo 1 : procedimento comum: ordinário e sumário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A Inversão do Ônus da Prova no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEIDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). **A prova no direito processual civil:** estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil:** volume 1. 19. ed., rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÂMARA, Helder Moroni. Prova Indiciária no Processo Civil Contemporâneo. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEIDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). **A prova no direito processual civil:** estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Temas atuais de direito processual civil volume 3).

_____. **Inversão do ônus da prova na ação civil pública por improbidade administrativa** – Hipótese de aplicação do artigo 9º, inc. VII, da Lei 8.249/92. Disponível em: <www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses2011/Eduardo_Cambi_02.doc>. 2011. Acesso em 14 jan. 2017.

CARDOSO, Oscar Valente. A Valoração Judicial das Provas no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada:** volume 3 : processo de conhecimento - provas. Salvador: JusPODIVM, 2015.

CASTRO, Ana Paula de. Algumas considerações sobre a prova no processo coletivo. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9096>. Acesso em 18 dez. 2016.

CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; LOURENÇO, Haroldo. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. Vol. 263. Ano 42. p. 55-75. São Paulo: Ed. RT, jan. 2017.

CAVALCANTE, Christiane. **A prova na tutela coletiva do consumidor**. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_christiane.pdf>. Acesso em 12 jul. 2016.

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2. ed., rev. e atual. Presidente Prudente, 2015.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC: por que a razão está com os hermeneutas?. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada: volume 3 : processo de conhecimento - provas**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DESTEFENNI, Marcos. Ativismo judicial e ações coletivas. A suspensão da segurança e o ativismo negativo. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: volume 2 : teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

_____; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil: volume 4 : processo coletivo**. 10. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016

FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Manual for complex litigation, fourth, § 11.493**. Disponível em: <[http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mcl4.pdf/\\$file/mcl4.pdf](http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/mcl4.pdf/$file/mcl4.pdf)>. Acesso em 12 jul. 2016.

FILOMENO, José Geraldo Brito *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: volume 1 : comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC**. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>>. 2015. Acesso em 04 dez. 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: volume 2 : processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HENRIQUE, Lygia Maria Moreno Molina. **Prova e ônus da prova sob o aspecto da tutela individual e coletiva**. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/prova_onus_sob_aspecto_tutela_individual_coletiva_lygiamaria.pdf>. 2014. Acesso em 05 mar. 2016.

ICHIHARA, Yoshiaki. Ônus da Prova – Presunção, Inversão e Interpretação. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013.

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. **Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf>. 2005. Acesso em 04 dez. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO PROCESSUAL. **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/cpbc_versao24_02_2006.pdf>. 2006. Acesso em 04 dez. 2016.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Provas Atípicas no Novo CPC. 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.

LOPES, Ricardo Augusto de Castro. O Ônus da Prova nas Três Esferas Judiciais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013.

LUCHESI, Celso Umberto. **Considerações sobre o princípio da precaução**. São Paulo: SRS, 2011.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. A prova na ação de improbidade administrativa. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996. v. 1.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; _____. **Processo de conhecimento**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; _____. **Prova e convicção**: de acordo com o CPC de 2015. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; _____; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: volume 2 : tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Gilberto de Andrade; DOMINGUES, Osmar. **Estatística geral e aplicada**. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 24. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. O ônus da prova na ação de improbidade administrativa. **Depoimentos**. Revista da Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, n. 12, p. 151-164, jul./dez. 2007.

MEJIAS, Lucas Britto. Relação entre busca pela verdade, deveres instrutórios do juiz

e regras de atribuição de ônus probatório. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (Coord.). **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

MORAES, Jose Rubens de. Ordálios e Outros Meios de Prova na Experiência Jurídica Medieval. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Código de defesa do consumidor interpretado: doutrina e jurisprudência**. 6. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Ação Civil Pública - Defeitos em Telefones de Uso Público (TUP), Vulgo 'Orelhões' - Instauração de Inquérito Civil - Relatório da Anatel - Verificação por Amostragem - 1/3 dos Aparelhos Inspeccionados com Defeito - Princípio da Eficiência - Serviço Essencial - Concessão Parcial da Tutela Antecipada - Inconformismo - Agravo de Instrumento - Prazo para Monitoramento, Inspeção e Verificação de Todos os Aparelhos em Curitiba e Para Reparação dos Defeitos

Encontrados - Dilação - Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade - Apresentação de Relatório das Atividades ao Juízo e à ANATEL - Decisão Reformada - Recurso Conhecido e Parcialmente Provido. **Agravo de Instrumento nº 750316-2**. Agravante: Brasil Telecom SA. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Desembargador Ruy Muggiati. Curitiba, 20 de maio de 2011. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11106370/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-750316-2>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento - Ação Civil Pública - Obrigação de Fazer - Prestação de Serviços de Telefonia Móvel - Liminar - Revogação Indeferida pelo Juízo "A Quo" - Tutela de Urgência Amparada na Notoriedade da Deficiência do Serviço e em Depoimentos de Usuários Colhidos Unilateralmente e por Amostragem - Fato Novo - Instalação de Antena Após a Propositura da Ação - Evidência Técnica Suficiente para Afastar a Relevância da Fundamentação - Decisão Reformada. Agravo Provido. **Agravo de Instrumento nº 327.190-9**. Agravante: Tim Celular S/A. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator Convidado: Juiz Gil Francisco de Paula Xavier Fernandes. Curitiba, 24 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1735549/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-327190-9>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

PEYRANO, Jorge. **La carga de la prueba**. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>. 2013. Acesso em 04 dez. 2016.

PINTO, Marcos Vinícius. **O mandado de segurança coletivo como instrumento de tutela coletiva**. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-29082015-100435/publico/parcial.pdf>>. 2015. Acesso em 07 dez. 2016.

REICHELDT, Luis Alberto. **A prova no direito processual civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Flávia Pereira; AZZONI, Clara Moreira. Distribuição do Ônus Probatório. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEIDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). **A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes**. São Paulo: Verbatim, 2013.

ROSSI, Carlos Alberto Del Papa. Produção antecipada de prova no “novo Código de Processo Civil” - princípio do isolamento dos atos processuais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 144, jan 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16719&revista_caderno=21>. Acesso em fev 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível - Ação Civil Pública - Relações Locatícias - Cobrança de Taxas Diversas dos Locatários, não Previstas em Lei, ou cuja Responsabilidade incumbe ao Locador - "Taxa de Contrato" - Preliminar de Litisconsórcio Passivo Necessário - Entidades Representativas de Classe - Inocorrência - Violação Constitucional ao Livre Exercício da Atividade Econômica não Verificada - Defesa ao Direito do Consumidor - Alegação de Ausência de Má-Fé na Cobrança e Restituição em Dobro Anterior à Citação - Irrelevância, no Caso Vertente - Ilegalidade da Cobrança Inconteste - Prática Evidenciada por Amostragem - Procedência da Pretensão Ministerial - Honorários Advocatícios Incabíveis na Espécie - Exegese do Art. 128, § 5º, II, Da CRFB- Exclusão de Ofício - Recursos Conhecidos e Desprovidos. **Apelação Cível nº 2006.014688-5**. Apelante: Cab Imóveis Ltda. Agravado: Ministério Público do Estado do Santa Catarina. Relator: Desembargador José Volpato de Souza. Florianópolis, 16 de abril de 2009. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=0100087NO0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=1496693&pdf=true>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. V. 1. São Paulo: Max Limonad, 1949.

_____. **Prova judiciária no cível e no comercial**. V. 5. São Paulo: Max Limonad, 1949.

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**: volume 2. 27.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, Paula Costa e; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2013. N. 222.

SOARES, Ronnie Herbert Barros. Natureza dúplice da inversão do ônus da prova no CDC. In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coord.). **A prova no direito processual civil**: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Verbatim, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do

NCPC. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**: volume 3 : processo de conhecimento - provas. Salvador: JusPODIVM, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: volume 1 : teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 3. 35. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRENNEPOHL, Terence. Anotações sobre a Prova Complexa e sua Inversão no Processo Coletivo Ambiental. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA, José Henrique (Coord.). **Tutela jurisdicional coletiva**. Salvador: JusPODIVM, 2009.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: RT, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: volume 1 : teoria geral do processo e processo do conhecimento. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2015.

WATANABE, Kazuo *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: volume 2 : comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.