

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO, APERFEIÇOAMENTO E
EXTENSÃO - COGEAE**

DIEGO DE MAMAN DORIGATTI

**O MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E AS GARANTIAS DO
CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

**SÃO PAULO
2014**

DIEGO DE MAMAN DORIGATTI

**O MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E AS GARANTIAS DO
CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA**

**Monografia apresentada à Coordenadoria
Geral de Especialização,
Aperfeiçoamento e Extensão - COGEAE,
na área de Direito Processual Civil, no
curso de Especialização em Direito
Processual Civil oferecido pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo,
como requisito parcial à obtenção do
título de Especialista em Direito.**

ORIENTAÇÃO: PROFESSOR MESTRE LUIS EDUARDO SIMARDI FERNANDES

**SÃO PAULO
2014**

*Dedico este trabalho aos meus pais,
Nelson e Sônia, e meu irmão Thiago.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, por tudo que tem proporcionado em minha vida.

Em seguida, um agradecimento especial aos meus pais, Nelson e Sônia, e meu irmão Thiago, pelo auxílio e companheirismo que nunca me faltaram, bem como pelo apoio material, intelectual e emocional que sempre me ofereceram e que me fizeram nunca desistir.

Agradeço, com todo meu amor, à Rafaela, que me auxiliou e me apoiou incansavelmente.

Agradeço, igualmente, ao Professor Mestre Luis Eduardo Simardi Fernandes, que gentilmente aceitou orientar a elaboração deste trabalho.

Importante registrar também minha gratidão a todos os professores do Curso de Especialização em Direito Processual Civil da PUC/SP que, de modo direto ou indireto, contribuíram na minha formação acadêmica e profissional, e que serão sempre lembrados pelas excelentes lições que ofereceram.

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar o momento da distribuição do ônus da prova e seus reflexos sobre as garantias do contraditório e da ampla defesa. Inicialmente, apresenta o conceito de ônus da prova em sua dupla perspectiva (objetiva e subjetiva), para em seguida abordar o ônus perfeito e imperfeito. Em um segundo momento, ao tratar da distribuição do ônus da prova especificamente, traça um paralelo entre o modelo estático e o convencional, abordando a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor (*ope legis* e *ope iudicis*) e a distribuição da carga dinâmica do ônus. Por derradeiro, na terceira seção, apresenta linhas gerais sobre as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório sob a perspectiva do momento da distribuição do ônus da prova.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PROCESSUAL CIVIL, INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA.

ABSTRACT

This paper analyzes the moment of distribution of the burden of proof and its effects on the guarantees of contradictory and full defense. Initially, introduces the concept of burden of proof in its dual perspective (objective and subjective), and then approaches the perfect and imperfect burden. In a second step, to handle the distribution of the burden of proof specifically, draws a parallel between the static model and the conventional model, presenting the reverse burden of proof in the Code of Consumer Protection (*ope legis* and *ope iudicis*) and the distribution of dynamic load of the burden. For the last, the third section presents general guidelines on constitutional guarantees of full defense and the contradictory from the perspective of the moment of distribution the burden of proof.

KEYWORDS: CIVIL PROCEDURAL LAW, REVERSING THE BURDEN OF PROOF, CONTRADICTORY, AMPLE DEFENSE.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ÔNUS DA PROVA	8
1.1 Conceito de ônus	8
1.2 Conceito de ônus da prova	11
1.3 Dupla perspectiva do ônus da prova: ônus objetivo e ônus subjetivo	13
1.4 Ônus perfeito e imperfeito	20
2 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	22
2.1 Distribuição estática do ônus da prova	22
2.2 Distribuição do ônus da prova convencional	27
2.3 Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor	30
2.3.1 Inversão do ônus da prova <i>ope legis</i>	31
2.3.2 Inversão do ônus da prova <i>ope iudicis</i>	37
2.4 Distribuição da carga dinâmica do ônus da prova	42
3 O MOMENTO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	49
3.1 Breve esboço sobre as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório	49
3.2 Momento para inversão do ônus da prova e os reflexos sobre as garantias processuais constitucionais	54
3.3 Momento para distribuição do ônus da prova no projeto do novo Código de Processo Civil	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

As garantias do contraditório e da ampla defesa destacam-se no ordenamento jurídico-constitucional como importantes conquistas alcançadas pelo Direito, notadamente se compreendidas corretamente, à luz de uma abordagem substancial, que não se reduz ao aspecto formal.

Essa compreensão é reforçada pelo moderno espraiamento do Direito Constitucional a outros ramos do Direito, como o Processual, irradiando um forte conteúdo axiológico a institutos processuais.

No recorte particular deste trabalho, aborda-se o ônus da prova no processo civil brasileiro e sua inversão, procurando refletir sobre as consequências e as nuances que esse fenômeno provoca.

Sob essa perspectiva, propõe-se investigar os reflexos trazidos pela inversão do ônus da prova às garantias do contraditório e da ampla defesa no ordenamento jurídico brasileiro, à luz do diploma processual civil e da Constituição Federal de 1988.

Para o desenvolvimento da pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental, mediante a consulta de obras doutrinárias e jurisprudência dos tribunais brasileiros, valendo-se do método indutivo e, complementarmente, do dedutivo.

O trabalho foi dividido em três seções, as quais abordam, respectivamente, (i) o ônus da prova, com ênfase em algumas de suas possíveis conceituações, classificações e dupla perspectiva (objetiva e subjetiva); (ii) a distribuição e a inversão do ônus da prova, diferenciando e detalhando, na medida do possível, a distribuição estática e a distribuição da carga dinâmica, assim como a inversão *ope legis* e *ope iudicis*, trazendo a previsão do Código de Defesa do Consumidor sobre o tema; e (iii) o momento da inversão do ônus da prova e as garantias do contraditório e da ampla defesa, assinalando seus reflexos e apontando o direcionamento da matéria a ser trazido pelo projeto do novo código de processo civil (ainda em tramitação no Poder Legislativo).

Ao final, apresenta-se um modesto conjunto de considerações que, muito longe de esgotarem o tema ou proporem conclusões fechadas sobre o assunto, trazem reflexões e críticas acerca da aplicação desse instituto e sua compatibilização com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, notadamente seus efeitos sobre as garantias do contraditório e da ampla defesa.

1 ÔNUS DA PROVA

1.1 Conceito de ônus

Como questão preambular, antes de adentrar especificamente na análise do conceito do ônus da prova, é indispensável que se defina, primeiramente, o que é ônus do ponto de vista jurídico.

É de suma importância a delimitação jurídica do conceito de ônus, uma vez que a noção corriqueira do conceito de ônus confunde-a com outros conceitos jurídicos substancialmente distintos. Como adverte Paulo Roberto Zaneti, a palavra ônus, originária do termo latino *onus*, é definida pelo dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira como sinônimo de “dever” e “obrigação”, demonstrando a clara confusão feita pela sociedade entre conceitos que não são juridicamente equivalentes, como será a seguir exposto¹.

Em razão do contexto em que se insere, a definição do conceito de ônus permeará, de forma inevitável, o campo de outros conceitos jurídicos, a exemplo dos conceitos de dever, obrigação, sujeição e faculdade. Como salienta a doutrina, a análise desses conceitos não está restrita ao direito processual civil, eis que pertence à Teoria Geral do Direito².

A fim de traçar algumas premissas iniciais, passamos a conceituar e a diferenciar o ônus dos demais institutos jurídicos que os cercam, para que possamos delimitá-lo com clareza.

Lastreado na teoria da Carnelutti, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico afirma que a faculdade é uma situação neutra, que consiste na possibilidade (liberdade) de agir, sendo, assim, a antítese da obrigação. Enquanto na faculdade o homem age como quer, na obrigação, age como deve³.

O ônus, por sua vez, não se confunde com a obrigação, eis que os dois institutos jurídicos apresentam diferenças essenciais. Obrigação, segundo Caio

¹ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 72.

²MACEDO, Lucas Buri; RAVI, Medeiros Peixoto. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 98

³PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Ônus da prova. São Paulo: RT, 2011. p. 28.

Mário da Silva Pereira é “o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir da outra uma prestação economicamente apreciável”⁴.

Conforme ensinam Didier Jr., Braga e Oliveira, ônus é um encargo atribuído à parte, o qual não pode ser visto como uma obrigação. Isto, porque, seriam “imperativos do próprio interesse, encargos sem cujo desempenho o sujeito se põe em situações de desvantagem perante o direito”⁵.

Há interessante contraponto neste caso. No ônus há a liberdade de agir, a qual não existe na obrigação e na sujeição, sendo o ônus uma “faculdade cujo exercício é necessário para a obtenção de um interesse”⁶. Pacífico ensina que:

No ônus o sujeito encontra-se livre para realizar ou não o ato contemplado pela norma, não obstante sua inobservância possa ensejar consequências desfavoráveis; ninguém pode exigir tal ou qual comportamento do onerado, cuja atividade se situa no âmbito de sua autorresponsabilidade. Na obrigação inexistente semelhante liberdade de agir, encontrando-se o sujeito passivo em estado de sujeição jurídica e de coerção: o titular do direito pode exigir o seu cumprimento, sob pena de aplicação de sanção jurídica.⁷

Outra diferença essencial é que o cumprimento do ônus visa alcançar determinado objetivo correspondente a um interesse próprio, enquanto na obrigação o ato é devido, imposto pelo direito, para proteção do direito alheio.

Diferentemente do descumprimento da obrigação, não há ilicitude no descumprimento do ônus. De acordo com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery “não existe *obrigação* que corresponda ao descumprimento do ônus”⁸. Como bem ressalta Marinoni e Arenhart:

Diante do ônus, o sujeito tem a liberdade de agir, segundo seus próprios interesses – em conformidade ou em desconformidade. Caso decida desconsiderar o comando normativo, não comete ilícito algum ou sofre qualquer sanção jurídica. Como diz Carnelutti, a pedra de toque para distinguir ônus de obrigação consiste em

⁴PEREIRA, Caio Mário. Instituições de direito civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense: 1996. v. 2. p. 5. apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Ônus da prova. São Paulo: RT, 2011. p. 23-24

⁵DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2010. v. 2.p. 75

⁶PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Ônus da prova. São Paulo: RT, 2011. p. 30.

⁷ Ibidem p. 40.

⁸NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 12. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 727.

verificar se a violação do preceito pode ou não ser definida como ato ilícito.⁹

Contudo, a noção de ônus traçada por Carnelutti não passou indene de críticas pela doutrina contemporânea. Isto porque o referido autor italiano, em que pese ter distinguido com maestria os conceitos de ônus e obrigação, enquadrou o ônus no rol das situações jurídicas passivas, como uma espécie de dever. A doutrina contemporânea, por sua vez, entende que seu conceito aproxima-se mais de um direito subjetivo, de um poder. Neste contexto, vale registrar a observação feita por Paulo Rogério Zaneti:

A maior de todas as críticas à teoria carneluttiana sobre a definição de 'ônus' consistiu no fato de o autor italiano classificá-lo como uma espécie de situação jurídica passiva (ao lado da obrigação e da sujeição); portanto, como uma espécie de dever, quando para grande parte da doutrina a situação jurídica do ônus seria ativa e, nesse sentido, sua definição se aproximaria mais de um direito subjetivo ou, ainda, de um poder.¹⁰

Seguindo a linha da doutrina contemporânea e embasado nos ensinamentos de Rodrigo Xavier Leonardo, Marinoni e Arenhart definem que:

É possível sintetizar o conceito de ônus como espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada.¹¹

Nesta perspectiva contemporânea, superando a noção conceitual de Carnelutti, o ônus estaria atrelado à ideia de um poder à disposição da parte, de exercer seu direito subjetivo de agir segundo seus próprios interesses, em busca de uma situação vantajosa.

⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 177.

¹⁰ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros, 2011. p.74.

¹¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Op.cit.* p. 178.

1.2 Conceito de ônus da prova

Traçadas as noções preambulares referentes ao conceito jurídico de ônus, passamos à análise do ônus da prova.

Em linhas gerais Luiz Rodrigues Wambier, Flavio Renato de Almeida e Eduardo Talamini conceituam ônus da prova como “atribuição, à parte, da incumbência de comprovar determinados fatos que lhes são favoráveis no processo”¹².

O instituto jurídico do ônus da prova deve ser analisado sob uma dupla perspectiva, uma objetiva e outra subjetiva, eis que, tanto serve de norma de conduta para as partes, como serve de regra de julgamento a orientar o juiz no momento da decisão, nas hipóteses de dúvida quanto à prova¹³.

Desde os primórdios do direito, sempre houve a necessidade de se estabelecer a quem incumbiria o ônus de provar os fatos afirmados ou negados no processo. Isto porque sempre há a possibilidade de, ao final do processo, mesmo após ter-se oportunizado às partes a produção de provas, não restarem os fatos suficientemente esclarecidos nos autos. Considerando o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a sistemática processual civil brasileira não admite o pronunciamento *non liquet*, ou seja, não é permitido que o juiz deixe de julgar a lide em razão da insuficiência de provas, nem é possível que o processo se eternize em busca da verdade real, a qual poderá nunca ser alcançada.

Sobre a função do ônus da prova, assim esclarecem Marinoni e Arenhart:

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, julgar o mérito e colocar fim ao processo. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova.¹⁴

O ônus da prova no direito romano, no período clássico, incumbia ao autor. Ao réu, só incumbiria o ônus da prova nas hipóteses em que fosse excipiente, eis

¹² WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. 9. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1. p. 415.

¹³ Para melhor esclarecimento sobre a dupla perspectiva do ônus da prova *vide* subitem “2.2. Dupla perspectiva do ônus da prova: ônus objetivo e ônus subjetivo” deste trabalho.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 170.

que assumiria posição equivalente a de autor¹⁵. Nesta fase, a posição ocupada no processo era de suma importância.

Na Idade Média, desenvolveu-se a ideia de que os fatos negativos não poderiam ser objeto de prova. Neste período, a distribuição do ônus da prova estaria atrelada à qualidade (afirmativa ou negativa) do fato objeto da prova, e não em virtude da qualidade jurídica que teria no processo aquele que sustenta a existência do fato (autor ou réu)¹⁶.

O direito lusitano sofreu grande influência do direito romano, inclusive na seara do direito probatório, mantendo a regra de que o ônus da prova incumbiria ao autor, cabendo ao réu este ônus apenas quando fosse excipiente. Os princípios romanos influenciaram as Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), as quais se espalharam sobre o território brasileiro, vigorando por mais de três séculos¹⁷.

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 adotou o modelo de distribuição estática do ônus da prova, em seu art. 333, atribuindo ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu o ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Em razão da impossibilidade de pronunciamento *non liquet*, o legislador brasileiro optou por estabelecer critérios objetivos para solução da lide nas hipóteses de ausência ou insuficiência de provas. Através da fixação destes critérios, evitou-se que a solução do processo ficasse ao arbítrio do juiz com a prolação de sentenças lastreadas em critérios de equidade, por exemplo.

Diversos países adotam sistema de distribuição do ônus da prova semelhante ao do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, a exemplo do Código Civil português, o *Codice Civile* italiano, o *Código Procesal Civil y Comercial de la Nacion Argentina*, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola e o *Código general del proceso de la República Oriental Del Uruguay*¹⁸.

¹⁵PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Ônus da prova. São Paulo: RT, 2011. p. 67.

¹⁶ Idem

¹⁷ Ibidem p. 87.

¹⁸MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 101-102.

1.3 Dupla perspectiva do ônus da prova: ônus objetivo e ônus subjetivo

Segundo a doutrina processualista, o ônus da prova pode ser visto por duas perspectivas distintas, uma objetiva (ou material), sob o viés de regra de julgamento, e outra subjetiva (ou formal), como regra de conduta para as partes.

No tocante ao ônus subjetivo da prova, analisa-se quem é o responsável pela produção de determinada prova (“quem deve provar o que”). O ônus da prova na perspectiva objetiva, por sua vez, é regra de julgamento, a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença no caso da prova se mostrar inexistente ou insuficiente¹⁹.

A perspectiva subjetiva do ônus da prova serve como orientação e, até mesmo uma espécie de “pressão à atividade processual das partes”²⁰, nas palavras de Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto, como regra procedimental, subjetiva, que, de antemão, dá ciência da alçada de responsabilidade probatória de cada sujeito em referência aos fatos probandos *sub judice*, necessários ao convencimento do julgador para o reconhecimento de suas pretensões.

Sob o aspecto subjetivo, o ônus da prova constituiu-se em regra de conduta para as partes, uma vez que, ao indicar quem será a parte potencialmente prejudicada pela ausência ou insuficiência de determinada prova, influencia no comportamento das partes no curso do processo. É regra voltada ao procedimento, à fase cognitiva.

Ressaltando o viés subjetivo do ônus da prova, Arruda Alvim leciona que “as regras do ônus da prova destinam-se aos litigantes do ponto de vista que devem comportar, à luz das expectativas (ônus) que o processo lhes enseja, por causa da atividade probatória”²¹.

Tratando do ônus da prova subjetivo, Barbosa Moreira afirma que:

Parte-se da premissa, explícita ou implícita, de que o maior interessado em que o juiz se convença da veracidade de um fato é o litigante a quem aproveita o reconhecimento dele como verdadeiro por decorrer daí a afirmação de um efeito jurídico favorável a esse

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. P. 387-388.

²⁰ MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 103.

²¹ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo: RT, 2007. vol. 2. 463.

litigante, ou a negação de um efeito jurídico a ele desfavorável. Semelhante interesse naturalmente estimula a parte no sentido de persuadir o órgão jurisdicional de que o fato deveras ocorreu – numa palavra: de prová-lo. Todo ordenamento processual, seja quais forem as diretrizes filosóficas ou políticas que o inspirem, conta, em larga extensão a eficácia desse estímulo. O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade de, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa.²²

Luiz Guilherme Marinoni Sérgio Cruz Arenhart ressaltam a importância da perspectiva subjetiva do ônus da prova, a fim de garantir que as partes tenham ciência prévia dos riscos que correm na hipótese de não produzirem determinada prova nos autos, para que possam adotar o comportamento que melhor lhes convier no bojo do processo. Assim ensinam:

A regra do ônus da prova, porém, não se dirige apenas ao juiz, mas também às partes, com o fim de lhes dar ciência de que a prova dos fatos constitutivos cabe ao autor, e a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos ao réu. Como já foi dito, ninguém duvida que o juiz possa julgar favoravelmente à parte que não cumpriu o ônus da prova, uma vez que o julgamento pode se basear em provas produzidas de ofício ou mesmo em provas produzidas pela parte contrária. Mas isso não retira a importância de que as partes saibam, de forma prévia, a quem incumbe o ônus da prova, pois, se o ônus não precisa ser necessariamente observado para que as partes obtenham um resultado favorável – e nesse sentido o ônus não é um verdadeiro ‘ônus’ – não há como negar que a parte deve ter ciência prévia do que deve fazer para ter um julgamento favorável independente de outras provas, produzidas de ofício ou pela parte contrária.²³

Todavia, pode ser que, no momento do julgamento, inobstante a atividade das partes no tocante à produção das provas, depare-se o juiz com uma situação de dúvida sobre os fatos postos *sub judice*, ante a ausência ou insuficiência do arcabouço probatório. Ainda que se permita uma posição mais ativa por parte do

²²MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da prova. Temas de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 74. *apud* MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 104.

²³MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 176-177.

órgão jurisdicional no tocante à produção de provas, o juízo não pode utilizar-se dos poderes instrutórios de forma desenfreada, na busca da almejada “verdade real”, eis que deve posicionar-se de forma equidistante das partes, a fim de não prejudicar a simétrica paridade no processo. Vale lembrar que a opção do sistema processual brasileiro pelo modelo acusatório (dispositivo) implicou na renúncia à busca incessante da “verdade real”²⁴.

Assim, considerando a impossibilidade do juízo declarar o *non liquet*, ou seja, tendo em vista a impossibilidade do juiz deixar de decidir a lide em razão da inexistência ou insuficiência de provas, surge o viés objetivo do ônus da prova, na qualidade de regra de julgamento. Ainda que o juiz não se convença suficientemente sobre os fatos postos em juízo, deve, ao final da instrução, proferir uma sentença pondo fim ao processo, a fim de encerrar a prestação jurisdicional. Isto decorre da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, insculpida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Nesta senda, o ônus objetivo da prova, como regra de julgamento, indica como o magistrado deve julgar a lide caso não encontre prova de algum fato relevante ao deslinde da controvérsia. Esta regra de julgamento indica qual deve ser a parte a arcar com os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável²⁵. Conforme ensina Camilla Mattos Paolinelli, trata-se de orientação de julgamento vinculativa ao juízo²⁶.

Optou o legislador por estabelecer regras objetivas para solução das controvérsias judiciais nas hipóteses de ausência ou insuficiência de prova, ao invés de permitir que o magistrado adotasse outros métodos subjetivos de solução do litígio, como a equidade. Fazendo menção às regras do ônus objetivo da prova, Lucas Buriel de Macêdo e Ravi Peixoto afirmam que:

[...] tais regras levam, de certa forma, a um retorno ao formalismo na apreciação probatória, mas que se afigura necessário, sob pena de ser cancelado o arbítrio, configurado caso fosse permitido ao

²⁴PAOLINELLI, Camilla Mattos. O ônus da prova no processo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 123.

²⁵DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2010. v. 2.p. 75.

²⁶ PAOLINELLI, Camilla Mattos. *Op.cit.* p. 123.

magistrado uma decisão por equidade em caso de ausência de provas.²⁷

Não se pode olvidar que a regra do ônus da prova, vista no seu aspecto objetivo, é de aplicação subsidiária, ou seja, só há sentido em falar-se em aplicação da regra do ônus da prova, nas hipóteses em que, após a conclusão da fase instrutória, após ter-se oportunizado às partes o direito de produzir provas, chegar-se ao final da lide sem o necessário esclarecimento em relação a algum fato. Se ao final do processo, inobstante a atividade das partes não houver prova suficiente sobre algum fato, será a hipótese de aplicação das regras do ônus da prova, como regra de julgamento.

É preciso ter em mente que a lide não necessariamente será decidida desfavoravelmente em relação àquele que não se desincumbiu do seu ônus probatório. Isto porque, em razão do princípio da comunhão das provas (ou da aquisição das provas), adotado pelo modelo processual brasileiro, deve o magistrado julgar a lide com base em todas as provas contidas nos autos, independente de quem as tenha produzido. Assim, pode ser que a parte contrária, ainda que inadvertidamente, tenha produzido prova cujo ônus incumbiria a outra parte, beneficiando-a. Nesta hipótese, nada obsta que o juiz valha-se da prova produzida pela parte adversa e julgue a lide em favor daquele que permaneceu inerte. Outro ponto que merece destaque são os poderes instrutórios do juiz, que o autorizam a determinar *ex officio* a produção de provas nos autos, vindo a suprir eventual omissão ou inércia de uma das partes.

Assim, ao decidir com base no ônus da prova, pouco importa ao juiz se a parte se esforçou ou não para produzir determinada prova, sendo relevante apenas o resultado, ou seja, quais as provas contidas nos autos²⁸.

Sob esta óptica, observa-se que ônus da prova não pode ser visto como ônus típico, eis que seu descumprimento não necessariamente implicará em um agravamento da situação jurídica da parte inerte, mas apenas aumentará o risco de um julgamento desfavorável.

²⁷MACEDO, Lucas Buril de; RAVI, Medeiros Peixoto. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 105.

²⁸MACEDO, Lucas Buril de; RAVI, Medeiros Peixoto. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 105

Nesta perspectiva do *onus probandi*, o julgador, ao final do processo deve perquirir se a instrução foi capaz ou não de elucidar os fatos postos *sub judice*, ou seja, se as provas foram ou não suficientes para lhe formar a convicção necessária para o julgamento da lide. Caso a resposta seja afirmativa, o juiz não precisa indagar quem produziu as provas ou a carga de quem deveriam ter sido produzidas, mas deve decidir o caso consoante as provas dos autos e sua convicção. Isso ocorre em razão do princípio da aquisição ou da comunhão das provas, o qual determina que uma vez produzida a prova, esta desgarra-se da parte que a produziu e se incorpora ao processo, independente de quem a tenha produzido²⁹.

Traçando a dicotomia entre o ônus objetivo e subjetivo da prova, Paulo Roberto Zaneti afirma que:

[...] o ônus da prova objetivo é aquele que prescinde de toda a atividade probatória desenvolvida pelas partes para estabelecer a verdade dos fatos controvertidos, interessando ao magistrado o que se encontra provado, e não em o provou.³⁰

Para Nelson Nery e Rosa Maria Andrade Nery prevaleceria o aspecto objetivo do ônus da prova, eis que não se trataria de regra de procedimento. Conforme ensinam:

[...] o ônus da prova é *regra de juízo*, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza. (...) A sentença, portanto, é o momento adequado para o juiz aplicar as regras sobre o ônus da prova. Não antes.³¹

Seguindo o mesmo raciocínio, Didier Jr., Braga e Oliveira entendem que “as regras de ônus da prova não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo”. Para os referidos autores, “o ônus da prova é regra de juízo,

²⁹MACEDO, Lucas Buril de; RAVI, Medeiros Peixoto. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 106-108

³⁰ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90.

³¹NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 12. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 727.

isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu”³².

Cumprе ressaltar que a divisão entre ônus objetivo e subjetivo da prova, todavia, não é pacífica, existindo corrente doutrinária que rechaça essa distinção, a exemplo do posicionamento defendido pelo argentino Roland Arazí. Para este doutrinador, o ônus objetivo da prova, nada mais é do que um efeito, uma consequência, do ônus subjetivo da prova, só existindo este último³³.

O que se vê é que as duas perspectivas do ônus da prova operam em momentos distintos no processo. Enquanto o viés subjetivo do ônus da prova incide na fase instrutória do processo, orientando a atuação das partes, a perspectiva objetiva do ônus da prova, por sua vez, incide ao final, no momento do julgamento da lide.

De acordo com Paulo Rogério Zaneti, o entendimento que prevalece na doutrina majoritária é que o Código de Processo Civil brasileiro teria adotado ambos os aspectos do ônus da prova: subjetivo e objetivo. O ônus subjetivo estaria representado no art. 333 do Código de Processo Civil, que disciplina que à parte incumbe cada ônus da prova, ou seja, “quem deve provar o que”, prevendo, de antemão, como as partes devem se comportar no processo para obter um julgamento favorável. Já o ônus sob o viés objetivo teria sido abraçado pelo código brasileiro no art. 131, o qual determina que o juiz deve apreciar livremente as provas dos autos, independente de quem tenha produzido determinada prova, consagrando o princípio da aquisição das provas³⁴.

Pelo que se observa da doutrina mais tradicional³⁵ há uma tendência a uma maior valoração do ônus da prova objetivo, considerando que a regra do ônus da prova subjetivo perderia sua eficácia no momento do julgamento, onde, de fato, se delimitaria quem arcaria com a situação jurídica mais gravosa em razão da inércia.

³²DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2010. v. 2.p. 78.

³³ZANETI, Paulo Rogério. Flexibilização das regras sobre o ônus da prova. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 92.

³⁴ Ibidem p. 90.

³⁵Cf. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 12. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 727.

Contudo, alguns estudiosos³⁶ vêm chamando a atenção quanto à vital importância do ônus subjetivo da prova, o qual não pode ser relegado a segundo plano. Destaca-se que, sob a perspectiva do modelo constitucional de processo civil contemporâneo, o qual visa garantir a eficaz participação dos litigantes no processo, seria indispensável para a real oportunidade do contraditório e respeito ao princípio da cooperação, que os litigantes soubessem, de antemão, quais os ônus que recairiam sobre cada parte.

Nesta senda, calha transcrever a lição de Lucas Buri de Macêdo e Ravi Peixoto:

Sem embargo do princípio e da doutrina autorizada que defende o posicionamento, *data maximavenia*, a visão de que só importa o ônus da prova objetivo está equivocada e não se coaduna com o processo civil contemporâneo. Primeiramente, deve-se ter em mente que as duas faces do ônus da prova são indissociáveis e complementares, 'não existe um ônus da prova em sentido objetivo sem relação subjetiva, ou seja, sem uma pessoa encarregada da prova. O ônus da prova, em sentido objetivo, deve ser suportado por uma das partes'.³⁷

Seguindo a mesma linha de raciocínio, disserta Artur Carpes:

Nada obstante a visível inclinação da doutrina e da própria jurisprudência pela natureza objetiva, não nos parece acertada a marginalização da função subjetiva. A partir do advento do Estado constitucional e do formalismo-valorativo, e especialmente em face do significado da participação no processo contemporâneo, releva-se equivocada qualquer aceção que se destine a minimizar o papel desempenhado pelos ônus probatórios enquanto regra de participação das partes no aporte do material probatório.³⁸

Conclui Artur Carpes que:

Vale dizer: é preciso que fique clara a importância e o significado da função subjetiva dos ônus probatórios no Estado Constitucional. Não

³⁶Cf. MACEDO, Lucas Buri de; RAVI, Medeiros Peixoto. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 109-111; CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53

³⁷MACEDO, Lucas Buri de; RAVI, Medeiros Peixoto. Ônus da prova e sua dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 109-110.

³⁸CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53.

se pode mais compreender que tais 'regras só interessam ante a ausência de prova eficaz para suscitar a certeza ao juiz' ou que 'somente são aplicáveis quando uma circunstância de fato [...] não se aclarou", como ainda insiste grande parte da doutrina, quiçá de maneira acrítica. A função subjetiva dos ônus probatórios é tão ou até mais importante que a função objetiva: dada a devida atenção aquela, afasta-se o perigo da formalização da decisão judicial e, por via de consequência, aumenta-se a probabilidade de se alcançar a justiça material.³⁹

Em arremate, conclui-se que o atual modelo processual civil contemporâneo não mais admite que se tenham decisões sem que haja um contraditório efetivo e participativo. As partes devem ter efetiva oportunidade não só de alegar, mas também de querer e produzir provas a tempo de construir a convicção do juízo em um processo democrático. Neste contexto, sobleva-se a importância do ônus da prova em seu viés subjetivo, uma vez que não se pode conceber um processo justo, sem que se tenha oportunizado às partes o real e efetivo direito de participar e influir na decisão do magistrado.

Vê-se, portanto, que ambas as perspectivas do ônus da prova, a subjetiva e a objetiva, são indissociáveis, como faces da mesma moeda, onde uma não existe sem a outra.

1.4 Ônus perfeito e imperfeito

Arruda Alvim, em sua classificação, divide o ônus em ônus perfeito e ônus imperfeito, de acordo com as consequências processuais que o descumprimento deste poderá trazer. Qualifica como ônus perfeito quando o seu descumprimento necessariamente trouxer uma consequência jurídica danosa. Cita como exemplo o ônus de recorrer para o indivíduo sucumbente: caso deixe o prazo recursal transcorrer *in albis* arcará com os efeitos da coisa julgada. Já o ônus imperfeito seria aquele em que o seu descumprimento não necessariamente acarretaria uma consequência danosa à parte, mas apenas ao risco de um resultado prejudicial. Como exemplo típico tem-se o ônus da prova⁴⁰.

³⁹CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

⁴⁰ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo: RT, 2007. vol. 2. 464.

Seguindo o mesmo norte, Marinoni e Arenhart concluem que o ônus da prova seria uma espécie de ônus atípico, uma vez que o descumprimento do ônus não necessariamente implicaria no resultado desfavorável àquele que descumpriu o ônus. Isto porque, em razão do princípio da comunhão das provas e dos poderes instrutórios do juiz, pode haver julgamento favorável da lide mesmo àquele que não desincumbiu do seu ônus, com base no arcabouço probatório contido nos autos, independente de quem tenha produzido a prova. Sintetiza seu raciocínio esclarecendo que:

[...] a produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável – ou para o resultado favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco do resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento de um risco de um julgamento contrário [...].⁴¹

Arremata Arruda Alvim ensinando que o “ônus da prova não é tão inexorável quanto os outros”⁴². Isto, porque, “[...] se alguém não prova o fato de que depende seu direito, se normalmente perderia a demanda, é possível, todavia, que seu adversário desavisadamente prove esse fato e, fatalmente, isto lhe aproveitará (art. 131 do CPC)”⁴³.

Como se vê, as características do ônus da prova demonstram que este é um ônus imperfeito ou atípico, uma vez que as consequências do seu descumprimento não se equiparam às consequências que se esperam de um ônus tido como perfeito, eis que o seu descumprimento pode não acarretar em uma situação mais gravosa à parte inerte, mas apenas no risco de um resultado prejudicial.

⁴¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 179

⁴²ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. São Paulo: RT, 2007. vol. 2. 464.

⁴³Idem.

2 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

2.1 Distribuição estática do ônus da prova

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973, atualmente vigente, adotou o modelo de distribuição estática do ônus da prova, usando como critério de distribuição a posição processual das partes e a natureza do fato objeto da prova⁴⁴. De acordo com Paulo Rogério Zaneti⁴⁵, o modelo escolhido no Brasil sofreu nítida influência da doutrina preconizada por Chiovenda.

Camilla Mattos Paolinelli⁴⁶ sustenta que a vertente teórica empregada pela regra geral do ônus da prova no Código de Processo Civil em vigor já havia sido adotada pelo Código de Processo Civil de 1939, no art. 209. A mencionada processualista afirma que, em que pese o referido dispositivo legal revogado não ter primado pela melhor técnica legislativa, nem ter feito menção expressa aos fatos modificativos ou extintivos, já sinalizava para a adoção integral das teorias fundadas na natureza dos fatos e na posição das partes no processo.

A distribuição do ônus da prova está disposta no art. 333 do atual Código de Processo Civil:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.⁴⁷

Denota-se da leitura da norma acima transcrita que a prova não cabe necessariamente à parte que alega, pois esta depende do que se está a alegar⁴⁸.

Para a definição do ônus da prova é essencial que se analise a postura do réu em relação ao processo. Conforme ensina Alexandre Freitas Câmara, na contestação o réu pode apresentar suas defesas processuais, suscitando alguma das preliminares elencadas no art. 301 do Código de Processo Civil (como por

⁴⁴MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p.116.

⁴⁵ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.105.

⁴⁶PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.142-143.

⁴⁷BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

⁴⁸MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Op.cit.* p.116.

exemplo, a argüição de questões atinentes às condições da ação ou pressupostos processuais), bem como apresentar defesa de mérito, a qual pode ser direta ou indireta⁴⁹.

De acordo com Fredie Didier Jr. a defesa direta de mérito é aquela em que o demandado se limita:

(a) a negar a existência dos fatos jurídicos constitutivos do direito do autor ou; (b) negar as consequências jurídicas que o autor pretende retirar dos fatos que aduz (embora reconheça a existência dos fatos, nega-lhes a eficácia pretendida, em conduta que se denomina de confissão qualificada). O réu, ao assim defender-se, não aporta ao processo nenhum fato novo.⁵⁰

Já a defesa indireta de mérito é aquela que “agrega ao processo fato novo, que impede, modifica ou extingue o direito do autor”⁵¹.

Como dito anteriormente, a forma de defesa do réu repercute diretamente na distribuição do ônus da prova. Conjugando as formas de defesa do réu e a sistemática de distribuição do ônus probatório, verifica-se que ao réu somente surge o ônus de provar nas hipóteses em que ofertar defesa indireta de mérito, ou seja, em que alegar fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Se sua defesa limitar-se a negar os fatos constitutivos do autor, o ônus da prova recairá exclusivamente ao demandante.

Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto anotam que, em matéria probatória, o réu tem posição significativamente mais confortável, “consoante brocardo *actore non probante reus absolvitur*, eis que realizada a defesa direta (que se limita a atacar a causa *petendi*), não precisará fazer qualquer prova”⁵². Sem prova do fato constitutivo do direito do autor, este inevitavelmente sucumbirá, independente de qualquer esforço probatório do réu.

Se o réu se limitar a fazer defesa direta de mérito, somente com a comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor haverá a necessidade de atividade probatória por parte do réu, para que produza contraprova, destinada a

⁴⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 370.

⁵⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 1. p. 501.

⁵¹ Idem

⁵² MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p.117.

desfazer a convicção formada pela atividade probatória anterior, desvalidando-a ou desconstituindo sua eficácia através de prova em contrário, ou através de prova dos fatos negativos aduzidos em sua defesa⁵³. A contraprova pode se destinar tanto a revelar a ilegitimidade formal ou material trazida pelo autor quanto ao fato, quanto para afastar a ocorrência do próprio fato⁵⁴.

No que tange à contraprova, Marinoni e Arenhart⁵⁵ chamam a atenção para um fato curioso. No momento em que o réu é instado a se manifestar sobre o interesse em produzir provas e, conseqüentemente, contraprovas, é, em regra, anterior à produção de provas do autor. Assim, é possível que o réu requeira a produção de contraprova de um fato, mesmo antes do autor sequer ter produzido qualquer prova do fato constitutivo, de forma preventiva, o que demonstra certa ilogicidade do sistema processual.

Portanto, observa-se que para a delimitação do ônus da prova é essencial que se investigue, com atenção, a postura do réu no processo.

Considerando que a lei processual civil divide o ônus da prova entre o autor e o réu de acordo com a natureza dos fatos, classificados em constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, é indispensável à correta compreensão da matéria a análise desses conceitos jurídicos.

De acordo com Didier Jr., Braga e Oliveira, fato constitutivo é o “fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo”⁵⁶, compondo um suporte fático que, “enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, que o autor afirma ser titular”⁵⁷. Citam, como exemplo, o contrato de locação e seu inadimplemento, como fato constitutivo do direito de restituição da coisa locada; o testamento e o falecimento do seu instituidor, como fato constitutivo do direito à sucessão; um ato ilícito e culposo, como fato constitutivo de uma ação reparatória, etc.

Quanto ao ônus do autor, Artur Carpes aduz que:

⁵³MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p.118.

⁵⁴DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 2. p. 80.

⁵⁵MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p.182-183.

⁵⁶DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op.cit.* p. 79.

⁵⁷Idem

Estando a norma jurídica assentada em um suporte fático, nada mais adequado que aquele que reclama a tutela do direito seja onerado na sua demonstração em juízo. Afinal, observado abstratamente o problema, não haveria racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento pelo juiz.⁵⁸

No que tange ao réu, três espécies de fatos lhe competem a prova: impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

O fato extintivo é aquele que “retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito”⁵⁹. Cite-se, como exemplo, o pagamento, a compensação, a prescrição, a exceção de contrato não cumprido, a decadência legal, dentre outros.

Já o fato impeditivo, a seu turno, é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos. Segundo Marinoni e Arenhart “o fato impeditivo não impede a formação da *fattispecie* da qual o fato constitutivo faz parte e visa constituir”⁶⁰. Prosseguem os autores afirmando que “o fato impeditivo não é um elemento que integra a *fattispecie*, mas algo que está do seu lado de fora, e assim apenas impede que o fato constitutivo produza os seus efeitos”⁶¹.

Didier Jr., Braga e Oliveira⁶² ressaltam que o fato impeditivo sempre será conatural ou antecedente ao fato gerador, mas jamais sucessivo ou posterior. Isso porque está sempre ligado à ausência de um requisito de validade do ato gerador. Citam como exemplo a incapacidade, o erro e o desequilíbrio contratual.

No que concerne aos fatos modificativos, a doutrina conceitua-os como aqueles que “tendo por certa a existência do direito, busca tão-somente, alterá-lo – tal como a moratória concedida ao devedor”⁶³.

Contudo, a distribuição do ônus da prova com base na natureza dos fatos a serem provados “tem sido alvo de severas críticas, principalmente em razão da dificuldade em se estabelecer clara e precisamente a natureza dos fatos a serem

⁵⁸CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 49.

⁵⁹DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2010. v. 2.p. 80.

⁶⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p.180.

⁶¹ Idem

⁶²DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2010. v. 2. p. 81.

⁶³ Ibidem p. 82.

provados em determinados casos”⁶⁴. Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto⁶⁵ reconhecem que há dificuldade em se diferenciar fatos impeditivos de fatos constitutivos, o que pode ocasionar *error in iudicando*.

Segundo afirma Paulo Rogério Zaneti, essa “dificuldade advém da constatação de que é do direito substancial, e não processual, a responsabilidade pela identificação dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de direito”⁶⁶, pois é no plano do direito material que se qualificam os fatos.

Além das críticas lançadas quanto aos critérios de distribuição do ônus da prova adotado pelo Código de Processo Civil, a doutrina também questiona se o modelo estático, rígido e inflexível, de distribuição do ônus probatório seria o mais adequado à busca da tutela jurisdicional justa e efetiva.

Nas palavras de Camilla Mattos Paolinelli, a distribuição estática do ônus da prova “estabelece critérios para a repartição prévia e abstrata dos encargos, e por isso, pode também ser chamada de distribuição *ope legis* (por força de lei)”⁶⁷. A regra geral, previamente estabelecida, informaria as partes desde o início do processo, acerca do risco de desvantagem processual que assumiriam, caso optassem por não produzir provas.

Artur Carpes reconhece que “a intenção do legislador de 1973 foi primar pela segurança jurídica e pela igualdade puramente formal entre as partes, caracterizando assim, visão puramente liberal do fenômeno”⁶⁸.

Baseado nos ensinamentos de Rosenberg, Artur Carpes prossegue afirmando que:

Aliás, Rosenberg, o principal responsável pela dogmatização do fenômeno em torno da teoria das normas, propagava que “a distribuição invariável do ônus da prova é um postulado de segurança jurídica, sustentado justamente pelos práticos e defendido pelos partidários das teorias discordantes” e que tal “regulação [dos ônus probatórios] deve conduzir a um resultado determinado, independente das contingências do processo particular”.⁶⁹

⁶⁴ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.107.

⁶⁵MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p.116.

⁶⁶ZANETI, Paulo Rogério. *Op.cit.* p.107.

⁶⁷ PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.143-144.

⁶⁸CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.68.

⁶⁹ Ibidem p.68-69.

Não é diferente a conclusão de Camilla Mattos Paolinelli⁷⁰, que também vê a *mens legis* do referido dispositivo legal orientada no sentido de garantir a segurança jurídica e a igualdade formal entre as partes.

Conforme afirma a autora:

A regra estática tem pretensão de validade geral e preservação da imparcialidade no tratamento das partes, assegurando previsibilidade e segurança de distribuição dos riscos da ausência de prova. Por isso, é perfeitamente compatível com a perspectiva democrática de processo.⁷¹

Em que pese as vantagens advindas da distribuição estática do ônus da prova, a qual garante uma maior segurança jurídica ao processo, por assegurar uma previsibilidade ao trâmite do feito, pois as partes sabem, de forma bem delimitada, desde o início da lide, quais são seus ônus e quais são seus riscos, a doutrina processualista contemporânea vem fazendo severas críticas a esse modelo, por entendê-lo incompatível com a adequada tutela da prestação jurisdicional.

Em busca de um processo justo, em que seja assegurada às partes a paridade de armas entre os litigantes e que leve em consideração as especificidades do caso concreto, não se olvidando que o direito fundamental à prova é indispensável para a consecução de um processo efetivo, com um contraditório eficiente e real, surgiu na doutrina a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, assunto que será abordado no tópico “2.4. Distribuição da carga dinâmica do ônus da prova”.

2.2 Distribuição do ônus da prova convencional

Tendo em vista que as partes têm disponibilidade de certos direitos e, inclusive, do próprio processo, é perfeitamente lícito que, em cláusula contratual, estas estipulem critérios próprios a respeito do ônus da prova, para a eventualidade

⁷⁰ PAOLINELLI, Camilla Mattos. O ônus da prova no processo democrático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.150.

⁷¹ Ibidem p.151.

de litígios a respeito do cumprimento do contrato, conforme ensina Humberto Theodoro Júnior⁷².

Marinoni e Mitidiero⁷³ ressaltam que a convenção sobre ônus da prova pode ser feita tanto na esfera contratual, antes da existência de qualquer litígio entre as partes, ou até mesmo após a ocorrência do conflito, mesmo que este já tenha sido levado ao Poder Judiciário.

Contudo, conforme lembra Antônio Carlos de Araújo Cintra, “na prática, porém, parece quase nenhum o interesse de se lançar mão dessa faculdade”⁷⁴, sendo raras as vezes em que se vê a ocorrência deste verdadeiro “negócio jurídico processual”⁷⁵.

Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto fazem importante advertência no sentido de que as convenções sobre ônus da prova “não impedem a utilização da iniciativa probatória do magistrado”⁷⁶, tendo tal negócio jurídico influência apenas na aplicação do ônus objetivo da prova.

A regra geral é que o ônus da prova pode ser, a princípio, livremente distribuído pelas partes, sem que isso viole a ordem jurídica⁷⁷. No entanto, o Código de Processo Civil, no parágrafo único do art. 333, traz duas vedações à convenção sobre o ônus da prova:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito⁷⁸.

⁷²THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. p. 425.

⁷³MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2012. p. 338-339.

⁷⁴CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4. p. 22.

⁷⁵Expressão utilizada por MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 217.

⁷⁶MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p.126.

⁷⁷MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.* p. 338-339.

⁷⁸BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

A vedação contida no inciso I do parágrafo único do mencionado artigo visa impedir que as partes disponham de maneira indireta e sub-reptícia de um direito indisponível, conforme adverte Marinoni e Arenhart⁷⁹. Caso fosse viável estabelecer-se que o titular de um direito indisponível tem o ônus de uma prova que, a princípio, não lhe competia, “poder-se-ia camuflar a disposição de um direito que, em nossa ordem jurídica, é indisponível”⁸⁰.

Fabio Tabosa faz uma importante ressalva quanto à convenção do ônus da prova no que tange aos direitos indisponíveis:

No primeiro caso, cumpre ressaltar, não se está impedindo em todo e qualquer caso em que o litígio, como um todo, envolva direitos indisponíveis, mas apenas naquelas situações em que por força dessa alteração venha a ficar dificultado o exercício de direitos dessa natureza (e no que diga respeito a eles), dependentes da demonstração de certos fatos; inversamente, se a inversão não agravar a posição processual do titular de direitos indisponíveis, mas da outra parte, a convenção será perfeitamente válida.⁸¹

O legislador, contudo, também mostrou preocupação em relação aos direitos disponíveis, vedando que as partes disponham sobre o ônus da prova de forma a tornar excessivamente difícil o exercício do direito, pelo que se nota no inciso II do parágrafo único do artigo acima transcrito.

Ainda que se trate de direitos disponíveis, não se pode admitir abusos no direito, sob pena de se negar a própria função ínsita da justiça. Marinoni e Mitidiero lembram que “distribuir uma prova e tornar excessivamente difícil o exercício de um direito, ainda que esse direito seja disponível, é o mesmo que negar o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva”⁸², o que não se mostra condizente com os princípios constitucionais inspiradores do processo civil contemporâneo.

Arruda Alvim enfatiza que:

Se a parte quer transigir, que o faça, mas não se reconhece a validade a convenções dificultadoras do exercício de direito, pois isto importaria usar, ou erigir, o processo, como elemento contributivo de

⁷⁹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p.219.

⁸⁰MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2012. p.339.

⁸¹TABOSA, Fábio. CPC, art. 333. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1062.

⁸²MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Op.cit.*p.339.

álea, e, nessa medida, até eventualmente obstativo do exercício de direito.⁸³

Há ainda uma terceira restrição à convenção sobre ônus da prova. O inciso VI do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor taxa como nula a inversão do ônus da prova em desfavor do consumidor. Segundo Didier Jr., Braga e Oliveira⁸⁴, a norma contida na legislação consumerista complementa o Código de Processo Civil, como se houvesse um terceiro inciso no parágrafo único do art. 333.

Assim está redigida a norma consumerista:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.⁸⁵

O que se observa é que não há uma vedação absoluta em se estabelecer convenções sobre ônus da prova nas relações de consumo, pois o que a norma prevê é a nulidade das convenções que invertam o ônus da prova em prejuízo ao consumidor. Nada obsta que as partes, desde o princípio, prevejam a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

No entanto, como dito anteriormente, em que pese a existência de disciplina legal acerca da possibilidade de convenção das partes acerca da distribuição do ônus da prova, raramente se vê, na prática, o uso dessa faculdade.

2.3 Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

Seguindo a determinação do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, o Congresso Nacional editou a Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990, mais conhecida como Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo um conjunto de normas de ordem pública e de interesse social para a proteção ao consumidor.

⁸³ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2007. vol. 2. 466.

⁸⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2010. v. 2. p. 79.

⁸⁵ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

A referida norma estabelece uma série de direitos básicos do consumidor, dentre eles o direito à facilitação da defesa dos seus direitos, prevendo a inversão do ônus da prova como um dos meios de se promover essa facilitação.

Conforme afirmam Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto a “inversão em favor do consumidor é vantagem processual que assegura o efetivo acesso à justiça”⁸⁶, uma vez que o sistema processual não pode se abstrair da realidade social em que se insere. O Código de Defesa do Consumidor visa garantir a paridade das armas, a fim de ultrapassar a barreira do mero acesso formal ao Poder Judiciário, assegurando aos consumidores um acesso efetivo à tutela jurisdicional.

O Código de Defesa do Consumidor prevê tanto hipóteses de inversão do ônus da prova *ope legis* (inversão legal), quanto *ope iudicis* (inversão judicial), as quais serão abordadas separadamente nos tópicos seguintes.

2.3.1 Inversão do ônus da prova *ope legis*

Trata-se da hipótese em que o legislador prevê uma forma diferente de distribuição do ônus da prova daquela estipulada no art. 333 do Código de Processo Civil, não exigindo o preenchimento de requisitos legais no caso concreto. Daniel Neves afirma que “significa dizer que para sua aplicação no caso concreto basta a tipificação legal, não sendo, portanto, exigível qualquer decisão judicial determinando a inversão”⁸⁷.

Por esta razão, parcela da doutrina critica a denominação “inversão legal do ônus da prova”, uma vez que nada teria de “inversão”, pois apenas seria uma forma diferente de dispor acerca do ônus probatório. Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto registram que “a inversão legislativa, por ser feita *a priori*, não é tecnicamente uma inversão”, pois, segundo afirmam, “o ônus da prova deve ser avaliado com a propositura da ação e só, a partir daí se poderá falar propriamente em inversão”⁸⁸.

⁸⁶MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p.128.

⁸⁷NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela individual do consumidor em juízo. In: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método, 2012. p. 513.

⁸⁸MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Op.cit.* p.121.

Não deixa de ser, de toda forma, também uma hipótese de distribuição estática do ônus da prova, uma vez que este já é definido aprioristicamente, desde o início da lide, de maneira fixa, independente de qualquer atividade do magistrado.

De acordo com Camilla Mattos Paolinelli⁸⁹, nada está sendo invertido, pois naquelas hipóteses legais, o ônus da prova nunca foi do consumidor, pois a lei, desde o princípio, já previu que o ônus seria do fornecedor. Para a referida autora, na realidade, só seria hipótese de inversão do ônus da prova no caso de inversão *ope iudice*, pois, aí sim, haveria uma alteração na distribuição do ônus probatório.

A doutrina e a jurisprudência reconhecem três hipóteses de inversão legal do ônus da prova previstas no Código de Defesa do Consumidor.

A primeira delas está estampada no §3º do art. 12 da lei consumerista e se refere ao ônus do fornecedor de provar que não colocou o produto no mercado, que ele não é defeituoso ou que não há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros pelos danos provados. Conforme afirma Daniel Neves:

Significa dizer que, havendo consumidor no polo ativo da demanda, e sendo sua pretensão fundamentada na alegação de defeito do produto, caberá ao fornecedor demonstrar em juízo uma das causas excludentes de responsabilidade previstas no dispositivo mencionado, sob pena de o pedido ser julgado totalmente procedente independente da prova produzida.⁹⁰

O §3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, cuja redação é bastante semelhante ao artigo mencionado anteriormente, contempla a segunda hipótese de inversão legal do ônus da prova. Trata-se do ônus do fornecedor de provar que o serviço não é defeituoso ou que há a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro nos danos gerados.

Assim estão redigidos os dispositivos legais citados acima:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou

⁸⁹ PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.148.

⁹⁰NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela individual do consumidor em juízo. In: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método, 2012. p. 513.

acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.⁹¹

Daniel Neves afirma que essas duas hipóteses de inversão legal do ônus da prova “nem sempre são bem compreendidas pela doutrina que as enfrenta, que insiste em associar os arts. 12, §3º, e 14, §3º, ao art. 6º, inciso VIII, todos do CDC”. A incorreta associação dos dispositivos legais faz exigir a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de sua alegação (requisitos do art. 6º, inciso VIII) para justificar a inversão do ônus da prova, mesmo quando a pretensão do consumidor é fundada em defeito do produto ou serviço.

Essa confusão, comum na praxe forense, gera consequências negativas ao consumidor, eis que terá seu acesso ao direito à inversão probatória dificultado, pois será obrigado a provar a hipossuficiência ou a verossimilhança mesmo nas hipóteses em que a lei expressamente não exige.

Contudo, em que pese a existência de decisões anteriores em sentido contrário⁹², a jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no

⁹¹ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

⁹² DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO CONSUMIDOR. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS. VALOR. REVISÃO PELO STJ. POSSIBILIDADE, DESDE QUE IRRISÓRIO OU EXORBITANTE. 1. Ação indenizatória fundada na alegação de que, após submeter-se a tratamento bucal na clínica ré, o autor ficou sem os dois dentes superiores frontais e impossibilitado de utilizar prótese dentária. Evidencia-se a hipossuficiência técnica do autor frente à ré, na medida em que a relação de consumo deriva da prestação de serviços

sentido de que as hipóteses dos artigos 12, §3º, e 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor tratam evidentemente de inversão legal (*ope legis*) do ônus da prova, fazendo clara distinção do inciso VIII do artigo 6º do mesmo Código, como se vê nos seguintes julgados:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. FATO DO PRODUTO. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. NÃO ACIONAMENTO DO AIR BAG. REGRAS DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. FATO DO PRODUTO. INVERSÃO OPE LEGIS. PROVA PERICIAL EVASIVA. INTERPRETAÇÃO EM FAVOR DO CONSUMIDOR.

(...)

2. A responsabilidade objetiva do fornecedor surge da violação de seu dever de não inserção de produto defeituoso no mercado de consumo, haja vista que, existindo alguma falha quanto à segurança ou à adequação do produto em relação aos fins a que se destina, haverá responsabilização pelos danos que o produto vier a causar.

3. Na hipótese, o Tribunal a quo, com relação ao ônus da prova, inferiu que caberia à autora provar que o defeito do produto existiu, isto é, que seria dever da consumidora demonstrar a falha no referido sistema de segurança.

4. Ocorre que diferentemente do comando contido no art. 6º, inciso VIII do CDC, que prevê a inversão do ônus da prova "a critério do juiz", quando for verossímil a alegação ou hipossuficiente a parte, o § 3º do art. 12 do mesmo Código estabelece - de forma objetiva e independentemente da manifestação do magistrado - a distribuição da carga probatória em desfavor do fornecedor, que "só não será responsabilizado se provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro". É a diferenciação já clássica na doutrina e na jurisprudência entre a inversão opejudicis (art. 6º, inciso VIII, do CDC) e inversão ope legis (arts.12, § 3º, e art. 14, § 3º, do CDC). Precedentes.

(...)

em odontologia, o desconhecimento do paciente acerca das minúcias dos procedimentos a serem realizados. A clínica, por sua vez, detém amplo domínio das técnicas ligadas à confecção de próteses, tanto que se dispôs a prestar serviços nessa área. 2. A hipossuficiência exigida pelo art. 6º, VIII, do CDC abrange aquela de natureza técnica. Dessa forma, questões atinentes à má utilização da prótese deveriam ter sido oportunamente suscitadas pela clínica. A despeito da sua expertise, não atuou, porém, de modo a evitar lacunas na perícia realizada, as quais tornaram o laudo inconcludente em relação à origem do defeito apresentado pela prótese dentária. 3. A revisão da condenação a título de danos morais somente é possível se o montante for irrisório ou exorbitante, fora dos padrões da razoabilidade. 4. Recurso especial a que se nega provimento. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, Resp nº 1.178.105/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. para o acórdão Min. Nancy Andrighi, j. em 07.04.2011, DJe 25.04.2011);
No mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, Resp 347.632/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 24.06.2003, DJe 01.09.2003.

6. Destarte, enfrentando a celeuma pelo ângulo das regras sobre a distribuição da carga probatória, levando-se em conta o fato de a causa de pedir apontar para hipótese de responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto, não havendo este se desincumbido do ônus que lhe cabia, inversão *ope legis*, é de se concluir pela procedência do pedido autoral com o reconhecimento do defeito no produto.

7. Recurso especial provido.⁹³

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA HOSPITAL. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC.

(...)

5. O ônus da prova da inexistência de defeito na prestação dos serviços médicos é do hospital recorrente por imposição legal (inversão '*ope legis*'). Inteligência do art. 14, § 3º, I, do CDC.

6. Não tendo sido reconhecida pelo tribunal de origem a demonstração das excludentes da responsabilidade civil objetiva previstas no parágrafo 3.º do artigo 14 do CDC, a pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula 07/STJ, pois exigiria a reavaliação do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado a esta Corte Superior.

7. Precedentes jurisprudenciais desta Corte.

8. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.⁹⁴

A atual jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também tem se orientado no sentido de que, nas hipóteses de defeito do produto ou serviço, a inversão do ônus da prova é legal (*ope legis*), sendo despicienda a atuação jurisdicional para inverter o ônus probatório. Neste sentido, confirma-se o recente julgado:

ERRO ODONTOLÓGICO – Implante Dentário – Obrigação de resultado – Responsabilidade objetiva – Inversão do ônus da prova "*ope legis*" - Além do dever de informação acerca do tratamento e sobre os riscos que apresente (art. 6º, III, CDC), cabe ao profissional a escolha do melhor tratamento dentre as opções que se apresentem, que chegue ao melhor resultado com o menor risco - Não comprovação – Negligência na adoção da técnica utilizada -

⁹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, REsp 1306167/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. em 03.12.2013, DJe 05.03.2014

⁹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, REsp 1331628/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 05.09.2013, DJe 12.09.2013

Obrigação de ressarcir os danos materiais e compensar pelo dano moral - Recurso da autora provido em parte.⁹⁵

Como se vê, caminhou bem o Superior Tribunal de Justiça ao superar o errôneo entendimento firmado inicialmente que mesclava a aplicação, indevidamente, dos artigos 12, §3º, e 14, §3º, com o inciso VIII do art. 6º, todos do Código de Defesa do Consumidor. A incorreta confusão feita inicialmente pela jurisprudência, que cumulava os requisitos de ambos os artigos, transformava a hipótese de inversão de ônus da prova *ope legis* em *ope iudicis*, desvirtuando a intenção do legislador e desprotegendo o consumidor.

A consolidação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as hipóteses dos 12, §3º, e 14, §3º, do Código de Defesa do Consumidor são casos de inversão do ônus da prova *ope legis* e não *ope iudicis* representa um grande avanço à sociedade na busca da proteção dos direitos dos consumidores. Com a superação do vetusto entendimento, deixa de ser exigida do consumidor a prova da hipossuficiência ou da verossimilhança das alegações naquelas hipóteses.

Há, ainda, uma terceira hipótese de inversão *ope legis* do ônus da prova, prevista no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, relativa à inversão do ônus da prova do fornecedor de provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária que patrocina. Assim dispõe a mencionada norma:

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.⁹⁶

Quanto a esta terceira previsão de inversão do ônus da prova, não há muita discussão na doutrina, sendo pacífica a aceitação de que se trata de hipótese de inversão legal e não judicial do ônus da prova. Como bem destaca Herman Benjamin, “a inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6º, VIII, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória”⁹⁷.

⁹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Primeira Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0169647-38.2010.8.26.0100, Rel. Alcides Leopoldo Silva Júnior, j. 21.10.2014.

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

⁹⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Comentários aos arts. 29 a 45. In: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. et al. Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

As três hipóteses de inversão do ônus da prova mencionadas neste tópico tem como característica comum o fato que sua aplicabilidade se dá de forma automática, independente de qualquer atuação discricionária do magistrado. O ônus da prova já é disposto de maneira diversa da regra geral do Código de Processo Civil desde o princípio da lide, já sabendo as partes, de antemão, quais são os riscos advindos da eventual ausência de provas. Como bem adverte parcela da doutrina, não há tecnicamente uma inversão do ônus probatório, pois este já “nasce” diferente da regra geral, não havendo que se falar em dinamização ou alteração no curso do processo.

2.3.2 Inversão do ônus da prova *ope iudicis*

Além das três hipóteses de inversão do ônus da prova *ope legis* acima citadas, o Código de Defesa do Consumidor prevê, ainda, uma hipótese residual de inversão do ônus probatório, esta *ope iudicis*. A referida forma de inversão do ônus da prova (que é tecnicamente a única “inversão” propriamente dita) é substancialmente distinta da chamada inversão *ope legis*, cujas características e efeitos, no que tange ao contraditório, merecem especial atenção neste trabalho.

O fundamento legal da inversão do ônus da prova *ope iudicis* encontra-se situado no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa 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.⁹⁸

Da leitura do dispositivo legal acima citado já é possível notar significativa diferença das demais modalidades de inversão do ônus da prova tratadas no item anterior. Na inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do art. 6º da lei consumerista o legislador foi claro ao dispor que esta ficará a critério do juiz, desde

⁹⁸ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

que preenchidos os requisitos legais: verossimilhança da alegação ou hipossuficiência.

Ao dispor que a inversão do ônus probatório ficaria a critério do juiz, claramente a intenção do legislador foi de criar uma hipótese de inversão do ônus da prova *ope iudice*. Assim sendo, não se pode interpretar que a inversão do ônus da prova se dê de forma automática, apriorística, como ocorre na inversão legal (*ope legis*). Somente pode-se falar em inversão do ônus da prova após o juiz analisar o preenchimento dos pressupostos legais: verossimilhança ou hipossuficiência.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a inversão do ônus da prova não se dá de forma automática, dependendo sempre da análise do juiz do preenchimento dos pressupostos no caso concreto. Exemplificativamente, confira o seguinte excerto extraído de um julgado do citado Tribunal:

Conquanto se apliquem aos contratos de leasing as disposições do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova não é de ser determinada de modo automático, sem atender às exigências insertas no art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/90.⁹⁹

Em igual sentido é a posição manifestada em acórdão mais recente emanado da mesma Corte:

O tema relativo à inversão do ônus da prova foi decidido pelo acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência do STJ sobre o tema, no sentido de que a referida inversão não decorre de modo automático, demandando a verificação, em cada caso, da presença dos requisitos autorizadores, a saber: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor.¹⁰⁰

Calha transcrever a importante advertência feita por Rizzatto Nunes acerca da interpretação da expressão “a critério do juiz” contida no dispositivo legal em comento.

Diga-se inicialmente que agir com critério não tem nada de subjetivo. (...) No processo civil, como é sabido, o juiz não age com discricionariedade (que é medida pela conveniência e oportunidade

⁹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, AgRg no Ag 935.663/SC, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, j. em 26.08.2008, DJe 20.10.2008.

¹⁰⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, AgRg no Ag 1360186/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, j. em 26.04.2011, DJe 10.05.2011.

da decisão). Age sempre dentro da legalidade, fundando sua decisão em bases objetivas.¹⁰¹

Conforme ensina Boaventura Pacífico “uma vez reconhecida a presença dos requisitos para a inversão, é direito da parte obtê-la”¹⁰².

Muito se discutiu, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, sobre a cumulatividade ou não dos requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência. Atualmente, o tema já parece pacificado, ao menos no campo pretoriano, no sentido de que os requisitos são alternativos, independentes.

Isto porque o Código de Defesa do Consumidor é claro ao utilizar a conjunção alternativa “ou” e não a conjunção aditiva “e” quando se refere aos dois requisitos, demonstrando a evidente intenção do legislador de que os requisitos seriam alternativos e não cumulativos.

Inobstante a literalidade do dispositivo legal, Daniel Neves demonstra séria preocupação quanto a não cumulatividade dos requisitos, uma vez que entende que a não exigência da verossimilhança pode acarretar na inversão do ônus probatório em desfavor do fornecedor mesmo em situações totalmente absurdas e sem fundamento, que não mereceriam guarida no direito¹⁰³.

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que os requisitos não são cumulativos, como se vê no julgado abaixo transcrito:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SAQUE INDEVIDO EM CONTA BANCÁRIA.

1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido da possibilidade de inversão do ônus da prova em hipóteses que versem acerca de saques indevidos em conta bancária, diante do reconhecimento da hipossuficiência técnica do consumidor, ainda que não reconhecida a verossimilhança das alegações apresentadas. Precedentes. 2. AGRAVO NÃO PROVIDO.¹⁰⁴

¹⁰¹ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material* (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000. p.122.

¹⁰² PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p.186.

¹⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela individual do consumidor em juízo. In: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método, 2012. p. 517-518.

¹⁰⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, AgRg no REsp 906.708/RO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 19.05.2011, DJe 30.05.2011. *No mesmo sentido*: SUPERIOR

De acordo com Daniel Neves, discute-se na doutrina quanto ao conceito de verossimilhança. Uma corrente defende que a verossimilhança seria a aparência de verdade, tomando por base nessa análise as máximas de experiência, ou seja, aquilo que costuma ocorrer em situações similares à narrada na demanda judicial, não se exigindo para sua constituição qualquer espécie de prova. Já outra corrente defende que a verossimilhança seria fruto de um juízo de probabilidade extraído de um material probatório de feitiço indiciário¹⁰⁵.

Entendendo pela necessidade de um suporte probatório mínimo, ao menos indiciário, assim defende Humberto Theodoro Júnior:

(...) não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou de hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o seu cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova. O sistema do art. 6º, inciso VIII, do CDC, só se compatibiliza com as garantias democráticas do processo se entendido como critério de apreciação das provas pelo menos indiciárias, disponíveis no processo. Não pode ser aplicado a partir do nada.¹⁰⁶

Prevalece na doutrina que a hipossuficiência exigida pela lei para a inversão do ônus da prova não é a econômica, mas sim a hipossuficiência técnica, especialmente levando-se em consideração a maior facilidade de acesso à informação e aos meios de prova por parte do fornecedor. Isto, porque, ainda que o consumidor se encontre em situação financeira mais vantajosa do que o fornecedor, pode ser tecnicamente hipossuficiente, ante o monopólio da informação por parte do fornecedor¹⁰⁷.

Boaventura Pacífico alerta que a inversão do ônus da prova não pode se dar de forma ampla e irrestrita, retirando totalmente o encargo probatório do consumidor

TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Turma, REsp 773.171/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 20.08.2009, DJe 15.12.2009

¹⁰⁵NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela individual do consumidor em juízo. In: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método, 2012. p. 518.

¹⁰⁶THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. p. 424.

¹⁰⁷Cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela individual do consumidor em juízo. In: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método, 2012. p.519; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p.190-191;MACEDO, Lucas Buri; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 132-133.

sem qualquer critério. Afirma o mencionado processualista que “a inversão do ônus deve se operar sobre o fato (ou fatos) a respeito do qual se verifique a assimetria de informação entre o consumidor e o fornecedor”¹⁰⁸.

Somente onde houver esse “déficit informativo do consumidor”¹⁰⁹ é que deve ocorrer a inversão do ônus probatório. A decisão que inverte genericamente o ônus da prova em desfavor do fornecedor, tornando impossível ou praticamente inviável a sua defesa na prática, é eivada de nulidade, eis que viola as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Neste sentido decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao entender que, mesmo tratando-se de relação de consumo, não haveria lógica em retirar o ônus probatório do consumidor, o qual tinha melhores condições de provar, diante das circunstâncias do caso concreto:

RECURSO ESPECIAL. GRAVIDEZ ALEGADAMENTE DECORRENTE DE CONSUMO DE PÍLULAS ANTICONCEPCIONAIS SEM PRINCÍPIO ATIVO ("PÍLULAS DE FARINHA"). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ENCARGO IMPOSSÍVEL. ADEMAIS, MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A GRAVIDEZ E O AGIR CULPOSO DA RECORRENTE.

1. O Tribunal a quo, muito embora reconhecendo ser a prova "franciscana", entendeu que bastava à condenação o fato de ser a autora consumidora do anticoncepcional "Microvlar" e ter esta apresentado cartelas que diziam respeito a período posterior à concepção, cujo medicamento continha o princípio ativo contraceptivo.

2. A inversão do ônus da prova regida pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus.

3. Com efeito, ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não-comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora - quando lhe era, em tese, possível provar -, bem como levando em

¹⁰⁸PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Ônus da prova. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p.192.

¹⁰⁹ Idem

conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido.(...) ¹¹⁰

Nesta senda, há que se ter parcimônia na inversão do ônus probatório, a fim de não imputar ao fornecedor o ônus de produzir “prova diabólica”. Não é lícito que, sob o pretexto de proteger o consumidor hipossuficiente tecnicamente, sejam violadas as garantias processuais mínimas do contraditório e ampla defesa, as quais, por óbvio, também são asseguradas ao fornecedor.

Por fim, vale destacar que, de acordo com Boaventura Pacífico ¹¹¹, a inversão do ônus da prova pode ser determinada *ex officio* pelo juiz, uma vez que o art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor é norma de ordem pública, conforme dispõe o art. 1º do mesmo código.

2.4 Distribuição da carga dinâmica do ônus da prova

Como dito anteriormente, a doutrina processualista contemporânea ¹¹² vem tecendo severas críticas ao modelo de distribuição do ônus da prova adotado pelo Código de Processo Civil, que é estático, rígido e inflexível, o qual não leva em consideração as peculiaridades do caso concreto. Neste contexto surge a teoria da carga dinâmica do ônus da prova (ou da distribuição dinâmica do ônus da prova) segundo a qual a prova incumbe à parte que tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Fundamentam esta teoria nos princípios da adaptabilidade do procedimento às circunstâncias do caso concreto, da cooperação, da igualdade, em seu sentido substancial, do devido processo legal e do acesso efetivo à justiça.

¹¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, REsp 720.930/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 20.10.2009, DJe 09.11.2009.

¹¹¹PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p.186.

¹¹²Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. p.422-423; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.439-440; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil*: comentado artigo por artigo. São Paulo: RT, 2012. p.336-337; MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014; ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011; CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ¹¹²DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 2. p. 94-100.

De acordo com Paulo Rogério Zaneti¹¹³, tem se mostrado cada vez mais comum nos tribunais brasileiros a presença de precedentes flexibilizando as regras do ônus da prova presentes no art. 333 do Código de Processo Civil, aplicando a teoria da carga dinâmica da prova, a qual é bastante difundida em países como a Argentina, Espanha e Alemanha.

Atribui-se ao argentino Jorge Walter Peryano a responsabilidade pela idealização da teoria da carga dinâmica da prova, sendo o autor crítico fervoroso da teoria da distribuição estática do ônus da prova, por entender que a distribuição rígida se mostra inadequada ou insuficiente para o juiz e para as partes na busca da verdade na solução do litígio, em determinados casos, diante de certas circunstâncias específicas do caso concreto¹¹⁴.

De acordo com a teoria dinâmica, o ônus da prova se liberta de predisposições apriorísticas definidas em lei, que delimitam o ônus da prova ao autor e réu dependendo da natureza do fato, e passa a atribuir o ônus da prova à parte que tem melhores condições de produzir determinada prova.

Didier Jr., Braga e Oliveira sintetizam bem as principais características da distribuição dinâmica do ônus da prova:

Enfim, de acordo com essa teoria: *i)* o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; *ii)* sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas sim dinâmica; *iii)* pouco importa sua subdivisão, a posição assumida pela causa (se autor ou réu); *iv)* não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse de prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova.¹¹⁵

Como se observa, o ponto central desta teoria é a maior possibilidade ou facilidade de produzir a prova, sendo irrelevante analisar a posição ocupada pela parte na lide, a natureza dos fatos ou a origem da alegação.

Em que pese à ausência de previsão legal a amparar essa teoria, parcela considerável da doutrina entende aplicável a dinamização do ônus da prova de

¹¹³ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.111-112.

¹¹⁴ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p.116.

¹¹⁵DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2010. v. 2. p.96.

forma subsidiária à regra do Código de Processo Civil, sempre que a regra geral mostrar-se inadequada e insuficiente à adequada prestação jurisdicional¹¹⁶.

Artur Carpes, imbuído pelos princípios constitucionais que norteiam o processo civil contemporâneo, defende que:

A influência do paradigma legalista, que domina principalmente a formação dos operadores do nosso direito e é incrementada pela forte carga liberal contida em nosso Código de Processo Civil poderia fazer parecer impensável a relativização da disposição estática, geral e abstrata prevista no respectivo art. 333. Este véu, no entanto, deve finalmente cair. O princípio da legalidade estrita não mais vigora entre nós, nem o juiz prossegue sendo mero locutor das palavras da lei. A legalidade que se respira hoje é a legalidade substancial, que impõe a correção da lei às diretrizes constitucionais¹¹⁷.

Como bem ressalta Humberto Theodoro Junior:

Não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas de completa-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido sobretudo com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional.¹¹⁸

Alexandre Freitas Câmara adverte que “a distribuição dinâmica do ônus da prova não é regra, mas exceção”¹¹⁹. Para o referido processualista, a distribuição dinâmica somente seria aplicável excepcionalmente, como forma de assegurar a isonomia entre os sujeitos parciais do processo, através de decisão fundamentada, quando verificado que a parte que teria o ônus regular de provar não teria condições de produzir a prova e a outra parte teria plenas condições de trazê-la aos autos, tendo o que denomina de “domínio da prova”¹²⁰.

Assim, só teria aplicabilidade a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório nas hipóteses em que a distribuição estática e legal não for adequada.

¹¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.440.

¹¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Juspodvim, 2010. v. 2.p. 80.

¹¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. p.422.

¹¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 440.

¹²⁰ Iden

Frise-se que não se está a criar uma outra distribuição estática, mas a flexibilizá-la em determinados pontos.

Comungando o entendimento de se tratar de teoria de aplicabilidade subsidiária, excepcional, Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto advertem que “a dinamização não abrange, necessariamente, todo o *thema probandum*, mas apenas aqueles fatos que sejam difíceis de comprovação por uma das partes”¹²¹.

Didier Jr., Braga e Oliveira fazem importante ressalva de que “a redistribuição do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora tem o ônus”¹²². Afirmam que isto constituiria um pressuposto negativo para aplicação prática da teoria. Seria um contrassenso à própria teoria imputar a uma das partes prova diabólica, eis que o principal objetivo desta dinamização é justamente redistribuir a prova àquele que tem melhores condições de produzi-la.

Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto¹²³ lembram que a flexibilização do ônus probatório tem ampla gama de aplicabilidade prática, sempre visando afastar alguma situação de prova diabólica a uma das partes. Duas situações são citadas por Didier Jr., Braga e Oliveira¹²⁴ que evidenciam a ocorrência de prova diabólica sanável pela dinamização do ônus probatório. A primeira se refere ao caso de hipossuficiência probatória, quando o adversário goza de posição privilegiada, por dispor de maior conhecimento técnico ou deter em seu poder importantes fontes de prova (ex.: prontuários médicos em ações de responsabilização civil por erro médico). A segunda situação que autorizaria a flexibilização do ônus probatório seria a inacessibilidade da prova, decorrente da conduta culposa ou desleal do seu adversário, que violaria o dever de cooperação e colaboração.

A jurisprudência tem sinalizado a tendência pela aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. A referida Corte Superior, ao julgar o REsp 883.656/RS, em que pese tenha feito menção ao Código de Defesa do Consumidor, em face da aplicabilidade destas normas à ação civil pública decorrente do microssistema processual coletivo, traçou

¹²¹MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p.164.

¹²²DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 2. p.99.

¹²³MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p.116.

¹²⁴DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Op.cit.* p.99.

com precisão a teoria da carga dinâmica das provas, sendo indispensável a transcrição da ementa do referido julgado:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS.6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA.

1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo.

2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *dueprocess*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *opejudicis*), modifica a incidência do *onusprobandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução),

como também de cunho estritamente processual e *opejudicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanação natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "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" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.

9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. "Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade" (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008).

10. Recurso Especial não provido.¹²⁵

Como se vê, a ausência de previsão legal não tem sido óbice aos tribunais brasileiros para a flexibilização das regras do ônus probatórios, fundamentando suas

¹²⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Turma, REsp 883.656/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 09.03.2010, DJe 28.02.2012.

decisões em princípios constitucionais norteadores do processo civil contemporâneo, o qual, de fato, não pode permanecer restrito à legalidade estrita, alheio às evoluções do Direito, na busca de uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

3 O MOMENTO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E AS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

3.1 Breve esboço sobre as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório

Considerando que o tema central do presente estudo é a análise do momento da distribuição do ônus da prova e seus reflexos sobre as garantias constitucionais processuais, passa-se a traçar um breve panorama dos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do direito à produção de prova, sem, contudo, ter a intenção de esgotar tão vasto e rico assunto.

O direito brasileiro, assim como a grande maioria dos países ocidentais, passa pelo “fenômeno da constitucionalização do direito, que é um dos aspectos do chamado neoconstitucionalismo”¹²⁶, conforme afirmam Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto.

Os mencionados autores traçam, em linhas gerais, que esse novo marco teórico tem por base três conjuntos básicos de mudanças de paradigmas. O primeiro seria o reconhecimento da força normativa da constituição, que passa a ser aplicada diretamente sobre o caso concreto. A segunda mudança refere-se à ampliação do rol de legitimados no controle abstrato de constitucionalidade, bem como o aumento do número de ações de controle de constitucionalidade. Por fim, a terceira alteração promovida pelo neoconstitucionalismo concentra-se na vivificação da hermenêutica, com importantes mudanças na teoria do direito, especialmente com a aceitação dos princípios como norma, ao lado das regras, tendo método próprio de utilização: a ponderação *in concreto* como técnica de decisão¹²⁷.

Partindo dessa nova perspectiva, passa-se a enxergar todos os ramos do Direito sob uma nova filtragem, inclusive construindo um direito processual civil sob o viés constitucional. Nesta nova senda, o direito infraconstitucional deve se amoldar ao direito constitucional e não ao contrário, devendo-se fazer a leitura de toda norma processual sob a óptica constante dos matizes constitucionais.

¹²⁶ MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 21-22.

¹²⁷ *Ibidem* p. 22-23.

Com base nesta nova visão do direito processual civil, ganha especial relevo as garantias processuais constitucionais, dentre elas especialmente a garantia do contraditório e da ampla defesa.

Segundo Nelson Nery Junior¹²⁸, é tradição no direito constitucional brasileiro a adoção expressa da garantia da ao contraditório no texto da Constituição, a exemplo das Constituições de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969. Observa-se que, mesmo em Constituições outorgadas em períodos autoritários, a garantia do contraditório sempre esteve presente, ao menos formalmente.

A atual Constituição trata, no mesmo dispositivo (art. 5º, inciso LV), de dois princípios: do contraditório e da ampla defesa. Muito embora a doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹²⁹ reconheçam que se trata de dois princípios distintos e não apenas um, optamos por abordá-los de maneira conjunta, eis que se encontram umbilicalmente ligados.

Segundo William Santos Ferreira, a ampla defesa é fundamento lógico do contraditório, sendo a ampla defesa “o contraditório pela perspectiva das atividades das partes”¹³⁰. Para o referido autor, o contraditório é o elemento estático, enquanto a ampla defesa, o dinâmico.

Continua Ferreira afirmando que “enquanto que o contraditório assegura conhecimento, oportunidade de defesa de interesse e consideração judicial, a ampla defesa assegura o elemento dinâmico da bilateralidade”¹³¹, o qual consiste na efetiva utilização dos meios e recursos pelas partes.

Gilmar Mendes ressalta que “há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que a o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo”¹³², pois o que o que o constituinte pretende assegurar seria a pretensão à tutela jurídica.

Neste passo, Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto relatam que com a constitucionalização do processo civil “percebeu-se a necessidade de redimensionamento dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que tinham, basicamente, um aspecto exclusivamente formal”.

¹²⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípio do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 207.

¹²⁹ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014. p. 43.

¹³⁰ Ibidem p. 44.

¹³¹ Idem

¹³² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 591.

De acordo com Camilla Mattos Paolinelli, o “contraditório é uma das vigas-mestras do devido processo constitucional”¹³³, sendo este estruturado em uma base trinômia – informação-reação-diálogo – permitindo às partes “o efetivo controle da fundamentação das decisões e da própria prova produzida nos autos, garantindo influência, não surpresa e legitimidades daquelas”¹³⁴.

Para Gilmar Mendes, a garantia consagrada no art. 5º, inciso LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)* que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes no processo;
- *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige que do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.¹³⁵

William Santos Ferreira argumenta que o contraditório não se forma se não estiverem presentes os três elementos: “ciência do ato processual, oportunidade para manifestação com demonstração de correção das alegações contidas e consideração judicial”¹³⁶.

A primeira faceta do contraditório é a ciência, relativa ao direito de informação pertinente a todos os atos processuais realizados ou a ocorrer. Elenque-se neste rol a obrigação de citar o réu, de intimar as partes previamente para a audiência, de intimá-las das sessões de julgamento, etc.

O segundo elemento do contraditório é a oportunidade. De nada adianta cientificar as partes da realização de determinado ato processual se não lhes conferem o direito de manifestação e comprovação de seus argumentos. De acordo com William Santos Ferreira “a oportunidade deve ser compatível com o ato a ser realizado, caso isso não se verifique, o contraditório estará sendo inobservado”¹³⁷,

¹³³ PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 27.

¹³⁴ Ibidem p. 27-28.

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 592.

¹³⁶ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014. p. 45.

¹³⁷ FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014. p. 46.

pois somente há oportunidade quando “são dadas condições reais para realização do ato processual”¹³⁸.

O último e essencial elemento do contraditório é a consideração judicial, pois de nada adianta a ciência e a oportunidade se o ato não é levado em consideração pelo juiz no momento da decisão.

Daniel Neves¹³⁹ adverte que para que o contraditório seja substancialmente respeitado, não basta informar e permitir a informação, é essencial que as partes tenham real poder de influência sobre o magistrado na formação do seu convencimento. Ressalta que, caso contrário, se o contraditório não tiver poder de influência sobre o convencimento do magistrado, será mais um princípio “para inglês ver”, sem qualquer significação prática.

Neste contexto de oportunidade de manifestação e demonstração de suas alegações, bem como do efetivo poder de influência sobre as decisões do juízo, surge o direito à prova, como um dos corolários do princípio do contraditório. Isto, porque, de nada adiantará oportunizar a manifestação da parte no processo, sem garantir-lhes o respectivo direito de comprovar suas alegações.

De acordo com Humberto Theodoro Junior:

O princípio do contraditório reclama, outrossim, que se dê oportunidade à parte não só de falar sobre a alegação do outro litigante, como também de fazer prova contrária. A não ser assim, cair-se-ia no vazio. E por isso, nega-se o princípio e comete-se cerceamento de defesa quando se assegura a audiência da parte adversária, mas não se lhe faculta a contraprova”¹⁴⁰.

Não há como se dissociar o contraditório do direito à produção de provas. Não haveria lógica alguma no sistema processual em se permitir que a parte ofertasse sua defesa formal, mas lhe impedisse de produzir provas no sentido de comprovar a veracidade da sua versão dos fatos. Seria um contraditório pela metade, incompleto, ou seja, um simulacro de contraditório, garantido apenas em seu aspecto formal, mas não em seu aspecto substancial.

¹³⁸ Ibidem p. 49.

¹³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010. p. 62.

¹⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1. p. 28.

Só há efetivamente o contraditório quando as partes efetivamente podem influenciar na decisão do magistrado e isto só é possível se for permitido às partes o direito de produzir provas. Segundo o brocardo *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*, alegar e não provar é o mesmo que não alegar. Alegações vazias, despidas de provas, não recebem guarida do Poder Judiciário.

Mais do que um ônus, a prova é um direito da parte que não pode ser vilipendiado, sob pena de malferir princípios constitucionais basilares no Estado Democrático de Direito.

Com bem adverte Nelson Nery Junior, “o destinatário da prova é o processo e não o juiz”¹⁴¹, razão pela qual “não se pode indeferir a realização de determinada prova sob o fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando”¹⁴².

Não se pode olvidar que o acesso à ordem jurisdicional efetiva depende da adequada formação do juízo de fato, como bem ressalta Artur Carpes¹⁴³. Trata-se de conclusão lógica, pois não sendo corretamente acertados os fatos com que irá trabalhar o juiz, evidentemente não se poderá falar em adequada e efetiva tutela jurisdicional, sendo a falha na cognição sentida reflexamente na tutela do direito. O referido processualista conclui afirmando que o direito à prova constitui “corolário imediato do direito fundamental ao processo justo”¹⁴⁴.

Por fim, Alexandre Freitas Câmara¹⁴⁵ chama também a atenção para a índole política do contraditório, como fonte de legitimação da atividade jurisdicional. Ressalta que no Estado Democrático de Direito o exercício de poder deve ser não apenas legal, mas também legítimo, inclusive quanto à função jurisdicional. Neste contexto, somente será legítima a atuação jurisdicional se houver a participação (ao menos potencial) de todos aqueles que podem ser alcançados pelos efeitos do ato estatal.

Destaque-se que o contraditório é elemento essencial de legitimação da atividade jurisdicional, eis que somente se admitirá a intervenção do Estado por

¹⁴¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípio do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 211.

¹⁴² Idem

¹⁴³ CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87.

¹⁴⁴ Ibidem p. 88.

¹⁴⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 61-62.

meio do Judiciário sobre o patrimônio e a liberdade das pessoas, no contexto democrático em a sociedade se insere, houver efetiva participação dos interessados.

Portanto, é sob esse prisma constitucional de processo civil que deverá ser analisadas as consequências da inversão do ônus da prova.

3.2 Momento para inversão do ônus da prova e os reflexos sobre as garantias processuais constitucionais

Traçadas as premissas basilares do presente estudo acerca do perfil do ônus da prova, bem como delineadas as regras ordinárias de distribuição do ônus da prova e sua inversão, assim como abordado o tema da dinamização do ônus da prova, passa-se neste capítulo a analisar a influência do momento da inversão do ônus da prova sobre as garantias processuais constitucionais.

Primeiramente, é indispensável que fique claro que só se pode falar em inversão do ônus da prova, tecnicamente, nas hipóteses de inversão *ope iudicis*, como já esclarecido no capítulo anterior. Isto porque nas hipóteses de inversão *ope legis* não há precisamente uma inversão, mas apenas uma disposição diferenciada quanto ao ônus probatório. O ônus já “nasce” invertido, automaticamente, desde o princípio da lide. Só se poderia falar em inversão se houvesse uma alteração da rota normal no curso do processo, o que inexistente, pois desde o princípio o ônus já está disposto de maneira diversa.

Assim, quanto às hipóteses de inversão do ônus da prova *ope legis* não há maiores implicações na seara do contraditório ou da ampla defesa, pois as partes já sabem, de antemão, quais são os seus ônus, pois não depende de qualquer atividade do magistrado para alterar a distribuição do ônus probatório. Cientes as partes desde o início da lide quais são os riscos de sua inércia na seara probatória e não havendo qualquer alteração no curso da lide quanto ao ônus, não há como se vislumbrar abstratamente ameaça ao contraditório e a ampla defesa.

Na inversão do ônus da prova convencional, o ônus da prova fica disposto de acordo com a convenção a partir do momento em que for firmado o pacto. Tratando-se de disposição de vontade, não há que se vislumbrar, a princípio, em violação às garantias constitucionais. Só há, na verdade, quanto ao aspecto temporal, uma preclusão quanto ao limite máximo para a alegação de alguma cláusula de convenção sobre ônus da prova: a audiência preliminar ou despacho

saneador. Após este momento haverá preclusão, não podendo mais a parte opor em relação à outra, cláusula de alteração de ônus probatório.

A situação é completamente diferente em relação à inversão do ônus da prova *ope iudicis*. Nestas hipóteses não há a inversão automática do ônus da prova, uma vez que sua inversão depende, necessariamente, de decisão judicial fundamentada que reconheça a presença dos requisitos autorizadores no caso concreto. Enquanto a inversão *ope legis* ocorre automaticamente, desde o início da lide, sem qualquer intervenção do juízo, a inversão *ope iudicis* é dependente da atividade jurisdicional.

Surge a dúvida de qual seria o momento adequado para se proceder a inversão do ônus da prova, especialmente considerando discussão quanto à dupla perspectiva deste, se seria regra de conduta, ou se seria regra de julgamento, ou se apresentaria ambas as características simultaneamente.

Neste contexto emanam duas correntes doutrinárias com ressonância na jurisprudência, causando séria celeuma na órbita jurídica.

Parcela da doutrina defende que o ônus da prova, por ser eminentemente uma regra de julgamento, deve ser invertido na sentença, podendo inclusive ser invertido em segundo grau, não entendendo que isto viole qualquer garantia constitucional.

Comungam com este entendimento Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery:

[...] a parte que teve contra si invertido o ônus da prova, quer nas circunstâncias aqui mencionada, quer na sentença, momento adequado para assim proceder, não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo um *non liquet* quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova. Em suma, o fornecedor (CDC 3.º) já sabe, de antemão, que tem que provar tudo o que estiver a seu alcance e for de seu interesse nas lides de consumo. Não é pego de surpresa com a inversão na sentença¹⁴⁶.

Sérgio Cruz Arenhart entende que, embora as regras sobre o ônus da prova somente incidam ao final do processo, é conveniente, mas não imperativo, que o magistrado assinale às partes com antecedência, qualquer decisão sua sobre

¹⁴⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 12. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 727.

eventual modificação sobre o ônus probatório. Contudo, ressalva que esse aviso anterior sobre a modificação do regime do ônus da prova é conveniente, mas não é obrigatório para o juiz. O referido autor argumenta no seguinte sentido:

Isto porque não se pode falar em lesão à ampla defesa e ao contraditório em razão da modificação dos critérios do ônus da prova, sendo a regra, naturalmente, destinada a incidir quando do julgamento da causa. Não há lesão a tais garantias constitucionais simplesmente pelo fato de que as partes tem disponibilidade sobre as provas que detêm e que são de interesse do processo; é dever das partes apresentar todas as provas que possuem e que possam ter alguma importância para o processo [...]¹⁴⁷

Conclui afirmando que “não há, por isso mesmo, que falar em surpresa da parte diante da inversão do ônus da prova em seu prejuízo; se ela não produziu a prova que poderia fazer, faltou com seu dever processual [...]¹⁴⁸”.

Contudo, as premissas que sustentam estas teses são passíveis de críticas. Em que pese a existência do dever de colaboração das partes, não se pode exigir destas uma conduta imparcial no que tange à produção de provas. As partes vêm a juízo para defender precipuamente seus interesses, agindo sempre com parcialidade. Não se pode exigir destas uma conduta proativa na produção de provas que não lhe são de sua incumbência ordinária, apenas com base na mera expectativa de uma eventual inversão do ônus da prova.

A segunda corrente entende que o ônus da prova deve ser invertido antes da sentença, a tempo de oportunizar à parte que recebeu o ônus o direito de produzir a prova para desincumbir do mesmo. Sustentam sua tese no fato de que o ônus da prova também possui natureza de regra de procedimento e que, por isso, influencia na conduta das partes.

Para os que adotam a visão subjetivista, “as regras relativas à distribuição do ônus da prova devem incidir na fase inicial do processo”¹⁴⁹, conforme a lição de Camilla Mattos Paolinelli. Conforme anota a processualista, “as partes devem saber,

¹⁴⁷ ARENHART, Sergio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: aspectos atuais do direito probatório*. São Paulo: Método, 2009. p. 335-336.

¹⁴⁸ Ibidem p. 336.

¹⁴⁹ PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.112.

de antemão, quais provas tem a opção de trazer aos autos para que tenham sua tese acolhida”¹⁵⁰.

Partindo da visão de que se trata de técnica de procedimento, seria indispensável a comunicação às partes, desde o início do processo, das consequências de sua omissão. Neste viés, afirma a mencionada autora que:

A função das regras que distribuem o ônus da prova seria, assim, a de disciplinar a condutas partes, regulando a faculdade e poder de produzir e propor provas, juntamente com a possibilidade de convertê-los em ônus, na medida em que se informa previamente quem assumirá a desvantagem em caso de ausência de provas.¹⁵¹

Rizzatto Nunes¹⁵² partindo da premissa de que se trata de regra de conduta e não apenas de regra de julgamento entende que o momento processual mais adequado para se proceder a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Segundo o citado autor:

Não vemos qualquer sentido, diante da norma do CDC, que não gera inversão automática (à exceção do art. 38) que o magistrado venha a decidir apenas na sentença a respeito da inversão, como se fosse uma surpresa a ser revelada para as partes¹⁵³.

O mesmo pensamento é compartilhado por Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto:

Em arremate, cabe trazer à baila que, sendo o caso de inversão do ônus probatório, como no caso do art. 6º, inciso VIII, do CDC, o juiz deverá informar previamente às partes quanto à modificação, para que norteiem sua produção de provas – em observância ao princípio do contraditório e da cooperação –, o que demonstra peremptoriamente a importância do viés subjetivo da carga da prova¹⁵⁴

¹⁵⁰ PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p.112.

¹⁵¹ Idem

¹⁵² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material* (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000. p.126.

¹⁵³ Idem

¹⁵⁴ MACEDO, Lucas Buril; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p.111.

Os mencionados autores afirmam que a supressão do ônus da prova subjetivo implica também na supressão da garantia do contraditório e do princípio da cooperação, uma vez que havendo a inversão do ônus da prova em momento processual posterior ao do requerimento das provas, deve o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las, conhecendo agora o seu ônus, sob pena de cerceamento de defesa¹⁵⁵.

Artur Carpes ressalta a importância da ciência quanto ao ônus probatório para reduzir ao máximo o perigo de decisões meramente formais, distantes da efetiva prestação da tutela jurisdicional.

É nesse exato sentido que a disciplina do ônus da prova, enquanto ponto cardeal na estruturação da atividade probatória das partes, assume significativo relevo. Conforme já se asseverou, a principal função da distribuição dos ônus probatórios no Estado constitucional é de organizar a atividade probatória das partes, de sorte que estas tenham conhecimento, de antemão, dos respectivos esforços de prova no processo e, assim, seja viável reduzir ao máximo o perigo de formalização da decisão judicial.¹⁵⁶

Daniel Neves¹⁵⁷ apresenta posicionamento interessante na doutrina. Embora considere que a regra do ônus da prova seja regra de julgamento e, portanto, somente possa ser aplicada no momento de julgamento, não ignora sua faceta de regra de procedimento e sua influência sobre a conduta das partes. Assim, considera que o método mais correto seria que o juiz, vislumbrando o preenchimento dos requisitos legais para inversão do ônus da prova, proferisse decisão sinalizando que, em caso de necessidade de aplicação da regra do ônus da prova, esta se dará de forma invertida. Neste caso, não haveria surpresa para as partes, nem haveria a apreciação prematura do ônus da prova.

Na jurisprudência sempre houve profunda cizânia sobre o tema, parecendo, contudo, ter-se pacificado atualmente na esfera do Superior Tribunal de Justiça.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça orientava-se no sentido de que o ônus da prova constituía regra de julgamento e que, portanto, sua inversão

¹⁵⁵ MACEDO, Lucas Buri; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014. p.111.

¹⁵⁶ CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 88.

¹⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela individual do consumidor em juízo. In: TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método, 2012. p. 526.

poderia se dar na sentença e até em segundo grau. Neste sentido, confira o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - 2º GRAU DE JURISDIÇÃO - POSSIBILIDADE - CRITÉRIO DE JULGAMENTO.

Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2º grau de jurisdição, não implicando esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não possui nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro.

Agravo regimental improvido.¹⁵⁸

Já a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça tinha firme posição no sentido de que o ônus da prova, por ter também um viés de regra de conduta, deveria ser invertido antes da sentença, a tempo de oportunizar às partes do direito de produzir provas e influenciar no julgamento da demanda. Exemplificativamente, confira o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL. SÚMULA 283/STF. RECONSIDERAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REQUERIMENTO DE PROVAS. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Não se aplica a Súmula n. 283/STF se houve retração de um dos fundamentos do acórdão recorrido em sede de embargos de declaração.

2. O instituto da preclusão serve ao aperfeiçoamento do processo, por conferir-lhe certeza e segurança, e não pode ser usado como armadilha para impedir a ação da parte diante de uma situação excepcional.

3. Determinada a inversão do onus probandi após o momento processual de requerimento das provas, deve o magistrado possibilitar que as partes voltem a requerê-las, agora conhecendo o seu ônus, para que possa melhor se conduzir no processo, sob pena de cerceamento de defesa.

4. Agravo regimental provido para conhecer em parte e prover o recurso especial.¹⁵⁹

¹⁵⁸ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, AgRg nos EDcl no Ag 977.795/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, j. em 23.09.2008, DJe 13.10.2008.

A questão foi pacificada pela Segunda Seção daquela Corte com o julgamento do REsp 802.832/MG, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Na ocasião do julgamento firmou-se o entendimento de que a inversão *ope iudicis* do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Confira a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope iudicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a a inversão 'ope iudicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão 'ope iudicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.¹⁶⁰

A questão, ao menos por ora, encontra-se pacificada na esfera do Superior Tribunal de Justiça, orientando o julgamentos nos demais tribunais de justiça, em que pese a divergência na seara doutrinária.

¹⁵⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, AgRg no REsp 1095663/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009.

¹⁶⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Seção, REsp 802.832/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13.04.2011, DJe 21.09.2011.

3.3 Momento para distribuição do ônus da prova no projeto do novo Código de Processo Civil

O Projeto do Novo Código de Processo Civil¹⁶¹ prevê profundas alterações no que tange à disciplina do ônus da prova. A principal inovação refere-se à incorporação legislativa da teoria da carga dinâmica das provas, até então restrita ao universo doutrinário e pretoriano.

A distribuição do ônus da prova vem exposto no art. 380 do Projeto do Novo Código de Processo Civil:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

§ 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. Neste caso, o juiz 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.

§ 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.

No que tange ao momento da inversão do ônus da prova, o Projeto do Novo Código de Processo Civil elimina qualquer dúvida quanto à natureza de regra de conduta inerente ao ônus probatório. A novel norma deixa claro que “o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”, preservando o contraditório e a ampla defesa.

¹⁶¹ Projeto de lei nº 8.046/10 em trâmite na Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=E51C61A9CB46A57A2A0640DFEBC7EADA.proposicoesWeb2?codteor=1246935&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+8046/2010> Acesso em 27 out 2014.

A regra contida no projeto de lei retrata a atual jurisprudência dominante, que garante aos litigantes o direito à prova, ainda que a inversão do ônus se dê em momento posterior ao saneamento.

Outra regra interessante inserida no Projeto do Novo Código de Processo Civil é a que impede a tomada de decisões surpresas:

Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

A referida norma, ainda que não tenha aplicabilidade direta sobre a questão dos ônus probatório, eis que existe norma específica regulando o momento da inversão, serve de norte ao magistrados a fim de impedi-los que adotem comportamentos que surpreendam as partes no curso do processo, como ainda acontece no atual Código de Processo Civil, onde inverte-se o ônus da prova de surpresa, na sentença, sem garantir aos litigantes nem o direito de se manifestar sobre o assunto, muito menos de produzir provas a fim de se eximir do ônus recebido tardiamente.

A inovação trazida pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil é salutar e certamente colocará fim à celeuma referente ao momento da inversão do ônus probatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação com ônus da prova sempre esteve presente no direito, pois em que pese a iniciativa das partes e, inclusive, os poderes instrutórios do juízo, sempre é possível que se chegue ao final do processo sem que os fatos estejam suficientemente esclarecidos. Considerando a garantia da inafastabilidade da jurisdição que veda o pronunciamento *non liquet*, surge a regra do ônus da prova como método objetivo de solucionar a lide nas hipóteses de dúvida do magistrado quanto à prova.

As regras do ônus da prova apresentam características peculiares, que as tornam simultaneamente, tanto regra de julgamento, quanto regra de conduta, como duas faces da mesma moeda. Essas características indissociáveis do ônus da prova, ora objetivo, ora subjetivo, foram abordadas na primeira seção deste trabalho.

O ônus da prova se destina a orientar a atuação das partes no processo, sendo assim regra de procedimento, sem lhes retirar a natureza precípua que é de regra de julgamento, destinada a nortear o juiz a sanar a dúvida no momento de julgar na ausência de provas.

Em que pese o Código de Processo Civil brasileiro tenha adotado o modelo estático de distribuição do ônus da prova, o Código de Defesa do Consumidor inovou trazendo regras de inversão do ônus da prova, trazendo um novo paradigma probatório. A legislação consumerista trouxe tanto regras de inversão *ope legis*, quanto *ope iudicis*.

Além das regras inseridas pelo Código de Defesa do Consumidor, foi abordada a teoria da carga dinâmica do ônus da prova, que é fruto da construção doutrinária e pretoriana.

Neste contexto, foi avaliada a nova perspectiva constitucional do processo civil fazendo uma breve análise sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como sobre o direito à produção de prova.

Traçadas essas premissas foram analisados os reflexos sobre as garantias constitucionais decorrentes do momento da inversão do ônus probatório.

A cizânia existente na doutrina e na jurisprudência acerca do momento ideal para a inversão do ônus da prova é fruto do duplice caráter do ônus da prova, objetivo e subjetivo. Para aqueles que entende ser este regra de julgamento, o momento ideal seria a sentença. Para os que visualizam o perfil subjetivo do ônus

da prova, o momento ideal seria até a fase de saneamento, a fim de permitir a que o onerado pudesse produzir provas e exercer plenamente o contraditório.

No presente trabalho foi feita uma análise evolutiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual pacificou-se no sentido de que o ônus da prova é regra de conduta e deve ser invertido antes da sentença, a fim de oportunizar à parte onerada o direito à produção de prova, garantindo-lhe o contraditório e a ampla defesa.

Não há dúvida de que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça caminhou bem ao evoluir neste sentido, uma vez que se mostra em harmonia com o modelo constitucional de processo civil.

Outrossim, há que se atentar que o Projeto do Novo Código de Processo Civil sinaliza a adoção da corrente que defende tratar-se o ônus da prova regra de conduta, tanto é que expressamente garante o direito à produção de provas após a inversão do ônus, sendo salutar a inovação legislativa.

Isto porque não há como se dissociar a garantia fundamental do contraditório do direito à produção de provas. Não haveria lógica alguma no sistema processual em se permitir a defesa formal, mas impedir a produção de provas no sentido de comprovar a veracidade da sua versão dos fatos.

O contraditório não deve se satisfazer apenas em seu aspecto formal, mas também em seu aspecto substancial. Só há efetivamente o contraditório quando as partes efetivamente podem influenciar na decisão do magistrado e isto só é possível se for permitido às partes o direito de produzir provas.

Mais do que um ônus, a prova é um direito da parte que não pode ser vilipendiado, sob pena de malferir princípios constitucionais basilares no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2007. vol. 2.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. Comentários aos arts. 29 a 45. In: GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. *et al. Código brasileiro de defesa do consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 22 out. 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 4

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. v. 2.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: RT, 2014.

MACEDO, Lucas Buri; RAVI, Medeiros Peixoto. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípio do processo na Constituição Federal*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 12. ed. São Paulo: RT, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *Ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Turma, REsp 883.656/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 09.03.2010, DJe 28.02.2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Turma, REsp 773.171/RN, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. em 20.08.2009, DJe 15.12.2009

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Seção, REsp 802.832/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 13.04.2011, DJe 21.09.2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, REsp 1331628/DF, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 05.09.2013, DJe 12.09.2013

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, AgRg no REsp 906.708/RO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. em 19.05.2011, DJe 30.05.2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, AgRg nos EDcl no Ag 977.795/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, j. em 23.09.2008, DJe 13.10.2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, AgRg no REsp 1095663/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, REsp 1306167/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. em 03.12.2013, DJe 05.03.2014

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, REsp 720.930/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 20.10.2009, DJe 09.11.2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, AgRg no Ag 935.663/SC, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, j. em 26.08.2008, DJe 20.10.2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Quarta Turma, AgRg no Ag 1360186/RS, Rel. Ministro Raul Araújo, j. em 26.04.2011, DJe 10.05.2011.

TABOSA, Fábio. CPC, art. 333. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Método, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, Primeira Câmara de Direito Privado, Apelação nº 0169647-38.2010.8.26.0100, Rel. Alcides Leopoldo Silva Júnior, j. 21.10.2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 9. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1. p. 415.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.