

SiqueiraCastro*

Inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova – Contratos de consumo na Internet

Data de Criação: 18/09/2019

Criado por: Biblioteca

*Este material não pode ser publicado, reescrito, redistribuído ou transmitido
por broadcast sem autorização da Siqueira Castro - Advogados*

Sumário:

Distribuição dinâmica do ônus da prova - Eli Rogério de Souza	
Lex	01
Ônus da Prova - Andrea da Silva Souza Sanchez e Renan Bueno Ferraciolli	
Consultor Jurídico.....	07
A distribuição dinâmica do ônus da prova - Alyne Lopes Aguiar	
Jus Navegandi.....	13
O Código de Defesa do Consumidor, a distribuição do ônus da prova e o abuso de direito - Evelini Oliveira de Figueiredo Fonseca	
LEX.....	28
A progressiva relativização do princípio da inversão do ônus da prova em matéria consumerista	
LEX.....	28
JURISPRUDÊNCIA	
.....	34

Distribuição dinâmica do ônus da prova

Autor:

[SOUZA, Eli Rogério de](#)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, em especial no processo do trabalho. O tema ganha relevo com o advento do Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015, que passou a prever expressamente a possibilidade de tal distribuição do encargo probatório.

1. Introdução

Prova pode ser conceituada como sendo aquilo que se utiliza para formar o convencimento de alguém a respeito da veracidade de uma afirmação. Como qualquer decisão humana, a prova é resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias, ou seja, é baseado em diversos elementos de prova.

Em sentido jurídico, a doutrina comumente aponta o termo prova como sendo plurissignificante, às vezes aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, aos meios de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, como resultado do procedimento, mais especificamente à convicção do juiz.

Para o propósito deste artigo utilizaremos o termo prova como a demonstração da realidade por meio da qual se visa chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa - o fato representado.

Os fatos que precisam ser provados são aqueles determinantes para o julgamento da causa, controvertidos, e que possuam relação direta ou indireta com a lide. Assim, importa saber qual das partes deve obter a convicção do órgão julgador a respeito das alegações deduzidas na causa.

2. Ônus da Prova

Ônus da prova não é um dever, pois não se pode exigir seu cumprimento. Assim, melhor dizer que a parte a quem se impõe o ônus tem interesse em dele se desincumbir.

Afinal, a não observância do ônus da prova pela parte poderá colocá-la em situação de desvantagem, levando-a a sucumbir na sua pretensão.

Segundo Fredie Didier Jr, é possível analisar as regras do ônus da prova sob duas perspectivas:

"Numa primeira perspectiva, elas são dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala aí em *ônus subjetivo* ou *função subjetiva* das regras do ônus da prova, que permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato(1)"

E conclui o mesmo autor:

"Sucedem que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar a verdade dos fatos. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar - afinal, é vedado o *non liquet*. É aí que surge a segunda perspectiva pela qual se podem enxergar as regras sobre ônus da prova: trata-se de regramento dirigido ao juiz (*uma regra de julgamento*), que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência, ao cabo

da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova. Sob esse ângulo, fala-se em ônus objetivo(2)".

Dentro deste contexto citado pelo autor, é possível afirmar que as regras processuais do ônus da prova podem ser dirigidas às partes, informando-lhes daquilo que precisa ser provado (ônus subjetivo); ou dirigidas ao órgão jurisdicional, como regra de julgamento, orientando-o caso haja insuficiência de provas (ônus subjetivo). É que, mesmo se não houver prova nos autos, o órgão jurisdicional deverá julgar, valendo-se das regras de distribuição do ônus da prova, cuja finalidade será orientar sua atividade jurisdicional. Portanto, mesmo sem prova ou com insuficiência delas, o juiz deve julgar - *non liquet*.

Em regra, ônus da prova é atribuído a quem alega a existência de um fato; a prova das alegações incumbe à parte que as faz (CLT, art. 818; CPC, art. 373, I e II). Constitui, assim, ônus do reclamante demonstrar a veracidade dos fatos constitutivos do seu direito, enquanto ao reclamado o ônus da prova limita-se aos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do reclamante.

Esta é a distribuição legal do ônus da prova, historicamente feita pelo legislador de maneira prévia, estática, fixa ou apriorística e abstratamente, ou seja, invariável de acordo com as peculiaridades da causa. Essa regra é chamada de distribuição estática do ônus da prova.

Ocorre que tal distribuição estática do ônus da prova nem sempre atende às peculiaridades do processo civil e, principalmente, do trabalhista, porque sobrecarrega o empregado, que não tem as mesmas condições e facilidades do empregador(3).

É a partir da percepção de que a aplicação de regras estáticas sobre a distribuição do ônus da prova poderia levar a sentenças injustas, por não considerar as peculiaridades do caso concreto e muito menos a igualdade real das partes no processo, que surge a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

3. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

Ao contrário da distribuição estática do ônus da prova, feita abstratamente e que leva em consideração a repartição do encargo probatório com fulcro na natureza dos fatos, a distribuição dinâmica, com vistas à realidade concreta de cada processo, impõe o ônus à parte que se encontre em *melhores condições de produzir* a prova.

Para aplicação correta da distribuição dinâmica do ônus da prova é preciso compreender o exato significado de *estar em melhores condições* para produzir a prova em um determinado processo. Certamente razões técnicas, profissionais, jurídicas ou econômicas podem dar ensejo à distribuição dinâmica da prova.

Mas não é só. É preciso que a parte à qual seja atribuído o ônus da prova esteja efetivamente em posição privilegiada quanto ao material probatório, e a outra, por sua inferioridade material, encontre-se impedida de produzi-la. Há, assim, um transbordamento do simples posicionamento da parte como autor ou réu e, ainda, quantos à espécie dos fatos, sejam eles constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.

A aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova não deve se sobrepor às regras estáticas quanto ao ônus da prova, devendo ser aplicada somente quando se identifique extrema dificuldade ou mesmo a impossibilidade da parte de se desincumbir do seu ônus. A regra é a distribuição legal. A dinamização depende de decisão do juiz.

Essa decisão de distribuir o ônus da prova de modo diverso da distribuição legal, deverá se dar de forma fundamentada e expressa sobre quais fatos específicos ela recai, indicando o que caberá a cada parte provar, levando-se em conta qual delas têm melhores condições de fazê-lo.

A distribuição dinâmica do ônus da prova não necessariamente será aplicada a todos os fatos controvertidos do processo, pois poderá ser aplicada tanto a regra estática quanto a dinâmica no mesmo processo, a depender da dificuldade probatória em relação a cada fato individualmente considerado.

Importa destacar que a distribuição dinâmica do ônus da prova não se confunde com a inversão judicial do ônus da prova. É que na inversão do ônus da prova o juiz parte da premissa estática da prova segundo a qual quem alega um fato tem o ônus de prová-lo, e só então inverte-se o ônus de produção da prova. Por outro lado, na dinamização do ônus da prova o juiz ignora as qualidades de autor e réu, bem como quem alegou os fatos, para investigar, no caso concreto, quem tem melhor condição de produzir a prova(4).

Porém, é preciso observar que, principalmente no processo do trabalho, muitas vezes denomina-se *inversão* do ônus da prova situações típicas de *distribuição* de tal ônus. Talvez isso se dê por influência do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (sujeito que se assemelha em muito ao empregado em termos de hipossuficiência) por conta da sua desigualdade material em relação ao fornecedor.

Registre-se, por oportuno, que há casos de aparência de inversão do ônus da prova ou mesmo de sua dinamização que são, na realidade, simples aplicação das regras estáticas sobre distribuição do ônus probatório.

É certo também que há dificuldade na distribuição do *onus probandi* pelo fato de que as hipóteses de sua aplicação contêm muitos conceitos jurídicos indeterminados, tais como: *dificuldade em produzir a prova ou melhores condições da outra em produzi-la*.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é bastante difundida pela doutrina brasileira e já é aplicada pelos tribunais brasileiros.

Inegável, porém, a maior segurança jurídica trazida pelo Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/15, que consagra expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova no § 1º do art. 373, passando agora a funcionar como uma diretriz a ser seguida para a dinamização do ônus da prova.

Esta previsão legal do Código de Processo Civil aplica-se ao processo do trabalho por força da RESOLUÇÃO nº 203 do Tribunal Superior do Trabalho, de 15 de março de 2016, que editou a Instrução Normativa nº 39, dispondo sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho(5).

O art. 3º, inciso VII, da Instrução Normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho tem a seguinte previsão:

Art. 3º - Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

()

VII - art. 373, §§ 1º e 2º (distribuição dinâmica do ônus da prova);

Já os §§ 1º e 2º do art. 373 do Novo Código de Processo Civil têm a seguinte redação:

Art. 373 - O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 1º - Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior

facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

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

Uma observação importante: não se pode olvidar que, no entanto, a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista nos § 1º do art. 373 do Novo Código de Processo Civil é hipótese excepcional.

Assim, a regra continua a ser aquela disposta no *caput* do mesmo artigo. Qual seja, incumbe ao autor o ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito; ao réu, cabe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

É que a dinamização do ônus da prova tem espaço para sua aplicação somente quando a regra clássica dos encargos probatórios for capaz de conduzir à prova diabólica(6), que é aquela que conduza à impossibilidade ou extrema dificuldade em produzir a prova, ou quando a parte contrária tiver maior facilidade de obtenção do fato contrário.

Ressalte-se que a parte que tiver de suportar o ônus da prova não pode ser pega de surpresa. Desse modo, em respeito ao princípio do contraditório, o momento oportuno para distribuição do ônus probatório deve ocorrer em tempo hábil para que a parte possa produzir a prova, pois a dinamização da prova não possui caráter punitivo.

É exatamente isso que prevê a parte final do § 1º do art. 373 do NCPC, que contém a exigência de que seja dada a parte a oportunidade de se desincumbir do ônus da prova que lhe foi atribuído. Nem poderia ser diferente. Afinal, trata-se de decorrência lógica do princípio do contraditório. Com essa previsão expressa, deixa-se claro que a dinamização do ônus da prova deve ser vista como regra de procedimento (ou de instrução), não podendo surpreender a parte com a alteração do *onus probandi* somente na sentença.

Conforme já afirmado antes, a principal finalidade da distribuição dinâmica do ônus da prova é evitar que uma das partes no processo tenha que arcar com o ônus de produzir uma prova tida como diabólica. Cumpre destacar, porém, que se a dinamização do ônus da prova visa evitar a prova *unilateralmente diabólica*(7), também não pode conduzir à chamada prova diabólica reversa, entendida como aquela que causar um ônus excessivo à parte que inicialmente não estava onerada.

Foi exatamente isso que levou o legislador a dispor no § 2º do art. 373 do NCPC, que a distribuição dinâmica do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil. Verifica-se assim que a redistribuição do *onus probandi* encontra limite na prova diabólica reversa, sendo a ausência desta um requisito essencial.

Independentemente da Instrução Normativa nº 39 do Tribunal Superior do Trabalho (que dispõe que, entre outros, os §§ 1º e 2º do art. 373 do Novo Código de Processo Civil aplicam-se ao processo do trabalho) e sua contestada constitucionalidade, entendemos que tais disposições normativas sobre a dinamização do ônus da prova devem ter plena aplicação na justiça laboral. Via de regra o empregado está em posição de inferioridade material para a produção de provas, mormente naquelas ações que tem por objeto o dano moral, o assédio moral ou sexual. Trata-se de concretizar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, da igualdade e principalmente o da dignidade da pessoa humana.

4. Conclusão

A legislação trabalhista, desde o início da Consolidação das Leis do Trabalho, não evoluiu em relação à matéria probatória, ignorando a desigualdade material existente entre empregador e empregado.

Assim, tarefa importante coube à jurisprudência trabalhista no sentido de mitigar a hipossuficiência do empregado em se desincumbir de seu ônus probatório nos casos em que esse ônus se mostre intransponível ou excessivamente difícil ou, ainda, quando se verificar que o empregador tem maior facilidade em produzir a prova.

Esse desequilíbrio passou a ser corrigido impondo-se ao empregador maiores encargos na produção da prova com vistas à igualdade processual, à efetivação da justiça e concretização dos direitos fundamentais.

Sempre que o caso concreto revelar peculiaridades relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de uma das partes, em especial para o empregado, cumprir o encargo probatório ou, ainda, a maior facilidade da outra em fazer prova do fato contrário, deverá ser aplicada a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Portanto, diante do silêncio da legislação processual trabalhista quanto à distribuição dinâmica do ônus da prova, deve a justiça trabalhista, *mutatis mutandis*, seguir o caminho trilhado pelos §§ 1º e 2º do art. 373 do Novo Código de Processo Civil, viabilizando a justa distribuição do encargo probatório no processo do trabalho.

Referências:

CAIRO JR, José. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil; teoria da prova, direito probatório*. 11ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

FLEXA, Alexandre. *Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

MOURA, Marcelo. *Consolidação da Leis do Trabalho*. 3ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEVES, Daniel Assumpção. *Curso de Processo Civil* 4ª ed. Salvador; Ed. Jus Podivm, 2013.

Notas:

(1) DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, p. 110.

(2) DIDIER JR, Fredie. Op. cit. p. 111.

(3) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 617.

(4) FLEXA, Alexandre. *Novo Código de Processo Civil*. Salvador; Ed. Jus Podivm, 2015, p. 309.

(5) Por considerar que o Tribunal Superior do Trabalho invadiu competência da União ao dizer quais seriam os dispositivos do novo Código de Processo Civil que seriam aplicáveis ao processo trabalhista, assim como os que não seriam, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) pediu que o Supremo Tribunal Federal suspenda a eficácia da Instrução Normativa 39/2016 do TST. Até a conclusão deste artigo o Supremo Tribunal Federal ainda não havia se manifestado sobre o pedido de liminar da ADI 5.516 para suspender a eficácia da Instrução Normativa nº39 do TST.

(6) Essa expressão às vezes também é utilizada para se referir à prova de fato negativo, de algo que não ocorreu.

(7) Termo utilizado por DIDIER JR, Fredie

AGUIAR, Alyne Lopes. [A distribuição dinâmica do ônus da prova. Lex.](http://www.lex.com.br/doutrina/27151978-DISTRIBUICAO-DINAMICA-DO-ONUS-DA-PROVA) Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina/27151978-DISTRIBUICAO-DINAMICA-DO-ONUS-DA-PROVA>. Acesso em: 18 set. 2019.

ÔNUS DA PROVA

Atualização do CDC adota a teoria da carga dinâmica da prova

11 de agosto de 2014, 10h56

Por Andrea da Silva Souza Sanchez e Renan Bueno Ferraciolli

No momento em que se discute a “modernização” do Código de Defesa do Consumidor (CDC), várias foram as manifestações da sociedade sobre a necessidade de os juristas incumbidos dessa tarefa e, após, os parlamentares que se apropriassem do texto, não retrocederem nas conquistas já sedimentadas dos consumidores, atendendo ao que se propõe uma lei cujo enunciado diz a que veio: proteger o consumidor.

É justamente em um dos direitos básicos desse consumidor que se insere uma das relevantes ferramentas que mais atendem ao propósito do CDC: a inversão do ônus da prova (artigo 6º, VIII). Ainda que o comando seja claro, permanecem as discussões a respeito da aplicação do dispositivo, seja quanto às condicionantes a ele inerentes (caracterização da hipossuficiência ou vulnerabilidade), seja quanto ao momento processual de sua aplicação, o que será melhor explorado a seguir.

Ônus da prova

Não é possível negar a importância da prova para o processo, como já pontificava Bentham ao afirmar que “*el arte del proceso no es esencialmente outra cosa que el arte de administrar las pruebas*”[\[1\]](#).

Diante disso, para efetivamente proteger determinado grupo social (sujeito de direitos), fez-se necessário lançar mão de inúmeros dispositivos que invertem a lógica acima, como o fez o CDC ao preconizar a inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor, além de distribuí-la de forma diferente da habitual para garantir a proteção dele.

Ocorre que, mesmo na visão tradicional do processo, a atual disciplina do ônus probatório é colocado em xeque:

“(…) nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído — em muitos casos, por exemplo, veem-se diante de prova diabólica. E não havendo elementos suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento). É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus da prova atrofia nosso sistema e sua aplicação inflexível pode levar a resultados injustos”.[\[2\]](#)

Se isso fica evidente nas hipóteses em que há nítido desequilíbrio entre as partes (relação entre consumidor e fornecedor, empregado e empregador), mesmo nos conflitos entre iguais a adoção rígida da distribuição do ônus probatório pode ser muito prejudicial para o alcance do resultado adequado da demanda submetida ao Judiciário, afastando-o de sua finalidade precípua de promover e manter a paz social.

Nesse sentido a doutrina estrangeira passa a trabalhar com a “teoria da carga dinâmica da prova”, inicialmente tão bem defendida por Bentham, para quem a carga da prova

deve ser imposta, em cada caso concreto, à parte que possa realizá-la com menos demora, transtornos e gastos[3].

Entretanto, há muitas críticas sobre a adoção, no país, da teoria da carga dinâmica da prova, por força expressa do artigo 333 do Código de Processo Civil vigente, que, salvo melhor juízo, ilustra a adoção da mais pobre hermenêutica jurídica que pode ser conferida a uma lei: a interpretação literal.

Para justificar essa linha de raciocínio, oportunas as palavras de Paulo Rogério Zaneti:

“Nesse caminhar, temos que o principal fundamento da doutrina da carga dinâmica da prova é a *justiça*. Mas não é o único. Também se pode citar como fundamento da teoria da carga dinâmica da prova o dever que têm as partes de se conduzirem no processo com lealdade, probidade e boa-fé, o dever de colaborarem entre si para descobrirem a verdade dos fatos, assim como o dever de cooperação com o órgão jurisdicional para averiguar como ocorreram os fatos, a fim de que aquele possa proferir uma sentença justa”. [4]

Para por uma pedra em cima da celeuma instaurada, que tanto prejudica o bom andamento dos feitos ajuizados, o projeto de lei que tem por objetivo a atualização do Código de Processo Civil, atualmente em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 8.046/10), adota a teoria da carga dinâmica da prova, assim prescrevendo, em sua redação original[5]:

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

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

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

A disciplina do ônus da prova no CDC

O Código de Defesa do Consumidor, para concretizar a proteção e defesa do consumidor pretendidas, disciplinou o tema de duas formas: ora prevendo a inversão do ônus da prova a critério do juiz, enquanto direito básico do consumidor (art. 6º, VIII); ora atribuindo-o desde o início ao fornecedor (art. 12, § 3º, art. 14, § 3º e art. 38).

As maiores discussões em torno do tema no CDC repousam na condicionante da hipossuficiência para a aplicação da inversão do ônus da prova a critério do juiz e sobre o momento processual em que esta deve ser aplicada.

Acerca do primeiro tópico, uma das maiores autoridades em matéria de processo civil no país e autor do anteprojeto do CDC, professor Kazuo Watanabe, chegou a sustentar que o conceito de hipossuficiência seria o constante do artigo 2º, parágrafo único, da Lei 1.060/50, ou seja, de caráter meramente econômico. Mais tarde, entretanto, o professor Kazuo reviu essa posição[6], aproximando-se do que sustenta atualmente a doutrina consumerista, o que fica evidente neste excerto de Rizzato Nunes:

“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, de sua distribuição, dos modos especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício, etc.”.[7]

A outra discussão acerca do tema no CDC ganha contornos menos nítidos, haja vista o quilate dos defensores de cada uma das visões dissonantes. Para que não se torne o ponto central deste artigo, a divergência ficará restrita a doutrinadores de excelência:

“Quanto ao *momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova*, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do *juízo de julgamento da causa*”. (...) Efetivamente, somente após a instrução do feito, no momento da valoração das provas, estará o juiz habilitado a afirmar se existe ou não situação de *non liquet*, sendo caso ou não, conseqüentemente, de inversão do ônus da prova. Dizê-lo em momento anterior será o mesmo que proceder ao prejulgamento da causa, o que é de todo inadmissível”.[8]

“Controverte-se a respeito de se saber qual o momento processual em que deve se operar a inversão do ônus da prova (...), que o momento adequado para a inversão do ônus da prova seria o da fase instrutória, ‘mais adequado que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes’. Essa orientação parece ser a mais correta, seja porque a inversão do ônus da prova, como se viu, não é automática, seja porque mais consentânea com os princípios do devido processo legal”.[9]

Ocorre que o entendimento judicial foi consolidado pela 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça quando da conclusão do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 422.778-SP[10], confirmando o entendimento de que a inversão do ônus da prova, como regra de julgamento, deve ocorrer antes da prolação da sentença, preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se a possibilidade de produção de novas provas por aquele a quem foi atribuído tal ônus, após a instrução do feito.

Apesar da esperada pacificação do aludido entendimento, a disciplina do ônus da prova no CDC ganhará novos ingredientes se aprovada a redação do diploma submetido à discussão pelo senador Ricardo Ferraço, relator da Comissão Temporária de Modernização do Código de Defesa do Consumidor no Senado[11], consagrando-se a teoria da carga dinâmica e o momento no qual deve ocorrer a inversão, em consonância com o entendimento do STJ supracitado:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 282, DE 2012

Altera a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas e fortalecer os PROCONs e órgãos públicos do sistema nacional de defesa do consumidor.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 10 A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

CAPÍTULO I–A

DO PROCEDIMENTO DA AÇÃO COLETIVA

Seção I Disposições Gerais

Art. 90-A. A ação coletiva, na fase de conhecimento, seguirá o rito ordinário estabelecido no Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas neste Código.

§ 10 O juiz poderá:

I – dilatar os prazos processuais, em decisão fundamentada e ouvida as partes;

II – alterar a ordem da produção dos meios de prova, até o momento da prolação da sentença, adequando-os às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, sem prejuízo do contraditório e do direito de defesa.

(...)

Seção III

Da Tramitação do Processo

Subseção I

Da Resposta do Réu e da Audiência Ordinatória

(...)

Art. 90-D. Não obtida a conciliação e apresentada a defesa pelo réu, o juiz designará audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões, assegurado o contraditório:

(...)

VI – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova e sobre a possibilidade de sua inversão, em favor do sujeito vulnerável, podendo, desde logo, invertê-lo, sem prejuízo do disposto no art. 6o, VIII, atribuindo-o à parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração;”

A evolução da sociedade, pautada pelo consumo de massa, transformou radicalmente as relações sociais no decorrer do século XX, exigindo grandes reflexões dessa mesma sociedade e do Estado para dar respostas efetivas aos problemas cada vez mais complexos que iam surgindo.

Foi com esse espírito que o constituinte originário brasileiro de 1988 editou a Carta Maior, trazendo a defesa do consumidor ora como direito fundamental do cidadão, ora como princípio balizador da atividade econômica.

Nessa linha, um dos institutos mais festejados nesse sentido é o direito básico do consumidor à facilitação da defesa dos seus direitos, com a possibilidade da inversão do ônus da prova no processo civil.

Ainda que tenha suscitado discussões doutrinárias e judiciais por anos a fio, cada vez mais a disciplina do ônus da prova no processo civil passa a se assemelhar às inteligentes disposições do CDC, que, ainda que para restabelecer um necessário equilíbrio, consagra a ideia de que aquele que tem mais condições de produzir a prova é que deve fazê-lo.

E é por essa linha, mediante a adoção da “teoria da carga dinâmica da prova” que as atualizações do Código de Processo Civil e do Código de Defesa do Consumidor seguirão, para o bem da sociedade brasileira!

Referências

CARVALHO NETO, Frederico da Costa. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Edições Podivm, 2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de direito do consumidor. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Parte geral e processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

WATANABE, Kazuo In. GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2.

ZANETI, Paulo Rogério. O ônus da prova no Código de Processo Civil e sua flexibilização (A teoria da carga dinâmica da prova). Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

[1] BENTHAM, Jérémie. Tratado de las pruebas judiciales. Editora Ejea, 1959, Tomo I, p. 10, *apud* CARVALHO NETO, Frederico da Costa. Ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 3.

[2] DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Edições Podivm, 2006, p. 525.

[3] BENTHAM, Jérémie. Tratado de las pruebas judiciales. Tradução da obra original “Traité des preuves judiciaires” feita por Manuel Ossorio Florit. vol. II. Buenos Aires: EJEJA, 1971, p. 149, *apud* ZANETI, Paulo Rogério. O ônus da prova no Código de Processo Civil e sua flexibilização (A teoria da carga dinâmica da prova). Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009, p. 97.

[4] *Idem*, p. 124.

[5] Disponível na íntegra em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=099ACC5540776CEBEBD20E441AE91E1D.node2?codteor=831805&filename=Tramitacao-PL+8046/2010, acesso em 08.08.2014.

[6] WATANABE, Kazuo In. GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 2, p. 9.

[7] NUNES, Luiz Antonio Rizzato. Curso de direito do consumidor. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 852.

[8] WATANABE, Kazuo. *Idem*, p. 10-11.

[9] WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Parte geral e processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 211-212.

[10] STJ, Segunda Seção, Embargos de Divergência em Recurso Especial 422.778-SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 29.02.2012, publicado no DJe de 21.06.2012

[11] Versão de 26.11.2013, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=141522&tp=1>, acesso em 08.08.2014.

Andrea da Silva Souza Sanchez é diretora de Programas Especiais da Fundação Procon-SP e mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP.

Renan Bueno Ferraciolli é sócio do escritório Lopez Fonzaghi & Ferraciolli Advogados, mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP e Professor de Direito do Consumidor nas FMU-SP. Foi Assessor-chefe e Diretor de Fiscalização da Fundação Procon-SP entre 2011 e 2014.

Revista **Consultor Jurídico**, 11 de agosto de 2014, 10h56

- Souza, Eli Rogério de. ÔNUS DA PROVA . **Conjur.**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-11/atualizacoes-cpc-cdc-adotam-teoria-carga-dinamica-prova>. Acesso em: 18 set. 2019.

A distribuição dinâmica do ônus da prova

[Alyne Lopes Aguiar](#)

Publicado em 12/2016. Elaborado em 12/2016.

O ônus da prova passou a ter uma nova regulamentação legislativa, momento em que surge a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que se contrapõe à teoria estática de inversão existente no Código de 1973.

1.1 A PROVA COMO ELEMENTO DO PROCESSO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

A jurisdição é a função atribuída a um terceiro imparcial para solucionar um conflito, com aplicação das regras e princípios do direito postos de forma imperativa. Como a jurisdição apresenta várias características, para fins do objetivo desse trabalho iremos apresentar duas: substitutividade e imperatividade.

A substitutividade ocorre quando um terceiro imparcial substitui a vontade das partes pela vontade do direito posto e resolve o conflito apresentado. Vale ressaltar que essa característica não se aplica à jurisdição voluntária, a qual será adiante analisada, pois não há substituição da vontade das partes. A imperatividade é a manifestação de um poder que se impõe de forma obrigatória.

O órgão jurisdicional é regido por vários princípios, como investidura, territorialidade, indelegabilidade, inevitabilidade, inafastabilidade, juiz natural, inércia e outros. Para fins deste trabalho irei destacar alguns desses princípios.

O princípio da investidura reza que o exercício da jurisdição somente pode ser exercido por aquele que tenha sido regularmente investido na autoridade de julgador, seja mediante concurso público, nomeado pelo quinto constitucional ou definido pela Constituição Federal.

Já o princípio do juiz natural está consagrado em duas dispositivos constitucionais: proibição de juízo ou tribunal de exceção (artigo 50, inciso XXXVII da CRFB/1988) e ninguém será processado senão pela autoridade competente (artigo. 50, inciso LIII da CRFB/1988). Juiz Natural é o juiz competente de acordo com as regras gerais e abstratas previamente definidas na Constituição e nas leis processuais, bem como aquele que exerce suas funções com imparcialidade e independência.

Vale frisar que a jurisdição não é exercida apenas pelo poder judiciário, outros poderes da república podem exercê-la. A título ilustrativo, podemos citar o conhecido processo de [impeachment](#) da Ex-Presidente da República Dilma Ruosseff, neste caso o Poder Legislativo exercendo seu poder de jurisdição, analisando as provas colhidas, julgou a Ex-Presidente da República.

O processo na justiça, em regra, é composto por três polos: autor ou sujeito ativo, que irá tentar, pelos meios admitidos em direito, comprovar que tem direito ao bem jurídico pleiteado; réu ou sujeito passivo, que irá se contrapor ao direito alegado pela requerente ; e o juiz ou julgador, como sujeito não parcial da lide, que irá sopesar os argumentos postos pelas partes, decidindo o conflito levando em consideração o seu livre convencimento motivado.

No momento da proposição de uma petição inicial, o autor da demanda precisa expor os fundamentos de fato e de direito que embasam o seu pedido. Com a apresentação da contestação, o réu no processo poderá tornar controvertidos os fatos ou apenas as consequências jurídicas que o autor pretende deles extrair.

Em suma, a controvérsia pode ser exclusivamente de direito, ou também de fato. Quando a controvérsia versar sobre um direito em regra não há necessidade de se instituírem provas, mas se essa controvérsia se relacionar aos fatos, incumbe às partes o dever de comprová-los.

No âmbito processual, o juiz, ao fazer a análise de um processo, realiza o seu convencimento a partir da narrativa dos fatos e da produção de provas como forma de decidir pela procedência ou improcedência de um pedido. A denominação de prova pode ser caracterizada como um elemento que vise contribuir para o livre convencimento do juiz acerca de determinada matéria, ou seja, todos os meios probatórios que as partes se utilizem em um processo serão analisado pelo magistrado em seu convencimento.

Nas palavras de Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p. 466), “[...] provas são os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo.” Para Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 242) “[...] prova é todo elemento trazido ao processo para contribuir com a formação do convencimento do juiz a respeito da veracidade das alegações concernentes aos fatos da causa.” Prova então é a maneira pela qual o juiz forma o convencimento de que determinado fato aconteceu com base nas alegações de direitos das partes.

Ao longo do processo, as partes vão apresentando alegações sobre fatos. Pode-se afirmar que um contrato foi celebrado, que um acidente ocorreu por estar uma das partes conduzindo seu veículo em alta velocidade, que um pagamento foi efetuado, que se exerce atividade profissional insalubre, que um produto foi adquirido com defeito etc. É absolutamente incontável a quantidade de diferentes alegações sobre fatos que as partes podem fazer ao longo de todo o processo. Ocorre que ao juiz incumbe estabelecer, ao decidir a causa, quais dessas alegações são ou não verdadeiras e, para isso, é preciso que ele forme seu convencimento. E para que tal convencimento possa formar-se, é preciso que sejam trazidos ao processo elementos que contribuam com sua formação. Pois tais elementos são, precisamente, as provas.

Na doutrina disciplinada por Haroldo Lourenço (2015, p. 31), no que concerne à valoração, ele afirma que existem três sistemas que disciplinam sua possibilidade:

"Existem, pelo menos, três sistemas para sustentar a possibilidade de produção de provas: o da civil law, da common law e o socialista. No primeiro, a prova é concentrada na audiência perante o magistrado, predominando o elemento escrito, o que retarda de certo modo a instrução processual. O segundo sistema avulta a importância da oralidade, produzida na presença de jurados, permitindo-se o sistema cruzado, através de perguntas e reperguntas diretas às partes, não existindo intervenção do Ministério Público na esfera civil, como se tem nos Estados Unidos da América. O terceiro sistema, abraçado por países do leste europeu, adota a predominância da oralidade, com o contato do juiz diretamente com as partes, na busca de uma verdade real. O sistema brasileiro é fruto de uma miscigenação do sistema da civil law e da common law, portanto, nosso sistema não é puro, é um sistema híbrido."

Segundo Haroldo, o sistema brasileiro é considerado híbrido, ou seja, se desenvolve a partir de uma mescla do sistema civil law com o sistema common law de valoração das provas.

Ainda com relação à valoração da prova, Daniel Amorim (2016, p. 960) conclui que “atualmente o sistema de valoração adotado pelo sistema processual brasileiro é o da persuasão racional, também conhecido pelo princípio do livre convencimento motivado.” Segundo esse princípio, o juiz é livre para formar seu convencimento, dando às provas produzidas o peso que entender cabível em cada processo, não havendo uma hierarquia entre os meios de prova. Isso, claramente, não significa que o juiz possa decidir fora dos fatos alegados no processo, mas sim que dará aos fatos alegados a devida consideração diante das provas produzidas.

A natureza jurídica das provas é um tema bastante controverso, tendo em vista haver grande divergência doutrinária sobre o tema. Didier Jr (2015, p. 80 apud Rego, 1985, p.18-19) ao tratar da prova em sua natureza materialista aduz que:

"Na ótica da teoria materialista, as normas sobre a prova são substanciais, tendo em vista disciplinarem a relação jurídica substancial subjacente. Exatamente por se dirigirem à formação do convencimento do juiz (ou do próprio jurisdicionado) em torno dessa certeza, são por ele aplicadas, como critério de julgamento, assim como as normas que regem a relação substancial deduzida em juízo."

Nas palavras de Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 374), “[...] as normas sobre prova têm natureza processual, uma vez que regularão o meio pelo qual o juiz formará o seu convencimento, a fim de exercer corretamente sua função jurisdicional.” Câmara traz sua visão de prova como um instituto do direito processual, tendo em vista ser regulado por todas as normas processuais em sua produção, entendendo-se a prova como sendo um instrumento processual cabível que possibilita ao magistrado a formação de sua convicção sobre os fatos narrados no processo que envolvem a relação jurídica objeto da tutela jurisdicional. Segundo Didier Jr (2015, p.80) a linha processualista regulou o CPC:

"Essa linha processualista acabou sendo adotada no CPC-1973 por Alfredo Buazaid, que incorporou toda a disciplina na matéria de prova. O CPC-1973 manteve a regência do direito probatório, assim como fez o CPC-2015, até porque era e ainda é a visão processualista a predominante."

A conceituação de prova engloba elementos objetivos e subjetivos, quais sejam os objetivos que tratam a prova como instrumento jurídico próprio que demonstra ao juiz se o fato existiu ou não, e o subjetivo como sendo a prova resultante de uma certeza jurídica relacionada à concretude do fato ou sua inexistência. Neste sentido aduz Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 242-243).

"[...] o termo prova pode ser [empregado](#) em dois diferentes sentidos, um subjetivo e outro objetivo. Do ponto de vista subjetivo, a prova é o convencimento de alguém a respeito da veracidade de uma alegação. É nesse sentido que se pode, então, dizer que em um determinado processo existe prova de que o pagamento aconteceu. Quem diz isto está, na verdade, a afirmar que se convenceu de que o pagamento foi feito. Trata-se, pois de uma percepção subjetiva da prova. De outro lado, em seu sentido objetivo, prova é qualquer elemento trazido ao processo para tentar demonstrar que uma afirmação é verdadeira. Assim, por exemplo, quando uma das partes diz que com o documento trazido aos autos faz prova do alegado, pretende-se afirmar que o tal documento é trazido

ao processo para demonstrar a veracidade da alegação. Aqui, a prova é percebida como um dado objetivo."

O objeto principal da prova não são os fatos e sim as afirmações dos fatos. Possuindo como características a controvérsia, em que o autor apresenta uma prova contrária à afirmação do réu e as partes discutem a respeito daquilo; a relevância, em que o tema precisa ser relevante para o processo, à afirmação tem que gerar mudança; e por fim a determinação, em que é necessária a determinação do tema no tempo e no espaço. Se não houver uma das características acima citadas não tem objeto a prova. Assim "não dependem de prova os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontrovertidos, em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade". (Art. 374 NCPC).

Aduz o NCPC, em seu artigo 369 que:

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

As partes tem o direito de empregar todos os meios de provas admitidas no direito, sendo típicas ou atípicas, desde que não contrariem as normas morais. Serve para que o juiz tenha o convencimento da decisão a se tomar no processo, analisando tanto o contraditório como a ampla defesa, vistos como meio de acesso à justiça, elementos essenciais ao direito probatório.

O direito à prova é um direito fundamental, constitucionalmente admitido em que se registra a ampla defesa e, apesar de ser um direito fundamental não se pode dizer que tem caráter absoluto, pois pode ser que encontre algumas limitações de outro direito fundamental. Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 257) disciplina:

"Pode-se afirmar que a prova é a alma do processo de conhecimento. É que só através das provas o juiz poderá reconstruir os fatos da causa e, com isso, produzir uma decisão que – construída através da participação em contraditório de todos os atores do processo – seja a correta para o caso deduzido. É através da atividade de produção e valoração da prova, portanto, que o processo de conhecimento poderá adequadamente produzir os resultados que dele são esperados."

Entende-se que a finalidade da prova é levar ao julgador a dinâmica fática ou jurídica quanto à certeza dos argumentos ou discussão jurídica, ou seja, a prova tem como finalidade a produção de uma convicção no que diz respeito à ocorrência de um fato no qual se baseia o direito. Assim, a finalidade da prova é formar o convencimento do magistrado no sentido de se fazer perceber quem apresentou a prova mais sólida e que faz jus ao provimento judicial benéfico, concedido por decisão judicial. Nesse sentido conclui-se que a prova se destina ao magistrado, entretanto não se pode falar que o juiz é o único destinatário da prova, pois a prova pode também se destinar a todos os sujeitos do processo.

No que se refere aos meios de prova, que são os meios admitidos no direito utilizados pelas partes para formação do convencimento, o CPC nos traz a prova testemunhal, o depoimento pessoal, a exibição de documentos ou coisa, a confissão, a prova documental, a prova pericial, a inspeção judicial e os documentos eletrônicos. Esta última modalidade não se fez presente no Código de [Processo](#) Civil de 1973, sendo portanto advinda do

NCPC. Essa inclusão e mudança no CPC demonstra que o direito vai se adaptando com andamento da sociedade.

Cabe ressaltar que não existe hierarquia entre os meios de provas no ordenamento jurídico, levando-se em consideração que o magistrado utiliza do princípio do livre convencimento, podendo embasar sua decisão em qualquer prova que venha a ser produzida no processo.

As partes não necessariamente devem utilizar-se dos meios de provas constantes no NCPC, pois o próprio artigo 369 prevê que se pode utilizar todos os meios de provas legais, como também os moralmente legítimos, abrindo brecha para as partes constituírem provas à sua maneira para provar a verdade sobre os fatos e realizar a convicção do magistrado, devendo estar presente o princípio da moralidade na elaboração da prova.

Realizada toda a instrução probatória que advém de um processo, o magistrado ao realizar seu convencimento no processo a partir das provas obtidas, emitirá sua decisão independente de a quem competia o ônus da prova.

1.2 O ÔNUS DA PROVA

A palavra ônus significa obrigação. No entanto, o seu significado na sistemática processual civil não tem esse significado. Nem o autor e nem o réu estão obrigados a produzir a prova que lhe foram incumbidos, no entanto caso não produza pode sofrer consequências processuais. O mais correto é dizer que ônus significa responsabilidade.

O ônus da prova é o encargo que decorre da ausência da prática de uma determinada conduta. É importante trazer o conceito formulado por Didier Jr (2015, p.106/107) "Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento". Na linguagem do direito processual, ônus é o nome usado para designar a atitude tomada, imposta a alguma das partes, para que se realize um interesse próprio.

Daniel Assunção Neves (2016, p. 656) afirma:

"A doutrina comumente divide o estudo do instituto do ônus da prova em duas partes: a primeira chamada de ônus subjetivo da prova e a segunda chamada de ônus objetivo. No tocante ao ônus subjetivo da prova, analisa-se o instituto sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção de determinada prova ("quem deve provar o quê"), enquanto no ônus objetivo da prova, o instituto é visto como uma regra de julgamento a ser aplicado pelo juiz, no momento de proferir a sentença, no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente. No aspecto objetivo, o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o non liquet diante de dúvidas a respeito das alegações de fato em razão da insuficiência ou inexistência de provas. Sendo obrigado a julgar e não estando convencido das alegações de fato, aplica a regra do ônus da prova."

Pelo conceito citado pelo aludido autor, o ônus da prova pode ser dividido em ônus subjetivo e ônus objetivo. No ônus subjetivo a regra de sua distribuição é destinada as partes, fazendo a verificação de a quem competirá a prova. Igualmente, existe o ônus objetivo que é a regra de julgamento utilizada pelo magistrado, que ao proferir sua sentença verificando a inexistência ou insuficiência de provas proferirá seu julgamento, muito embora desfavorável, tendo em vista que à parte competia o dever de provar e, a

mesma deverá arcar com as consequências do mau uso do seu direito na instrução probatória.

Tratando desse julgamento desfavorável Alexandre Freitas Câmara, (2016, p. 251) preceitua:

"[...] ao estabelecer uma distribuição, entre as partes, dos ônus probatórios, a lei processual fixa o modo como o caso concreto será decidido se houver insuficiência do material probatório. Neste caso, dever-se-á proferir decisão desfavorável àquele sobre quem incidia o ônus da prova daquilo que não esteja suficientemente provado."

Nas palavras de Haroldo Lourenço (2015, p. 71):

"Cumprir registrar que tais divisões de ônus, em efeitos práticos, se mostram pouco importantes, pois, depois de produzida a prova, pouco interessa saber se a parte onerada conseguiu ou não carrear para os autos os elementos necessários à demonstração do fato a ela favorável, visto que, pelo princípio da comunhão ou aquisição da prova, depois de produzidas não pertencem mais a qualquer das partes, mas sim ao processo, pouco importando a origem subjetiva (art.371 de CPC/2015), Assim, não haveria qualquer sentido em dizer que cabe a esta ou àquela parte desenvolver a atividade de produção de prova."

O autor deixa registrado a respeito do ônus objetivo e subjetivo que eles têm pouca importância fática no processo, citando o princípio da comunhão da prova como meio de esclarecer que depois da produção das provas estas adentram no processo e não há relevância sobre quem foi o responsável pela sua produção.

Importante esclarecer que existe a possibilidade de que as provas produzidas na instrução probatória não serem suficientes para a comprovação dos fatos. Mesmo com a inexistência de provas, deve o juiz proferir um julgamento, tendo em vista que existe o *non liquet*, ou seja, não pode o juiz deixar de julgar um processo por não saber como irá decidir.

Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2016, p.470) entende que "O juiz não se exime de sentenciar, alegando que os fatos não foram esclarecidos. Não há possibilidade do *non liquet*, em que ele se recusa a julgar, aduzindo que não conseguiu formar a sua convicção." As regras referentes ao ônus da prova não são de caráter procedimental, são regras utilizadas para fins de julgamento pelo magistrado.

De acordo com o NCPD em regra o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O fato constitutivo é aquele no qual o autor afirma a titularidade de um direito, devendo ele se firmar em provas para constituir suas alegações. Tem-se como fato extintivo aquela situação jurídica que põe fim à relação obrigacional de direito, pode se dá através do pagamento, da compensação e prescrição. É impeditivo aquele fato que em sua essência impossibilita a produção de seus efeitos, gerando o impedimento do direito alegado pela parte autora de um processo, por não constarem os requisitos essenciais que geram a validade em um negócio jurídico. Já o fato modificativo é aquele que tem por finalidade a alteração da existência de um direito. Caso as partes não comprove o fato como constitutivo, modificativo ou extintivo Haroldo Lourenço (2015, p.29) leciona:

Assim, se o autor não demonstrar o fato constitutivo, julga-se improcedente o pedido e, ao contrário, se o demandado não conseguiu provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos, julga-se sem qualquer consideração com a dificuldade ou a impossibilidade de o fato ser demonstrado em juízo.

O NCPC mantém a regra de ônus do autor para com o fato constitutivo e ônus para o réu quando este apresentar fato extintivo, impeditivo ou modificativo, só que com a ressalva de que haverá a distribuição do ônus da prova. Em outras palavras, a regra ainda é o ônus estático; todavia, com possibilidade de dinamização para atender aos requisitos legais.

No Código de Processo Civil de 1973 o juiz não poderia mudar a regra do ônus, ou seja, o fato constitutivo do direito é ônus do autor e o fato extintivo, impeditivo ou modificativo é ônus do réu. É bem verdade que em um processo a discussão sobre os fatos não se baseia exclusivamente nos fatos extintivos, modificativos, impeditivos e constitutivos. Apesar de serem os que mais comumente aparecem nos processos esses fatos não serão os únicos embasadores de alegações de direito. Neste sentido Alexandre Freitas Câmara (2016, p.252) disciplina:

"Além desses quatro tipos de fatos, porém, outros podem ser alegados. Imagine-se, por exemplo, um processo no qual o autor cobra do réu uma dívida resultante de um contrato (sendo o contrato o fato constitutivo do direito do autor). O réu, então, alega em sua defesa o pagamento (fato extintivo do direito). Pode ocorrer, então, de o autor, na réplica, afirmar que o pagamento foi inválido por ter sido feito a mandatário sem poderes para recebê-lo (fato impeditivo da eficácia extintiva do pagamento). Pois o texto do art. 373 não dá solução a uma relevante questão: sobre quem incidiria o ônus da prova acerca deste último fato alegado (o "fato impeditivo do fato extintivo")? Daí por que é multissecular a afirmação de que o ônus da prova incumbe a quem alega (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat)."

Pela dinâmica do novo Código de Processo Civil o juiz poderá alterar essas regras, ou seja, ele poderá fazer com que o fato constitutivo de direito que é do autor seja transferido para o réu para que ele se contraponha a esse argumento. O juiz pode também entender que os fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que em regra pertencem ao réu sejam repassados ao autor. O magistrado poderá trabalhar com a distribuição e inversão do ônus de prova, assunto este que será tratado no tópico seguinte. Por fim, é importante consignar que a existência da regra do ônus da prova em nada interfere nos poderes instrutórios do juiz.

1.3 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

No tocante origem da Teoria de Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova Haroldo Lourenço (2016, p.87/88) apresenta algumas teorias que versam sobre o tema de distribuição do ônus probatório como a Teoria de Jeremy Bentham o qual destaca que a obrigação de provar deve ser imposta a quem tiver condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes. Como contraponto, a Teoria de Fitting e Lessona parte da premissa de que fatos em sintonia com padrões normais, habituais e ordinários das coisas da vida não precisam ser provados, porquanto se presume que todos têm conhecimento deles. Assim, apenas fatos extraordinários que, por qualquer razão, fujam aos parâmetros na normalidade, carecem de prova no processo. Essas teorias servem para demonstrar o indício de sua criação nos tempos mais remotos.

No ordenamento brasileiro, o primeiro diploma a positivar a inversão do ônus da prova, foi o CDC regulado pela lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, trouxe consigo a aplicação da inversão do ônus da prova nas relações de consumo, com previsão em seu artigo 6, inciso VIII, que instituiu:

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;

Essa previsão do CDC vem para garantir proteção para a parte mais vulnerável da relação de consumo, sendo atribuída pelo magistrado a inversão do ônus de provar, com o fito de facilitar a defesa do consumidor, considerado a parte hipossuficiente da relação.

Analisando o dispositivo fica claro que para que o magistrado inverta o ônus da prova devem ocorrer alguns requisitos. Primeiro deve ficar caracterizada a relação de consumo. Segundo quando for verossímil a alegação ou quando ficar demonstrada a hipossuficiência.

Considerando a previsão instituída CDC, o STJ passou a utilizar essa inversão nas relações consumeristas como veremos no seguinte recurso especial:

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA DE SAQUES INDEVIDOS DENUMERÁRIO DEPOSITADO EM CONTA POUPANÇA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. POSSIBILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA RECONHECIDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. ART. 14 DO CDC.

1. Trata-se de debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta bancária, efetuado mediante cartão magnético, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques. 2. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua hipossuficiência.

3. Reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório.

4. Considerando a possibilidade de violação do sistema eletrônico tratándose de sistema próprio das instituições financeiras, a retirada de numerário da conta bancária do cliente, não reconhecida por esse, acarreta o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC.

5. Recurso especial não provido.

(STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1155770 PB 2009/0191889-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/12/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 09/03/2012)

É possível notar que o STJ negou provimento ao recurso, interposto pela parte reclamada em primeira instância, fazendo jus ao [direito do consumidor](#) em ser invertido o ônus de provar. No mesmo sentido, o agravo de instrumento proferido pelo Tribunal de Justiça de [Minas Gerais](#) dispõe:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - ART. 6º, VIII DO CDC - REQUISITOS - PRESENTES - POSSIBILIDADE.

Uma vez configurada a relação de consumo, patente a aplicabilidade das normas e princípios esculpido pelo Código de Defesa do Consumidor. Diante da verossimilhança das alegações do Agravante, bem como sua hipossuficiência em relação ao Agravado, deve-se deferir o pedido de inversão do ônus da prova nos termos do que dispõe o art. 6º, VIII, do CDC.

(TJ-MG - Agravo de Instrumento Cv : AI 10024121398515001 MG, Relator: Antônio Bispo, Data de Julgamento: 31/01/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 15ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: --> DJe 07/02/2013)

Apesar de estar disciplinada a inversão apenas no Código de Defesa do Consumidor a jurisprudência vinha aplicado a inversão para casos que não envolvia relação de consumo. Vejamos uma decisão do STJ:

PROCESSO CIVIL. PROJETO "CADERNETA DE POUPANÇA" DO TJRS. SUSPENSÃO, DE OFÍCIO, DE AÇÕES INDIVIDUAIS PROPOSTAS POR POUPADORES, ATÉ QUE SE JULGUEM AÇÕES COLETIVAS RELATIVAS AO TEMA. PROCEDIMENTO CONVALIDADO NESTA CORTE EM JULGAMENTO DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA REPETITIVA. CONVERSÃO, DE OFÍCIO, DA AÇÃO INDIVIDUAL, ANTERIORMENTE SUSPensa, EM LIQUIDAÇÃO, APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA NA AÇÃO COLETIVA. REGULARIDADE.

1. É impossível apreciar a alegação de que restou violado o princípio do juiz natural pela atribuição a determinado juiz da incumbência de dar andamento uniforme para todas as ações individuais suspensas em função da propositura, pelos legitimados, de ações coletivas para discussão de expurgos em caderneta depoupança. Se o Tribunal afastou a violação desse princípio com fundamento em normas estaduais e a parte alega a incompatibilidade dessas normas com o comando do CPC, o conflito entre lei estadual e lei federal deve ser dirimido pelo STF nos termos do art. 102, III, alíneas c e d do CPC).

2. A suspensão de ofício das ações individuais foi corroborada por esta Corte no julgamento do [Recurso Especial](#) Representativo de Controvérsia Repetitiva nº 1.110.549RS, de modo que não cabe, nesta sede, revisar o que ficou ali estabelecido. Tendo-se admitido a suspensão de ofício por razões ligadas à melhor ordenação dos processos, privilegiando-se a sua solução uniforme e simultânea, otimizando a atuação do judiciário e dasafogando-se sua estrutura, as mesmas razões justificam que se corrobore a retomada de ofício desses processos, convertendo-se a ação individual em liquidação da sentença coletiva. Essa medida colaborará para o mesmo fim: o de distribuir justiça de maneira mais célere e uniforme.

3. Se o recurso interposto contra a sentença que decidiu a ação coletiva foi recebido com efeito suspensivo mitigado, autorizando-se, de maneira expressa, a liquidação provisória do julgado, não há motivos para que se vincule esse ato ao trânsito em julgado da referida sentença. A interpretação conjunta dos dispositivos da LACP e do CDC conduz à regularidade desse procedimento. 4. Inexiste violação do art. 6º, VIII, do CDC pela

determinação de que a instituição financeira apresente os extratos de seus correntistas à época dos expurgos inflacionários, nas liquidações individuais. O fato de os contratos terem sido celebrados anteriormente à vigência do Código não influi nessa decisão, porquanto se trata de norma de natureza processual. 5. Ainda que não se considere possível aplicar o CDC à espécie, o pedido de exibição de documentos encontra previsão expressa no CPC e pode ser deferido independentemente de eventual inversão do ônus probatório. Consoante precedente da 3ª Turma (REsp 896.435/PR, de minha relatoria, DJe 9/11/2009), a eventual inexistência dos extratos que conduza à impossibilidade de produção da prova pode ser decidida pelo juízo mediante a utilização das regras ordinárias do processo civil, inclusive com a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme o caso.

6. A autorização de que se promova a liquidação do julgado coletivo não gera prejuízo a qualquer das partes, notadamente porquanto a atuação coletiva deve prosseguir apenas até a fixação do valor controvertido, não sendo possível a prática de atos de execução antes do trânsito em julgado da ação coletiva.

7. Recurso improvido.

(STJ - REsp: 1189679 RS 2009/0004136-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/11/2010, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 17/12/2010)

Com isso, é notável que a inversão do ônus da prova já se faz presente na legislação brasileira há algum tempo e também vinha sendo aplicada, mesmo sem previsão normativa expressa. Para aplicá-la o julgador o fazia por meio de interpretações constitucionais.

A teoria da distribuição só foi positivada no NCPC, vindo a formalizar para as demais ações processuais que incluem um rol bem mais abrangente do que prevê o Código de Defesa do Consumidor regulando apenas a defesa nas relações de consumo.

Para a Teoria da Carga Dinâmica de Distribuição da Prova, o dinamismo do processo e a ideia concreta da lide é que levarão ao magistrado a percepção de quem reúne as melhores condições para provar e ele poderá trabalhar essas regras.

Alexandre Freitas Câmara (2015, p.84) ao fazer análise de quem estaria em melhores condições preceitua:

"Deve se considerar que quem está "em melhores condições de produzir a prova" é aquele que ocupa uma posição privilegiada ou destacada com relação ao material probatório, quando comparado com seu adversário. Em outros termos, em função do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, ou por estar na [posse](#) da coisa ou do instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova etc., está em melhor posição para revelar a verdade e seu dever de colaboração se acentua ao ponto de se atribuir o ônus da prova que, segundo as regras clássicas, não teria."

Com o intuito de afastar a prova diabólica do processo, ou seja, a chamada prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, a Teoria da Carga Dinâmica de Distribuição da Prova se faz surgir. A pessoa parte de um processo não deve ser prejudicada se a lei lhe impuser o ônus de provar a realidade dos fatos, quando na verdade a outra parte tiver melhores condições de assim o fazê-lo, por isso é essencial nestes casos à distribuição do ônus da prova para melhor aproveitamento da aplicabilidade do direito material.

O Código de [Processo](#) Civil de 1973, no seu art. 333, rezava que a regra do ônus da prova era estática e definida em relação ao autor, réu e magistrado, impondo que cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, os impeditivos, modificativos e extintivos de seu direito. Para Haroldo Lourenço (2016, p.81), “[..] a teoria clássica de distribuição rígida do ônus probatório, adotada pelo CPC de 1973, pode conduzir a julgamentos injustos, com base em incertezas probatórias, atrofiando o sistema processual.” Fica evidente a crítica feita por Lourenço à esta visão engessada da distribuição do ônus da prova contida do Código de Processo Civil de 1973. O NCPC advindo da lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, trouxe uma inovação no que diz respeito à dinâmica de distribuição na produção da prova, sendo possível a proposição das provas a quem melhor dispuser de meios comprobatórios, conforme o artigo 373 do NCPC:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

§ 20 A decisão prevista no § 10 deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 30 A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 40 A convenção de que trata o § 30 pode ser celebrada antes ou durante o processo.

A regra básica do anterior Código de Processo Civil (1973) continua presente, ou seja, em princípio, o autor deve provar os fatos constitutivos do seu direito e o réu os fatos modificativos, extintivos e modificativos do direito do autor, conforme os incisos I e II do artigo mencionado.

Diferente do anterior, o Código atual trouxe a possibilidade da regra de inversão do ônus de provar, podendo se dar por convenção entre as partes, por meio de determinação judicial ou legal.

A própria lei pode determinar, em certas situações, a inversão do ônus da prova, sem necessidade de qualquer atividade por parte do juiz. Alguns doutrinadores criticam essa nomenclatura, pois afirmam que não se trata de “inversão” do ônus da prova, mas apenas uma regra de distribuição diferente da regra tradicional.

Quando a regra de inversão resulta de uma convenção entre as partes existe uma alteração no sistema natural de distribuição. Quando o processo trata de interesse disponível, em que as partes tem a faculdade de fazer a renúncia dos seus direitos, não há impedimentos para a mudança no ônus probante ressalvado os casos de que tratam de direito indisponíveis ou que

tornem excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (Código de Processo Civil, 2015, art.373, parágrafo 3, incisos I e II).

Bruno Astuto Sampaio Fuga (2016, p. 12) leciona no que diz respeito as partes por convenção distribuírem o ônus de provar:

"Além da possibilidade do julgador fazer uso da carga dinâmica das provas (CPC/2015, art. §1º), poderão as partes também, por convenção, distribuírem de modo diverso o ônus da prova. Embora com texto diferente, seu conteúdo não se difere muito do CPC/1973, art. 333, parágrafo único, quando determinou que: "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." O texto legal do CPC/1973 já possibilitava a convenção sobre ônus da prova, embora com pouca aplicabilidade prática. Contudo, por um contexto geral do CPC/2015, este assunto poderá ser melhor aproveitado e, assim, ter mais aplicabilidade."

O texto legal do NCPC afirma que poderá existir convenção sobre ônus da prova, antes ou depois do processo, salvo se recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

A forma mais usual e a que será mais abordada neste trabalho é a dinamização do ônus da prova realizada por meio de decisão do julgador, sendo que ele irá analisar quem tem mais facilidade de produzir a prova.

Importante ressaltar que o art.373, § 2, do NCPC, veda o que a doutrina chama de prova bilateralmente diabólica, ou seja, nem autor e réu tem condições de produzi-la, não podendo o juiz inverter o ônus neste caso. Não teria lógica o juiz inverter o ônus de prova no caso de quem vai suportar o encargo não ter condições de produzi-las. Neste casos, deve ser aplicado a regra geral definida pelos incisos I e II, do art.373, do NCPC.

Analisando os dispositivos do Novo Código de Processo Civil, a decisão deve ser tomada no despacho saneador. Vale ressaltar que a parte que foi incumbida de produzir a prova terá o direito de contraditá-la, inclusive por meio de recurso de agravo de instrumento, conforme o art.1015, inciso XI, do NCPC.

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

(...) XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 10;

Quando se atribui o ônus de provar a uma das partes, sendo este ônus dado o que tiver maior possibilidade de realizá-la, assevera-se o direito de acesso à justiça, tendo em vista ser o processo um meio e não um fim em si mesmo, que busca adequar à prestação jurisdicional com a realidade de cada situação.

Mauro Cappelletti (2002, p.3) procurou definir o que seria acesso à justiça:

"A expressão "acesso à Justiça" é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas [sociedades](#) modernas, pressupõe o acesso efetivo."

O acesso à justiça se justifica como um meio de se compreender o processo, não se limitando ao simples ingresso judicial, como também ao acesso de toda a fase jurisdicional que o processo traz consigo, em todas as suas instâncias, sejam elas ordinárias ou extraordinárias, desde que respeitados os critérios de especificação.

Esse acesso deve ser analisado sob a perspectiva tanto do autor como do réu de um processo. A acessibilidade ao poder judiciário é de suma importância nos momentos em que uma parte quiser impetrar uma demanda ou uma reclamação, sendo também disciplinador para as partes apresentarem suas defesas.

Na perspectiva de acesso à justiça, o mesmo pode ser interpretado como um direito de ação, logo para que uma demanda ingresse na esfera judicial é necessário a propositura de uma ação, não sendo possível que um magistrado de ofício venha fazer essa propositura.

A CFRB/1988, artigo 5, inciso XXXV predispõe que "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito" trazendo consigo o momento que disciplina sobre o direito de acesso à justiça, sob a ótica de um direito fundamental, trazendo uma abordagem mais abrangente que o simples acesso ao poder judiciário quando ocorrer uma lesão de um direito.

Quando se busca a defesa de um direito, espera-se que o Estado-juiz tenha uma previsão que se adeque àquele direito, para que assim possa ser exercida a tutela jurisdicional garantida com o acesso ao judiciário, considerado o instrumento garantidor no que concerne uma ordem jurídica justa.

Portanto, ao realizar a distribuição dinâmica do ônus da prova à parte que melhor tem condições de constituir as provas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, encontra amparo constitucional, haja vista garantir o efetivo acesso à justiça, fazendo contraponto com o acesso material. O direito de acesso à justiça é visto como requisito no ordenamento jurídico que está para garantir a efetividade dos direitos.

O uso contemporâneo da Teoria da Carga Dinâmica de Distribuição da Prova e a sua positivação no NCPC veio para representar um mecanismo capaz de viabilizar uma aplicação jurisdicional mais efetiva e justa, tendo como base o princípio da isonomia processual possibilitando o acesso efetivo à justiça por qualquer parte que venha a litigar.

2 CONCLUSÃO

A jurisdição não pode mais ser vista mediante um estado de submissão do juiz à lei. Com a positivação do NCPC o sistema processual passou a englobar não só a regra estática de distribuição do ônus da prova em que o fato constitutivo do direito é ônus do autor e o fato extintivo, impeditivo ou modificativo é ônus do réu. O uso contemporâneo da Teoria da Carga Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova e a sua positivação no NCPC veio para representar um mecanismo capaz de viabilizar uma aplicação jurisdicional mais efetiva e justa, tendo como base o princípio da isonomia processual possibilitando o acesso efetivo à justiça por qualquer parte que venha a litigar.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Novo Código de Processo, Alterado pela lei 13.105 de 2015.

_____, Código de Processo Civil, Lei nº 5.925, de 1973.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 1155770 PB 2009/0191889-4. T3 - terceira turma. Ação de reparação por danos materiais e de compensação por danos morais. Inversão do ônus da prova Relator Ministra Nancy Andrighi. Dju, Brasília, 15 de Dezembro de 2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612398/recurso-especial-resp-1155770-pb-2009-0191889-4-stj>

_____, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial 1155770 PB 2009/0191889-4. T3 - terceira turma. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Dju, Brasília, 15 de Dezembro de 2011. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612398/recurso-especial-resp-1155770-pb-2009-0191889-4-stj>

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp: 1189679 RS 2009/0004136-6, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 24/11/2010, S2 - segunda seção, Data de Publicação: DJe 17/12/2010. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17919208/recurso-especial-resp-1189679-rs-2009-0004136-6>

_____, Superior Tribunal de Justiça, REsp 802.832/MG, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, segunda seção, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011). Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185733819/recurso-especial-resp-1186171-ms-2010-0053509-6> _____, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento Cv AI 10024121398515001 MG, Câmaras Cíveis Isoladas, 15 câmara cível, Relator Antônio Bispo, Julgamento 31 de Janeiro de 2013. Disponível em: <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114647972/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024121398515001-mg>

CÂMARA, Alexandre Freitas, O Novo Processo Civil Brasileiro, 2 ed. São Paulo, Atlas, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. 1 ed. Porto Alegre, Fabris, 2002.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 1,10 ed. Salvador, JusPodivm, 2015.

_____, Fredie. Curso de direito processual civil. Vol. 2,10 ed. Salvador, JusPodivm, 2015.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. A prova no Processo Civil. 1 ed. São Paulo, Boreal, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. [Direito Processual Civil](#) Esquematizado. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. Teoria dinâmica do ônus da prova no novo CPC. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8 ed. Salvador, JusPodivm, 2016.

AGUIAR, Alyne Lopes. [A distribuição dinâmica do ônus da prova](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 21, n. 4903, 3 dez. 2016](#). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54291>. Acesso em: 18 set. 2019.

O Código de Defesa do Consumidor, a distribuição do ônus da prova e o abuso de direito

Autor:

FONSECA, Evelini Oliveira de Figueiredo

RESUMO: O texto pondera a utilização desenfreada e não refletida do direito a inversão do ônus da prova, preconizado no Código de Defesa do Consumidor. Analisa, também, em quais circunstâncias ao consumidor deve ser garantido esse direito, uma vez que o ordenamento jurídico não o autoriza que ele se valha ilicitamente desse instituto para onerar (processualmente e financeiramente) os prestadores/fornecedores de serviços.

O CDC E O ÔNUS DA PROVA

Um aspecto importante do CDC, por muitas vezes, banalizado e mal aplicado, é a facilitação da defesa dos direitos do consumidor "segundo as regras ordinárias de experiências" (CDC, artigo 6º, inciso VIII - parte final).

Isto porque o Código de Defesa do Consumidor (CDC) não isenta o consumidor de trazer ao processo judicial um lastro probatório mínimo acerca dos fatos constitutivos do seu direito. Significa dizer que, nos casos em que se busca a reparação de danos materiais e/ou morais, caberá ao consumidor provar, essencialmente, a existência do alegado dano e do nexo de causalidade entre a atividade do prestador/fornecedor e esse dano, na relação jurídica estabelecida entre as partes.

Oportuno considerar que a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII do CDC) não é instituto de aplicação automática - sua aplicação dependerá de circunstâncias concretas do caso, a serem apuradas pelo Juiz, caso contrário haverá, por parte do consumidor, a ausência de produção de prova mínima acerca do eventual vício/defeito do produto/serviço e, por via reflexa, a inviabilização do exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV da CRFB/88) pelo prestador/fornecedor.

Ainda, para que haja a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, necessária a caracterização da hipossuficiência do consumidor e da verossimilhança de suas alegações. A primeira, decorrendo da análise da relação de desproporcionalidade e impossibilidade de produção de prova, e não da simples condição de "ser consumidor". A segunda, decorrendo do juízo de probabilidade de verdade - o que se faz, pelo Juiz, considerando o contexto dos fatos trazidos aos autos.

O Superior Tribunal de Justiça(1), há tempos, assentou entendimento no sentido de que a inversão do ônus da prova não é automática. Nessa linha, o repositório jurisprudencial estadual aponta que *cabe ao autor a produção de elementos mínimos da verossimilhança do alegado, sendo impossível atribuir ao réu o ônus negativo/diabólico da produção das provas e que a existência de verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência não retira a obrigação do autor em provar o fato constitutivo do seu direito.*(2)

O Professor Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira(3), no que tange a prova do fato constitutivo, são taxativos ao afirmar que ele "é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. E como é o autor que pretende o reconhecimento do seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento e existência".

Por sua vez, o CPC/15 manteve, como regra, a imposição à parte autora da produção dos fatos constitutivos de seu direito (art. 373, inciso I) e, em exceção, ou seja, somente após demonstrados os elementos mínimos da relação jurídica entre as partes e a excessiva dificuldade de produção da prova, a possibilidade de distribuição do ônus da prova de modo diverso (art. 373, § 1º).

Em consonância como raciocínio construído nos parágrafos acima, o § 2º do art. 373 do CPC/15, também, proibiu a distribuição dinâmica do ônus da prova quando ela implica em demasiado encargo à outra parte. O objetivo dessa sistemática é o de evitar que essa distribuição torne uma parte vitoriosa no processo pura e simplesmente por ter onerado a outra parte com uma incumbência(desarrazoada) que não consegue se desfazer.

Portanto, tomando-se como premissa que a distribuição do ônus da prova é regra de conduta e de julgamento, não pode o consumidor deixar de cumprir com o seu ônus legal, limitando-se a formular infundadas alegações no processo, que carecem de embasamento, e transferir (por erroneamente acreditar estarem "blindados" pelo CDC) ao prestador/fornecedor o dever de demonstrar que o seu direito existe e, mais, foi ou não violado.

ABUSO DE DIREITO

O princípio da boa-fé objetiva, presente e aplicável a todas as áreas do Direito, é norma que impõe, que proíbe condutas e que estabelece diretrizes comportamentais entre as partes envolvidas em uma relação jurídica obrigacional (material e processual).

Nas relações de consumo, a observância a esse princípio não poderia ser diferente; o consumidor, consciente de seus direitos e, por não ser menos importante, de seus deveres legais, não deve esperar que os prestadores/fornecedores sejam "garantidores universais"; incontestáveis financiadores de danos, por vezes, decorrentes de sua conduta negligente (§ 3º do artigo 14 do CDC).

Foi reconhecendo eventual, mas não rara, essa conduta ilegal do consumidor que o Código Civil (artigo 187) normatizou o abuso do direito como sendo ato ilícito do titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

É nesse contexto eu se propõe a reflexão acerca dos limites da aplicabilidade das proteções aos direitos consumeristas; quanto a tutela deve ser impositiva e quando não deve ser amparada, frente ao oportunismo circunstancial de um consumidor.

Tenha-se, como exemplo, o consumidor que alega ser de integral e irrestrita responsabilidade do restaurante a guarda de seus pertences e tem seu celular furtado no momento em que sai da mesa. Se, por um lado, é inegável que o restaurante possui o dever de manter a segurança de seus clientes e seus pertences, por outro lado, esse dever não exclui o mínimo de zelo e cuidado que também se espera dos clientes/consumidores com relação a seus próprios pertences.

CONCLUSÃO

Parafrazeando Daniel Amorim Assumpção Neves, a distribuição dinâmica do ônus da prova não foi positivada para fixar *a priori* vencedores e vencidos(4), pois trata-se de prova bilateralmente diabólica, ou seja, impossível ou excessivamente difícil de ser demonstrada por ambas as partes.

Portanto, a inversão probatória, sem que haja negativa de vigência ao próprio art. 6º, VIII do CDC, dada sua má-interpretação e aplicação, não somente desvirtua a finalidade teleológica do dispositivo como onera parte que, ainda que possua potencial econômico superior, não deu causa ao dano sustentado pelo consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: direito do consumidor; ônus da prova; distribuição; inversão; abuso de direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 76

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 7ª. ed., 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC - Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015, Inovações, Alterações e Supressões Comentadas*. São Paulo: Editora Gen/Método, 2015, p. 265.

Notas:

(1) STJ. AgRg no REsp 1181447/PR. Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Publicação em 22/05/2014; AgRg no AREsp 440.361/PE, Órgão Julgador: 4ª Turma. Relator: Min. Marco Buzzi. Publicação em 30/11/2015.

(2) TJRJ. Apelação cível nº 0000267-84.2013.8.19.0042. Órgão Julgador: 24ª Câmara Cível / Consumidor. Relator: Des. Flavio Marcelo de A. Horta Fernandes. Julgamento em 26/02/2015; Apelação cível nº 0151960-78.2012.8.19.0001. Órgão Julgador: 27ª Câmara Cível / Consumidor. Relator: Des. Maria Luiza Carvalho. Julgamento em 23/02/2015.

(3) DIDER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 76.

(4) NEVES. Daniel Amorim Assumpção. *Novo CPC - Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015, Inovações, Alterações e Supressões Comentadas*. São Paulo: Editora Gen/Método, 2015, p. 265.

A progressiva relativização do princípio da inversão do ônus da prova em matéria consumerista

Izabella Cunha

Uma das inovações do Código de Processo Civil de 2015 (“CPC/15”) foi a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz, prevista em seu art. 373, §º1.

A função do ônus probatório é atribuir à determinada parte o encargo de provar certo fato. Caso esta não o faça, poderá não ter sua pretensão acolhida pelo julgador, uma vez que não houve a prova de suas alegações. Assim, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento: verificando a insuficiência de provas sobre determinado fato, o juiz decidirá contra aquele a quem foi atribuído o ônus de prova-lo. Conforme ensina o Professor Humberto Theodoro Júnior, o ônus refere-se à atividade processual de pesquisar a verdade acerca dos fatos (1).

A inovação trazida pelo art. 373, §º1, CPC/15 foi a de permitir que o juiz distribua o ônus da prova de modo diverso ao preconizado nos incisos I e II do art. 373 – que trazem a regra geral da distribuição do ônus probatório – em algumas hipóteses. São elas: (i) nos casos previstos em lei; (ii) diante de excessiva dificuldade de cumprimento do encargo; (iii) ou, ainda, em casos de maior facilidade de obtenção da prova (2).

Assim, de forma diversa do Código de Processo Civil de 1973, que se limitava a determinar quando o ônus seria incumbido a cada parte e quando este não poderia ser distribuído, o CPC/15 traz como grande inovação a pormenorização dos casos em que o juiz terá a liberdade de distribuir o ônus.

Esta nova tendência já pode ser notada em julgados recentes, justamente em decorrência da referida liberdade do magistrado em relativizar as circunstâncias de inversão do ônus da prova, principalmente em se tratando de matéria consumerista. Neste caso, o art. 373 do CPC/15 atua em conjunção com o art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) (3), que versa sobre os requisitos para a inversão do ônus da prova em casos de consumo, quais sejam: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor.

Assim, apesar da existência de norma que expressamente permite a inversão do ônus em benefício do consumidor, o que vem sendo combatido é a cultura onde os consumidores creem que estão liberados do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito ou a crença de que a inversão será promovida de maneira automática.

Mesmo diante da caracterização da relação de consumo, continua o ônus da prova submetido, em regra, aos incisos II e III do art. 373 do CPC/15. A distribuição ou inversão do ônus só ocorrerá durante o curso do processo quando o juiz verificar a dificuldade do

consumidor de provar o fato constitutivo de seu direito ou não possuir condições técnicas para tanto, sendo necessário, também, que tal fato seja revestido de verossimilhança.

Em recentes julgados, os tribunais têm decidido pelo indeferimento do requerimento de inversão ônus da prova quando não preenchidos os requisitos acima. Podemos citar, por exemplo, recente julgado da primeira instância do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que entendeu da seguinte forma:

“O pedido de inversão do ônus da prova deve ser analisado com base em fatos que fujam do comum ou que ofendam de maneira grave a defesa das partes. A condição de consumidor não autoriza de forma absoluta a inversão do ônus da prova. Considerando a natureza do conflito, a obrigação de provar os fatos alegados cabe a parte autora, na forma prevista no artigo 373 do CPC. Assim, indefiro a inversão do ônus da prova, por entender que não se encontra configurada a hipossuficiência do autor em provar o alegado na inicial, sendo possível ao caso em tela, a produção da prova documental.” (4)

Na mesma linha foi o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que julgou o recurso de apelação, indicando que a inversão não é absoluta:

“Nada obstante, cumpre ressaltar que a inversão do ônus da prova, nas modalidades ope legis ou ope judicis, não é absoluta, porquanto as presunções dela decorrentes, para que aplicáveis, devem vir escoradas por um indício mínimo de existência do elemento de cujo ônus probatório o consumidor se pretende ver liberado, exigindo-se, sempre, a presença de verossimilhança das alegações, sob pena de se acolher teses infundadas, em desprestígio à lealdade e à boa-fé.” (5)

Assim, percebe-se que há verdadeira tendência ao fim do pensamento automático de inversão do ônus em favor do consumidor e um grande avanço na jurisprudência brasileira. Dessa forma, há agora o entendimento que somente diante da análise do caso concreto e de suas especificidades é que será operada a inversão da prova, havendo, então, harmonia entre o CPC/15 e o CDC em matéria de inversão do ônus probatório.

Mais informações podem ser obtidas com a equipe de direito consumerista do VLF Advogados.

Izabella Cunha

Advogada da Equipe de Contencioso Consumerista do VLF Advogados

(1) THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol I. 58 Ed. Rio de Janeiro: Forense.

(2) Art. 373. O ônus da prova incumbe:

(...)

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

§ 20 A decisão prevista no § 10 deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

(3) 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;

(4) 3ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, Proc. 0247366-24.2015.8.19.0001, j. 20/09/2018. Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2015.001.223869-9>>. Acesso em: 25/09/2018.

(5) TJSC, Apelação n. 0013445-98.2010.8.24.0064, de São José, rel. Des. Edegar Gruber, j. 08-09-2016

Cunha, Izabella. **A progressiva relativização do princípio da inversão do ônus da prova em matéria consumerista**, Disponível em: http://www.vlf.adv.br/noticia_aberta.php?id=570. Acesso em: 18 set. 2019.

JURISPRUDÊNCIA

Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova – possibilidade de inversão do ônus legal por decisão judicial

"O § 1º do art. 373 do CPC consagrou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ao permitir que o juiz altere a distribuição do encargo se verificar, diante da peculiaridade do caso ou acaso previsto em lei, a impossibilidade ou excessiva dificuldade de produção pela parte, desde que o faça por decisão fundamentada, concedendo à parte contrária a oportunidade do seu cumprimento."

(Acórdão 1081959, unânime, Relator: JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 14/3/2018)

DESENVOLVIMENTO DA TESE JURÍDICA NO INTEIRO TEOR DO ACÓRDÃO

"À luz do princípio da cooperação, do qual se extrai a *teoria dinâmica do ônus da prova*, a prova deve ser produzida pela parte que, no plano material, tem o comando dos dados e informações relevantes para o deslinde do litígio. A respeito do tema, anotam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

'Não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro. Muito pelo contrário. À vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma relação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar. Em semelhantes situações, vem o órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. Assim, cumprirá o órgão judicial com o seu dever de auxílio, inerente à colaboração. Providência desse corte visa superar a *'probatio diabólica'*, possibilitando um efetivo acesso à justiça. Nesse sentido, dentro de um processo civil organizado a partir da ideia de colaboração, deve o juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio para com as partes, dinamizar o ônus da prova sempre que as suas condicionantes materiais e processuais se façam presentes, a fim de outorgar tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante um processo justo. Não pode o juiz, em hipótese alguma, contudo, dinamizar o ônus da prova na ausência de quaisquer de suas condicionantes. A dinamização importa na atribuição do ônus de provar àquela parte que tem a maior facilidade probatória.' (Novo Código de Processo Civil Comentado, RT, 1.ª ed., p. 395/396)

(...).

Sob o enfoque da teoria em referência, ante a flagrante dificuldade de comprovação, pela Apelante, da disponibilidade de vaga em unidade de saúde situada nas proximidades de sua residência, tem-se que ao Apelado incumbe comprovar a inexistência de vaga, sobretudo porque ele, em momento algum o Apelado, negou a disponibilidade."

(Acórdão 1042640, maioria, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 9/8/2017)

ACÓRDÃOS REPRESENTATIVOS DA MATÉRIA

[Acórdão 1088688](#), unânime, Relatora: ANA CANTARINO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 12/4/2018;

[Acórdão 1088446](#), unânime, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 12/4/2018;

[Acórdão 1087061](#), unânime, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 5/4/2018;

[Acórdão 1082690](#), unânime, Relatora: CARMELITA BRASIL, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 15/3/2018;

[Acórdão 1063339](#), unânime, Relator: GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 29/11/2017.

JULGADOS EM DESTAQUE

- **TJDFT**

Autora beneficiária da justiça gratuita – insuficiência para a redistribuição do ônus da prova

"O caso concreto revela dificuldade em encontrar profissional que aceite realizar a perícia solicitada pela autora, beneficiária da justiça gratuita, ante o baixo valor previsto na Portaria Conjunta 53/2011 deste TJDFT. **O fato de a parte autora ser juridicamente pobre não autoriza, por si só, a distribuição do ônus da prova. O réu não pode ser penalizado pela condição financeira do autor.** A situação consiste, na verdade, na responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais, que devem ser suportados pela parte autora, que solicitou a prova, ainda que o ônus da prova seja transferido para o réu, conforme jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Decisão anterior do Juízo de origem atribuiu à autora o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, outra razão pela qual deve ser indeferida a distribuição dinâmica do ônus da prova." (grifamos)

(Acórdão 1095303, unânime, Relator: ESDRAS NEVES, 6ª Turma Cível, data de julgamento: 10/5/2018)

Inversão do ônus da prova em prol do consumidor – não transferência da responsabilidade pelas despesas com prova não requerida pela parte

"3. A inversão do ônus da prova deve ser deferida apenas diante da efetiva dificuldade, ostentada pela parte hipossuficiente em comprovar o fato constitutivo de sua pretensão, nos termos do art. 373 do Código de Processo Civil, a respeito da distribuição dinâmica do ônus da prova.

4. O art. 373, § 1º, do Código de Processo Civil dispõe sobre a previsão de inversão do ônus da prova diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo previsto no *caput* desse artigo.

5. A inversão do ônus da prova, por ser medida excepcional, não significa repassar para a outra parte a responsabilidade pelo pagamento das despesas com a realização da prova que notoriamente não requereu." (grifamos)

(Acórdão 993755, unânime, Relator: ÁLVARO CIARLINI, 5ª Turma Cível, data de julgamento: 8/2/2017)

- **STJ**

Inversão do ônus probatório – impossibilidade de transferência da responsabilidade pelo pagamento das despesas periciais

“A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que inversão do ônus probatório não acarreta a obrigação de suportar as despesas com a perícia, implicando, tão somente, que a parte requerida arque com as consequências jurídicas decorrentes da não produção da prova.” [AgRg no AgRg no AREsp 575905/MS](#)

REFERÊNCIAS

[Art. 93, IX, da Constituição Federal/1988:](#)

[Art. 373, §§ 1º e 2º; e 489, § 1º, todos do Código de Processo Civil/2015.](#)

<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/jurisprudencia-em-detalhes/onus-da-prova/facilitacao-na-obtencao-de-prova-2013-teoria-da-distribuicao-dinamica-do-onus-da-prova>

TJRJ

3ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, Proc. 0247366-24.2015.8.19.0001, j. 20/09/2018. Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2015.001.223869-9>>. Acesso em: 25/09/2018.

TJSC, Apelação n. 0013445-98.2010.8.24.0064, de São José, rel. Des. Edemar Gruber, j. 08-09-2016