

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Paula Martin Pignatari

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

SÃO PAULO

Paula Martin Pignatari

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Trabalho de Monografia Jurídica apresentado ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, como parte dos requisitos para obtenção do título de especialista em Direito Processual Civil, sob orientação do Professor-Orientador Leonardo Ferres da Silva Ribeiro

São Paulo - SP
Março 2014

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo o estudo das regras de distribuição do ônus da prova e os seus reflexos para a instrução probatória e o julgamento da lide, sendo analisadas as disposições do Código de Processo Civil, Código de Defesa do Consumidor, princípios constitucionais relacionados, além do entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Inicialmente, o trabalho aborda o conceito de ônus da prova e a sua relevância para o processo civil. Na seqüência, é estudada a regra geral de distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil e a possibilidade legal de inversão por convenção das partes. São analisadas também as particularidades da inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor e as questões mais polêmicas envolvendo o instituto, tais como a cumulatividade ou alternatividade dos requisitos legais, o momento adequado para a inversão do ônus da prova e o adiantamento dos honorários periciais. Ainda com relação à legislação consumerista, é averiguada a regra de distribuição do ônus da prova prevista no art. 38 da Lei 80078/90 para os casos de publicidade enganosa. Por fim, há o estudo da teoria do ônus dinâmico da prova, sendo analisada a sua origem, conceito, os fundamentos legais para aplicação da teoria no direito brasileiro e também os requisitos necessários para a sua aplicação.

SUMÁRIO

1. Introdução	4
2. Conceito e relevância do ônus da prova no processo civil	6
2.1 Conceito de prova	6
2.2 Conceito de ônus	9
2.3 A prova como ônus processual	10
2.4 Relevância do ônus da prova	14
3. Distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil	16
3.1 Regra geral	16
3.2 Inversão do ônus da prova por convenção das partes	19
4. Distribuição do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor	22
4.1 A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII	22
4.2 Requisitos	28
4.3 Cumulatividade ou alternatividade dos requisitos	32
4.4 Momento processual adequado	35
4.5 Inversão do ônus da prova e o pagamento de honorários periciais	41
4.6 Regra do art. 38	45
5. Teoria do ônus dinâmico da prova	45
5.1 Prova diabólica	45
5.2 Origem e objetivo	47
5.3 Fundamentos para aplicação da teoria	52
5.4 Requisitos	59
Conclusão	62

INTRODUÇÃO

Quando a parte bate às portas do Poder Judiciário buscando a tutela de um direito, ela traz alegações do fato ocorrido e do direito a ele inerente. Contudo, não basta para a parte trazer meras alegações, é necessário que apresente provas a respeito da existência do fato para que consiga convencer o juiz de que o fato é verídico e que possui realmente o direito pleiteado.

Assim, se o réu contestar a ação afirmando que o fato alegado pelo autor não ocorreu ou que ocorreu de outra maneira, alegando fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, será necessária a realização de instrução probatória para que se descubra a verdade dos fatos alegados, sendo imprescindível que se propicie aos litigantes a produção ampla, eficiente e eficaz das provas.

Ocorre que, mesmo com a ampla instrução probatória e até mesmo com a utilização dos poderes instrutórios pelo juiz, pode acontecer da dúvida sobre a verdade dos fatos persistir, dificultando o julgamento da lide pelo juiz.

É nesse contexto que se verifica a importância das regras de distribuição do ônus da prova, dando suporte ao magistrado no momento de decidir a lide na hipótese de não haver prova suficiente nos autos dos fatos alegados pelas partes, mas também servindo de verdadeiro norte para as partes durante a instrução processual, mostrando o que devem provar e como devem se comportar durante essa fase.

Cumprido observar, ainda, que o instituto do ônus da prova no processo civil encontra inúmeros pontos polêmicos tanto na doutrina como na jurisprudência, não havendo consenso na interpretação das normas aplicadas. Questões como a necessidade de se permitir a flexibilização das regras em determinados casos, o momento processual adequado para a inversão do ônus probatório, os requisitos necessários para a inversão prevista na legislação consumerista, dentre outros, são muito discutidas atualmente no mundo jurídico.

Portanto, o escopo deste trabalho é justamente analisar o conceito, as características e as implicações do ônus da prova no processo civil, levando em consideração o ordenamento

jurídico brasileiro e o entendimento tanto doutrinário como jurisprudencial sobre os pontos mais polêmicos discutidos atualmente, bem como a relevância do instituto e da interpretação correta da norma para que se busque um processo justo e efetivo.

2. CONCEITO E RELEVÂNCIA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

Conforme exposto acima, este trabalho possui como objetivo principal o estudo das características e das implicações do ônus probatório no âmbito do processo civil. Contudo, antes de analisar o instituto do ônus probatório propriamente dito, é importante em um primeiro momento analisar o conceito tanto de *prova* como de *ônus*.

2.1. Conceito de prova

O vocábulo *prova* tem origem no latim *probatio* e significa verificação, exame, inspeção. Em outras palavras, *prova* é o meio pelo qual se descobre a verdade.

No âmbito jurídico, inúmeros são os conceitos de prova trazidos pela doutrina.

De Plácido e Silva apresenta o seguinte conceito:

“Do latim *proba*, de *probare* (demonstrar, reconhecer, formar juízo de) entende-se, assim, no sentido jurídico, a *demonstração*, que se faz, pelos meios legais da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui pela existência do fato ou do ato demonstrado.

A prova consiste, pois, na *demonstração* da *existência* ou da *veracidade* daquilo que se alega como fundamento do direito que se defende ou que se contesta.

E, nesta razão, no sentido processual designa também os *meios*, indicados em lei, para realização dessa demonstração, isto é, a *soma de meios* para constituição da própria prova, ou seja, para a conclusão ou produção da certeza.

(...)

A prova, por isso, constitui, em matéria processual, a própria alma do processo ou a luz, que vem esclarecer a dúvida a respeito dos direitos disputados.”¹

Vale mencionar também os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco:

“*Prova é demonstração e provar é demonstrar*. Como o juiz julgará a causa de um modo se certos fatos tiverem ocorrido e de modo oposto se não ocorreram, para julgar é preciso saber se ocorreram ou não. Por isso e dada a institucionalizada ignorância do juiz quanto aos fatos

¹ *Vocabulário jurídico*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 3. p. 491.

relevantes para o julgamento, é indispensável dotar o processo de meios capazes de tirar seu espírito do estado de obscuridade e iluminá-lo com a representação da realidade sobre a que julgará. Essa representação é o *conhecimento da realidade fática* e esses meios, em conjunto, compõem a *instrução probatória* que é o conhecimento dos fatos e conseqüente firmeza para proferir decisão. Na dinâmica do processo e dos procedimentos, prova é um *conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar a verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.*”²

Dois conceitos muito citados pelos doutrinadores nacionais e que vale a pena serem mencionados no presente trabalho são os de Canelutti e Chiovenda, conforme ensina Paulo Rogério Zanetti:

“Para Canelutti a prova é o meio de conhecimento, ou seja, as provas “proporcionam ao avaliador uma percepção, mercê da qual pode adquirir o conhecimento desse fato.” Chiovenda, por seu turno, enfatiza que “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo.”³

Cumprido ressaltar que parte da doutrina analisa o conceito de prova sob três aspectos distintos, quais sejam: o *ato de provar*, o *meio de prova* e o *resultado da prova*.

“a) às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.”⁴

Há também quem analise o conceito de prova sob os aspectos *objetivo* e *subjetivo*. E, a esse respeito, João Batista Lopes esclarece como ninguém as diferenças existentes entre os dois aspectos:

² *Instituições de Direito Processual Civil*, 5. ed., São Paulo: Malheiros, v. 3, p. 43.

³ *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 16/17.

⁴ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2. p. 20.

“Sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo.

Nesse sentido, é clássica a definição de Mittermayer: “ a prova é o complexo dos motivos produtores da certeza.”

Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador à respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo.

É claro que a convicção sobre a verdade de um fato pode variar de pessoa para pessoa.

Assim, por exemplo, o advogado poderá comentar com seu cliente que os fatos por ele alegados foram provados nos autos ou, então, que as provas fornecidas pelo cliente não foram suficientes para o fim pretendido.

Essa apreciação é, porém, subjetiva e poderá não coincidir com a do magistrado, de modo que, em rigor técnico, só se pode dizer que um fato foi demonstrado nos autos quando o juiz formar convicção sobre sua existência.

E mesmo a convicção do juiz (de primeiro grau) poderá não coincidir com a do órgão julgador colegiado (tribunal), de modo que, em última análise, dizer que um fato foi provado no processo é afirmar que sua existência foi reconhecida pela última instância com competência para julgar a matéria fática.”⁵

Como bem observa João Batista Lopes, a análise da prova sob os aspectos *objetivo* e *subjetivo* se justifica pelo fato de que a convicção sobre a verdade de um fato diante de uma determinada evidência varia de pessoa para pessoa. Afinal, é impossível retirar da convicção a sua característica íntima e subjetiva, ainda mais considerando o princípio do *livre convencimento motivado* que norteia o processo civil.

A esse respeito, Moacyr Amaral Santos destaca sabiamente que os aspectos *objetivo* e *subjetivo* se complementam e que a *prova* não pode ser analisada se não levando-se em conta esses dois aspectos.⁶

Diante do exposto, conclui-se que, para as partes do processo, a *prova* é o instrumento utilizado para convencer o magistrado a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos expostos na lide e que são controversos.

⁵ *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 26.

⁶ *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1. p. 17.

E, para o juiz, a atividade probatória tem por finalidade chegar ao conhecimento da verdade a respeito daqueles fatos alegados pelas partes, lembrando que o juiz só poderá formar a sua convicção de acordo com as provas que efetivamente constam nos autos, não podendo se utilizar de provas obtidas fora do processo.

2.2. Conceito de ônus

A palavra ônus tem origem no latim *onus*, que significa fardo, carga, peso.

De uma forma geral, a doutrina costuma distinguir o conceito de *ônus* do *dever* e *obrigação*, aproximando-o mais ao conceito de *faculdade*.

Nesse sentido é o ensinamento de Eduardo Cambi:

“A noção de ônus integra a teoria geral do direito, porém a sua principal aplicação se dá no campo processual. Essa situação jurídica está no mesmo grupo dos *poderes* e das *faculdades*, porque o sujeito tem *liberdade* para a realização do ato, que reverte em seu próprio benefício e cuja não realização pode acarretar-lhe, apenas, conseqüências desfavoráveis. Nem o juiz nem a parte contrária ou qualquer outro sujeito processual podem exigir o seu cumprimento, já que a sua inobservância é perfeitamente lícita.

O mesmo não ocorre com as *obrigações* e com os *deveres*, porque, nesses casos, o sujeito passivo se encontra submetido a uma *sujeição jurídica* ou a um vínculo, uma vez que não tem liberdade de conduta, a qual pode ser coercitivamente exigida pelo outro sujeito, cujo não-cumprimento implica a violação da lei (ilicitude).

Conseqüentemente, o *ônus* pode ser definido como *liberdade* de realização de certos atos ou condutas previstas em uma norma jurídica, para a satisfação de um interesse próprio, não havendo *sujeição* a um outro sujeito que tenha o direito de exigir a sua observância, visto que o seu não-cumprimento pode acarretar apenas conseqüências desfavoráveis para a pessoa beneficiada.”⁷

A este respeito, vale mencionar também o conceito trazido por Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flavio Renato Correia de Almeida:

“O ônus consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito. Ou seja, prescreve-se ao

⁷ *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 315/316.

onerado uma conduta a adotar, pela qual ele poderá obter uma vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável. O ônus e o dever são figuras jurídicas distintas em pelo menos dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor.”⁸

No mesmo sentido é o entendimento de João Batista Lopes ao conceituar ônus como a “subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio”⁹

Como se vê, a obrigação exige uma conduta da parte que trará benefícios para terceiro, razão pela qual se fala em interesse alheio. Dessa forma, se a parte não cumprir sua obrigação, poderá sofrer atos coercitivos, tendo em vista o prejuízo gerado a terceiro.

Por outro lado, no caso do *ônus*, se a parte não cumpri-lo, apenas ela própria poderá sofrer conseqüências negativas, existindo, portanto, interesse único e exclusivo da própria parte em realizar o ato.

Na realidade, aquele que possui um *ônus* tem liberdade para agir, sendo certo que não poderá ser coagido a agir de determinada maneira. É justamente isso que diferencia o *ônus* dos conceitos de *dever* e *obrigação*.

2.3. A prova como ônus processual

O *caput* do art. 333 do Código de Processo Civil estabelece o seguinte:

“O ônus da prova incumbe:
I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II – ao réu, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”

⁸ *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. p. 457.

⁹ *A prova no direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2002. p. 38.

Ora, analisado o conceito de *ônus* e de acordo com o que prevê o supracitado dispositivo legal, constata-se que as partes litigantes não possuem o *dever* ou a *obrigação* de produzirem provas de suas alegações. Na realidade, é totalmente lícito que a parte não produza provas em seu favor no processo e o juiz ou a parte contrária não poderão obrigá-la a realizar essa conduta.

Contudo, não se pode olvidar que as partes buscam no processo a satisfação de um interesse juridicamente protegido, sendo que cabe à própria parte a efetiva comprovação dos fatos alegados, tendo em vista o *princípio dispositivo* que norteia o processo civil.

Em suma, de acordo com o mencionado art. 333 do Código de Processo Civil, para o êxito no processo, não basta para a parte simplesmente alegar, é preciso demonstrar a ocorrência ou inoocorrência do fato alegado e que dá guarida ao direito pleiteado.

Sendo assim, apesar do juiz ser o destinatário da prova, é a parte litigante a maior interessada em produzir a prova com o intuito de formar a convicção do juiz, persuadindo-o. E, caso a prova não seja produzida, será a própria parte quem sofrerá as conseqüências negativas de sua inércia no julgamento do processo. Afinal, meras alegações sem qualquer comprovação não serão suficientes para convencer o juiz.

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco conceitua *ônus* da prova da seguinte forma:

“*Ônus da prova é encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. No processo civil dispositivo, em que não é prioritariamente do Estado-juiz a função de diligenciar e trazer provas ao processo (supra, nn. 90 e 784), ao ônus de afirmar fatos segue-se esse outro, de provar as próprias alegações sob pena de elas não serem consideradas verdadeiras. Só não seria assim num imaginário sistema puramente inquisitivo, em que haveria o dever judicial de buscar e realizar as provas, não os ônus das partes. Para o processo civil dispositivo, assim como fato não alegado não pode ser tomado em consideração no processo, assim também fato alegado e não demonstrado equivale a fato inexistente (alegatio et non probatio quasi non allegatio). Daí o interesse das partes em provar suas próprias alegações, configurando-se essa atividade como autentico ônus, ou imperativo do próprio interesse (supra, n 494).*”

Ônus significa peso e não é por acaso que na lei e na doutrina dos alemães diz-se *peso da prova* (Beweislat).¹⁰

Merece destaque também o ensinamento de Eduardo Cambi:

“Isso, em contrapartida, não retira a importância do ônus da prova, porque, se o seu cumprimento não garante automaticamente a obtenção da tutela jurisdicional favorável, com certeza a sua não-observância *umenta o risco* de uma decisão desfavorável. Com efeito, a consequência negativa que pode derivar da inércia da parte, a quem incumbe o ônus da prova, não é *necessária*, mas em geral, *mais provável*, já que quem produz a prova tem mais chance de influir no convencimento do juiz. Logo, o cumprimento do ônus da prova é somente um instrumento para a obtenção de uma decisão favorável, mas que não retira a possibilidade de o juiz, dentro do seu livre convencimento motivado, dar razão a parte contrária.

(...)

Em suma, o ônus da prova não determina quem deve produzir a prova, mas quem assume o risco pela sua não-produção.”¹¹

Muito pertinente é também o ensinamento de Vicente Greco Filho ao afirmar que o ônus da prova decorre de três princípios:

“1) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte porque a matéria é muito complexa, com um non liquet; 2) o princípio dispositivo, segundo o qual às partes cabe a iniciativa da ação e das provas, restando ao juiz apenas atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas destinadas a formar a convicção do juiz; 3) o princípio da persecução racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*) e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*).”¹²

Cumprido observar, ainda, que se utilizando da doutrina austríaca, muitos doutrinadores brasileiros começaram a estudar o ônus da prova utilizando dois aspectos distintos, o *subjetivo* e o *objetivo*.

¹⁰ *Instituições de Direito Processual Civil*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3. p. 71.

¹¹ *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315/316 e 320.

¹² *Direito Processual Civil Brasileiro*, 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2. p. 231.

O aspecto *subjetivo* do ônus da prova leva em consideração as partes envolvidas no processo e é utilizado para que se verifique no caso prático qual é o ônus probatório que incumbe a cada uma das partes litigantes.

Já o aspecto *objetivo* refere-se ao juiz, que deverá julgar de acordo com todas as provas produzidas nos autos, independentemente de quem as tenha produzido, devendo se valer das regras de distribuição do ônus probatório na hipótese dos fatos não terem sido suficientemente comprovados.

A este respeito, Solange Góis menciona o entendimento de Alfredo Buzaid:

“... o problema do ônus da prova tem duas faces: uma, voltada para os litigantes, indagando-se qual deles ha de suportar o risco da prova frustrada. É o aspecto subjetivo. E outra, voltada para o magistrado, a quem deve dar uma regra de julgamento. É o aspecto objetivo. O primeiro opera geralmente na ordem privada; o segundo, porém, é princípio de direito público, intimamente ligado à função jurisdicional. O primeiro constitui uma sanção a inércia, ou a atividade infrutuosa da parte; o segundo, ao contrário, é um imperativo da ordem jurídica, que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de serem incertos os fatos, porque não comprovados cumpridamente. Justamente por se tratar de uma regra valorativa de julgamento, a oportunidade em que deve ser aplicada é a da prolação da sentença, concluindo o processo”¹³

Nessa esteira, vale mencionar novamente os estudos de Eduardo Cambi:

“Estruturalmente, o ônus da prova pode ser compreendido em uma dupla perspectiva, tratando-se, simultaneamente, de uma noção subjetiva e outra objetiva: i) *subjetiva*, porque contempla a situação de cada uma das partes perante os fatos, que estão na base de suas pretensões ou exceções, e sobre os quais geralmente se requer a realização de provas; ii) *objetiva*, porque também constitui uma regra de julgamento, permitindo que o juiz decida, quando falte a prova. Conseqüentemente, o ônus da prova é, ao mesmo tempo, uma regra de conduta para as partes, uma vez que determina indiretamente quais são os fatos que cada um dos litigantes deve provar para serem considerados certos pelo juiz e para servirem de fundamento para as suas respectivas pretensões ou exceções, e uma regra de julgamento,

¹³ *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2004.

para o julgador, pois permite ao magistrado decidir mesmo não existindo provas suficientes.”¹⁴

Vicente Grecco Filho aponta sabiamente a impropriedade da expressão “ônus objetivo”, tendo em vista que apenas a parte possui ônus, nunca o juiz:

“Há que se reconhecer a impropriedade da expressão “ônus objetivo”, porque o juiz não tem ônus, mas o dever funcional de decidir, ainda que a prova seja complexa ou os fatos estejam incertos. Podemos, também, chamar o “ônus objetivo” de princípio da comunhão da prova, ou seja, a prova vale para ambas as partes independentemente de quem a tenha produzido.”¹⁵

É importante frisar que o descumprimento do *ônus da prova* pela parte litigante não leva necessariamente ao julgamento desfavorável da lide já que a prova pode ser produzida pela parte contrária, pelo juiz ou mesmo pelo Ministério Público, conforme prevê o princípio da *comunicação das provas*. Afinal, estando a prova nos autos, não importa para o juiz ou para o julgamento da lide quem a produziu.

A importância da parte se desincumbir do ônus de provar suas alegações existe na medida em que, se não o fizer, aumentam as chances do magistrado considerar o fato não provado e julgar a lide de forma desfavorável para a parte. De modo que, quanto mais diligente for a parte com o intuito de efetivamente comprovar as suas alegações, maiores serão as suas chances de êxito na lide.

2.4. Relevância do ônus da prova

O *ônus da prova* ganha relevância quando se chega ao final da fase instrutória e não existem provas suficientes nos autos a respeito dos fatos controversos, o que poderia prejudicar o julgamento da lide pelo magistrado.

Ou seja, mesmo com a realização de ampla instrução probatória e com a utilização dos amplos poderes instrutórios do juiz, pode acontecer de determinado fato controverso e relevante para a lide continuar sem comprovação.

¹⁴ *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 317.

¹⁵ *Direito Processual Civil*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 234

Dessa forma, considerando que o juiz tem o *dever* de julgar a causa, conforme determina o *princípio da indeclinabilidade da jurisdição*, surge o instituto do ônus da prova com o intuito justamente de auxiliar o juiz a proferir sua decisão mesmo quando a questão não restou comprovada nos autos.

Nesse sentido, é evidente que se restar provado nos autos o fato controverso, não há que se falar em ônus da prova, pois não importa quem produziu a prova, o importante é que ela consta nos autos e que poderá ser utilizada para a formação do convencimento do juiz.

Portanto, as regras de distribuição do ônus da prova ganham relevância e são efetivamente ponderadas pelo magistrado apenas na hipótese do fato controverso não ter sido suficientemente comprovado nos autos, de modo que nesse caso o magistrado deverá analisar a quem atribuíu o ônus de produzir aquela prova e deixou de fazê-lo.

A respeito da matéria, Luiz Rodrigues Wambier, Eduardo Talamini e Flavio Renato Correia de Almeida afirmam o seguinte:

“O ônus da prova é de fundamental importância quando *não há prova* de determinado fato no processo. (..) Se *há prova* nos autos (ou seja, se ela foi produzida, não importando por quem), as regras do ônus da prova são totalmente desnecessárias. Provados os fatos, o juiz tão-somente os adequa à norma jurídica pertinente. Mas se não há prova, é necessário que o sistema trace os critérios a serem trilhados pelo juiz para chegar à solução da demanda. Isso porque o processo não pode durar indefinidamente em busca da verdade dos fatos – sob pena de gerar ainda mais males às partes e à sociedade. É preciso que, em dado momento, o processo acabe. Por outro lado, o juiz não pode se eximir de decidir apenas porque não conseguiu formar convencimento sobre os fatos da causa. Então, há um momento em que o processo precisa acabar e o juiz tem de sentenciar, tenha ou não formado convencimento. É estritamente para essas situações que a lei fixa as regras sobre distribuição do ônus da prova. Se todo o procedimento já se desenvolveu sem que o juiz conseguisse formar convicção sobre a ocorrência ou incoerência de determinado fato relevante para o julgamento da causa, cabe-lhe aplicar as regras sobre ônus da prova, decidindo contra aquele a quem cabia a prova de tal fato. (...)”¹⁶

¹⁶ *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2008, v. 1. p. 457/458.

Por esse motivo, parte da doutrina costuma dizer que o *ônus da prova* se caracteriza como *regra de julgamento*, haja vista que o juiz se utiliza das regras de distribuição do ônus da prova no momento em que profere sua decisão.

Conforme será melhor analisado nos tópicos posteriores, esse não é o melhor entendimento, visto que além de ser *regra de julgamento* o ônus da prova é também *regra de comportamento* para as partes durante a fase instrutória, servindo como norte com relação as provas que a parte deve produzir.

3. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

3.1 Regra geral

A regra geral de distribuição do *ônus da prova* no âmbito do processo civil está prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

“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.”

Em primeiro lugar, é importante mencionar o conceito e as diferenciações existentes entre fato constitutivo, impeditivo, modificativo e extintivo, referidos no dispositivo legal, como esclarece o mestre João Batista Lopes:

“Entende-se por fato constitutivo o acontecimento da vida que serve de fundamento ao pedido do autor (ex. a locação e a mora do inquilino são fatos constitutivos na ação de despejo por falta de pagamento).

Fato impeditivo é o que obsta as conseqüências jurídicas objetivadas pelo autor (ex.: incapacidade civil).

Fato modificativo é o que opera alteração na relação jurídica (ex.: ocupação inicial do imóvel a título de comodato que, depois, se converte em locação).

Fato extintivo é o que acarreta o fim da relação jurídica (ex: o pagamento da dívida).”¹⁷

Verifica-se pelo disposto no art. 333 do Código de Processo Civil que o ordenamento jurídico brasileiro utiliza a natureza dos fatos alegados como critério para a repartição do ônus da prova entre as partes do processo.

A idéia é a de que possui o ônus de provar a parte que trouxe a alegação aos autos, seja da existência ou da inexistência do fato. Em outras palavras, o *ônus da prova* incumbe a quem se favorecerá por ela, ou seja, a quem a prova de fato será útil.

¹⁷ *A prova no direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

Afinal, se a parte traz alegação aos autos desacompanhada de comprovação, não há como o juiz saber se a alegação é verídica ou não, sendo imprescindível, portanto, a prova dos fatos alegados.

Nessa esteira, vale mencionar os ensinamentos de Eduardo Cambi:

“ (...) o critério de distribuição do ônus da prova, adotado no art. 333 do CPC, leva em consideração a posição das partes no processo e a natureza dos fatos que fundam as suas pretensões e exceções, atribuindo ao autor a prova dos fatos constitutivos, e ao réu, a dos impeditivos, extintivos e modificativos.

(...)

O autor, por ser o maior interessado na modificação do estado de fato preexistente a propositura da ação, é quem exerce, geralmente, uma posição ativa, sendo, por isso, gravado com o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito (...)

Logo, a posição do réu é mais cômoda do que a do autor; pois não tem nenhum ônus até que o autor demonstre o fato constitutivo (*actore non probante, réus absolvitur*); somente após a demonstração do fato constitutivo, surge-lhe a necessidade de contrapor-lhe uma exceção, que pode limita-se a negar a existência desse fato ou, ainda, alegar ser tal fato ineficaz, podendo, para isso, fazer menção a novos fatos ou, para dar fundamento a sua defesa, cabendo-lhe, então, o ônus da prova.”¹⁸

Como bem observado por Eduardo Cambi, o *ônus* inicial é do autor da ação, lembrando que no momento de distribuição da petição inicial já deve o autor indicar as provas que pretende produzir (art. 282, VI, CPC), bem como apresentar as provas documentais necessárias para a solução da lide.

Nesse sentido, os artigos 283 e 284 do Código de Processo Civil determinam que o autor apresente com a petição inicial os documentos indispensáveis à causa, sendo que a não apresentação poderá levar até mesmo ao indeferimento da petição inicial.

Dessa forma, comprovado o fato constitutivo do direito do autor, deverá o réu provar os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do referido direito, caso contrário verá julgado procedente o pedido inicial.

¹⁸ *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 322/ 324.

3.2 Inversão do ônus da prova por convenção das partes

O art. 333 do Código de Processo Civil afirma também em seu parágrafo único que:

“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 direito.”

Ora, se o dispositivo legal veda a convenção entre as partes que distribui de maneira diversa o ônus da prova em algumas hipóteses, mais especificamente em duas, significa que a inversão do ônus por convenção das partes é permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, somente não será possível a convenção entre as partes sobre a distribuição do ônus da prova de forma diversa do que prevê a lei, quando o objeto da ação for direito ou bem indisponível ou a alteração do ônus da prova trazer dificuldade excessiva para uma das partes provar suas alegações, tratando-se esta última exceção de questão mais subjetiva que deverá ser analisada caso a caso pelo juiz.

A este respeito, merece destaque o ensinamento de Arruda Alvim:

“No caso de bem indisponível, como a ordem jurídica só vulnerará o bem indisponível diante da verificação dos pressupostos da legitimidade de tal ocorrência, não será possível que, não provados os pressupostos, haja sentença contrária ao referido bem. Ou se provam os pressupostos, ou a sentença terá de ser contrária aquele que pretender destruir o referido bem. Assim, se se tratar de anulação de casamento, não é possível que o autor convencie com a ré que, *alegados certos fatos*, por ele, seriam tidos por verdadeiros, salvo se a ré provasse que seriam inverídicos. É evidente que a omissão da ré, *in casu*, levaria à anulação do casamento, sem que os respectivos pressupostos de direito material estivessem *efetivamente* comprovados. Se o bem é indisponível, tal convenção ofenderia a ordem jurídica, em ponto em que ela não pode ser afetada, pois, direta ou indiretamente, não pode haver disposição do bem. Do bem jurídico indisponível, ainda que subjetivado no litigante, não lhe é lícito dispor (333, I, CPC) ou agir como se estivesse dispondo (ainda que assevere que a outra parte tem razão).

Quanto ao inciso II do art. 333, a admissibilidade de convenção, nos casos em que muito difícil fosse a parte a prova, significaria esta permissão que a ordem jurídica estaria transgindo com convenções,

que, em última análise, acabariam fazendo com que muitos direitos – mesmo disponíveis – perdessem em caso de litígio, afastando-se, assim, a verdade formal da substancial, o que não é desejável. 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 álea, e, nessa medida, até eventualmente obstáculo do exercício de direito.”¹⁹

Com relação à dificuldade excessiva para uma das partes provar suas alegações, Eduardo Cambi ensina o seguinte:

“Como o processo não serve para tutelar o litigante mais hábil, mas aquele que tem razão, fazendo justiça no caso concreto, deve a lei evitar convenções abusivas que violem a isonomia processual. Por exemplo, a cláusula de contrato de seguro contra incêndio que disponha caber ao segurado o dever de, no caso de haver discussão judicial, demonstrar que o sinistro não ocorreu, por seu dolo ou culpa grave, contém um pacto de inversão do ônus da prova, o qual torna excessivamente difícil o exercício do direito à tutela jurisdicional, porque, geralmente, constrange o segurado a fazer provas periciais custosas, demoradas e de situações fáticas complexas, com incerta eficácia probatória.

A expressão “excessivamente difícil” não deve, necessariamente, se aproximar da noção de impossibilidade, mas representar uma dificuldade que ultrapassa aquela que normalmente deveria ser suportada por quem teria o dever de fornecer a prova.”²⁰

Cumprido observar, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 51, inciso VI, considera nula a cláusula contratual que imponha ao consumidor o ônus da prova de suas alegações.

Verifica-se, portanto, que o referido dispositivo complementa o art. 333, parágrafo único, do Código de Processo Civil, proibindo a inversão do ônus da prova por convenção das partes também nos casos em que haja relação de consumo.

Afinal, por ser o consumidor vulnerável, conforme prevê o art. 4º, inciso I, da Lei 8.078/90, a legislação o protege contra abusos, impedindo que fique em posição ainda mais difícil e desfavorável no processo ao ver o ônus processual invertido a favor do fornecedor.

¹⁹ *Manual de Direito Processual Civil*. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 971/972.

²⁰ *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 497/408.

Tal vedação legal se mostra ainda mais relevante considerando que atualmente a grande maioria dos contratos de consumo são de adesão, em que o consumidor não tem autonomia para discutir os termos do contrato.

Com relação à forma em que deve ocorrer esta modificação convencional do *ônus da prova*, Luiz Guilherme Narinoni e Sérgio Cruz Arenhart ensinam o seguinte:

“Finalmente, em relação à forma da modificação convencional, a lei não impõe modo predeterminado. Admite-se que essa modificação seja veiculada por qualquer forma. Poderá essa convenção ser realizada dentro do processo ou fora dele; poderá constar de contrato, como cláusula específica (a fim de prevenir futura demanda, ou facilitar a condição de uma das partes), ou poderá ser objeto de pacto específico; poderá versar sobre várias afirmações de fato ou apenas sobre algum dos pontos do processo. Não há, enfim, limite formal para tal convenção.”²¹

²¹ *Prova*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 218.

4. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

4.1 A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII

O art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor prevê o seguinte:

“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.”

Como se vê, a inversão do ônus da prova foi uma maneira que a Lei 8.078/90 encontrou de facilitar a defesa do consumidor em juízo, considerando a sua reconhecida vulnerabilidade (art. 4º, I, CDC).

Afinal, tendo em vista que o consumidor normalmente se encontra em situação de desvantagem perante o fornecedor e que com frequência apresenta grande dificuldade para comprovar o fato constitutivo de seu direito, foi necessário que a legislação encontrasse meios de compensar a desigualdade existente entre os litigantes, colocando-os em pé de igualdade.

Em outras palavras, o consumidor é a parte mais fraca no processo e não possui normalmente os elementos técnicos do produto ou serviço, enquanto o fornecedor se encontra em situação mais vantajosa para esclarecer o ocorrido e apresentar as provas pertinentes, motivo pelo qual o legislador achou por bem determinar a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Em suma, a Lei 8.078/90 trata o consumidor de forma desigual, na medida de sua desigualdade, de acordo com o que determina o princípio da isonomia.

Nesse sentido é o ensinamento de Rogério Licastro Torres de Mello:

“A inversibilidade do ônus probatório *ope judicis* prescrita no Código de Defesa do Consumidor atua, como cediço, como fator de

reequilíbrio entre sujeitos processuais que são naturalmente desiguais no universo do embate processual: a evidente falta de equivalência entre os dois litigantes normais que figuram no litígio judicial consumerista exige a intervenção do órgão jurisdicional no sentido de abreviar, mitigar, a enorme disparidade de forças verificada entre consumidor e fornecedor litigantes.

Essa revolucionária circunstância legalmente encetada pelo Código de Defesa do Consumidor adveio da consolidação de um verdadeiro postulado do direito moderno: o acesso à ordem jurídica justa.”²²

É importante observar que a inversão do ônus da prova poderá ocorrer qualquer que seja a posição assumida pelo consumidor na relação jurídica processual, seja como autor, réu, réu reconvinente, reconvinido, excipiente ou excepto.

Cumpra ressaltar também que a inversão não é automática, pois depende da verificação por parte do magistrado dos requisitos legais da verossimilhança das alegações do consumidor e de sua hipossuficiência. Isso significa que caso a caso o juiz deverá analisar se estão presentes os requisitos legais e se deve ou não haver a inversão do ônus da prova, razão pela qual a doutrina afirma se tratar de inversão *ope judicis*.

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Serviços de mecânica. Código de Defesa do Consumidor. Artigos 6º, VI, e 39, VI. Precedentes.

1. A inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que **não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da 'facilitação da defesa' dos direitos do consumidor.**" (REsp nº 122.505-SP, da minha relatoria, DJ de 24/8/98).

2. O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor.

3. Recurso especial conhecido e provido, em parte.”²³

²² Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. p. 312.

²³ Resp 332869/RJ, 3ª Turma, Min. Rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24/06/2002, grifos nossos.

Outra questão que deve ser observada é que as normas de proteção ao consumidor possuem natureza de ordem pública, conforme preceitua o art. 1º da Lei 8.078/90.

Dessa forma, estando presentes os requisitos legais para a inversão do ônus da prova, será dever do magistrado determinar a inversão.

Na realidade, quando o art. 6º menciona a expressão “a critério do juiz”, se refere à análise que deverá ser feita pelo juiz se estão presentes no caso prático os requisitos legais para a inversão, mas de forma alguma indica que o magistrado teria escolha a esse respeito.

Nesse sentido, vale mencionar as palavras de Solange Góis:

“É certo que a verossimilhança de suas alegações e a hipossuficiência do consumidor constituem o que a doutrina denomina de conceitos ou termos juridicamente indeterminados. O juiz, utilizando-se das regras ordinárias de experiência, preencherá esses elementos normativos de acordo com as circunstâncias atribuídas ao caso concreto.

Daí o seu poder discricionário, que se limita até o momento da efetiva verificação da presença dos requisitos legalmente exigidos, a saber, a verossimilhança de suas alegações e a hipossuficiência do consumidor. A liberdade do juiz circunscreve-se a verificação dos requisitos legais presentes, ou seja, e não a aplicação imediata do dispositivo legal.”

E mais adiante conclui:

“E assim, diante do caso concreto, caso o magistrado reconheça a presença desses dois pressupostos legais, deverá inverter o ônus da prova em favor do consumidor, pois a discricionariedade acabou nesse momento. A partir disso, o juiz é obrigado a inverter o ônus probatório. É um poder-dever do juiz, já que a inversão do ônus da prova constitui um dos direitos básicos do consumidor e não poderá o magistrado deixar de tutelar esse direito. Além disso, a Lei 8.078/90 estabelece que o consumidor é vulnerável diante das relações de consumo.”²⁴

Vejamos também o posicionamento de Antonio Gidi:

²⁴ *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*, Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2004, p. 162.

“Exatamente por esse motivo, não consideramos ser caso de inversão judicial do ônus da prova, mas de inversão legal. Com efeito, apesar de inúmeras posições em sentido contrário, temos que a inversão do ônus da prova não opera *ope judicis*, mas *ope legis*. Afinal, o papel do magistrado é meramente o de aferir a presença dos requisitos impostos pelo CDC.”²⁵

Contudo, o entendimento acima de Antonio Gidi não parece o mais acertado. Afinal, apesar do ato do magistrado ser vinculado, tendo o dever de inverter o ônus da prova caso verifique a existência dos requisitos legais, não se pode olvidar que os requisitos em questão são conceitos jurídicos indeterminados e que guardam certa subjetividade que deverá ser analisada pelo magistrado. Tanto é verdade que a própria lei determina que o juiz deverá seguir as regras “ordinárias de experiências”.

Assim, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor opera *ope judicis*, haja vista que o magistrado deverá observar no caso concreto se estão presentes os requisitos legais, levando em consideração as particularidades de cada caso e das partes envolvidas, não havendo que se falar em inversão automática, como acontece, por exemplo, na inversão prevista no art. 38, sendo esta sim *ope legis*.

A esse respeito, vale mencionar também o entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier no sentido de que não existe poder discricionário destinado ao magistrado:

“Uma pequena parte da doutrina brasileira se tem preocupado em estabelecer diferenças entre a discricionariedade administrativa e a “discricionariedade” judicial. A circunstância de os autores brasileiros não dedicarem a esse assunto a atenção de que seria merecedor faz com que se possa pensar que também para o Poder Judiciário haveria a possibilidade de decidir de várias formas diferentes em face do mesmo fato e da mesma norma, dentro de certa margem de liberdade. Com efeito, esse fenômeno não acontece com o Poder Judiciário, cuja função, quer proferindo interlocutórias, quer sentenciando, é a de dizer o direito, o que não pode ser feito de dois ou mais modos diferentes, sob pena de que se chegue a comprometer o próprio princípio da legalidade. Assim, um juiz não pode considerar que, em certo caso, deve ser invertido o ônus da prova, e outro juiz, em caso absolutamente idêntico, decidir no sentido de que a norma não deve ser aplicada, e ambos estarem certos, em nome de certa discricionariedade, que haveria na interpretação desse art. 6, VIII, do

²⁵ Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. Disponibilizado em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016414 Acesso em 28 de março de 2014.

CDC. Está -se, isto sim, nessa hipótese, em face de um caso de interpretação de conceitos vagos: verossimilhança e hipossuficiência. O processo interpretativo, nesses casos, embora mais complexo, não pode deixar de levar a uma só solução correta para cada caso. Trata -se do ajuste da norma ao caso concreto. Nada mais. Substancial e estruturalmente, pois, o mecanismo legal é idêntico ao da interpretação de conceitos precisos, embora se sigam caminhos mais tortuosos.

Ademais, considerando que as normas possuem natureza de ordem pública, o juiz poderá realizar tal ato *ex officio*, independentemente da iniciativa das partes, não sendo necessário que o consumidor requeira em juízo a inversão.”²⁶

Insta frisar também que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor não é possível apenas nos processos em que haja relação de consumo, mas também em todas as ações coletivas, inclusive as que discutem direito ambiental.²⁷

Afinal, o Código de Defesa do Consumidor, integrado à Lei da Ação Civil Pública, constitui a jurisdição civil coletiva, cujas regras de processo civil se aplicam à toda ação coletiva.

Este é o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, como se pode verificar pelo trecho abaixo de acórdão muito bem fundamentado:

“PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DANO AMBIENTAL – ADIANTAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PELO PARQUET – MATÉRIA PREJUDICADA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – ART. 6º, VIII, DA LEI 8.078/1990 C/C O ART. 21 DA LEI 7.347/1985 – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. Fica prejudicada o recurso especial fundado na violação do art. 18 da Lei 7.347/1985 (adiantamento de honorários periciais), em razão de o juízo de 1º grau ter tornado sem efeito a decisão que determinou a perícia.

2. O ônus probatório não se confunde com o dever de o Ministério Público arcar com os honorários periciais nas provas por ele

²⁶ *Anotações sobre o ônus da prova.* Disponibilizado em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teresa%20Arruda%20Alvim%20Wambier%20-%20formatado.pdf> Acesso em 28 de março de 2014.

²⁷ Nesse sentido é também o posicionamento de Eduardo Cambi (*A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 422/426)

requeridas, em ação civil pública. São questões distintas e juridicamente independentes.

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

4. Recurso especial parcialmente provido.

(...)

Feitas essas considerações, percebo que a análise sobre o ônus da prova, em ação coletiva por dano ambiental, deve ser dirimida pela interpretação das leis aplicáveis ao mencionado instrumento processual à luz dos princípios norteadores do Direito Ambiental.

Isso porque, em regra, a inversão do ônus probatórios deve assentar-se exclusivamente em disposição expressa de lei. Mas, no presente caso, essa inversão encontra fundamento também em princípios transversais ao ordenamento jurídico, quais sejam, os princípios ambientais.

No plano legal, destaco os dispositivos que guardam relação direta com a questão posta em discussão:

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;

Lei 7.347/1985

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Código Civil

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Vê-se que há uma interdisciplinabilidade entre as normas de proteção ao consumidor e às referentes à defesa dos direitos coletivos.

No caso das ações civis ambientais, entendo que o caráter público e coletivo do bem jurídico tutelado – e não a eventual hipossuficiência do autor da demanda em relação ao réu –, nos leva à conclusão de que alguns dos direitos do consumidor também devem ser estendidos ao autor daquelas ações, afinal essas buscam resguardar (e muitas vezes reparar!) o patrimônio público de uso coletivo, consubstanciado no meio ambiente.

A essas normas agrega-se o Princípio da Precaução. Esse preceitua que o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes)

sobre o nexa causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo. (...),²⁸

Contudo, a questão é polêmica. Teresa Arruda Alvim Wambier possui o entendimento contrário, afirmando o seguinte:

“Discute-se sobre o âmbito de abrangência dessa norma, que não está inserida na parte processual do CDC. Isto porque a parte processual do CDC e da LACP se aplica a todas as ações coletivas. Integra esta norma a parte processual do Código do Consumidor, apesar de lá não estar formalmente inserida? Parece-nos que não. A razão principal desta nossa tomada de posição reside em que este dispositivo foi engendrado certamente para proteger a parte hipossuficiente, e se se tratar de ação coletiva intentada, por exemplo, pelo Ministério Público, esta hipossuficiência já teria sido, por assim dizer, neutralizada só pelo fato de seus interesses estarem sendo defendidos pelo Ministério Público.”²⁹

4.2 Requisitos

De acordo com o que dispõe o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova deverá ser determinada pelo juiz caso estejam presentes os requisitos da verossimilhança das alegações do consumidor e este seja hipossuficiente.

A palavra verossimilhança vem de verossímil, que de acordo com o dicionário Aurélio significa algo “semelhante à verdade; que parece verdadeiro. Que não repugna à verdade; provável.”³⁰

Assim, o juiz deverá analisar no caso concreto se as alegações trazidas pelo consumidor são plausíveis, ou seja, se parecem verdadeiras. Evidentemente não se exige que sejam de fato alegações verdadeiras. Afinal, se fossem verdadeiras, estariam comprovadas nos autos e não haveria que se discutir a respeito do ônus da prova.

Nesse sentido, Antonio Gidi esclarece o seguinte:

²⁸ Recurso Especial nº 972.902 – RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 25/08/2009.

²⁹ *Anotações sobre o ônus da prova.* Disponibilizado em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teresa%20Arruda%20Alvim%20Wambier%20-%20formatado.pdf> Acesso em 28 de março de 2014.

³⁰ FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. *Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*. E ed. Curitiba: Editora Positivo, 2010. p. 2149.

“Verossímil não é necessariamente verdadeiro. Mesmo porque um fato somente poderá ser considerado juridicamente verdadeiro (verdade formal, obviamente) após o trânsito em julgado da sentença que o reconhece. Mas a verossimilhança está intimamente relacionada com a verdade.”

E conclui: “verossímil é o que é semelhante à verdade, o que tem aparência de verdade, o que não repugna a verdade, enfim, o provável.”³¹

Já a palavra hipossuficiente costuma ser definida pessoa economicamente fraca, que não é auto-suficiente.

Não obstante, o entendimento que tem prevalecido tanto na doutrina como na jurisprudência é no sentido de que a hipossuficiência mencionada pelo artigo não seria apenas a financeira, mas também e principalmente a técnica, haja vista que o desconhecimento técnico e a ausência de informações necessárias sobre o produto ou serviço pode prejudicar o consumidor, tornando difícil para ele a produção da prova nos autos.

A este respeito, vale mencionar os ensinamentos de Eduardo Cambi:

“Já a noção de *hipossuficiência* tem sentido amplo e significa a diminuição da capacidade do consumidor. Não se restringe aos aspectos econômicos, mas também devem ser ponderados fatores como o acesso a informação, grau de escolaridade, poder de associação e posição social.

Se o conceito de hipossuficiência levasse em consideração somente critérios econômicos, bastaria a tutela prevista na lei 1.060/1950, aos beneficiários da assistência judiciária gratuita, que inclui o pagamento dos honorários periciais (art. 3, inc. V, Lei 1.060/1950).

Desse modo, a hipossuficiência do consumidor mais rico pode ser tão grande quanto a do menos abastado, porque tanto um quanto o outro podem ser vulneráveis na relação de consumo, por lhes faltarem as informações técnicas suficientes para embasar as suas pretensões.”³²

José Geraldo Brito Filomeno também reconhece a importância da hipossuficiência não só financeira, mas também técnica:

³¹ *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. Disponibilizado em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016414 Acesso em 28 de março de 2014. p. 584.

³² *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 415/416.

“HIPOSSUFICIÊNCIA – Esse termo *não foi originalmente utilizado pelos autores do anteprojeto em sua versão original entregue ao Ministério da Justiça e feito publicar no Diário Oficial da União (Ministério da Justiça)*, do dia 4.1.89, PS. 241-256. Assim, o texto original (fonte citada, p. 242) dizia que, entre os direitos básicos dos consumidores (art. 6), está a “*facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência.*” Observe-se que o termo *hipossuficiência* não figurou na versão original da comissão, tendo aparecido depois, quando da tramitação do projeto no Congresso Nacional.

Hipossuficiência como se sabe, entretanto, é terminologia do chamado Direito Social, ou Direito do Trabalho, e que deve ter, aqui, a conotação de pobreza econômica ou falta de meios, sobretudo em termos de acesso a conhecimentos técnicos ou periciais em dado conflito nascido de relações de consumo.”³³

Na mesma obra, Kazuo Watanabe afirma que inicialmente o entendimento dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor era de que a hipossuficiência mencionada pelo art. 6º era apenas a econômica, porém o entendimento mudou, reconhecendo os autores uma abrangência maior ao requisito legal.³⁴

Esse também é o posicionamento da jurisprudência atual:

“AGRAVO REGIMENTAL. CADASTRO DE INADIMPLENTES. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESCISÃO CONTRATUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDEFERIMENTO. ALEGAÇÃO DE PROPAGANDA ENGANOSA. INEXISTÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA. AUSÊNCIA DE ILICITUDE DA EMPRESA DEMANDADA. ACÓRDÃO FUNDADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE AFRONTA AO ARTIGO 535, I E II, DO CPC E DO ALEGADO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 211 E 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

(...)

4. A inversão do ônus da prova com fins à plena garantia do exercício do direito de defesa do consumidor, só é possível quando houver verossimilhança de suas alegações e constatada a sua **hipossuficiência a qual deverá ser examinada não só do ponto de vista social, mas,**

³³ *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 156/157.

³⁴ *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p 813.

principalmente, do ponto de vista técnico.

5. Na hipótese ora examinada, o Tribunal de origem indeferiu a inversão do ônus da prova e reconheceu a ausência da prática de ato ilícito da agravada, com apoio no substrato fático constante dos autos, atraindo a aplicação da Súmula 7/STJ.

6. Agravo regimental não provido.”³⁵

Mas há quem vá além e entenda que a hipossuficiência mencionada pelo dispositivo legal seria apenas a técnica, não havendo que se falar em hipossuficiência econômica, como bem explica Luiz Antônio Rizzato Nunes:

“O significado de hipossuficiência do texto do preceito normativo do CDC não é econômico. É técnico.

(...) Mas hipossuficiência, para fins da possibilidade de inversão do ônus da prova, tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício etc.

Por isso, o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor para fins de inversão do ônus da prova não pode ser visto como forma de proteção ao mais “pobre”. Ou, em outras palavras, não é por se “pobre” que deve ser beneficiado com a inversão do ônus da prova, até porque a questão da produção da prova é processual, e a condição econômica do consumidor diz respeito ao direito material.

Na realidade, para beneficiar o carente econômico no processo não seria necessária a inversão. Bastaria a determinação judicial de que o fornecedor arcasse com eventuais custas processuais para a produção de provas, tais como as perícias (o que, diga-se, não é ônus para fins de aferição de prova). Determinar-se-ia a inversão do pagamento, ou seja, o consumidor produz a prova e o fornecedor a paga, e aí sim estar-se-ia protegendo, de forma justa, o economicamente fraco.

Não se pode olvidar que, para os “pobres” na acepção jurídica do termo, existe a justiça gratuita, a qual permite ao beneficiário a isenção do pagamento das custas judiciais, o que não significa que ele está isento de provar o seu direito.

E o inverso é verdadeiro: existem consumidores economicamente poderosos, o que não implica a sua não-hipossuficiência técnica. Mesmo no caso de o consumidor ter grande capacidade econômica, a inversão do ônus da prova deve ser feita na constatação de sua hipossuficiência (técnica e de informação).”³⁶

³⁵ AgRg no Ag 1355226, 4ª Turma, j. 18/09/2012, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, grifos nossos.

³⁶ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 133/134.

Este entendimento parece ser o mais acertado. Afinal, como bem observou Luiz Antônio Rizzato Nunes, a fragilidade econômica do consumidor já pode ser suprida pela assistência judiciária gratuita prevista na Lei 1.060/50.

Ora, um consumidor que seja hipossuficiente tecnicamente terá o ônus da prova invertido a seu favor mesmo que possua capacidade financeira, haja vista a dificuldade que poderia enfrentar para produzir a prova do fato constitutivo de seu direito sem a inversão.

Contudo, o inverso não é verdadeiro. Ou seja, o consumidor hipossuficiente apenas financeiramente não deverá ter o ônus invertido a seu favor, pois significa que não encontra grandes dificuldades técnicas para a produção da prova. E, nesse exemplo, caso o consumidor encontre dificuldade para a produção da prova apenas por questões financeiras, o juiz deverá lhe conceder os benefícios da justiça gratuita, instituto que não se confunde de forma alguma com a inversão do ônus da prova.

É importante esclarecer, ainda, que a vulnerabilidade trazida no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor não se confunde com a hipossuficiência do art. 6º, VIII, do mesmo diploma legal. Isso porque, todo consumidor é vulnerável, mas apenas alguns serão também hipossuficientes, sendo certo que essa hipossuficiência deverá ser averiguada caso a caso pelo magistrado especificamente com relação à dificuldade do consumidor para a produção da prova.

Vejamos o que afirma Leonardo de Medeiros Garcia:

“Importante destacar a diferença efetuada pela doutrina no tocante aos termos “*vulnerabilidade*” e “*hipossuficiência*”, sendo a primeira um fenômeno de direito material com presunção absoluta – *jure et de jure* (art. 4º, I – o consumidor é reconhecido pela lei como um ente “vulnerável”), enquanto a segunda, um fenômeno de índole processual que deverá ser averiguada pelo juiz *segundo as regras ordinárias de experiência*).³⁷

4.3 Cumulatividade ou alternatividade dos requisitos

³⁷ *Direito do Consumidor*, 5 ed. Niterói: Impetrus, 2009. p. 72.

Analisado o conceito e a abrangência dos requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência, resta saber se tais requisitos são cumulativos ou alternativos.

O entendimento que predomina tanto na doutrina como na jurisprudência é o de que os requisitos são alternativos, ou seja, para a inversão do ônus da prova é necessário que esteja presente apenas um dos requisitos.

O argumento utilizado é que o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor utiliza a conjunção alternativa “ou”, *in verbis*:

“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.”

Nesse sentido é o entendimento dos Tribunais:

“CONSUMIDOR. Inversão do ônus da prova que opera *ope iudicis*. A critério do juiz, segundo as regras de experiência, **vez que presentes um dos seus requisitos (não cumulativos): a verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor**. Inteligência do art. 6º, VIII, do CDC. Medida, contudo, que não pode partir apenas de um cupom fiscal e/ou das palavras de testemunhas que sabem do ocorrido tão-só por ouvir dizer da própria autora. Lote do produto desconhecido. Perícia inviável. Recurso desprovido.”³⁸

Entendem assim também Luiz Antônio Rizzato Nunes³⁹, Eduardo Cambi⁴⁰, Claudia Lima Marque⁴¹ e Kazuo Watanabe⁴².

Contudo, apesar do respeito aos ensinamentos dos nobres doutrinadores citados acima, o referido entendimento não está dotado de lógica.

³⁸ Apelação nº 0026480-78.2010.8.26.0482, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, j. 26/02/2014, Rel. Des. Ferreira da Cruz, grifos nossos.

³⁹ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 132.

⁴⁰ *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 413.

⁴¹ *Código de Defesa do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 258.

⁴² *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 812/813.

Afinal, de acordo com o referido entendimento, o consumidor hipossuficiente poderia ver invertido o ônus da prova em seu favor mesmo que suas alegações sejam totalmente absurdas e desprovidas de qualquer verossimilhança. Ou o contrário, o consumidor poderia ter o benefício da inversão mesmo não sendo hipossuficiente e apresentando total condição de provar suas alegações.

Ora, a inversão do ônus da prova possui o intuito de facilitar a defesa do consumidor, mas é evidente que não pode ser utilizada de forma indiscriminada, quando a facilitação da defesa não for necessária, pois o consumidor possui condições de produzir a prova, ou quando as alegações não forem sequer verossímeis. Tal entendimento desvirtua o intuito da legislação consumerista e onera sobremaneira o fornecedor.

Além do mais, o argumento de que a lei se refere à conjunção alternativa “ou” não é suficiente. Afinal, como é cediço, a interpretação das normas não se restringe ao método gramatical, sendo necessário que o estudioso do Direito se utilize também das interpretações lógica, teleológica e sistemática.

Nessa esteira, merece destaque o ensinamento de Antonio Gidi:

“Afigura-se-os que verossímil a alegação sempre tem que ser. A hipossuficiência do consumidor *per se* não respaldaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova, se o fato afirmado é destituído e um mínimo de racionalidade. A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um shopping Center luxuoso, requerendo, preliminarmente, em face de sua incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que o seu carro (do mendigo) não estava estacionado nas dependências do shopping e que, nele, não estavam guardadas todas as suas compras de natal. Em sendo verossímil a alegação do consumidor, ainda seria preciso aferir a sua hipossuficiência? Como vimos, inverte-se o ônus da prova apenas como forma de facilitar a defesa do consumidor em juízo. Assim, se o autor, em tese, dispõe de meios para provar as suas alegações, a inversão é de todo desautorizada. Temos, portanto, que, para que a inversão do ônus da prova seja autorizada, tanto a afirmação precisa ser verossímil, quanto o consumidor precisa ser hipossuficiente”.⁴³

⁴³ *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. Disponibilizado em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016414 Acesso em 28 de março de 2014. p. 584.

4.4 Momento processual adequado

Outro ponto polêmico tanto na doutrina como na jurisprudência diz respeito ao momento processual adequado para que seja determinada pelo magistrado a inversão do ônus da prova, existindo três correntes distintas.

A primeira entende que a distribuição do ônus da prova é regra de julgamento destinada ao juiz, de modo que a inversão deve ocorrer apenas na prolação da sentença, momento em que o juiz deverá verificar se os fatos foram suficientemente comprovados e, caso contrário, quem deveria ter produzido a prova e não o fez, momento em que também deverá verificar se os requisitos legais para a inversão estão presentes.

Outro argumento que costuma ser usado é o de que nos processos em que há relação de consumo, o fornecedor já deve estar preparado para a possível inversão do ônus da prova, diante da previsão legal.

Por fim, alegam que a inversão do ônus da prova em momento anterior ao da sentença pelo juiz caracterizaria prejulgamento da lide, o que não poderia ser admitido.

Fazem parte dessa corrente Kazuo Watanabe⁴⁴, João Batista Lopes⁴⁵, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery⁴⁶.

A segunda corrente entende que a inversão do ônus da prova deveria ocorrer com o recebimento da petição inicial para que a parte ré já considere este fato na apresentação de sua defesa, ou no período compreendido entre o recebimento da petição inicial e o saneamento do feito.

O entendimento até que faz sentido considerando que o art. 300 do Código de Processo Civil determina que “compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de

⁴⁴ *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forsense Universitária, 2007. p. 815.

⁴⁵ *A prova no direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 51

⁴⁶ *Código de Processo Civil Comentado*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 730.

defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.”

Dessa forma, se cabe ao réu especificar já em sua contestação as provas que pretende produzir, ele já deveria ter conhecimento se haverá ou não a inversão do ônus da prova.

Nesse sentido entende Tânia Lis Tizzoni Nogueira:

“Contudo, em monografia anterior emitimos a seguinte opinião: “...entendemos que o autor consumidor deverá já na inicial requerer a inversão do ônus, e desta forma, a fase processual em que o juiz deverá se manifestar sobre a questão será logo no ato do primeiro despacho, que não irá tratar-se de mero despacho determinando a citação, mas, de decisão interlocutória, passível portanto de recurso de agravo. Tal forma irá propiciar a defesa dos direitos do consumidor de forma ampla, de acordo com o espírito do CDC, uma vez que em não sendo concedida a inversão, poderá o consumidor agravar da decisão interlocutória, e ser então revista a decisão”. Tal posicionamento evitaria que o fornecedor pudesse alegar cerceamento ou impossibilidade de defesa.

Melhor revendo o assunto, creio que tanto no despacho inicial, quanto no saneador seria o momento mais propício para tanto, pois assim procedendo, estaria de forma ampla, e para ambas as partes garantido direito de ampla defesa consagrado na Constituição Federal.”⁴⁷

Já Luiz Antônio Rizzato Nunes entende que o momento processual mais adequado para que se proceda a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador, sendo que “na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento”⁴⁸

A terceira corrente entende que o momento ideal para a inversão do ônus da prova pelo juiz seria no saneamento do processo, antes do início da instrução probatória, entendimento este que se mostra mais acertado diante dos princípios constitucionais que regem o processo civil.

⁴⁷ *A Prova no Direito do Consumidor*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 127/128.

⁴⁸ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 135.

Nesse sentido entendem Arruda Alvim⁴⁹, Humberto Theodor Jr.⁵⁰, Antonio Gidi⁵¹, Eduardo Cambi⁵² e Rogério Licastro Torres de Mello⁵³.

Luiz Antônio Rizzato Nunes destaca sabiamente que o entendimento de que o ônus da prova é regra de julgamento e que deve ser analisado apenas na sentença e não em momento anterior está de acordo com a regra de distribuição do ônus da prova previsto no art. 333 do Código de Processo Civil. Ocorre que tal entendimento não se coaduna com a inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor⁵⁴.

Afinal, na relação de consumo a inversão do ônus da prova poderá ocorrer ou não, dependendo da evidência dos requisitos legais (verossimilhança e hipossuficiência) no caso concreto. Ou seja, ao contrário do que ocorre com a regra geral de distribuição do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil, no caso das relações de consumo as partes não sabem de antemão a quem incumbe o ônus da prova.

Dessa forma, é evidente que nas relações de consumo o juiz deverá agir de forma distinta, informando antes do início da instrução probatória quais são as regras relativas à prova que serão aplicadas ao caso, evitando surpresas desnecessárias para as partes.

Tal postura se mostra mais condizente com o processo civil constitucional e os princípios do devido processo legal e do contraditório, sendo inadmissível pelo ordenamento jurídico brasileiro que a parte permaneça na incerteza se possui ou não o ônus e não saiba até a prolação da sentença qual regra será utilizada no processo.

Até porque, como vários doutrinadores salientam, o ônus da prova não é apenas regra de julgamento destinada ao juiz, mas também regra de comportamento destinada para as partes durante a instrução processual.

⁴⁹ *Manual de Direito Processual Civil*. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 979.

⁵⁰ *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1. p. 432.

⁵¹ *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Disponibilizado em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016414 Acesso em 28 de março de 2014. p 39.

⁵² *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 315/316.

⁵³ *Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1. p. 312.

⁵⁴ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 134

Nesse sentido, vale mencionar o ensinamento de Fredie Didier:

“Pensamos que a regra de inversão é regra procedimental, que autoriza o desvio de rota; não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento, pois “se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se distribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia. Deve a inversão, pois, ser feita e momento que permita aquele que assumiu o encargo livrar-se dele.”⁵⁵.

Cumprido ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento atual de que o ônus da prova é regra de instrução e não de julgamento, visto que a distribuição do ônus da prova influi no comportamento das partes ao longo do processo, devendo a inversão ocorrer, portanto, antes de iniciada a instrução processual:

“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 judicis'), 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 inversão 'ope judicis' 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 judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente

⁵⁵ *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2. P. 57/58

o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.”⁵⁶

O argumento de que o fornecedor em processo que envolve relação de consumo já deve estar preparado para a possível inversão do ônus da prova também não deve prosperar.

Afinal, conforme verificado no tópico anterior, a inversão do ônus probatório prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor não é automática, devendo ser analisado caso a caso pelo juiz se os requisitos legais estão presentes.

Ademais, nem sempre é tão claro na prática se há relação de consumo entre as partes, de modo que antes de ser proferida sentença, muitas vezes as partes nem mesmo sabem ao certo qual a legislação que será aplicada. Não é raro ver processos em que se discute em sede de Recurso Especial a aplicabilidade da legislação consumerista ao caso *sub judice*.

E, ao contrário do que afirma parte da doutrina, a inversão do ônus da prova antes da instrução probatória não configura *prejulgamento* da causa. Na realidade, será analisado pelo juiz apenas se estão presentes os requisitos legais para a inversão (verossimilhança e hipossuficiência), mas nada impede que posteriormente, após concluída a instrução probatória, o juiz julgue a favor do fornecedor, se convencendo pelas provas dos autos que o consumidor não possui razão.

Como se vê, a inversão do ônus da prova antes de ser iniciada a instrução processual se mostra o procedimento mais acertado na medida em que as partes já ficam sabendo de antemão o que possuem o ônus de provar, sem surpresas futuras.

E é importante notar que tal postura é favorável não apenas ao fornecedor, mas também ao consumidor. Afinal, caso o juiz entenda que não estão presentes os requisitos legais para a inversão do ônus da prova e já proferira decisão interlocutória indeferindo a inversão na fase de saneamento, o consumidor poderá se insurgir contra a decisão desde já por meio de agravo. Situação muito mais vantajosa do que tomar conhecimento sobre o indeferimento da inversão apenas na sentença.

⁵⁶Resp 802832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, j. 13/04/2011, grifos nossos.

Já o entendimento que admite a inversão do ônus da prova antes da apresentação de defesa por parte do réu também não está totalmente correto, visto que neste momento processual ainda não há como saber quais são os pontos controvertidos nos autos que deverão ser provados, muito menos a qual parte incumbirá o ônus de provar. Entende-se, portanto, que seria momento processual prematuro.

Esse é o posicionamento de Fabio Zabet Hothausen:

“O problema do despacho inicial é a ausência de elementos suficientes para a análise dos requisitos da inversão, bem como pela falta de agir em contraditório, pois não se estaria possibilitando que o réu participasse da convicção do juiz em relação a verossimilhança das alegações do autor (consumidor) ou de sua caracterização como hipossuficiente. Haveria, então, uma precipitação desnecessária e que poderia, ferindo princípios constitucionais, prejudicar o andamento célere e ordenado do processo, inviabilizando a própria defesa constitucional do consumidor e a efetivação da justiça.”⁵⁷

Segundo o art. 331, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, a audiência de conciliação é o momento em que o juiz deverá fixar os pontos controvertidos, decidir sobre as questões pendentes, bem como determinar a produção das provas necessárias. Assim, é justamente este o momento ideal para que o magistrado analise se estão presentes os requisitos legais para a inversão do ônus da prova.

Contudo, na hipótese do juiz verificar a necessidade de inversão do ônus da prova apenas no momento de proferir sentença, não tendo constatado a situação em momento oportuno, o correto será que o juiz reabra a fase de instrução, possibilitando que o fornecedor produza a prova que entender necessária.

O mesmo deve ocorrer caso haja alteração na distribuição do ônus da prova em sede recursal, devendo o processo retornar à primeira instância para que seja possível para a parte produzir a prova.

⁵⁷ *Inversão do ônus da prova nas relações de consumo: momento processual*. Tubarão: Unisul, 2006. p. 120.

Já nos processos que seguem o rito do Juizado Especial Cível, a inversão do ônus da prova deverá ocorrer no despacho inicial. Afinal, de acordo com a Lei 9.099/95, o réu deve apresentar defesa na audiência de instrução e julgamento, momento em que também deverá ser proferida sentença.

Com efeito, como o processo é mais célere e possui menos atos processuais no Juizado Especial Cível, caso o juiz não verifique a questão do ônus da prova desde logo, com o despacho inicial, provavelmente não terá outra oportunidade antes da sentença e, como visto, tal postura fere os princípios do contraditório e da ampla defesa.

4.5 A inversão do ônus da prova e o pagamento de honorários periciais

Tratando-se de demanda que tem por objeto direitos transindividuais, aplica-se o art. 87 do Código de Defesa do Consumidor que determina a ausência de adiantamento de honorários periciais.

Contudo, no caso de ações individuais surge a seguinte dúvida: a parte sobre a qual recai a inversão do ônus da prova é responsável pelo pagamento das despesas processuais, nelas incluídas os honorários periciais?

Existem dois posicionamentos distintos a esse respeito.

Parte da doutrina entende que a regra da inversão do ônus da prova não se confunde com a regra processual do ônus do pagamento dos honorários periciais. Ou seja, segundo esse entendimento, o ato de inverter o ônus da prova não transfere ao fornecedor o ônus de suportar o pagamento dos honorários do perito.

Mas parte da doutrina entende de forma acertada que a inversão do ônus da prova implica necessariamente a inversão da responsabilidade pelo custeio das despesas decorrentes de sua produção.

Afinal, se é a parte quem possui o ônus de produzir a prova, ela deverá também arcar com as despesas necessárias para tal produção, sob pena da prova não ser realizada.

Ademais, o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor estabelece como direito básico do consumidor a facilitação de sua defesa em juízo, sendo a inversão do ônus da prova apenas uma das formas desta facilitação.

Ora, é evidente que o custeio da prova é necessário como forma de facilitar a defesa dos direitos do consumidor. Entendimento contrário coloca novamente o consumidor em situação de desvantagem perante o fornecedor, o que certamente não é o intuito da legislação consumerista.

A este respeito, sábias são as palavras de Luiz Antônio Rizzato Nunes:

“Uma vez determinada a inversão, o ônus econômico da produção da prova tem que recair na parte sobre a qual recai o ônus processual. Caso contrário, estar-se-ia dando com uma mão e tirando com a outra. Se a norma prevê que o ônus da prova pode ser invertido, então, automaticamente vai junto para a outra parte a obrigação de proporcionar os meios para sua produção, sob pena – obviamente - de arcar com o ônus de sua não produção.”⁵⁸

Cumprindo observar que a questão ainda é muito polêmica na jurisprudência, porém o entendimento que tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça é o de que a inversão do ônus da prova não obriga o fornecedor a custear a prova requerida pelo consumidor, porém, se a prova não for realizada, o fornecedor arcará com as consequências de não haver produzido a prova:

"CONTRATO BANCÁRIO. REVISIONAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. PERÍCIA. CUSTO. RESPONSABILIDADE.

Em casos como o dos autos, tem-se decidido que o deferimento da inversão do ônus da prova - que se dá ao critério do Juízo quando configurada a verossimilhança da alegação ou hipossuficiência da parte - não tem o condão de obrigar o fornecedor a custear a prova requerida pelo consumidor. De qualquer maneira, o fornecedor não se desincumbe do ônus probatório, pois, quedando-se inerte, uma vez concedido o benefício processual de que trata o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, presumir-se-ão verdadeiros os fatos que embasam o pedido. Precedentes. Recurso especial provido.”⁵⁹

⁵⁸ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 136.

⁵⁹ Recurso Especial 781.446/RN, Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 15.04.08.

4.6 A regra prevista no art. 38

Segundo o art. 38 da Lei 8.078/90, “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Em complementação, o art. 36 do mesmo diploma legal afirma que “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

Conforme verificado anteriormente, a inversão do ônus probatório prevista no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor ocorre *ope judicis*, ou seja, de acordo com o juízo de valor do magistrado, sendo observadas as *regras ordinárias da experiência*.

Já a inversão prevista no art. 38 ocorre *ope legis*, pois não há questão subjetiva a ser analisada pelo magistrado. Isto é, tratando-se de alegação de publicidade enganosa, o ônus da prova da veracidade e da correção da informação será automaticamente do fornecedor.

Dessa forma, verifica-se uma certa imprecisão da doutrina ao se referir ao conteúdo do art. 38 como uma espécie de inversão do ônus da prova, quando na verdade se trata da regra e não exceção para os casos em que há alegação de publicidade enganosa.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. menciona o ensinamento de Marcelo Abelha Rodrigues:

“Inversão do ônus da prova é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão. Não devem ser tomadas como inversão do ônus da prova, senão como simples distribuição do encargo probatório, as regras de direito material que abstratamente prevêm que em determinados casos específicos na lei o encargo sobre determinados fatos é desta ou daquela parte no processo. É o que acontece no art. 38 do CDC, onde não se tem, a rigor, a inversão do ônus de provar, já que a regra da distribuição é

esta que o legislador determinou. Inversão há quando se inicia com um encargo e se o altera no curso do processo”⁶⁰

Novamente o intuito da legislação consumerista foi conferir o ônus da prova a quem possui maiores condições de produzi-la e impedir que o consumidor tivesse a sua defesa em juízo prejudicada por incapacidade prática de produção da prova do fato constitutivo de seu direito.

O dispositivo legal se refere à comprovação da veracidade da informação e também à sua correção, o que abrange a demonstração da não-abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.

A respeito das diferenças existentes entre o ônus da prova do art. 6º e do art. 38, ambos da Lei 8.078/90, Flávia Pereira Ribeiro e Clara Moreira Azzoni ensinam o seguinte:

“Conquanto ambas disciplinem a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a regra prevista no artigo 38 difere-se da inversão do ônus prevista no artigo 6º, inc. VIII, por diversas razões: (i) o artigo 6º, VIII, CDC estabelece uma norma geral, aplicável, em princípio (já que *ope judicis*) a todo litígio que envolver consumidor e fornecedor. A previsão do art. 38 por sua vez tem âmbito de incidência restrito, “pois se limita a reger o ônus da prova decorrente da informação ou comunicação publicitária; (ii) a inversão prevista no artigo 6º, VIII, CDC é *ope judicis*, mediante aferição dos requisitos legais, pelo magistrado, no caso *sub judice*. O art. 38 diversamente traz posição *ope legis* que prescinde de aferição de requisitos pelo juiz; (iii) na verdade, o art. 38 não estabelece caso de inversão da prova, mas sim uma regra especial de distribuição do ônus que, no particular caso lá especificado, prevalece sobre a regra geral insculpida no art. 333 do CPC.”⁶¹

⁶⁰ *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2. p. 59

⁶¹ *A Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 188.

5. TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

Antes de analisar a teoria do ônus dinâmico da prova, é importante observar, mesmo que brevemente, o conceito e as implicações da chamada *prova diabólica* no processo civil.

5.1 Prova diabólica

Existem fatos que se mostram na prática impossíveis ou muito difíceis de serem provados, o que a doutrina convencionou chamar de *prova diabólica*.

Fredie Didier Jr. apresenta o seguinte exemplo:

“Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo...”⁶²

É comum verificar a doutrina e a jurisprudência se referindo de forma equivocada à *prova diabólica* como se fosse sinônimo de *prova de fato negativo*, o que não é.

Em primeiro lugar, porque a *prova diabólica* nem sempre se refere à fato negativo, “basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional (...)”⁶³

Em segundo lugar, porque existem fatos negativos que podem ser provados. Tratam-se de alegações que, apesar de serem negativas, podem ser provadas no processo por meio da comprovação de fatos afirmativos relacionados. Dessa forma, se a parte alega que não estava em São Paulo em determinada data porque estava no Rio de Janeiro, tal fato poderá ser provado pela passagem aérea, por pagamento de estadia no Rio de Janeiro ou até mesmo por prova testemunhal. O que se comprova nesse caso não é propriamente o fato negativo, mas o fato afirmativo de que a parte estava em outra cidade naquela data.

⁶² *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2. p. 60.

⁶³ *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2. p. 61.

A doutrina costuma fazer a distinção entre as *negativas absolutas*, que seriam os fatos negativos que realmente se mostram impossíveis ou extremamente difíceis de serem provados, e as *negativas relativas*, que podem ser provadas por meio de outros fatos inerentes, conforme visto acima.

A esse respeito, Érico de Pina Cabral esclarece o seguinte:

“No direito romano já havia um princípio que dizia: “*ei incubit probatio qui dicit, non qui negat*”. A interpretação equivocada dada pelos glosadores a este texto de Paulo, por muito tempo levou à adoção do princípio de que as negativas são impossíveis de serem provadas: “*negativa non sunt probanda*”.

Trata-se, na verdade, de uma formulação inexata, pois, em regra, se não for indefinida, toda proposição negativa pode ser provada, pois, em sentido oposto, simetricamente, há sempre uma enunciação afirmativa que lhe é correspondente. (...)

Assim, enquanto que a *negativa relativa* ou *definida* é sempre suscetível de prova, exatamente pela parte que a alega, a prova da *negativa absoluta* ou *indefinida* é muito complicada, para não dizer impossível.”⁶⁴

Nesse sentido é também o entendimento jurisprudencial:

“Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. inversão do ônus da prova em favor do consumidor. regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC.

- Se o Tribunal *a quo* entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste STJ.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação

⁶⁴A *inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo apresentada em 2005.

negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”.
(...) Recurso especial não conhecido.”⁶⁵

Conclui-se, portanto, que *prova diabólica* é aquela extremamente difícil ou mesmo impossível de ser provada, independente de se relacionar à fato positivo ou negativo.

5.2 Origem e objetivo

Os preceitos da teoria do ônus dinâmico da prova foram idealizados em 1823 pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham, porém, no início da década de 80, foi o jurista argentino Jorge Walter Peyrano quem reformulou e difundiu a teoria.

A respeito da teoria elaborada por Jeremy Bentham, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico ensina o seguinte:

“Bentham baseia a sua doutrina num dos princípios que Bar e Laband afirmam ter acolhida no direito barbárico, observando que, no sistema de justiça franco e simples, a obrigação da prova deve ser imposta, caso a caso, à parte que puder satisfazê-la com menos inconvenientes, vale dizer, menores despesas, menor perda de tempo e menor incômodo.”⁶⁶

Já com relação à moderna teoria do ônus dinâmico da prova difundida por Jorge Walter Peyrano, vejamos o que afirma Paulo Rogério Zaneti:

“Crítico fervoroso do critério geral estático, rígido e único adotado por vários doutrinadores na repartição do ônus da prova, Peyrano resolveu flexibilizar as chamadas regras de distribuição do ônus da prova por entender que em determinados casos, diante da presença de circunstâncias específicas, as mesmas se mostravam inadequadas ou insuficientes, tanto para as partes quanto para o juiz, na efetiva busca da verdade para a solução do litígio.
Sergio José Barberio sintetiza a teoria do jurista argentino em uma única frase: “O ônus probatório se faz recair sobre ‘quem está em

⁶⁵ Recurso Especial 422.778 – SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 19/06/07, grifos nossos.

⁶⁶ *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2001. p. 84.

melhores condições de provar”, independentemente da posição processual da parte ou da natureza dos fatos a serem provados.”⁶⁷

Vale mencionar também o ensinamento de Antonio Janyr Dall’Agnol Junior:

“Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a “natureza” do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.”⁶⁸

Apesar de muito parecidas, as teorias dos dois doutrinadores apresentam uma diferença fundamental. Jeremy Bentham idealizou a sua teoria como uma nova regra de distribuição do ônus da prova, acreditando que deveria ser afastada a regra rígida e estática, abrindo caminho para a distribuição dinâmica do ônus da prova, devendo ser analisado pelo magistrado caso a caso a quem deverá recair o ônus da prova.

Já Jorge Walter Peyrano defende que a teoria do ônus dinâmico da prova deve ser utilizada pelo magistrado apenas em casos excepcionais, nos quais a regra rígida e ortodoxa não se mostre satisfatória.

Nesse sentido, é o que esclarecem Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Distribuição dinâmica do ônus da prova (carga dinâmica) – I. Segundo a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o ônus da prova deve ficar a cargo da parte que se encontra em melhores condições de provar o fato. Embora incorretamente atribuída à moderna doutrina argentina de Peyrano, essa teoria é bastante antiga e foi idealizada em 1823 por Jeremy Bentham: “O *ônus de provar, em cada caso individual, deve ser imposto à parte que pode dele desincumbir-se com menos dificuldade e com custo menor*” (Bentham. *Traité*, v. 2, L. VII, Cap. XVI, p. 163). Cento e sessenta anos depois de Bentham, falou-se na Argentina, em 1981, em carga dinâmica da prova como mecanismo de flexibilizar a rigidez da

⁶⁷ *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 116/117.

⁶⁸ *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Disponibilizado em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17459-17460-1-PB.pdf> Acesso em 28 de março de 2014.

distribuição legal do ônus da prova e a conseqüente dificuldade de aplicação da distribuição normal em certos casos, notadamente de erro médico (Inês Lepori White. Cargas probatórias dinâmicas [Peyrano – Lepori. Cargas probatórias dinâmicas, p. 60]). Não para criar-se nova sistemática, apartada da distribuição legal do ônus da prova, mas para possibilitar a demonstração da existência de certos fatos em casos de dificuldade experimentada pela parte a quem cabe legalmente o ônus de prová-los.”⁶⁹

Em linhas gerais, a idéia da teoria difundida por Jorge Walter Peyrano é a de que a distribuição do ônus da prova não deve ser totalmente rígida, devendo ser possível ao magistrado, em casos excepcionais, alterar o ônus da prova no caso concreto, atribuindo à parte que apresentar maiores e efetivas condições de produzir a prova. É uma forma, portanto, de flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova.

Isso porque, pode acontecer no caso *sub judice* da parte que tem o ônus da prova não possuir condições reais de produzi-la, se vendo diante de verdadeira *prova diabólica*, o que inviabiliza o seu acesso útil ao Poder Judiciário. Afinal, o que adianta garantir o acesso formal ao Poder Judiciário, mas não garantir que as partes tenham condições reais de alegar e provar suas alegações com o intuito de contribuir com o convencimento do juiz?

Conforme estudado anteriormente, o art. 333 do Código de Processo Civil distribui o ônus da prova entre as partes do processo levando em consideração a natureza dos fatos alegados. Dessa forma, ao autor caberá provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Como se vê, o dispositivo legal traz regra rígida e estática, pois já distribui o ônus probatório de forma prévia e expressa entre as partes do processo. Assim, de acordo com a legislação processual brasileira, em tese só seria cabível a alteração do ônus da prova pelo magistrado, atribuindo-lhe certa discricionariedade, no caso do inciso II do parágrafo único do art. 333 do Código de Processo Civil e do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Verifica-se que nos dois casos há a aplicação da teoria da carga dinâmica, na medida em que é atribuído ao magistrado o poder/dever de intervir nas regras de distribuição do ônus da prova caso verifique que se tornou “*excessivamente difícil a uma parte o exercício do*

⁶⁹ *Código de Processo Civil Comentado*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 729/30.

direito” (art. 33, parágrafo único, II, CPC) ou que o consumidor é *hipossuficiente* tecnicamente e apresenta alegação *verossímil* (art. 6º, VIII, CDC).

Contudo, inevitável o seguinte questionamento: nos demais processos em que não há convenção entre as partes sobre a distribuição do ônus da prova e não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, se a parte a quem cabe o ônus de provar não possui condição efetiva de produzir a prova e a parte contrária apresenta maior condição, não seria mais justo e eficaz que também houvesse a alteração do ônus probatório?

Pois é justamente isso o que propõe a teoria da carga dinâmica, que a regra de distribuição do ônus da prova não seja totalmente rígida e estática, tornando-se mais flexível e adaptável ao caso concreto, bem como conferindo maior discricionariedade ao magistrado para que utilize seus poderes instrutórios na busca da verdade real e de uma solução mais justa à lide.

Afinal, não há como negar que existem “situações em que a aplicação das regras sobre o ônus da prova flerta, perigosamente, com a impossibilidade de provar, beirando a inutilidade da ação judiciária, com a vedação oculta de acesso efetivo à Justiça.”⁷⁰

A respeito da dificuldade em produzir a prova e da posição de inferioridade de uma parte perante à outra que possam justificar a inversão do ônus da prova com base na teoria da carga dinâmica, Paulo Rogério Zaneti ensina o seguinte:

“Importante anotar que essa posição destacada, privilegiada, de uma parte para com a outra, ou com relação ao material probatório para revelar a verdade ao juiz, decorre, dentre outros fatores: (a) do papel que essa parte desempenhou no fato gerador da controvérsia; (b) de estar essa parte na posse de coisas ou documentos essenciais à instrução probatória; (c) de ser essa parte a única que dispõe da prova; (d) de razões técnicas, profissionais ou jurídicas que tem essa parte em determinado caso concreto.”⁷¹

Verifica-se, portanto, que a teoria do ônus dinâmico da prova tem como principal objetivo o combate à *prova diabólica* e, conseqüentemente, impedir o desequilíbrio

⁷⁰ KNIFNIK, Danilo. *Ônus dinâmico da prova*. Disponível em <http://www.knijnik.adv.br/artigos> Acesso em 28 de março de 2014.

⁷¹ *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. Salvador: Malheiros, 2011. p. 121.

processual das partes, buscar a verdade real e possibilitar o efetivo acesso à Justiça.

Insta frisar, novamente, que a intenção não é rejeitar a regra de distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, devendo a distribuição dinâmica do ônus probatório ser utilizada pelo juiz apenas em casos excepcionais e de forma complementar. É o que destaca Humberto Theodoro Junior:

“Não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-lo a 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 prestação jurisdicional.”⁷²

No mesmo sentido afirma Paulo Rogério Zaneti:

“Importante ressaltar, até aqui, que a teoria da carga dinâmica da prova *não* afasta a aplicação das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, na maioria das vezes fundadas na posição processual das partes e na natureza dos fatos a serem provados. Essa teoria apenas repreende e critica o engessamento, a imobilidade, dessas regras em determinadas situações específicas nas quais as partes se encontrem em dificuldade de se desincumbir de seu ônus de provar. Nesse sentido, parece-nos importante deixar bastante claro ao leitor que Peyrano idealiza sua teoria como uma regra complementar, subsidiária às prévias e tradicionalmente existentes, aplicável, portanto, somente em situações excepcionais, peculiares, em que a repartição clássica do ônus da prova impossibilita a uma das partes exercer seu direito de provar, por lhe acarretar prova impossível diante das circunstâncias do caso concreto.”⁷³

Conclui-se, portanto, que a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser utilizada pelo juiz quando verificar no caso prático a impossibilidade ou dificuldade excessiva da parte para a produção da prova, ao passo que a outra parte se encontre em situação privilegiada, possuindo maiores condições de produzir a prova.

Cumprido notar que boa parte da doutrina nacional acolhe a teoria do ônus dinâmico da prova, assim como a jurisprudência atual, por entenderem que confere maior efetividade ao processo, evitando-se injustiças e desequilíbrio processual entre as partes.

⁷² *Curso de direito processual civil – teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1

⁷³ *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. Salvador: Malheiros, 2011. p. 119/120.

A este respeito, vale mencionar julgado do Superior Tribunal de Justiça proferido em 1996, demonstrado que não é de hoje que o entendimento está sendo aplicado no país:

“RESPONSABILIDADE CIVIL. MEDICO. CLINICA. CULPA. PROVA.

1. NÃO VIOLA REGRA SOBRE A PROVA O ACORDÃO QUE, ALEM DE ACEITAR IMPLICITAMENTE O PRINCIPIO DA CARGA DINAMICA DA PROVA, EXAMINA O CONJUNTO PROBATORIO E CONCLUI PELA COMPROVAÇÃO DA CULPA DOS REUS.

2. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CLINICA, INICIALMENTE PROCURADA PELO PACIENTE.

3. JUNTADA DE TEXTOS CIENTIFICOS DETERMINADA DE OFICIO PELO JUIZ. REGULARIDADE.

4. RESPONSABILIZAÇÃO DA CLINICA E DO MEDICO QUE ATENDEU O PACIENTE SUBMETIDO A UMA OPERAÇÃO CIRURGICA DA QUAL RESULTOU A SECÇÃO DA MEDULA.

5. INEXISTENCIA DE OFENSA A LEI E DIVERGENCIA NÃO DEMONSTRADA.

RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.”⁷⁴

5.3 Fundamentos para a aplicação da teoria

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery criticam a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova pela doutrina e jurisprudência nacional:

“6. Distribuição dinâmica do ônus da prova (carga dinâmica - II. No Brasil já temos a mitigação procurada e buscada pelos argentinos, com as regras de inversão do ônus da prova expressa no art. 6 VIII e no CPC 333 par. ún., além da regra que permite ao juiz determinar ex officio a produção da prova (CPC 130), mecanismos mais do que suficientes para flexibilizar a regra geral do CPC 333 I e II. É extremamente grave atribuir-se à parte o ônus de provar determinado fato, pois a consequência de não provar-se, quando se tem o ônus de fazê-lo, é a desvantagem de ter-se contra si o fato como provado. Isso equivale a dizer, em certa medida, que a não desincumbência do ônus da prova faz com que a demanda possa vir a ser julgada em desfavor daquele que tinha o ônus e não provou. Não é, portanto, mera circunstância de efetividade do processo, como pode parecer a alguns, mas de imposição de desvantagem à parte que, legalmente, não tinha sobre si o ônus da prova. De outro lado, a possibilidade de o juiz determinar a realização de prova *ex officio* fez com que o ônus

⁷⁴ Recurso Especial 69309 – SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, j. 18/06/1996.

subjetivo da prova (CPC 333) perdesse significado e importância e ficasse sensivelmente reduzido (Prutting. Beweislaf, § 2º, II, p. 7): na dificuldade de realizar-se a prova por qualquer uma das partes, o juiz pode determinar de ofício essa realização. Não é necessário agredir-se o direito constitucional a prova e o contraditório, tampouco o princípio dispositivo que norteia o processo civil. Estas três (CDC 6 VIII, CPC 130 e 333 parágrafo único) são as hipóteses, *ex lege*, no direito brasileiro de ônus dinâmico da prova. Mais não é necessário. Há, outrossim, óbice de natureza constitucional a dificultar a aplicação *tout court*, indistinta da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a proibição de fazer prova contra si mesmo, ainda, que não se saiba de antemão, o resultado da prova que ainda vai ser realizada.”⁷⁵

Em que pese o respeito aos doutrinadores, os argumentos trazidos não são suficientes para afastar a distribuição dinâmica do ônus da prova, que encontra inúmeros fundamentos no ordenamento jurídico brasileiro, conforme será demonstrado adiante.

Com efeito, apesar do Código de Processo Civil não conter previsão expressa sobre o ônus dinâmico da prova, a teoria deve ser acolhida, de forma excepcional, repita-se, fundamentando-se nos princípios constitucionais e na interpretação sistemática da legislação processual.

Nesse sentido, vale mencionar o entendimento de Fredie Didier:

“O CPC não contém regra expressa adotando a teoria. Mas a doutrina acolhe essa concepção, a partir de uma interpretação sistemática de nossa legislação processual. A distribuição dinâmica do ônus da prova seria uma decorrência dos seguintes princípios:

- a) princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF, e art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios de satisfazê-lo;
- b) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (art. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras.
- c) princípio da solidariedade com órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos;
- d) princípio do devido processo legal (art. 5º, XXXV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;

⁷⁵ Código de Processo Civil Comentado. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 729/30.

e) princípio do acesso a justiça (art. 5º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva.”⁷⁶

Cumpra observar que os princípios mencionados pelo doutrinador e que fundamentam a teoria da carga dinâmica estão todos intimamente ligados, um decorrendo do outro.

Com efeito, não basta garantir à parte apenas o acesso formal à Justiça, sendo necessário que se dê efetividade a esse acesso, propiciando de forma eficiente e efetiva o direito a quem o detenha. O devido processo legal não é aquele que apenas segue as disposições expressas da lei, mas sim aquele que garante a tutela jurisdicional justa e efetiva.

Ora, o que adianta garantir formalmente à parte o acesso à Justiça e o direito de se manifestar no processo à luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório, se não é resguardado o direito da parte de provar efetivamente suas alegações a fim de influenciar no convencimento do juiz?

Ademais, processo justo é aquele em que as partes se encontram em pé de igualdade, possuindo armas processuais equivalentes para a busca de seu direito, de modo que na hipótese do magistrado verificar desequilíbrio excessivo entre as partes na produção das provas, é evidente que deverá intervir, aplicando a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Logo, não há como negar o excesso de formalismo e a afronta aos princípios constitucionais na hipótese em que a parte é obrigada a permanecer com o ônus processual de produzir prova diabólica, ao passo que para a parte contrária a produção da prova poderia ser realizada sem maiores dificuldades, tudo apenas porque é o que determina literalmente a legislação vigente, ignorando-se por completo a interpretação sistemática das normas.

Nesse sentido, Paulo Rogério Zaneti afirma o seguinte:

“É sob essa nova ótica de *acesso efetivo à Justiça* que se compatibiliza plenamente, a nosso ver, a utilização da teoria da carga dinâmica no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque nada há de mais efetivo que o magistrado, em determinado caso concreto e diante

⁷⁶ *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Podivm, 2007. v. 2. p. 63.

das peculiaridades desse caso, dispor do ônus da prova de maneira diversa daquela prévia e rigidamente estatuída pelo art. 333 do CPC, principalmente naquelas situações em que a aplicação cega e inflexível do dispositivo processual em apreço inviabiliza o processo civil de exercer sua mais nobre e primordial função, qual seja, a de servir de instrumento útil e eficaz para a realização do direito material na busca de uma tutela justa e efetiva. Caso contrário ocorreria um acesso formal à Justiça, porém irreal e inefetivo, vez que à parte restaria impossível o reconhecimento de seu direito em determinadas situações, ficando a mesma muito longe de alcançar o justo processo.”⁷⁷

Vale mencionar também o entendimento de Robson Ranault Godinho:

“Dessa forma, se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise estará sendo-lhe negado o acesso a tutela jurisdicional. Essa é exatamente a razão fundamental para a vedação de convenções sobre o ônus da prova prevista no artigo 333, parágrafo único, do CPC, dispositivo praticamente esquecido e sobre o qual dedicaremos mais espaço em item posterior. Entretanto, caso a impossibilidade de provar, de acordo com as regras preestabelecidas, decorra do caso concreto, inexistente regra abstrata que permita uma mobilidade do encargo probatório, o que invariavelmente pode significar uma negação de acesso a tutela jurisdicional.

(...)

“Não permitir, em determinadas hipóteses, a inversão do ônus da prova é o mesmo que negar jurisdição, já que se subtrairia a possibilidade de se convencer o julgador da matéria fática alegada. Contra a extensão genérica da inversão do ônus da prova, objetiva-se com a exigência de necessidade de lei, sob pena de “grave violação” do devido processo legal.

Entretanto, argumenta-se igualmente que a inversão do ônus da prova também integra o devido processo legal, especialmente nas hipóteses em que a distribuição formal do encargo impossibilita o acesso efetivo à justiça. Trata-se de situação em que deveria haver ponderação de interesses, em juízo de proporcionalidade, e, desde que se dê ciência às partes, parece-nos que se deva prestigiar a tutela dos direitos. O próprio direito à prova decorre do devido processo legal, já que as partes possuem o direito de participar do processo provando.

Em síntese, como a necessidade de inversão do ônus da prova decorre diretamente da Constituição, não há necessidade de integração legislativa, que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso à justiça.”⁷⁸

⁷⁷ *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*, São Paulo: Malheiros, 2011. p.136.

⁷⁸ *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2013. p. 125 e 140.

Outro argumento trazido pelos doutrinadores é a aplicação do art. 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, que veda a convenção entre as partes sobre distribuição diversa do ônus da prova quando “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Ora, se ao magistrado é atribuído o poder/dever de declarar nula a convenção que torne excessivamente difícil para a parte a produção da prova, porque não poderia haver tal intervenção do magistrado em outros casos em que também se verifique um desequilíbrio excessivo entre as partes para a produção da prova?

Afinal, a simples existência desta disposição legal demonstra o intuito do legislador de evitar o prejuízo processual à parte que se encontre inicialmente com o ônus de produzir prova diabólica, impossível ou excessivamente difícil de ser provada.

A este respeito, Paulo Rogério Zaneti destaca sabiamente que os motivos para o juiz intervir na inversão do ônus da prova por convenção das partes são os mesmos utilizados pela doutrina para a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova:

“Não demoramos muito para que essa reflexão encontre alguns motivos considerados pelo legislador, a saber: (a) coibir a prova diabólica, impossível ou quase impraticável para uma das partes; (b) evitar que uma das partes se utilize de ardis, artifícios ou superioridade técnica /econômica para se sobrepôr à outra; (c) combater de forma clara, inequívoca e manifesta o desequilíbrio processual nocivo, que pode levar à perda ou aniquilamento de um direito ou, ainda, a uma decisão fragrantemente injusta. A esse respeito, pergunto ao leitor: quais eram os motivos e fundamentos que elencamos para aplicar a teoria da carga dinâmica da prova? Praticamente os mesmos.

Nesse sentido, se a lei permite ao magistrado declarar nula a convenção entre as partes que distribui o ônus da prova de maneira diversa do estatuído nos incisos I e II do art. 333 do CPC quando essa convenção torne excessivamente difícil o exercício do direito para uma delas (restabelecendo, destarte, o equilíbrio processual entre os litigantes), nada mais natural e elementar que o magistrado possa, num determinado caso concreto (constatando a presença dessa mesma dificuldade com a aplicação das regras tradicionais de distribuição do ônus da prova), atribuir esse ônus também de maneira diversa do previamente estabelecido pelos incisos I e II do art. 333 do CPC,

utilizando, por exemplo, a teoria da carga dinâmica da prova tal, impondo a prova, assim, a quem tem melhores condições ou facilidade de fornecê-la.”⁷⁹

É importante observar também que o art. 130 do Código de Processo Civil confere *poderes instrutórios* ao juiz para que se busque a verdade dos fatos, utilizando-se a regra de distribuição do ônus da prova como regra de julgamento apenas de forma excepcional quando, após ampla produção probatória, mesmo assim a dúvida sobre a verdade dos fatos persista.

Ou seja, o intuito da legislação é que o juiz participe de forma ativa na instrução processual e na condução do processo para que se preste a adequada e efetiva tutela jurisdicional.

Nesse sentido, sábios são os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque:

“Além da simplificação da técnica – ou, pelo menos, da não exacerbação do formalismo estéril – é, também imprescindível dotar o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo, possibilitando a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da reação processual.”⁸⁰

Merece destaque também o ensinamento de Teresa Arruda Alvim Wambier:

“Hoje nos parece, todavia, que, tendo em vista a relevância que os princípios passaram a ter nos sistemas jurídicos contemporâneos, como forma de torná-los mais flexíveis e adaptáveis, sem que se tenha de abrir mão integralmente do valor segurança, a via interpretativa nos permite optar por soluções que realmente se afastam da literalidade dos dispositivos legais, permanecem do, entretanto, perfeitamente harmônicas com o sistema.

Pensamos estar-se, aqui, diante de um caso em que ocorre exata e precisamente isto: sempre fundamentamente, pode o juiz tomar iniciativa quanto à produção de provas, mesmo sem ter que esperar o exaurimento do ônus da prova. Se a letra do art.333 não leva a esta interpretação, certamente diversos são os princípios que conduzem até ela, tornando-a legítima e afeiçoada ao sistema jurídico brasileiro.

Parece-nos que, indubitavelmente, essa nova postura que se tem

⁷⁹ *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 144.

⁸⁰ *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 109.

quanto à teoria do ônus da prova que nasce de uma reavaliação do papel do juiz no processo, em função de uma visão publicística deste, e também de se levar em conta os reflexos de uma política legislativa que a encare de frente a problemática do acesso à Justiça, além de ser dogmaticamente mais correta, está perfeitamente em harmonia com a nossa época.”⁸¹

Assim, parece claro que entre os poderes instrutórios conferidos ao juiz encontra-se a possibilidade de flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova mediante a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova.

A esse respeito, merece destaque o posicionamento de Paulo Rogério Zaneti:

“Se a finalidade da prova é o convencimento do magistrado, qualificado também como seu destinatário imediato, nada mais natural que poder essa autoridade estatal investida de jurisdição, dentre seus poderes instrutórios, utilizar teoria que facilite seu convencimento quando as regras clássicas de distribuição do ônus da prova representem elas próprias um óbice à sua atuação eficiente e ao pretense direito de uma das partes. Assim, encontrando-se uma das partes em nítida desvantagem ou dificuldade para desempenhar a regra de conduta estatuída pelos incisos I e II do art. 333 do CPC, cumpre possibilitar ao destinatário imediato dessa conduta, e a quem se deve convencer – no caso, o juiz -, o adequado trato ao caso concreto, adotando, por exemplo, e se for a hipótese, a flexibilização do art. 333 do diploma processual civil, mediante a aplicação da teoria da carga dinâmica das provas.”⁸²

Como se não bastassem todos os argumentos mencionados acima, é importante destacar ainda o princípio da solidariedade com o órgão judicial, previsto no art. 339 do Código de Processo Civil, *in verbis*: “Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.”

Com efeito, existem casos em que a parte possui condições de produzir a prova, mas como o ônus recai sobre a parte contrária, acaba ficando inerte.

⁸¹ *Anotações sobre o ônus da prova.* Disponibilizado em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teresa%20Arruda%20Alvim%20Wambier%20-%20formatado.pdf> Acesso em 28 de março de 2014.

⁸² *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova.* São Paulo: Malheiros, 2011. p. 149.

Contudo, tal postura deve ser rechaçada pelo Poder Judiciário, tanto por afronta ao referido art. 339 do Código de Processo Civil, como pela deslealdade processual, já que as partes possuem obrigação de colaboração mútua e na maioria das vezes a parte fica inerte justamente com o intuito de prejudicar a parte contrária.

Nesse sentido é o entendimento de Paulo Rogério Zaneti:

“Nessa conformidade, não há como aceitarmos a hipótese de uma das partes, mesmo tendo maior facilidade e condições de fornecer determinada prova, escorar-se na literalidade do art. 333 do CPC para deixar de contribuir com o Poder Judiciário, notadamente com o juiz, na busca da verdade dos fatos. Principalmente no processo civil contemporâneo, preocupado cada vez mais com o tratamento equânime dos litigantes, com o verdadeiro e real acesso à Justiça e, por fim, com a efetividade das decisões.

O mesmo serve para aquele que representa a concretização da figura do Poder Judiciário na sociedade, o magistrado. Não há como concebermos um juiz inerte diante da flagrante e feroz desigualdade probatória que lhe inviabilize, inclusive, promover a justa pacificação social mediante a confecção de sentença que mais se aproxime da verdade real dos fatos.

Perceba o leitor que, apesar de se dirigir claramente às partes, ao utilizar a expressão “ninguém”, o art. 339 do CPC inclui a figura do juiz.

Não poderia ser outra a interpretação extraída, uma vez que o magistrado integra a relação jurídica processual e é dotado pelo ordenamento adjetivo de poderes instrutórios para o descobrimento da verdade. Ao não fazer uso desses poderes, estará o juiz, do mesmo modo que as partes, deixando de colaborar, com o próprio Poder que integra, para o descobrimento da verdade e – o que é mais grave ainda – deixando de prestar a adequada e efetiva tutela ao caso concreto.”⁸³

Resta demonstrado, portanto, que a teoria do ônus dinâmico da prova encontra fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração a interpretação sistemática das normas, bem como os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da igualdade processual entre as partes e da solidariedade com órgão judicial.

5.4 Requisitos

⁸³ *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 153.

De acordo com os artigos 282, VI, e 300 do Código de Processo Civil, as partes devem especificar as provas que pretendem produzir na petição inicial ou na contestação.

Já os artigos 396 e 397 do mesmo diploma legal estabelecem que as partes devem apresentar na petição inicial e na contestação todos os documentos necessários a fim de comprovar suas alegações, sendo possível a juntada posterior de documentos destinados à comprovar fatos novos ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

Verifica-se, portanto, que nesta fase processual as partes já devem saber se existe desequilíbrio processual entre elas com relação às condições de produção da prova e se será necessária a aplicação do ônus dinâmico da prova.

Sendo assim, na petição inicial (autor) ou na contestação (réu) será o momento processual adequado para que a parte requeira ao juiz a inversão do ônus da prova com fundamento na teoria da carga dinâmica, devendo demonstrar que a parte contrária, apesar de inicialmente não possuir o ônus processual, apresenta maiores condições de produzir a prova.

Ademais, para que não haja surpresa no julgamento da lide e seja respeitado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, é imprescindível que o juiz comunique as partes sobre sua decisão de aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova na fase de saneamento, antes de iniciada a instrução probatória, possibilitando que a parte contrária produza a prova, arcando com o novo ônus processual que lhe foi atribuído pelo juiz, ou recorra da decisão desde já, caso entenda necessário.

Cumprido ressaltar também que o juiz deve aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova apenas quando verificar a existência de prova que se mostre *diabólica* para a parte, mas que possa ser provada pela parte contrária, o que justifica a inversão. Trata-se, portanto, de situação de desequilíbrio entre as partes no tocante à produção da prova que será sanado por meio da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Nesse sentido é o ensinamento de Danilo Knifnik:

“São pressupostos para sua aplicação que a incidência do ônus estático redunde em *probatio diabolica*, estando o litigante

estaticamente não-onerado em posição privilegiada quanto ao episódio controvertido, seja por deter conhecimento especial, seja por deter as provas relevantes. Ainda, a dinamização poderá ter lugar se a prova tornar-se inacessível à parte estaticamente onerada, seja por força de conduta culposa, seja por violação dos deveres de colaboração pela parte adversa.”⁸⁴

Contudo, se para a parte contrária a prova também se mostrar *diabólica*, não há porque se determinar a inversão do ônus da prova, já que não há situação de desequilíbrio entre as partes, sendo a prova impossível ou difícil de ser provada para ambas. Aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova nesse caso seria apenas transferir a onerosidade excessiva de uma parte para a outra, o que evidentemente não é o intuito da teoria.

A respeito dos requisitos para a aplicação da teoria, sábias são as palavras de Humberto Theodoro Junior:

“A correta aplicação da teoria exige a observância dos seguintes requisitos:

a) a parte que suporta o redirecionamento não fica encarregada de provar o fato constitutivo do direito do adversário; sua missão é a de esclarecer o fato controvertido apontado pelo juiz, o qual já deve achar-se parcial ou indiciariamente demonstrando nos autos, de modo que a diligência ordenada tanto pode confirmar a tese de um como de outro dos litigantes; mas, se o novo encarregado do ônus da prova não se desempenhar a contento da tarefa esclarecedora, sairá vitorioso aquele que foi aliviado, pelo juiz, da prova completa do fato controvertido;

b) a prova redirecionada deve ser possível; se nenhum dos contendores tem condição de provar o fato, não se admite que o juiz possa aplicar a teoria da dinamização do *onus probandi*; para aplicá-la de forma justa e adequada, o novo encarregado terá de ter condições efetivas de esclarecer o ponto controvertido da apuração da verdade real; se tal não ocorrer, o ônus da prova continuará regido pela regra legal estática, isto é, pelo art. 333;

c) a redistribuição não pode representar surpresa para a parte, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com a intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo; não se tolera que o juiz, de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo os ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz e, também,

⁸⁴ KNIFNIK, Danilo. *Ônus dinâmico da prova*. Disponibilizado em <http://www.knijnik.adv.br/artigos> Acesso em 28 de março de 2014.

entre o juiz e as partes, numa completa reciprocidade entre todos s
sujeitos do processo”⁸⁵

⁸⁵ *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 1. p. 449/450.

CONCLUSÃO

1. A prova é o instrumento utilizado para que se demonstre a ocorrência ou inoccorrência dos fatos alegados no processo, tendo como finalidade o convencimento do juiz para o julgamento da lide.
2. O ônus processual não se confunde com *obrigação* ou *dever*, se aproximando mais ao conceito de *faculdade*. Se a parte não cumprir o ônus que possui, apenas ela própria poderá sofrer conseqüências negativas, existindo, portanto, interesse único e exclusivo da própria parte em realizar o ato.
3. Apesar do juiz ser o destinatário da prova, é a parte litigante a maior interessada em produzir a prova com o intuito de formar a convicção do juiz, persuadindo-o. E, caso a prova não seja produzida, será a própria parte quem sofrerá as conseqüências negativas de sua inércia no julgamento do processo. Afinal, meras alegações sem qualquer comprovação não serão suficientes para convencer o juiz.
4. As regras de distribuição do *ônus da prova* ganham relevância e são efetivamente ponderadas pelo magistrado apenas na hipótese do fato controverso não ter sido suficientemente comprovado nos autos, de modo que nesse caso o magistrado deverá analisar a quem atribuía o ônus de produzir aquela prova e deixou de fazê-lo. Afinal, se os fatos restarem provados nos autos, não terá importância para o juiz quem produziu a prova, se valendo este de todos os elementos constantes nos autos para proferir a sua decisão.
5. A distribuição do ônus da prova não trata apenas de *regra de julgamento* utilizada pelo magistrado no caso de não restarem suficientemente provados os fatos alegados na lide, mas também *regra de comportamento* destinada às partes, servindo de verdadeiro norte para as partes durante a instrução processual, mostrando o que devem provar e como devem se comportar durante essa fase, entendimento este que tem prevalecido na jurisprudência atual.
6. A inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC) foi uma maneira que a Lei 8.078/90 encontrou de facilitar a defesa do consumidor em juízo, considerando a sua reconhecida vulnerabilidade (art. 4º, I, CDC).
7. As normas de proteção ao consumidor possuem natureza de ordem pública, conforme preceitua o art. 1º da Lei 8.078/90. Dessa forma, estando presentes os requisitos legais

- (verossimilhança e hipossuficiência) para a inversão do ônus da prova, será dever do magistrado determinar a inversão, o que poderá fazer inclusive de ofício.
8. Contudo, a inversão não é automática, pois depende da verificação por parte do magistrado dos requisitos legais da verossimilhança das alegações do consumidor e de sua hipossuficiência. Isso significa que caso a caso o juiz deverá analisar se estão presentes os requisitos legais e se deve ou não haver a inversão do ônus da prova, razão pela qual a doutrina afirma se tratar de inversão *ope judicis*, ao contrário do que ocorre no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 333 do Código de Processo Civil, onde a distribuição do ônus da prova se dá *ope legis*.
 9. A inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor não é possível apenas nos processos em que haja relação de consumo, mas também em todas as ações coletivas, inclusive as que discutem direito ambiental. Afinal, o Código de Defesa do Consumidor, integrado à Lei da Ação Civil Pública, constitui a jurisdição civil coletiva, cujas regras de processo civil se aplicam à toda ação coletiva. Apesar de se tratar de questão controvertida, é o entendimento que tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça.
 10. A vulnerabilidade trazida no art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor não se confunde com a hipossuficiência do art. 6º, VIII, do mesmo diploma legal. Isso porque, todo consumidor é vulnerável, mas apenas alguns serão também hipossuficientes, sendo certo que essa hipossuficiência deverá ser averiguada caso a caso pelo magistrado especificamente com relação à dificuldade do consumidor para a produção da prova.
 11. O entendimento que tem prevalecido tanto na doutrina como na jurisprudência é no sentido de que a hipossuficiência mencionada pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor como um dos requisitos para a inversão do ônus da prova não seria apenas a financeira, mas também e principalmente a técnica, haja vista que o desconhecimento técnico e a ausência de informações necessárias sobre o produto ou serviço pode prejudicar o consumidor, tornando excessivamente difícil para ele a produção da prova nos autos. Contudo, este entendimento não está totalmente correto. Na realidade, a hipossuficiência de que fala o legislador é apenas a técnica, já que a eventual fragilidade econômica do consumidor pode ser suprida pela assistência judiciária gratuita prevista na Lei 1.060/50.

12. Os requisitos previstos no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor para a inversão do ônus da prova (hipossuficiência e verossimilhança) são cumulativos e não alternativos, ou seja, para que a inversão seja determinada é imprescindível que estejam presentes no caso *sub judice* os dois requisitos. Isso porque, não se pode admitir a inversão do ônus da prova quando a alegação do consumidor for inverossímil, da mesma forma que seria totalmente desnecessária a inversão no caso do consumidor não ser hipossuficiente. No entanto, é importante observar que este entendimento é ainda minoritário tanto na doutrina como na jurisprudência.
13. Apesar de não haver consenso na doutrina, o momento processual adequado para que o juiz determine a inversão do ônus da prova é no saneamento do feito, antes de iniciada a instrução probatória e após a apresentação de defesa, momento em que já se sabe quais são os fatos controversos na lide e se permite que as partes produzam as provas de forma mais eficaz, já tendo conhecimento sobre o ônus que lhes cabe, sem que haja surpresa no final da lide e afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Contudo, no rito do Juizado Especial Cível a inversão deve ocorrer já no despacho inicial.
14. Com a inversão do ônus da prova, inverte-se também o ônus do pagamento antecipado dos honorários periciais, buscando assim um acesso à Justiça mais efetivo aos consumidores, lembrando que o art. 6º, VIII, da Lei 8.078/90 prevê a facilitação da defesa do consumidor como um direito.
15. A prova diabólica é aquela que se mostra na prática impossível ou muito difícil de ser provada.
16. Em linhas gerais, a idéia da teoria do ônus dinâmico da prova difundida pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano é a de flexibilizar as regras de distribuição do ônus da prova, possibilitando que o magistrado, em casos excepcionais, altere o ônus da prova no caso concreto, atribuindo à parte que apresentar maiores e efetivas condições de produzir a prova, com o intuito de evitar desequilíbrio processual entre as partes.
17. Verifica-se, portanto, que a teoria do ônus dinâmico da prova tem como principal objetivo o combate à prova diabólica e, conseqüentemente, impedir o desequilíbrio processual das partes, buscar a verdade real e possibilitar o efetivo acesso à Justiça.
18. Contudo, se para a parte contrária a prova também se mostrar diabólica, não há porque se determinar a inversão do ônus da prova, já que não há situação de desequilíbrio entre as partes, sendo a prova impossível ou difícil de ser provada para ambas as

partes. Aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova nesse caso seria apenas transferir a onerosidade excessiva de uma parte para a outra, o que evidentemente não é o intuito da teoria.

19. Na petição inicial (autor) ou na contestação (réu) será o momento processual adequado para que a parte requeira ao juiz a inversão do ônus da prova com fundamento na teoria da carga dinâmica, devendo demonstrar que a parte contrária, apesar de inicialmente não possuir o ônus processual, apresenta maior condição de produzir a prova.
20. Ademais, para que não haja surpresa no julgamento da lide e seja respeitado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, é imprescindível que o juiz comunique as partes sobre sua decisão de aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova na fase de saneamento, antes de iniciada a instrução probatória, possibilitando que a parte contrária produza a prova. arcando com o novo ônus processual que lhe foi atribuído pelo juiz, ou recorra da decisão desde já, caso entenda necessário.
21. A teoria do ônus dinâmico da prova encontra fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, levando-se em consideração a interpretação sistemática das normas (artigos 130 e 333, parágrafo único, II, CPC), bem como os princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), da igualdade processual entre as partes (art. 5º, “caput, CF), e da solidariedade com o órgão judicial (art. 339 CPC).

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*, 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007
- CABRAL, ÉRICO DE PINA. *A inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor*. Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2005.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Disponibilizado em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17459-17460-1-PB.pdf> Acesso em 28 de março de 2014.
- DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*, Salvador: Podivm, 2007. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 5 ed. São Paulo: Malheiros. v. 3.
- FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. *Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*. E ed. Curitiba: Editora Positivo, 2010.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 5 ed. Niterói: Impetrus. 2009.
- GIDI, Antonio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. Disponibilizado em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1016414 Acesso em 28 de março de 2014.
- GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*, Tese de Doutorado apresentado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2013.
- GÓIS, Solange. *A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação em Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2004.
- GRECCO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE; Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. *Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

HOTHAUSEN, Fábio Zabet. *Inversão do ônus da prova nas relações de consumo: momento processual*. Tubarão: Unisul. 2006.

KNIFNIK, Danilo. *Ônus dinâmico da prova*. Disponibilizado em <http://www.knijnik.adv.br/artigos> Acesso em 28 de março de 2014.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *A inversão do ônus probatório nas ações de consumo. Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor*, Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

MERGULHÃO, Rossana Teresa Curioni. *A produção da prova no direito processual: o alcance e os limites do ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NOGUEIRA, Tania Lis Tizzoni. *A prova no direito do consumidor*. Curitiba: Juruá, 1998.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIBEIRO, Flávia Pereira; AZZONI, Clara Moreira. *A Prova no Direito Processual Civil. Distribuição do ônus probatório*. São Paulo: Verbatim. 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. 1.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flavio Renato Correia de. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o ônus da prova*. Disponibilizado em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teresa%20Arruda%20Alvim%20Wambier%20-%20formatado.pdf> Acesso em 28 de março de 2014.