ANDRÉ LUIZ MARCASSA FILHO

**TÉCNICA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA
E A EFETIVIDADE NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Doutor Ricardo de Barros Leonel

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

ANDRÉ LUIZ MARCASSA FILHO

**TÉCNICA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA
E A EFETIVIDADE NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Doutor Ricardo de Barros Leonel

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

ANDRÉ LUIZ MARCASSA FILHO

**TÉCNICA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA
E A EFETIVIDADE NO PROCESSO CIVIL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob a orientação do Professor Associado Ricardo de Barros Leonel.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2015

Autorizo a reprodução e divulgação deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Marcassa Filho, André Luiz.

Técnica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova e a Efetividade no Processo Civil / André Luiz Marcassa Filho; orientador: Ricardo de Barros Leonel. – São Paulo, 2015.
200 f.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade de São Paulo, 2015.

1. Introdução. 2. Do conceito de ônus processual e dos critérios de distribuição do ônus da prova. 3. A evolução histórica do tratamento das regras do ônus da prova. 4. Evolução histórica do instituto no processo civil brasileiro. 5. Da regra geral do ônus da prova no atual sistema processual civil brasileiro. 6. Das regras específicas sobre ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro. 7. Das inversões autorizadas do ônus da prova. 8. Da insuficiência do modelo rígido de distribuição do ônus da prova. 9. Dinamização do ônus da prova. 10. Da distribuição dinâmica do ônus da prova no projeto do novo CPC. I. Leonel, Ricardo de Barros. II. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Nome: Marcassa Filho, André Luiz.

Título: Técnica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova e a Efetividade no Processo Civil

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora

Prof.: _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Prof.: _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Prof.: _____	Instituição: _____
Julgamento: _____	Assinatura: _____

Agradecimentos

Agradeço

Ao Professor RICARDO DE BARROS LEONEL, meu orientador, por ter sido fundamental desde o início: por ter me auxiliado e me incentivado a desenvolver o tema da distribuição dinâmica do ônus da prova; por ter dividido seus conhecimentos em processo civil nas aulas da pós-graduação e nos contatos mantidos ao longo desses três anos;

aos Professores JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, não apenas pelos seus ensinamentos nas aulas da pós-graduação, mas, sobretudo, pelas sugestões e comentários feitos na banca de qualificação;

ao PINHEIRO NETO ADVOGADOS, onde tive os primeiros contatos com o direito processual civil e aprendi a encarar o Direito a partir de uma perspectiva prática, em contato com casos desafiadores, dentro de um modelo de advocacia que valoriza a ética, a responsabilidade e a excelência;

a SÉRGIO PINHEIRO MARÇAL, por ter sido muito importante para o meu desenvolvimento profissional, acadêmico e por seus ensinamentos ao longo desses oito anos;

aos meus pais, ANDRÉ LUIZ MARCASSA e GLAUCIA ELAINE JORDÃO, pela criação pautada em valores sólidos, pelo carinho diário e por terem sempre me apoiado incondicionalmente em todos os meus projetos profissionais e pessoais;

a DEUS, por me proporcionar saúde e por ter colocado em meu caminho essa intensa e gratificante experiência no meio acadêmico.

RESUMO

O presente estudo examina a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova e a possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro, incluindo a sua disciplina no Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Abordaremos as bases principiológicas da dinamização dos ônus probatórios, bem como os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que já sustentam a possibilidade da dinamização do ônus da prova com base no ordenamento jurídico atualmente vigente. Sustentaremos, todavia, que a adoção da técnica da dinamização do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro seria cabível somente de *lege ferenda*, com a aprovação do Projeto do Novo CPC pelo Congresso Nacional.

Por fim, no intuito de estabelecer os melhores critérios para utilização da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, foram analisados os dispositivos contidos no Projeto do Novo CPC, para vislumbramos que a aplicação da técnica, deverá ser excepcional.

Analizamos ainda que o magistrado brasileiro deverá aprimorar a sua função de organizador da fase instrutória do processo.

Sustentaremos que a técnica da dinamização do ônus da prova é complementar aos poderes instrutórios do juiz.

Todavia, como existem limites materiais, de cunho prático, ao exercício dos poderes instrutórios do magistrado, a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova se mostra útil e eficaz ao sistema processual brasileiro.

Assim, o juiz deverá se valer na sentença da técnica da dinamização do ônus da prova em desfavor da parte que deu causa à dificuldade ou impossibilidade de produção da prova, inviabilizando o acesso a determinado meio de prova.

Palavras-chave: Prova - Ônus da prova - Distribuição dinâmica - Novo Código de Processo Civil

ABSTRACT

The following essay examines the theory of dynamic distribution of the burden of proof and the possibility of its application in Brazilian law, including its discipline in the Project of the New Code of Civil Procedure.

We will cover the principles related to the dynamic distribution of the burden of proof as well as the doctrinal and caselaw understanding that already support the possibility of the switch of the burden of proof based on the currently prevailing legal system. However, we will argue that the adoption of dynamic distribution of the burden of proof in Brazilian law would be applicable only by *lege ferenda*, with the approval of the New Code of Civil Procedure by the Congress.

Finally, in order to establish the best criteria for use of the dynamic distribution of the burden of proof, the provisions contained in the Project of the New Code of Civil Procedure were analyzed to envision that the application of the technique should be exceptional.

We will also analyze that the Brazilian judge should enhance its organizer function of proceedings phase.

We will still sustain that the dynamic distribution of the burden of proof is additional in relation to the powers that the judge has in the ex officio proofs' production.

However, as there are material limits of the exercise of the Judge's power in the ex officio proofs' production, the technique of the the dynamic distribution of the burden of proof proves to be useful and effective in Brazilian legal system.

Thus, the judge must take into consideration the techniques of the switch of the burden of proof, on the judgment, to the detriment of the party that gave rise to the difficulty or impossibility of evidence, preventing access to certain evidence.

Keywords: Evidence - Burden of proof - Dynamic distribution - New Code of Civil Procedure

Sumário

1. INTRODUÇÃO	10
2. DO CONCEITO DE ÔNUS PROCESSUAL E DOS CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	17
2.1. Teorias ligadas à distribuição estática do ônus da prova	19
2.1.1. Posições de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti	19
2.1.2. Posição de Leo Rosenberg	26
2.1.3. Posição de Gian Antonio Micheli	30
2.2. Ideias que influenciaram o desenvolvimento da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova	35
2.2.1. Posições de Jeremy Bentham e René Demogue	35
3. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DAS REGRAS DO ÔNUS DA PROVA	38
3.1. Antecedentes remotos do instituto no processo civil romano	38
3.2. Da evolução histórica do instituto no direito medieval e no direito moderno lusitano	44
4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	52
4.1. Da evolução do instituto durante o período monárquico	52
4.2. Da evolução do instituto durante o período republicano até o CPC atual	56
5. DA REGRA GERAL DO ÔNUS DA PROVA NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	60
5.1. Ônus da prova subjetivo e objetivo	64
5.2. A regra do ônus da prova da perspectiva subjetiva	66
5.3. A regra do ônus da prova da perspectiva objetiva	70
5.4. Regras do ônus da prova como direcionadoras do comportamento das partes	73
6. DAS REGRAS ESPECÍFICAS SOBRE ÔNUS DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	76
7. DAS INVERSÕES AUTORIZADAS DO ÔNUS DA PROVA	81
7.1. Inversão convencional do ônus da prova	81
7.2. Inversão judicial do ônus da prova	85
7.2.1. Da verossimilhança das alegações do consumidor	90
7.2.2. Da hipossuficiência informacional	94
7.2.3. Da alternatividade da presença dos requisitos	100
7.2.4. Da inversão do ônus da prova <i>versus</i> prova impossível	103

7.2.5.	Do momento processual adequado da inversão	106
7.3.	Do não cabimento de inversão do ônus da prova em ação que não envolve relação de consumo	123
7.4.	Inversão do ônus da prova <i>versus</i> inversão do custeio da prova.....	130
7.4.1	Das regras acerca do custeio das provas	130
7.4.2.	Da jurisprudência brasileira acerca do custeio da prova.....	133
7.4.3.	Da impossibilidade de inversão do custeio da prova em razão da inversão do ônus da prova	144
7.4.4.	Do custeio da prova no Projeto de Novo CPC.....	147
8.	DA INSUFICIÊNCIA DO MODELO RÍGIDO DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	151
9.	DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	155
9.1.	Bases principiológicas da dinamização do ônus da prova	155
9.2.	Da doutrina acerca da possibilidade de dinamização do ônus da prova com base na interpretação sistemática e principiológica das regras do CPC e do CDC	158
9.3.	Da aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova pelos Tribunais.....	164
9.4.	Da possibilidade de adoção da técnica da dinamização do ônus da prova de <i>lege ferenda</i>	172
10.	DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CPC	177
10.1.	Da excepcionalidade da aplicação da técnica.....	177
10.2.	Do momento processual de aplicação da técnica da dinamização	182
10.3.	Do recurso cabível contra a decisão que determina a aplicação da técnica	186
10.4.	Da complementaridade da técnica da dinamização em relação aos poderes instrutórios do juiz	193
10.5.	Do acesso aos meios de prova como critério de utilização da técnica	202
11.	CONCLUSÃO	208
12.	BIBLIOGRAFIA	213

1. INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo, verifica-se que a sociedade é dinâmica e as relações sociais são alteradas de forma cada vez mais rápida. Em razão disso, o direito e o tema da prova também precisam se inserir nessa dinâmica de alterações e se adequar à realidade fática em constante mudança.

A relação processual, que envolve juiz e partes, é integrada por um complexo de situações jurídicas ativas e passivas. A marcha do procedimento é impulsionada pelo exercício e o cumprimento dos poderes, deveres, faculdades, ônus e sujeições que compõem o contexto da relação processual.

Do ponto de vista da teoria dogmática da aplicação do direito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que o conceito de prova jurídica traz em si conteúdo ético que deriva da própria etimologia do termo¹.

A análise do tema não se limita à perspectiva do ônus, podendo a prova ser analisada como poder ou direito², inclusive nos casos de antecipação sem o requisito da urgência, associada à própria garantia constitucional do devido processo legal. O estudo da prova como um ônus é, no entanto, de grande utilidade, tendo em vista as evidentes consequências práticas que a análise do ônus da prova gera no processo.

Os ônus processuais são institutos criados pelas leis de direito processual no intuito de limitar a vontade dos sujeitos processuais, o que é indispensável ao equilíbrio entre os

¹ “Não obstante a qualificação e os princípios de balizamento, a decisão não emerge automaticamente da subsunção do caso à norma. Há ainda o requisito da prova.

“A prova jurídica traz consigo, inevitavelmente, seu caráter ético. No sentido etimológico do termo – probatio advém de probus que deu, em português, prova e probo - provar significa não apenas constatação demonstrada de fato ocorrido – sentido objetivo – mas também aprovar ou fazer aprovar – sentido subjetivo. Fazer aprovar significa a produção de uma espécie de simpatia, capaz de sugerir confiança, bem como a possibilidade de garantir, por critérios de relevância, o entendimento dos fatos em sentido favorável (o que envolve questões de justiça, equidade, bem comum etc.)”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 319.

² YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 46 e ss; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

litigantes e à boa ordem processual³. Isso porque, com a imposição de ônus processuais, as partes sabem que seus comportamentos desidiosos ou omissos poderão importar em consequências nefastas aos seus interesses, caso optem por baixar a guarda e deixar de revidar adequadamente os golpes do adversário no litígio processual⁴.

Salvo as situações em que o litígio a ser dirimido pelo Poder Judiciário envolve apenas questões de direito, inexistindo controvérsia fática a ser apreciada como pressuposto para o julgamento da causa, as provas dos fatos alegados pelas partes são de fundamental importância para o processo. Para os litígios que envolvem questão de fato, as provas tanto dos fatos constitutivos do direito do Autor quanto dos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos dos direitos do Autor são, pois, relevantes para correta solução da controvérsia. Tornando-se controvertido um fato relevante para o julgamento do mérito, a diferença entre provar ou não é a diferença entre vencer ou sucumbir, entre ter reconhecido ou não o seu direito pelo Poder Judiciário.

É por tal razão que a lei estabelece abstrata e previamente a quem caberá o ônus de provar qual fato, ou seja, quem sofrerá as consequências da falta da prova, para que a parte onerada, seja o autor ou o réu, tenha a chance de tentar se desincumbir do respectivo ônus.

Neste sentido, vê-se que o direito processual criou as regras de distribuição do ônus da prova no sentido de evitar o pronunciamento judicial do *non liquet* nas situações em que não foram produzidas provas suficientes para elucidar a controvérsia. O princípio da vedação do *non liquet* justifica, portanto, a existência das regras de distribuição do ônus da prova às partes processuais, pois o juiz não se exime de julgar alegando que os fatos não estão adequadamente comprovados, cabendo-lhe julgar a ação procedente ou improcedente, de acordo com as regras de distribuição do ônus da prova.

Considerando a relevância do tema da prova para o direito processual e para a busca da verdade no processo, vale enfatizar que o instituto do ônus da prova sempre despertou interesse e grandes divergências entre os estudiosos. No limite do argumento, o

³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II, p. 202.

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II, p. 209.

sucesso de uma pretensão, quando está em discussão matéria fática, depende do resultado obtido com a produção da prova.

Para José Frederico Marques, a disciplina do *onus probandi* se situa "entre os problemas vitais do Processo"⁵. Já o doutrinador alemão Leo Rosenberg afirma que as regras de distribuição do ônus da prova formariam a "coluna vertebral do processo civil"⁶. Nos dizeres de Rogério Lauria Tucci,

Trata-se, esse tema, ônus da prova, indubitavelmente, de um dos mais complexos e controvertidos da ciência processual, sobretudo em razão das dificuldades que se apresentam aos estudiosos do direito processual civil como corolário das notórias deficiências existentes no processo relativamente à investigação da verdade⁷.

Tendo em vista essa importância do instituto do ônus da prova para o direito processual, mostra-se imprescindível conhecer sua evolução histórica ao longo da experiência humana. Segundo José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, "o presente melhor se esclarece, quando se vai buscar as suas raízes, situadas no passado"⁸. Neste sentido, o presente trabalho abordará as características do instituto do ônus da prova desde o processo civil romano, no intuito de buscar compreender adequadamente as suas atuais feições. Prosseguindo na análise histórica do instituto, abordaremos as peculiaridades da sua incorporação pelo direito medieval, posteriormente, pelo direito português e, por fim, pelo direito brasileiro.

⁵ MARQUES, José Frederico. *Instituição de Direito Processual Civil*, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 769.

⁶ "La importancia de las normas sobre la distribución de la carga de las afirmaciones y de la prueba es muy grande; se la ha denominado con razón 'la columna vertebral del proceso civil'". ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. por Angela Romera Vera da obra original intitulada *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (5ª. ed. München und Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951). Buenos Aires: EJE, 1955, p. 228.

⁷ TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. II, p. 349.

⁸ AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 1ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 21.

A técnica processual de se atribuir ônus às partes é muito marcante no processo civil dispositivo e tem por finalidade motivar as partes a participar ativamente do contraditório processual⁹.

No entanto, adotando-se a corrente doutrinária seguida por José Roberto dos Santos Bedaque, o juiz não deve se limitar a observar o princípio dispositivo e a iniciativa das partes para buscar a certeza quanto aos fatos controvertidos da demanda, pois um dos escopos do processo é a pacificação social, que somente é encontrada com as decisões fundadas na verdade¹⁰. Segundo Bedaque, a aplicação das regras de distribuição dos ônus probatórios e o exercício dos poderes instrutórios pelo juiz são “problemas a serem resolvidos em momento diversos”¹¹. Isso significa dizer que as regras de distribuição dos ônus probatórios, que atribuem às partes o ônus da prova, não subordinam os poderes instrutórios do juiz, haja vista que a aplicação das regras de distribuição dos ônus probatórios se dá no ato do julgamento do processo e o exercício dos poderes instrutórios na fase de produção de provas.

Não havendo a necessidade de se manter o respeito cego e irrestrito ao princípio do dispositivo, os poderes instrutórios do juiz se justificariam na medida em que cabe ao juiz o dever de contribuir na produção de provas em real igualdade com as partes, desde que se preserve o contraditório e o equilíbrio.

Nesse sentido, Barbosa Moreira afirma que o juiz não deve levar às últimas consequências os seus poderes instrutórios no que se refere à elucidação dos fatos controvertidos nos autos, pois poderá ocasionar excessiva demora na obtenção da solução final do litígio. Assim, o “juiz consciencioso”, levando em consideração o fator tempo como limitador do exercício dos seus poderes instrutórios, deverá se valer da lei, que lhe permite contornar “as remanescentes manchas escuras da matéria fática”, julgando o caso

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. III, p. 72.

¹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 52.

¹¹ “As regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. (...) Em síntese, o poder instrutório do juiz, previsto no artigo 130, não se subordina às regras sobre o ônus da prova; e não as afeta, visto que são problemas a serem resolvidos em momentos diversos”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 117-119.

com base na aplicação das normas legais de distribuição do ônus da prova, ainda que isso cause “certo ressabio amargo” em sua mente¹².

Assim, partindo-se da premissa da inevitabilidade da utilização das regras de distribuição do ônus da prova no sistema processual e do conteúdo ético das provas, esse trabalho abordará (i) as principais teorias sobre o conceito de ônus processuais e sobre a distribuição estática do ônus da prova; (ii) a evolução do instituto do ônus da prova desde o processo civil romano até as regras atuais previstas no sistema processual brasileiro acerca da distribuição estática do ônus da prova; (iii) os aspectos da regra geral de distribuição do ônus da prova no atual sistema processual brasileiro, (iv) as regras específicas acerca da distribuição do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, (v) das inversões autorizadas do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro e (vi) a insuficiência da regra geral estática de distribuição do ônus da prova para a garantia de um sistema processual justo e isonômico, tomando-se por base o sistema processual civil brasileiro.

Ao tratar da regra geral estática de distribuição do ônus da prova, será abordada as diferenciações entre os aspectos relativos ao ônus subjetivo e objetivo da prova e as perspectivas de análise do instituto do ônus da prova como regra de julgamento ou como regra de conduta das partes no processo¹³.

Todos os pontos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais polêmicos ligados à inversão judicial do ônus da prova serão abordados, como os requisitos para sua incidência, o momento processual adequado para a aplicação da técnica da inversão, o não cabimento da inversão do ônus da prova em ação que não envolve relação de consumo e a

¹² “A insistência do juiz em esclarecer cabalmente ponto a cujo respeito lhe pareçam faltar informações completa nos autos, levada às últimas conseqüências, pode acarretar demora excessiva na solução do litígio. A garantia do contraditório estará posta em causa se ao órgão judicial parecer que a testemunha a ser interrogada se expressaria com maior liberdade, e portanto prestaria depoimento mais útil, fora da presença da parte, que a constrange e inibe. A observância rigorosa de uma regra de preclusão processual talvez prive o juiz da aquisição de elemento probatório particularmente valioso. Esse e outros tantos conflitos entre soluções legítimas, a puxá-lo cada qual para um lado, assaltam a todo o momento o espírito do julgador. Se ele o tem muito sensível, dificilmente se tranqüilizará, em qualquer caso, com a lembrança da tábua de salvação que a lei lhe atira, quando lhe permite contornar as remanescentes manchas escuras da matéria fática pela simples aplicação das normas legais de distribuição do ônus da prova: é uma saída de que não há como prescindir, mas cuja utilização costuma deixar certo ressabio amargo na mente do juiz consciencioso.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.160.

¹³ “A identificação da natureza jurídica das regras sobre o ônus da prova sugere discussões, pois com uma ou outra linha de raciocínio, em cotejo com o princípio do contraditório e da ampla defesa, verificam-se as conseqüências relevantes no tratamento da questão e no desfecho da demanda.” LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 366.

impossibilidade da inversão do ônus da prova, em razão da inversão da responsabilidade pelo custeio da prova. Essa abordagem buscou ainda se valer de normas contidas em leis projetadas.

Sustentaremos, ainda, que a regra absolutamente estática de distribuição do ônus da prova é insuficiente para a garantia de um sistema processual justo e isonômico e que a técnica da distribuição do ônus da prova representa um avanço para o processo civil brasileiro.

No intuito de estabelecer os melhores critérios para utilização da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, veremos que o magistrado brasileiro deverá aprimorar a sua função de organizador da fase instrutória do processo, buscando delimitar com a máxima precisão os pontos controvertidos da demanda no despacho saneador. Além disso, sustentaremos que o exercício do poder instrutório do magistrado no intuito de garantir o quadro probatório mais consistente possível é fundamental para a correta utilização da técnica da distribuição do ônus da prova, pois a técnica da distribuição dinâmica deve ser suplementar ao exercício do poder instrutório do magistrado.

A adoção da dinamização do ônus da prova tem por finalidade, portanto, reduzir o número de demandas oportunistas, considerando que o ônus da produção de determinada prova poderá recair sobre o sujeito processual imbuído de má-fé, que inclusive sabe ser impossível a sua produção, arcando com as consequências de eventual descumprimento desse ônus processual.

Dessa forma, verifica-se que a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova aplicada às situações concretas promoverá a construção de um quadro probatório mais consistente, que contribuirá para a formação do convencimento do juiz. Segundo Vicente Greco Filho¹⁴, não tem importância, de resto, qual das partes produz a prova: o que interessa é que alguma das partes a produza regularmente, e ela irá contribuir para a formação do convencimento do juiz.

Em suma, a indagação central do trabalho é: em que medida a proposta de adoção da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no sistema processual brasileiro,

¹⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 195-196.

consagrada no artigo 370 da atual versão do Projeto de Lei do Senado nº 166/2010¹⁵ (“Projeto do Novo CPC”), aprovada em 27.11.2014 na Comissão Especial do Senado, configura-se como medida efetiva para a garantia de um sistema processual mais justo e isonômico?

¹⁵ “Art. 370. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

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

2. DO CONCEITO DE ÔNUS PROCESSUAL E DOS CRITÉRIOS DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Antes de adentrarmos o tema, é importante entender quais são as opiniões de alguns dos mais consagrados processualistas sobre o conceito de ônus e sobre as teorias acerca da distribuição do ônus da prova, sem a intenção de esgotar o assunto.

A noção de ônus é uma das mais fundamentais da teoria geral do direito e da ciência processual, sendo dotada de plena autonomia conceitual em relação a outras situações jurídicas e diferindo, por exemplo, das noções de obrigação e de direito subjetivo. A esse respeito, Cândido Rangel Dinamarco afirma a utilidade dos estudos dos conceitos de ônus processuais, uma vez que

A teoria dos ônus processuais, sua conceituação, distinção de figuras afins, inserção no sistema do processo, constitui uma das mais lúcidas e preciosas contribuições que se aportara à sua ciência no século XX, servindo para esclarecer muitos pontos de dúvida e ditar o correto direcionamento e justa medida das consequências dos possíveis comportamentos comissivos ou omissivos das partes¹⁶.

No curso da história, os principais processualistas elaboraram algumas teorias no intuito de estabelecer critérios para justificar a distribuição prévia do ônus da prova entre os litigantes no processo.

Para se ter uma ideia, em sua obra *Teoría General de la Prueba Judicial*, o doutrinador colombiano Hernando Devis Echandía assinala que os critérios encontrados na doutrina e na legislação processual poderiam ser resumidos em oito, a saber: (a) o que impõe ao autor o ônus de provar; (b) o que exige prova de quem afirme; (c) o que exige ao demandante provar os fatos que embasam suas pretensões e ao demandado os fatos que embasam suas exceções; (d) o que exige a prova a quem alegue fato ou circunstância

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 283.

anormal; (e) o que impõe o ônus a quem inove; (f) o que tem em conta a natureza constitutiva, extintiva e impeditiva dos fatos; (g) o que atribui a cada parte a prova dos fatos que formam os pressupostos da norma cuja aplicação se reclama; (h) o que distribui o ônus segundo a posição da parte com respeito ao bem jurídico desejado ou o efeito jurídico perseguido¹⁷.

Apesar de suas diferenças marcantes, essas teorias, minuciosamente descritas na obra de Echandía, com exceção às ideias de Jeremy Bentham e René Demogue, possuem pelo menos um traço comum: o fato de estabelecerem os critérios para a distribuição do ônus da prova a partir de uma visão estática do processo, determinando de antemão, *a priori*, a quem toca o encargo de provar cada um dos fatos declinados no processo¹⁸.

Neste sentido, serão expostas, primeiramente, as teorias que sustentam uma visão ligada à distribuição estática do ônus da prova, como as teorias de Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Leo Rosenberg e Gian Antonio Micheli. Elas buscam sustentar a necessidade do estabelecimento *a priori* de regras de distribuição dos ônus probatórios entre as partes litigantes.

Conforme será exposto, as teorias de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti são as mais influentes do ponto de vista da legislação de países como Itália, Portugal, França, Espanha e Brasil.

A teoria de Leo Rosenberg e de Gian Antonio Micheli serão abordadas em razão de suas peculiaridades se comparadas às doutrinas tradicionais e influentes de Chiovenda e Carnelutti.

¹⁷ “El tema de la regla de distribución de la carga de la prueba es tan debatido como el de la naturaleza de la carga en general. Los criterios de autores y legisladores han sido muy diversos; nos parece, con todo, que pueden resumirse en ocho: (a) el que impone al actor la carga de probar; (b) el que exige probar a quien afirme; (c) el que exige al demandante probar los hechos de sus pretensiones y al demandado los de sus excepciones; (d) el que exige la prueba a quien alegue un hecho o circunstancia anormal; (e) el que impone la carga a quien innove; (f) el que tiene en cuenta la naturaleza constitutiva o extintiva e invalidativa de los hechos; (g) el que atribuye a cada parte la prueba de los hechos que forman los presupuestos de la norma cuya aplicación se reclama; (h) el que distribuye la carga según la posición de la parte respecto del bien jurídico deseado o el efecto jurídico perseguido” ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo I. 5ª ed. Bogotá: Temis, 2002, p. 453.

¹⁸ Vale frisar que a Autora reconhece posteriormente que “quase todas elas - à exceção da teoria de Jeremy Bentham e quiçá, da teoria de Gian Micheli - tinham o traço da rigidez” e trabalhavam com o critério estático da distribuição do ônus da prova. CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 38 e 70.

Posteriormente, abordaremos as ideias dos juristas Jeremy Bentham e René Demogue, que contribuíram para o desenvolvimento da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova. Suas ideias levam em consideração as particularidades e especificidades de cada caso concreto, bem como a questão da maior facilidade na produção das provas.

2.1. Teorias ligadas à distribuição estática do ônus da prova

2.1.1 Posições de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti

Os juristas italianos Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti desenvolveram, no início do século XX, algumas ideias fundamentais para nortear a distribuição dos ônus probatórios entre os sujeitos processuais e para o aperfeiçoamento do conceito de ônus.

Segundo Giuseppe Chiovenda, a natureza dos fatos a serem provados – se constitutiva, modificativa, extintiva ou impeditiva – define o critério da distribuição do ônus da prova entre os litigantes do processo¹⁹. Para Chiovenda, o autor deve provar os fatos constitutivos do seu direito, isto é, os fatos que normalmente produzam certos efeitos jurídicos. Já o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, aqueles que normalmente concorrem para a inexistência dos fatos constitutivos e que impossibilitarão que os fatos constitutivos produzam o seu efeito natural²⁰.

O que se extrai da exposição da teoria é que, em princípio, Chiovenda deixa a cargo apenas do autor o ônus de provar os fatos que constituem o seu direito. A partir do momento em que esses fatos são provados, desponha para o réu o ônus de declinar e provar fatos que ou concorram para a inexistência dos fatos afirmados pelo autor, ou, ao menos, sejam capazes de afastar seus efeitos.

¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile: le azioni, il processo di cognizione*. Napoli: Jovene, 1980, p. 185-188.

²⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2 ed. Napoli: Jovene, 1935-1936, v. II, p. 503.

Influenciado pelas ideias de Chiovenda, Francesco Carnelutti foi o primeiro jurista a lograr distinguir os conceitos de “ônus” e de “obrigação”. Embora Carnelutti entenda que existe elemento formal comum entre “obrigação” e “ônus”, uma vez que ambos podem ser conceituados como vínculo a uma vontade, ele diferencia as noções de “obrigação” e de “ônus”, a partir da substância, explicando que, na obrigação, o vínculo é imposto para a tutela de um interesse alheio, enquanto, no ônus, o vínculo é imposto para a tutela de um interesse próprio²¹.

Giovanni Verde adota entendimento semelhante ao de Carnelutti, mas, diferentemente dele, sustenta que a figura do ônus deriva da contraposição entre ato necessário e ato devido, sendo o primeiro realizado pela satisfação de um interesse próprio e o segundo pela satisfação de um interesse alheio²².

Ao comparar normas materiais e normas instrumentais, Carnelutti afirma que as primeiras compõem imediatamente um conflito de interesses, impondo uma obrigação e atribuindo um direito subjetivo, e as segundas atribuem um poder de compor o referido conflito de interesses, impondo uma sujeição correlata. No caso das normas instrumentais, há, pois, faculdade de agir, isto é, a possibilidade de escolha de agir ou não e de qual forma, enquanto, na hipótese de obrigação, o indivíduo deve agir de forma específica²³.

²¹ “Dáltra parte la libertà giuridica è esclusa dalla soggezione, cioè dalla necessità di obbedire al comando, non invece dalla necessità di agire in un modo oltutto che in un altro per il raggiungimento di un interesse. Basta questa riflessione al fine di intendere la differenza tra il concetto di obbligo e il concetto di onere e, dáltra parte, la parentela tra la nozione di onere e la nozioni di facoltà. Noi parliamo di onere quando l’esercizio di una facoltà è posto come condizione per ottenere un certo vantaggio; perciò onere è una facoltà, il cui esercizio è necessario per il raggiungimento di un interesse. Obbligo e onere hanno comune l’elemento formale, consistente nel vincolo alla volontà, ma diverso l’elemento sostanziale, perchè il vincolo è imposto, quando vi è obbligo, per la tutela di un interesse altrui, e quando vi è onere, per la tutela di un interesse proprio”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova-Milano: CEDAM, 1936, p. 55.

²² “L’onere della prova nel processo appare alla mentalità moderna come il riflesso di una indubbia concettualizzazione, essendo la figura dell’onere derivata dalla contrapposizione fra atto necessario e atto dovuto, il primo compiuto per il soddisfacimento di un interesse proprio e il secondo per il soddisfacimento di un interesse altrui”. VERDE, Giovanni. La Regola di Giudizio fondata sull’Onere della Prova. In: *L’Onere della Prova nel Processo Civile*. Napoli: Jovene, 1974, p. 11.

²³ “In genere l’esercizio del diritto subbiettivo è materia di libertà e perciò rappresenta una facoltà; così si spiega la facile confusione tra diritto e facoltà (supra, n. 21); ma la scienza deve avvertire che non già il diritto, ma l’esercizio del diritto è una facoltà (supra, n. 21). Può anche darsi che, invece, l’esercizio del diritto sia necessario così nel senso dell’onere come nel senso dell’obbligo; ad esempio, il proporre la domanda in giudizio è senzadubbio un onere per quanto sia esercizio di un diritto; del pari il comprare o il vendere, che è pure esercizio di un diritto, può essere un obbligo derivante da un contratto preliminare; anche qui però non già un diritto può essere insieme un obbligo o un onere, ma il suo esercizio può esse il contenuto di questo o di quello.” CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, v. 1. Padova-Milano: CEDAM, 1936, p. 57.

Segundo Carnelutti, há também diferença entre o cumprimento de um ônus e o cumprimento de uma obrigação. Quando se trata de cumprimento de um ônus, realiza-se um ato necessário visando o interesse próprio; ao contrário, no caso do cumprimento de uma obrigação, o ato é devido, isto é, foi imposto pelo direito subjetivo visando o interesse alheio²⁴.

Carnelutti esclarece, ademais, que a parte vale-se do seu ônus se quiser obter um determinado proveito, sendo que o não cumprimento de um ônus provoca uma sanção econômica, no sentido de que ou a parte exercita o seu ônus, ou não poderá obter a tutela do seu interesse de outro modo²⁵.

A relevância do estudo de Carnelutti acerca da estruturação do conceito de ônus também pode ser vista no que diz respeito à classificação do ônus entre as possíveis situações jurídicas processuais passivas, ao lado das noções de sujeição e de obrigação²⁶. As situações jurídicas passivas, na visão de Carnelutti, nada mais seriam que um modo de ser de um sujeito processual em face de um conflito de interesses, em que há a subordinação do sujeito processual titular do interesse mediante a ameaça de um mal²⁷.

²⁴ “Il genus proximum dell’una e delle altre consiste nella necessità, la quale si risolve in un sacrificio e così nella subordinazione di un interesse; la differentia specifica tra la prima e le altre due sta in ciò che per la soggezione la necessità si risolve nella inefficacia e per l’onere o l’obbligo nel vincolo del volere; e tra la seconda e la terza riguarda l’appartenenza dell’interesse, a favore del quale sacrificio avviene: se questo è un interesse altrui, vi è obbligo; se è un interesse proprio, vi è onere.” CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, v. 1. Padova-Milano: CEDAM, 1936, p. 56-57.

²⁵ “Per accrescere la attività di questo diritto si può porre al suo esercizio una sanzione economica: o lo esercita la parte o questa non potrà ottenere altrimenti la tutela del suo interesse. La parte non viene posta al bivio tra il non esercizio della azione e, ad esempio, una pena; ma ha sempre una scelta da fare: o provocare il processo o adattarsi a perdere la tutela del suo interesse. Questa valutazione economica, che precede sempre l’esercizio della azione, costituisce il segreto del suo dinamismo. Per virtù di questa valutazione economica il potere diventa un onere: la parte deve valersi del suo potere se vuol procurarsi una determinata utilità.” CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*, v. 1. Padova-Milano: CEDAM, 1936, v. 1, p. 410)

²⁶ “Le figure delle situazioni giuridiche passive, a cui corrisponde la nozione generica del dover fare, sono tre: soggezione (in particolare, responsabilità), onere e obbligo”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova-Milano: CEDAM, 1936, v. 1, p. 56.

²⁷ “Come l’interesse è una posizione dell’uomo, così l’interesse giuridicamente protetto o giuridicamente subordinato costituisce ciò che si chiama una situazione giuridica. La situazione giuridica è perciò elemento del rapporto, il quale si compone di due situazioni combinate.

“c) La situazione giuridica passiva consiste nella subordinazione di un interesse attuata mediante una misura giuridica. Quando, come avviene per lo più, la misura adottata sia una sanzione, poichè questa opera nel senso da vincolare la volontà del titolare dello interesse subordinato mediante il timore del male minacciato, la situazione si concreta nella subordinazione di un interesse mediante un vincolo imposto alla volontà o, rovesciando i termini, in un vincolo imposto alla volontà per la subordinazione di un interesse”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova-Milano: CEDAM, 1936, v. 1, p. 25.

No que tange à distribuição do ônus da prova, Carnelutti sustenta o critério do interesse na afirmação, conforme o qual cada parte somente tem interesse em afirmar os fatos constitutivos de sua pretensão. Dessa forma, Carnelutti acaba por consagrar a clássica fórmula segundo a qual a parte demandante tem o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, sendo que à parte demandada, que “propõe a exceção”, incumbe o ônus de provar os fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor²⁸.

O critério do interesse na afirmação como norteador da distribuição dos ônus probatórios entre os sujeitos processuais é, dessa forma, um dos elementos comuns à obra de Giuseppe Chiovenda e de Francesco Carnelutti. Isso porque Carnelutti é enfático ao sustentar que compete a cada um dos sujeitos litigantes a comprovação dos fatos cujo reconhecimento possa conduzir ao julgamento favorável a sua pretensão²⁹. As noções de Carnelutti e Chiovenda sobre distribuição do ônus da prova, calcada nos interesses dos sujeitos processuais, aliam-se a uma concepção mais ligada ao processo civil dispositivo, em que a produção da prova é concebida como um ônus processual a ser exercitado sempre no interesse da respectiva parte, e tão somente em seu interesse.

Essas teorias que impõem o ônus da prova em função do interesse na afirmação e da natureza dos fatos a serem provados influenciaram não só o legislador italiano, como também, por exemplo, os legisladores portugueses, francês, espanhol e brasileiro.

O artigo 2.697 do Código Civil italiano prevê que (i) quem quer fazer prevalecer um direito em juízo deve provar os fatos que constituem o fundamento desse direito e (ii) quem alega a ineficácia de tais fatos ou alega que o direito se modificou ou se extinguiu deve provar os fatos sobre os quais sua exceção se funda³⁰.

²⁸ “Ha onere di provare chi ha interesse di affermare; pertanto, chi propone la pretesa ha onere di provare i fatti costitutivi e chi propone la eccezione ha onere di provare i fatti estintivi e condizioni impeditive o modificativi.” CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova-Milano: CEDAM, 1936, v. 1, p. 424.

²⁹ “l’onere di affermare e negare si ripartisce fra le parti, nel senso che è lasciato all’iniziativa di ciascuna delle parti far valere i fatti che essa vuole siano considerati dal giudice, che cioè ha interesse che siano tenuti per veri da lui”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 4 ed. Nápoli: Jovene, 1928, § 55, II, esp., p. 783.

³⁰ Em tradução livre. No original, “Art. 2697. Onere della prova.

Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda.”

Segundo a doutrina italiana, a regra do artigo 2.697 do Código Civil italiano distribui o risco da incerteza dos fatos relevantes entre autor e réu, com base no interesse que cada parte tem de provar os fatos em um sistema no qual o debate entre as partes pode travar-se plenamente. Portanto, o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos do direito que alega, enquanto o réu tem o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos desse direito³¹.

A respeito da forma de repartição dos ônus da provas entre as partes litigantes, o artigo 342 do Código Civil Português prevê que (i) àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos fatos constitutivos do direito alegado e (ii) a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita³². Tais premissas também podem ser verificadas, ainda que em enfoque parcialmente diverso, no artigo 516 do atual Código de Processo Civil Português, que prevê que “a dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita”.

No que tange ao sistema processual civil francês, embora haja doutrina que sustente a inexistência de regras claras sobre a distribuição de ônus probatórios³³, existem doutrinadores que sustentam que tanto o artigo 9º do atual *Code de Procédure Civile* francês³⁴ quanto o artigo 1.315 do *Code Civil* francês³⁵ estabelecem regras de divisão do ônus da prova entre as partes litigantes.

³¹ “La regola di giudizio posta dall’art. 2697 c.c. distribuisce tra attore e convenuto il rischio dell’incertezza su di un fatto rilevante in base all’interesse che ciascuna parte ha a provare il fatto, in un sistema in cui il contraddittorio tra le parti possa pienamente esprimersi, sussistendo un contrapposto interesse delle parti rispetto al contenuto della decisione. Pertanto l’attore ha l’onere di provare i fatti costitutivi del diritto che fa valere, mentre il convenuto ha l’onere di provare i fatti impeditivi, modificativi ed estintivi di tale diritto.” BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile*. Profili sistematici. Torino: G. Giappichelli, 2001, p. 87.

³² “Artigo 342º - Ónus da prova

1 - Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.

2 - A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.”

³³ “It is most important to decide which of the parties in a civil suit bears the burden of proving his allegations. If this party cannot bring in proof, he will not obtain the legal protections he seeks.

“On this basic problem neither the Code civil nor the Code de procedure civile has any satisfactory provisions. It has thus been left essentially to the courts, with the assistance of the legal writers, to fill the gaps left by the law”. GIVERDON, Claude. The problem of proof in French Civil Law. *Tulane Law Review*, v. 31, 1956-1957, p. 38.

³⁴ “Art. 9º. Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention”.

³⁵ No original “Article 1315. Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

A regra do artigo 9º do atual *Code de Procédure Civile* francês dispõe que incumbe a cada parte provar, nos termos da lei, os fatos necessários ao sucesso de sua pretensão. Ao mencionar o “sucesso de sua pretensão” como o elemento central dessa norma, o legislador francês define a distribuição dos ônus probatórios entre as partes com base no interesse de cada parte no sucesso de sua pretensão.

Segundo o doutrinador francês MM. Aubry et Rau, a regra do artigo 1.315 do *Code Civil* francês estabelece que todo aquele que propõe uma ação ou que opõe uma exceção tem que provar os fatos sobre os quais se fundam sua ação ou sua exceção³⁶. Segundo outros autores franceses, o referido dispositivo legal contemplaria o dever do demandante de apresentar as provas antes de estabelecer a exatidão dos fatos que são a base para o seu pedido e que, necessariamente, tendem a inverter o estado normal ou habitual das coisas³⁷.

Verifica-se que a doutrina francesa não estabelece uma distinção entre “obrigação de provar” e “ônus de provar”, muitas vezes se valendo dessas locuções diferentes para expressar a mesma ideia. Ainda que a doutrina francesa não tenha adotado as ideias de Carnelutti no sentido de distinguir a noção de ônus da noção de obrigação, o fato é que o artigo 1.315 do *Code Civil* francês é interpretado pela doutrina francesa como um parâmetro para definir a incumbência das partes de produzir as provas que demonstrem os fatos que fundamentam as suas pretensões.

“Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.” Em tradução livre: “Aquele que reclama a execução de uma obrigação deve prová-la. Reciprocamente, aquele que pretende ser liberado [de uma obrigação] deve provar o pagamento ou o fato que tenha extinguido a obrigação”.

³⁶ “Toute personne qui forme une action en justice, ou qui oppose une exception à une exception dirigée contre elle, est, en général, tenue de prouver les faits dont son action ou son exception supposent l'existence. Actori incumbit onus probandi. Excipiendo reus fit actor. Art. 1315, et art. de cet article.” RAU, MM. Aubry et. *Courts de Droit Civil Français: D'après la méthode de Zachariae*. Paris: Marchal et Billard, 1935, v. XII, p. 81.

³⁷ “Les règles posées par notre art. 1315 s'inspirent de ce principe que la nécessité de prouver s'impose à celui qui avance un fait contraire à l'état normal et habituel des choses ou bien à une situation acquise, tendant ainsi à modifier l'ordre des relations juridiques existant actuellement entre les parties et qui doit être considéré, jusqu'à démonstration contraire, comme conforme à la vérité et à la justice. L'on conçoit que celui qui s'élève contre cette présomption assume la charge d'en établir la fausseté. En fait, la paix sociale serait perpétuellement menacée si toute personne pouvait à chaque instant et sur une simple interpellation être forcée de justifier de la légitimité des droits qu'elle exerce et d'établir à l'égard de tout prétendu créancier qu'elle n'est réellement pas son débiteur. Elle échappe, grâce à sa situation actuelle et de par la volonté du législateur, à toute exigence d'explications, tant que la prétention élevée contre elle n'est pas appuyée de moyens de preuve efficaces. (...)” HERMAN, Fuzier; DEMOGUE, René. *Code Civil: Annoté*. (art. 1.315 a 1.386). Paris: Contant-Laguerre, 1935, v. 4, p. 11. No mesmo sentido, BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel; BARDE, Louis. *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des Obligations*, III (Première Partie). 2^{ème} ed. Paris: L. Larose, 1905, p. 401-402.

A Ley de Enjuiciamiento Civil (“LEC”), ao seu turno, estabelece no âmbito do direito processual civil espanhol quais são os ônus probatórios do autor e do réu reconvinte (artigo 217.2), bem como quais são os ônus probatórios do réu e do autor reconvindo (artigo 217.3)³⁸.

A doutrina espanhola, ao analisar os referidos dispositivos da LEC, consigna que o princípio que rege “la carga de la prueba” é o de que aquele quem afirma algo deve acreditar suficientemente na afirmação, porque essa suficiência é o elemento básico para que o fato objeto de prova seja admitido como provado pelo Tribunal. Do contrário, a pretensão do autor, ou a pretensão do réu em seu ataque ao direito do autor, como reconvinte, serão rechaçadas³⁹.

Além disso, a doutrina espanhola afirma que autor e réu reconvinte devem assumir o ônus de provar a certeza dos fatos dos quais emanam os efeitos jurídicos ligados às pretensões por eles deduzidas na inicial e na reconvenção. Já o réu e o autor reconvindo devem assumir o ônus de provar os fatos que impedem ou extinguem a eficácia jurídica dos fatos alegados pelo autor e pelo réu reconvinte⁴⁰.

Tais noções também foram norteadoras da regra estática do ônus da prova que vigora no sistema jurídico processual brasileiro, conforme previsão do artigo 209 do Código de Processo Civil de 1939⁴¹, tendo sido praticamente repetido pelo artigo 333 do atual Código de Processo Civil (“CPC”)⁴², conforme se verá adiante.

³⁸ “Artículo 217. Carga de la prueba

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.”

³⁹ IRUZUBIETA, Carlos Vázquez. *Comentario a La Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2.ª ed. Madrid: Difusión Jurídica, 2012, p. 400.

⁴⁰ FUENTES, Fernando Toribios. *Comentarios a La Ley de Enjuiciamiento Civil*. Valladolid: Lex Nova, 2012, p. 371.

⁴¹ Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova. § 2º Se o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação.

⁴² Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

Não bastasse a influência do ponto de vista legislativo, essas ideias de Chiovenda e Carnelluti também influenciaram a doutrina processual brasileira. Nessa linha cabe mencionar o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco de que os ônus processuais são situações jurídicas processuais passivas que impelem o sujeito processual ao cumprimento de um ato no seu interesse⁴³.

2.1.2. Posição de Leo Rosenberg

Contemporâneo de Carnelutti e Chiovenda, o jurista alemão Leo Rosenberg realizou análise relevante do instituto do ônus da prova em perspectiva muito peculiar. A grande peculiaridade da teoria de Leo Rosenberg em relação às teorias expostas anteriormente se refere ao deslocamento do foco da problemática do ônus da prova dos fatos para o direito, mais especificamente, para o âmbito da aplicação do direito material.

Ao desenvolver sua tese sobre ônus da prova, Rosenberg trabalha com o conceito de ônus da prova com foco na aplicação do direito, no qual cada parte suportará o ônus da prova da existência de todos os pressupostos das normas de direito material, sendo que a não demonstração desses pressupostos inviabilizará sua pretensão de direito processual⁴⁴.

Segundo Leo Rosenberg, as regras sobre ônus da prova devem ser aplicadas aos casos concretos pelos juízes quando do julgamento dos casos em que há insuficiência de

⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. II, p. 201. No mesmo sentido, THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 80.

⁴⁴ “El problema de la carga de la prueba es un problema de la aplicación del derecho. Una norma únicamente puede aplicarse cuando la tipicidad hipotética abstratamente formulada y hecha su presupuesto por la ley se ha convertido en realidad concreta, y debe omitirse su aplicación cuando en caso de controversia el magistrado no ha logrado plena convicción. Los inconvenientes de esta incertidumbre los soporta la parte cuyo éxito procesal exige la aplicación de ese precepto jurídico. De esto surge sin esfuerzo el principio de la carga de la prueba: cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos (aun de los negativos) de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal, en una palabra: sobre los presupuestos de las normas que le son favorables.” ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. espanhola por Angela Romera Vera da obra original intitulada *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. (5ª ed. München und Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951). Buenos Aires: EJE, 1955, p. 222.

meios para o pleno conhecimento de todos os fatos, evitando-se o *non liquet*⁴⁵. Além disso, para Rosenberg, do ponto de vista do magistrado, não interessa quem teria provado o fato controvertido da demanda, mas sim que referido fato está provado⁴⁶.

Rosenberg também expõe seu entendimento acerca do duplo aspecto do ônus da prova, dividindo o conceito em ônus da prova objetivo (ônus da prova material ou ônus da comprovação) e o ônus da prova subjetivo (ou ônus da prova formal ou ônus de gestão da prova)⁴⁷, o que distingue sua teoria das teorias de Chiovenda e de Carnelutti, além de ter influenciado a teoria de Micheli, que será abaixo exposta.

Em razão de ser enorme a importância das regras de distribuição do ônus da prova, Rosenberg afirma que essas regras formariam a “coluna vertebral do processo civil”⁴⁸.

⁴⁵ “Dada la insuficiencia de nuestros medios y los limites de nuestras posibilidades de conocimiento puede suceder en cada proceso que no sea aclarado en todos sus detalles el acontecimiento que sirve de base a la controversia y que circunstancias importantes no puedan ser averiguadas. Pero tal non liquet en las cuestiones de hecho no puede conducir a un non liquet en las cuestiones de derecho: el magistrado debe dictar en cada caso una resolución. Este se le facilita gracias a las normas sobre carga de la prueba, que en tal caso le dan una indicación sobre el contenido de su sentencia; en particular, para resolver cuando ha mantenido incierta, en contra de la parte que soporta la carga de probar, la afirmación sobre los hechos”. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. espanhola por Angela Romera Vera da obra original intitulada *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (5ª ed. München und Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951). Buenos Aires: EJE, 1955, p. 221. Nesse sentido, COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove civili*. 2 ed. Torino: UTET, 2003, p. 177; MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 151.

⁴⁶ “Para esto es indiferente la causa por la que se han mantenido dudosos aquellos presupuestos, y si las partes y el tribunal se han preocupado por su aclaración y debieron preocuparse. También en un procedimiento con principio inquisitivo necesita el magistrado normas para el caso de incertumbre sobre las circunstancias de hecho, y no está privado de ellas. Y aun en nuestro procedimiento de sentencia ordinario, dominado por el principio de disposición, no interesa que precisamente la parte que soporta la prueba la haya producido, porque el magistrado debe tener en cuenta el contenido total de los debates (§ 286); así, la creación de las bases para la convicción judicial no es cosa exclusiva de quien soporta la carga de la prueba (arg. § 359, inc. 3): lo que interesa es únicamente lo comprobado, y no quién lo ha comprobado”. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. espanhola por Angela Romera Vera da obra original intitulada *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (5ª ed. München und Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951). Buenos Aires: EJE, 1955, p. 222.

⁴⁷ “Este aspecto de la carga de la prueba, que prescinde de toda actividad de las partes para establecer la verdad de los hechos controvertidos y para la cual únicamente importa la existencia objetiva de la incertumbre, es lo que quieren expresar las designaciones carga objetiva de la prueba o (menos conveniente) de carga material de la prueba y, especialmente, de carga de comprobación. Pero como en un procedimiento con principio de disposición los peligros de la incertumbre deben inducir a la parte amenazada por ellos a preocuparse por la aclaración de los elementos de hecho discutidos, se habla aquí más bien de carga de gestión de prueba, de carga de la prueba subjetiva y (no tan bien) de carga de la prueba formal”. ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. espanhola por Angela Romera Vera da obra original intitulada *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (5ª ed. München und Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951). Buenos Aires: EJE, 1955, p. 223.

⁴⁸ “La importancia de las normas sobre la distribución de la carga de las afirmaciones y de la prueba es muy grande; se la ha denominado con razón ‘la columna vertebral del proceso civil’ ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. espanhola por Angela Romera Vera da obra original intitulada *Lehrbuch des*

Segundo ele, para o estudo da distribuição do ônus da prova, é de suma importância verificar o direito no seu plano material, que atribui a cada uma das partes o ônus de provar os pressupostos de fato da norma de direito material que lhe é favorável. Afinal, quem quer fazer prevalecer o seu direito material tem o ônus da prova, seja na qualidade de autor, seja na de réu.

Segundo Rosenberg, não seria correto entender as regras de distribuição do ônus da prova levando em consideração a situação eminentemente concreta do processo. Isso porque, no modelo processual civil que ele propõe, a controvérsia sobre a distribuição do ônus da prova se desloca da visão subjetiva do processo singular ao domínio objetivo do direito material, ou seja, desloca-se da arena tumultuosa do litígio ao éter puro do ordenamento jurídico material⁴⁹.

Assim, para Rosenberg, a distribuição dos ônus probatórios aos sujeitos da relação processual seria uma questão puramente de direito substancial⁵⁰, estando baseada tanto em disposições legais expressas quanto em presunções legais, situações em que o adversário da presunção legal tem o ônus de realizar suas afirmações e de provar os fatos que devem produzir a situação contrária a da presunção⁵¹.

Para os outros casos, afirma Rosenberg que a distribuição dos ônus das afirmações e da prova segue o princípio segundo o qual *“cada parte suporta o ônus das afirmações e*

deutschen Zivilprozessrechts (5ª ed. München und Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951). Buenos Aires: EJE, 1955, p. 228.

⁴⁹ “No es correcto, a mi parecer, el punto de vista muchas veces sostenido según la cual la carga de la prueba debe distribuirse conforme a la situación concreta del proceso, según el modo de ser presentadas las afirmaciones por las partes. Nuestro principio transplanta, por decirlo así, la controversia sobre la distribución de la carga de la prueba, del modo de ver subjetivo que tiene en cuenta el proceso singular al dominio objetivo del derecho material, de la arena tumultuosa del litigio al éter puro del ordenamiento jurídico (...). El proceso concreto no ejerce influencia sobre la distribución de la afirmación y de la prueba.” ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2 ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 142 e 205.

⁵⁰ “La distribución de la carga de la prueba es sólo una consecuencia de la estructuración del derecho común.” ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2 ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2002, p. 164.

⁵¹ “La distribución de la carga de las afirmaciones y de la prueba entre ambas partes del proceso civil está presupuesta por las leyes (véanse, por ej., §§597, II, 598; BGB, §§345 y 358).

1. Se basa en disposiciones legales expresas, como son dadas, por ej. en BGB, §§179, I, 282; 345; 358; 363; 442; 542, III; 636, II; 2336, III; o por las presunciones legales, en tanto el adversario de la presunción tiene la carga de las afirmaciones y de la prueba para los hechos que deben producir lo contrario de la presunción (véase supra, § 113, I, 4).” ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. espanhola, por Angela Romera Vera da obra original intitulada *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (5ª ed. München und Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951). Buenos Aires: EJE, 1955, p. 225.

das provas sobre a existência de todos os pressupostos das normas que lhe são favoráveis”.

Rosenberg explica esse princípio nos seguintes termos a:

O fundamento do ajuizamento da demanda é o fato de que uma norma regula aquela situação, a chamada norma *fundamentadora do direito ou da demanda*, ou um conjunto de normas; seus efeitos beneficiam ao autor, e o ônus da prova de seus pressupostos, chamados de fatos fundamentadores do direito ou da demanda, corresponde ao autor. Os efeitos da norma fundamentadora do direito podem ser anulados mediante uma norma *impeditiva*, que elimina esse direito de plano, ou mediante uma norma *extintiva ou suspensiva*, depois do nascimento desse direito; estas normas têm, portanto, efeitos favoráveis para o demandado, que por isso suporta o ônus da prova sobre seus pressupostos, os chamados fatos impeditivos, extintivos ou suspensivos. A estes fatos podem se opor, por sua vez, outras normas cujos efeitos favoreçam ao autor, e então lhe corresponde ao ônus da prova de seus pressupostos, etc. A classificação das normas em uma ou outra categoria surge de sua *interpretação*⁵².

Alinhado à posição de Rosenberg, o processualista italiano Giovanni Verde também sustenta que a qualificação da natureza de determinado fato deverá ser buscada nas normas de direito material, apesar de que, para se obter resultado em uma investigação a ser realizada sobre o direito material, muitas vezes surgem dificuldades enormes⁵³.

⁵² “En lo restante, la distribución de la carga de afirmaciones y prueba sigue el principio desarrollado supra, I, 2: cada parte soporta la carga de afirmaciones y prueba sobre la existencia de todos los presupuestos de las normas que le son favorables. Porque las normas son favorables al actor o al demandado. El fundamento de la petición de la demanda es por lo regular una norma, la llamada norma fundamentadora del derecho o de la demanda, o un conjunto de normas; sus efectos benefician al actor, y por ello la carga de la prueba de sus presupuestos, de los llamados hechos fundamentadores del derecho o de la demanda, le corresponde a éste. Los efectos de la norma fundamentadora del derecho pueden ser anulados o enervados mediante una denominada norma impeditiva, que los ahoga de raíz, o mediante una norma extintiva o suspensiva, después de su nacimiento; estas normas tienen, por tanto, efectos favorables para el demandado, que por eso soporta la carga de la prueba sobre sus presupuestos, los llamados hechos impeditivos, extintivos o suspensivos. A éstos pueden oponerse, a su vez, otras normas cuyos efectos favorezcan al actor, y entonces le corresponde la carga de la prueba de sus presupuestos, etc. La clasificación de las normas en una u otra categoría surge de su interpretación (...).” ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. espanhola por Angela Romera Vera da obra original intitulada *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (5ª ed. München und Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1951). Buenos Aires: EJE, 1955, p. 225, não grifado no original.

⁵³ “... [I]l risultato di una indagine da svolgere sulla disciplina sostanziale, che spesso presenta enorme difficoltà”. VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*, Parte generale. 4ª ed. Napoli: Jovene, 1994, p. 143.

A atribuição do ônus da prova ao autor ou ao réu, segundo o pensamento de Leo Rosenberg, está intrinsecamente atrelada às normas de direito material e variará conforme cada litigante tenha a seu favor uma norma constitutiva ou contrária. Em regra, porém, cumprirá ao autor a prova dos preceitos fáticos da norma constitutiva, e ao réu, dos pressupostos das normas impeditivas⁵⁴.

Ao propor sua teoria sobre a distribuição do ônus da prova, Rosenberg não nega a classificação de Carnelutti e de Chiovenda em relação à natureza constitutiva, extintiva ou impeditiva dos elementos a serem demonstrados pelas partes. Entende, todavia, que autor e réu não buscarão tais elementos de natureza constitutiva, extintiva ou impeditiva nos fatos, mas sim no preceito normativo de direito material respectivo.

Assim, embora Rosenberg busque estabelecer uma regra de distribuição do ônus da prova geral e abstrata, a teoria proposta por ele não se afasta por completo da determinação do encargo no caso concreto, pois apenas caso a caso é que se poderá determinar a natureza da norma (constitutiva, extintiva ou impeditiva), bem como aquele litigante que tem interesse na sua aplicação.

2.1.3. Posição de Gian Antonio Micheli

Posteriormente às ideias de Chiovenda, Carnelutti e Rosenberg, outro expoente da doutrina processual acerca do conceito de ônus processual e das técnicas de distribuição dos ônus probatórios entre as partes é o italiano Gian Antonio Micheli.

O estudo da posição de Micheli sobre o tema mostra-se relevante, porque o autor, além de propor uma análise crítica das ideias de Chiovenda e Carnelutti, foi um dos primeiros doutrinadores italianos que buscou analisar a questão do ônus da prova

⁵⁴ “El demandante debe probar como realizados en los hechos, los presupuestos del precepto en el cual se funda su petición, esto es, los presupuestos de la norma fundadora (junto con los de las normas complementarias pertinentes); el demandado debe probar los presupuestos de la norma gracias a la cual trata de conseguir el rechazo de la demanda, esto es, los presupuestos de una norma impeditiva o destructiva o excluyente”. ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução por Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956, p. 130.

distinguindo seu aspecto subjetivo do seu aspecto objetivo, o que demonstra a influência da teoria do alemão Leo Rosenberg em sua teoria.

A teoria de Gian Antonio Micheli propõe uma crítica ao conceito de ônus formulado por Carnelutti no que tange à distinção entre ato necessário, ligado ao conceito de ônus, e ato devido, ligado ao conceito de obrigação. Segundo Micheli, o ato necessário, ao qual está ligado o conceito de ônus, tem por base a ideia de uma necessidade meramente prática, e não jurídica⁵⁵.

Micheli critica, igualmente, a posição de Carnelutti segundo a qual a parte se valerá do seu ônus se quiser obter um determinado proveito, sendo que o não cumprimento de um ônus provoca uma sanção econômica. Segundo Micheli, a consequência do descumprimento de um ônus, em determinadas hipóteses, pode acarretar uma sanção jurídica⁵⁶.

Ademais, Micheli se opôs a Carnelutti no que se refere à classificação do ônus como situação jurídica passiva e buscou desenvolver o conceito como situação jurídica ativa, destacando a liberdade e o poder conferidos à parte para a consecução de certo escopo, em benefício próprio.

A teoria de Micheli desloca o ponto central do fenômeno do ônus da premissa da “subordinação do sujeito processual titular do interesse” para a “outorga de um poder de vontade a um sujeito processual capaz de produzir determinado efeito jurídico”. Na noção de ônus de Micheli, o poder manifesta-se na valoração econômica que determina o livre agir da parte onerada, ou seja, a parte sobre a qual recai o ônus da prova tem o poder de definir se irá agir ou não para obter a tutela de seu interesse⁵⁷.

⁵⁵ “Il vincolo imposto in tal modo alla volontà del titolare del potere indica dunque la necessità pratica di un agire, necessità invero fondata sulla libertà riconosciuta dalla norma al titolare stesso, bene diversa quindi da quella immediata necessità di osservare il comando della norma giuridica, in che consiste il dovere ...”. MICHELI, Gian Antonio. *L’Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 96.

⁵⁶ “Sanzioni legali che discendono all’innosservanza di un onere possano avere diversa intensità, e comunque, pare interderle quali sanzioni giuridiche. Invero, qualora si consideri la decadenza come una conseguenza del mancato esercizio di un diritto (o di un potere) entro un termine perentorio (il que si presenta di frequente nel diritto processuale) non si può dire, a stretto rigore, che in tali casi non vi sia una sanzione giuridica, o quantomeno non vi sia una conseguenza giuridicamente rilevante (...)”. MICHELI, Gian Antonio. *L’Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 74.

⁵⁷ “(...) Il genus comune, cui più o meno consciamente si rifanno quanti spiegano l’onere in termini di obbligo, è il concetto di responsabilità, (...) mentre la differenza specifica tra la responsabilità verso il terzo

A liberdade de iniciativa das partes preordenada à satisfação do próprio interesse, a que alude Micheli, é atrelada à ideia de autorresponsabilidade, que, segundo Emilio Betti, é definida como o risco de consequências desvantajosas imputáveis à conduta própria, deficiente ou incauta, assumido pela parte no processo⁵⁸.

Ao buscar desenvolver o conceito de ônus com ênfase na ideia de poder, Micheli rompeu, de certa forma, o paradigma excessivamente liberal-privatístico que norteava o posicionamento de Carnelutti sobre o conceito de ônus, calcado no exclusivo critério do interesse na afirmação.

Ao lado de Micheli, o doutrinador colombiano Hernando Devis Echandía também sustenta a concepção de ônus como situação jurídica processual ativa. Segundo Echandía, ônus seria o

Poder ou uma faculdade em sentido amplo de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma, para benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequência desfavoráveis⁵⁹.

A teoria de Gian Antonio Micheli sobre a natureza jurídica dos ônus processuais está baseada na noção de ônus da prova objetivo, no sentido de que o juiz tem o dever de

e la responsabilità verso sé stesso consiste proprio in quella valutazione economica, que determina l'agire del'onerato, ed in que si manifesta, a mio avviso, l'esistenza di un potere, liberamente esercitabile, (...) Si pone pertanto in rilievo come il punto centrale del fenomeno dell'onere consista nel conferimento ad un soggetto di un potere de volontà, idoneo alla produzione di un certo effetto giuridico, di cui costituisce la condizione necessaria e sufficiente, il presupposto giuridico, di cui costituisce la condizione necessaria e sufficiente, il presupposto giuridico (...) per il suo conseguimento'. E continua: (...) 'Il verso è che in un ordinamento giuridico, qual è l'attuale, il concetto di potere può avere un significato, in quanto si ponga in evidenza l'aspetto caratteristico del fenomeno, e cioè la libertà di un soggetto di atteggiare la propria condotta, in modo da conseguire un fine, considerato lecito dal diritto obbiettivo''. MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 78-79 e 84.

⁵⁸ "(...) Rischio di conseguenze svantaggiose imputabili alla deficiente o incauta condotta propria. Nel processo – come in ogni forma de lotta – il rischio incessante di tali conseguenze agisce sulla parte come il più energico stimolo a una vigile e sagace condotta". BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. 2 ed. Roma: Foro Italiano, 1936, p. 58.

⁵⁹ "Un poder o una facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos e adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista outro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables". ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 6ª ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988, v. 2, t. 1, p. 420-421.

decidir em qualquer hipótese, ainda que o quadro probatório do caso seja insuficiente para que ele forme seu convencimento⁶⁰.

Especificamente no que tange ao estudo das regras de distribuição do ônus da prova aos sujeitos processuais, Micheli adota a norma de direito material como critério a ser utilizado para a qualificação de um fato, associado ao critério processual.

Segundo Micheli, a relevância dos fatos a serem provados deve ser extraída da *fattispecie* legal consagrada na norma de direito material. No entanto, também seria necessário considerar o critério processual, que consiste na posição das partes em relação aos efeitos pretendidos por meio do processo⁶¹.

Nesse ponto, o entendimento de Micheli alinha-se à teoria de Rosenberg, abordada no tópico anterior, uma vez que reconhece a importância exercida pelas normas do direito material para a determinação da distribuição do ônus da prova. Afasta-se, porém, da teoria do jurista alemão ao afirmar que essas normas do direito material não são por si sós suficientes para a distribuição do encargo probatório, bem como realça a impossibilidade de estabelecer um regramento abstrato puro, sem qualquer vinculação com o caso concreto. Ao lado da disciplina do direito material, Micheli ressalta a importância da posição ocupada por cada um dos litigantes na relação processual e dos efeitos jurídicos que buscam alcançar por meio do processo.

⁶⁰ “Il giudice deve giudicare in ogni caso, non solo quando la legge si mostri oscura e lacunosa, ma pure quando manchino gli elementi di fatto necessari per formare il proprio convincimento. Tale dovere, che gli deriva dalla sua stessa natura di organo statuale, esercitante la funzione giurisdizionale, integra uno degli aspetti essenziali della funzione stessa.” MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 6.

⁶¹ “I vari criteri di ripartizione dell’onere della prova, derivanti dalla differente rilevanza dei fatti, costituenti la *fattispecie* legale, non sono di per sé sufficienti a spiegare interamente il fenomeno. Sino ad ora lo si è considerato riguardo alla ripartizione dei fatti in costitutivi, modificativi, impeditivi ed estintivi, sotto il profilo in specie di dare, ai fini della prova, una diversa qualifica giuridica agli elementi rilevanti della causa. È però necessario richiamarsi ad una più completa visione del fenomeno, che tenga conoto dell’atteggiarsi del processo concreto.

(...) Siffatta impostazione del problema permette, a mio avviso, di giungere a soddisfacenti risultati, sia perchè in tal modo si distingue quanto attiene alla valutazione delle prove da quanto invece riguarda la ripartizione dell’incertezza, sia perchè si dá il giusto valore al contenuto della domanda giudiziale, in altre parole alla affermazione di un rapporto o stato giuridico, avanzata in giudizio dalle parti in causa. Per tale via pertanto si fa risultare l’intima corrispondenza tra l’aspetto propriamente processuale, e quello riferibile invece al diritto sostanziale; poichè in tanto si comprende la rilevanza processuale dalla figura dell’attore o del convenuto in quanto se tenga presente l’effetto giuridico dall’uno o dall’altro richiesto, e cioè la posizione del richiedente rispetto all’effetto giuridico invocato”. MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 437-438.

Assim, verifica-se que Micheli defende que a distribuição do ônus da prova será estabelecida em razão da posição ocupada pela parte em relação ao direito material pretendido, bem como em relação ao direito processual, em função das pretensões deduzidas pelas partes em juízo⁶².

Micheli sustenta, então, a necessidade de que os critérios de repartição do ônus da prova sejam considerados a partir de uma perspectiva mais dinâmica do fenômeno, em contraposição às concepções estáticas que vinham sendo formuladas até então.

Segundo Micheli, a invocação da *fattispecie* normativa favorável não é suficiente (como sugere Rosenberg, conforme tópico acima) para estabelecer um critério unívoco para a repartição do ônus da prova. Isso porque, desse modo, contrapõe-se um ônus da prova concreto a um ônus da prova abstrato, fixado com fundamento na norma de lei abstratamente considerada. Essa avaliação, por assim dizer, estática do fenômeno deve ser substituída, na visão de Micheli, por uma avaliação dinâmica dele⁶³. O direito material e o direito processual adquirem, assim, para Micheli, papel de relevância no tocante à definição dos contornos do instituto do ônus da prova, sendo ambos imprescindíveis à determinação do encargo em cada caso concreto, embora a posição das partes no processo tenha, a seu ver, o caráter primordial.

Enfatizando a relevância da posição desse autor, o jurista italiano Giovanni Verde afirma que, no momento em que foi enunciado o pensamento de Micheli, ele representava um decisivo passo avante na solução dos vários problemas sobre a questão de ônus probatórios. Isso porque o pensamento de Micheli acrescenta que o juiz deve levar em consideração os efeitos jurídicos pleiteados pelos sujeitos processuais e deve, em função

⁶² “La regola dell’onere della prova nel processo civile non è affatto indipendente dalla struttura del processo concreto (...), non già perchè la prospettiva formale del fenomeno si distingua, contraponendosi alla prospettiva sostanziale di esso, ma perchè l’una e l’altra si fondono nella stessa integrale considerazione del processo, inteso come mezzo per la realizzazione del diritto obiettivo.” MICHELI, Gian Antonio. *L’Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, p. 465.

⁶³ “Il richiamo alla fattispecie della norma favorevole non è sufficiente a dare un criterio unívoco per la ripartizione del carico della prova, poichè in tal modo si contrappone ad un onere della prova concreto un onere astratto, fissato cioè in considerazione della norma di legge presa astrattamente. Siffatta valutazione, per così dire, statica, del fenomeno deve essere invece, a mio avviso, sostituita con una valutazione dinamica di esso.” MICHELI, Gian Antonio. *L’Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 464.

deles, reconstruir a *fattispecie* substancial, que constitui a base da regra jurídica aplicável ao caso⁶⁴.

Dessa forma, verifica-se que a posição de Micheli apresenta diversas peculiaridades, que a distinguiram das posições tradicionais, até então sustentadas pela doutrina de Chiovenda, Carnelutti e Rosenberg. Essa distinção se justifica porque Micheli (i) buscou analisar a questão do ônus da prova diferenciando o aspecto subjetivo do ônus da prova do seu aspecto objetivo e (ii) tratou dos contornos do instituto do ônus da prova levando em conta tanto aspectos de direito processual quanto aspectos de direito material.

2.2. Ideias que influenciaram o desenvolvimento da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova

Esclarecidos os posicionamentos de alguns dos principais processualistas que influenciaram o desenvolvimento das regras estáticas de distribuição dos ônus probatórios, abordaremos nas breves linhas abaixo algumas ideias de dois juristas que contribuíram para o desenvolvimento da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, quais sejam, as ideias de Jeremy Bentham e René Demogue.

2.2.1. Posições de Jeremy Bentham e René Demogue

O jurista e filósofo iluminista inglês Jeremy Bentham desenvolveu, entre o final do século XVIII e início do século XIX, análise original sobre ônus da prova. Sua ideia sobre o ônus da prova difere, pois, das teses que seriam propostas por Chiovenda, Carnelutti e

⁶⁴ “... nel momento in cui fu enunciata rappresentava un decisivo passo in avanti nella soluzione dei vari problemi in tema di onere probatori (...) il giudice deve prendere in considerazione gli effetti giuridici richiesti e in funzione dei medesimi deve ricostruire la *fattispecie* sostanziale, che è a base della regola giuridica applicabile al caso”. VERDE, Giovanni. *L’Onere della Prova nel Processo Civile*. Napoli: Jovene, 1974, p. 423.

Rosenberg por jamais mencionar que os ônus probatórios devem ser atribuídos de antemão, *a priori*, às partes, sem qualquer influência das características do caso concreto.

Bentham tratou do tema da distribuição do ônus da prova, mais de um século antes de Chiovenda, Carnelutti e Rosenberg. Sobre o assunto questionou: "Ônus da prova. Sobre quem deve recair?" e "entre as duas partes contrárias, a qual se deve impor a obrigação de produzir a prova?". Respondendo a essas indagações, Bentham afirma que "o ônus da prova deve ser imposto, em cada caso concreto, àquela das partes que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, quer dizer, menor demora, vexames e despesas"⁶⁵.

Ao invocar essas noções de “menos inconvenientes”, “menos dilações, vexames e gastos” em sua teoria, Bentham se valeu do utilitarismo filosófico, corrente filosófica do qual era adepto e que, grosso modo, estabelece que as pessoas e suas ações podem e devem ser julgadas segundo as consequências e os resultados que alcançarem. Conforme as lições de Sebastião Soares de Faria, Bentham funda sua doutrina em um dos princípios que Bar e Laband afirmam ter acolhido no direito bárbarico⁶⁶.

Vale frisar que a ideia de Bentham sofreu oposição contundente de Leo Rosenberg, que criticou abertamente a possibilidade de o ônus da prova ser fixado em cada caso concreto e não estar previamente determinado em lei. Segundo Rosenberg, a questão sobre qual das partes deve arcar com a consequência desfavorável da falta de prova de uma afirmação controvertida de um fato importante exige uma contestação baseada em uma regra de direito fixa, abstrata, ao contrário do que propõe Bentham. Na visão de Rosenberg, a ciência não pode – nem deve – deixar de buscar essa regra fixa e abstrata de distribuição do ônus da prova, pois a prática tem a necessidade dela e exige da ciência que a procure⁶⁷.

⁶⁵ “Carga de la prueba. Sobre quién debe recaer? Entre las dos partes contrarias, a cuál se debe imponer la obligación de proporcionar la prueba? Esta cuestión presenta infinitas dificultades en el sistema procesal técnico. En un régimen de justicia franca y simple, en un procedimiento natural, es muy fácil contestar. La carga de la prueba debe ser impuesta, en cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos”. BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Tradução de Manuel Ossorio Florit da obra original *Traité des Preuves Judiciaires*. Buenos Aires: EJE, 1971, v. II, p. 149.

⁶⁶ FARIA, Sebastião Soares de. *Principaes Theorias Relativas ao Onus Probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, p. 38.

⁶⁷ “La cuestión de saber qué parte debe soportar la consecuencia desfavorable de la falta de prueba de una afirmación de hecho importante y discutida necesita una contestación basada en una regla de derecho fija, abstracta. La ciencia no puede ni debe renunciar a buscar esta regla, la práctica tiene necesidad de ella y exige

Para o jurista francês René Demogue, deve prevalecer na produção da prova o princípio da solidariedade, e não o da independência das partes. A partir desta afirmação, Demogue formula como um dos princípios a serem observados no ônus da prova que: "A obrigação da prova deve ser, em cada caso individual, imposta àquela das partes que a pode desempenhar com menos incômodo, isto é, menos detalhes, vexames, despesas etc."⁶⁸

Apesar de Demogue entender que exista uma “obrigação”, e não um “ônus”, de provar e essa ser uma premissa diversa da adotada por Bentham, verifica-se que a leitura desta ideia de Demogue se aproxima da ideia de ônus da prova proposta por Bentham, porquanto nela também se sustenta que o ônus da prova incumbe à parte que possui melhores condições para satisfazê-la.

Conforme visto anteriormente, o entendimento de Demogue não foi acolhido pela legislação francesa sobre ônus da prova, que adotou regras sobre distribuição entre as partes litigantes mais ligadas às ideias de Chiovenda e Carnelutti.

O fato é que as ideias de Bentham e Demogue se diferenciam das teorias de Chiovenda, Carnelutti, Rosenberg e Micheli, pois estabelecem critérios não estáticos de distribuição do ônus da prova.

Os critérios adotados pelas teorias de Bentham e Demogue não são determinados de forma rígida, abstrata e estática. Pelo contrário, levavam em consideração a necessidade, as particularidades e especificidades de cada caso concreto.

É oportuno ressaltar, por fim, que as ideias de Bentham e de Demogue serão de suma importância quando tratarmos da teoria da carga dinâmica da prova preconizada e difundida atualmente pelo argentino Jorge W. Peyrano e que consiste no objeto central de investigação do presente trabalho.

de la ciencia que se la procure.” ROSENBERG, Leo. *La Carga de la Prueba*. Tradução. por Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956, p. 91.

⁶⁸ FARIA, Sebastião Soares de. *Principaes Theorias Relativas ao Onus Probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936, p. 65-66.

3. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRATAMENTO DAS REGRAS DO ÔNUS DA PROVA

Partindo dessas premissas, este trabalho abordará **(i)** as fontes jurídicas romanas, para que se entenda a origem do instituto do ônus da prova nas várias fases de desenvolvimento do processo civil romano, e **(ii)** a inserção das noções de distribuição do ônus da prova oriundas do direito comum na Península Ibérica, que redundou na absorção desses preceitos pelas Ordenações do Reino de Portugal.

3.1. Antecedentes remotos do instituto no processo civil romano

Afigura-se relevante buscar, na história do Direito, a origem do instituto do ônus da prova para conhecer, com precisão, a sua importância. No entanto, não se pretende exaurir, aqui, toda a sua evolução, e, sim, traçar um panorama geral dos grandes marcos históricos, levantando-se os nítidos avanços percebidos na estrutura do processo civil romano.

No que tange ao processo civil romano, a evolução do instituto divide-se em três períodos: **(i)** um mais antigo, o procedimento das *legis actiones* (ações da lei), que teve início com a fundação de Roma (lendária, no século VIII a. C.) e foi até os fins da República, mais precisamente até a *lex aebutia* (149 a.C.); **(ii)** um período intermediário, de maior duração, que coincidiu com o mais amplo desenvolvimento do povo romano, denominado *per formulas* (formulário), que se estendeu do advento daquela lei até o século III da era cristã, na época do imperador Diocleciano (285-305 d. C.); **(iii)** finalmente, a

chamada *cognitio extra ordinem*, que teve início ao tempo do imperador Diocleciano e alcançou a codificação de Justiniano⁶⁹.

Houve grande desenvolvimento do instituto do ônus da prova no processo civil romano. Gian Antonio Micheli admite que a estrutura romana do processo, em vista do equilíbrio da atuação das partes, deu à formulação das regras sobre ônus da prova uma perfeição e uma universalidade de que ainda hoje não se esquece⁷⁰.

Ademais, vale destacar um traço marcante do processo civil romano, qual seja, a conexão entre direito material e processual. O romano concebia e enunciava o direito substancial mais sob o aspecto processual que material. Durante toda a época clássica, o direito romano foi mais um sistema de *actiones* e de meios processuais do que de direitos subjetivos. Na atualidade, temos um conceito genérico de ação; em Roma, a cada direito correspondia uma ação específica.

Para esclarecer qual era a feição do instituto do ônus da prova na *legis actio sacramento*, Gian Antonio Micheli pondera que, nela, ambos os litigantes desempenham o mesmo papel de autor, incumbindo e arcando, então, com o ônus da provar as respectivas alegações⁷¹. Durante a instância da *apud iudicem* das *actio sacramenti*, típica do período das *legis actiones*, o direito romano já concebe o preceito segundo o qual o *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*. Segundo Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, citando a interpretação de Pugliese: “o primeiro princípio desenvolvido no direito romano foi aquele já enunciado no período das ações da lei, que teria se sedimentado no período clássico: a prova incumbe ao autor.”⁷²

O princípio de *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat* estaria registrado em algumas das fontes primordiais do período clássico do direito romano: (i) no Digesto,

⁶⁹ Segundo Thomas Marky, a Codificação de Justiniano é considerada o ponto conclusivo dos estudos do direito romano, pois foi essa a codificação que recolheu os resultados das experiências anteriores, sendo a obra detentora do mérito da preservação do direito romano para a posteridade. MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 5 e 10.

⁷⁰ MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 24.

⁷¹ “A mio avviso nella ‘l. a. sacramento in rem’ può scogersi già la fase di passaggio dal sistema primitivo (chi si incontrerà poi nel diritto germanico) al sistema tipicamente romano dell’uguaglianza delle parti di fronte al giudice, e quindi della piena libertà di questo nella valutazione dei mezzi di prova, prodotti dalle parti”. MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 16.

⁷² PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 56.

que nada mais é que uma coleção de fragmentos das obras e pareceres dos juristas romanos clássicos, que foi compilada já na época pós-clássica, bem como (ii) no Código Teodosiano, que vigorou até o advento da codificação de Justiniano. Também, segundo José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo, desde a fase da *lex actiones*, os romanos já conhecem o preceito segundo o qual o *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*⁷³.

Vale frisar por fim, que esse princípio tem por fundamento principal a posição ocupada por cada parte na relação processual.

A interpretação desse fragmento de Paulo contido no Digesto (L. 2, De Probat, et de praesumpt., XX, 3) feita pelos glosadores do direito romano, absorvida pelo direito canônico, e associada à interpretação da lei 23 (*Cod. de probationibus: - per rerum naturam, factum negantis probatio nulla est* [“pela natureza das coisas, não há nenhuma prova daquele que nega”]), que se encontra no Digesto (L. 21. De probat.), redundou na máxima de que o ônus da prova incumbe ao autor, pois não caberia prova das negativas⁷⁴. Conforme se verá adiante, essa regra constituiu pedra angular do instituto do ônus da prova na época das Ordenações do Reino de Portugal e, por isso, foi incorporada pelo antigo direito pátrio, desde os tempos da Consolidação Ribas (1876).

Assim, o princípio *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat* foi interpretado como a previsão de que tocava ao autor o ônus da prova de todo e qualquer fato versado no processo, de modo que, uma vez descumprido o encargo, absolviam-se automaticamente o réu. Ao autor cumpria a prova não só dos fatos constitutivos do seu direito, mas também dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado que, porventura, pudessem ser oponíveis pelo réu⁷⁵.

Não há que se esquecer, todavia, que, no período do processo romano, especialmente no período das *legis actiones*, esse preceito do *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat* não era consagrado em regra jurídica, sendo muito mais uma regra

⁷³ AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57-58.

⁷⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*, Parte Geral. São Paulo: Max Limonad, 1940, v. 1, p. 100.

⁷⁵ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 42.

lógica de bom senso⁷⁶. Ou seja, segundo as ideias que se acaba de expor, o princípio do *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat* não deve ser interpretado como se o ônus da prova incumbe ao autor e que não se provam as negativas.

Pode-se dizer que, no período das *legis actiones*, prepondera o princípio de que o ônus da prova incumbe ao autor (*onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*), até mesmo porque o único modo que o réu tinha para se defender era a simples negativa. Todavia, deve temperar-se essa tese com restrições decorrentes das particularidades do período⁷⁷ e levar em consideração que o preceito não era consagrado em regra jurídica.

Segundo Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, a relação entre a posição de autor e o ônus da prova também seria evidenciada em trechos de Paulo (D. 37,10, 6, 6) e Celso (D. 22, 3, 12), pesando sobre este sérias suspeitas de alterações, algumas reconhecidas pelo próprio Pugliese, que sustenta, contudo, a sua autenticidade substancial⁷⁸.

Por fim, vale frisar que o *iudex*, na etapa do “*apud iudicem*” apreciava a credibilidade das partes diante das provas produzidas pelos litigantes⁷⁹. Ademais, nessa fase, o *iudex* poderia declarar o *non liquet*, o que significa que, ainda que não houvesse conseguido meios para formar uma opinião segura sobre a causa, poderia abster-se de julgar e o processo recomeça perante outro *iudex*. Caso não fosse assim, o juiz também poderia aplicar o princípio de que o ônus da prova incumbe ao autor (*onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*), absolvendo-se o réu.

O rigor do período das ações da lei mostra-se superado e perde prestígio diante da gradativa intervenção do Estado e da conceituação de regras menos rígidas e mais compatíveis com o novo espírito romano, que, no período formular, ainda apresentava natureza eminentemente privada.

⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 174.

⁷⁷ VERDE, Giovanni. *L'Onere della Prova nel Processo Civile*. Napoli: Jovene, 1974, p. 35. O autor adverte que a regra sobre o ônus da prova nasceu de uma construção diferente do sistema probatório. GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3ª ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Malheiros. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001, p. 713. Os autores ressaltam que esse princípio só apareceu no direito romano tardiamente, diante do sistema "irracional" de provas".

⁷⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

⁷⁹ “(...) La decisione del “iudex” fissava cosí la preferenza accordata ad una delle parti, in basi ai piú vari elementi, atti a formare il convincimento dell’arbitro nell’ambito di una società ristretta, ove tutto era noto, e in cui se tendeva a prendere le difese piuttosto del convenuto che dell’attore”. MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 15.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico ensina que, nesse período, formular o procedimento permanecia bifásico, com uma instância “*in iure*” e uma instância “*apud iudicem*”. Esses dois primeiros períodos de desenvolvimento do processo civil romano (*lex actiones* e período formulário) compreendiam a fase denominada *ordo iudiciorum privatorum*, caracterizada pela natureza privada das decisões, sendo que, na fase “*in iure*”, o cidadão submetia sua pretensão ao magistrado para o exame do cabimento da tutela pretendida. Em caso afirmativo, o *iudex* era escolhido entre os cidadãos romanos para dar o seu parecer, na fase *apud iudicem*⁸⁰.

Assim, sustenta-se que, no período formular, desenvolve-se o segundo princípio sobre ônus da prova, que complementaria a noção de que ele incumbe ao autor (*onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*). Segundo Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, esse segundo princípio completa o primeiro, ao estabelecer que o réu, com relação à exceção, assume a posição e os ônus de autor⁸¹. ele foi reduzido à máxima *reus in excipiendo fit actor*.

Uma justificativa para a complementação do princípio do *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat* pela máxima do *reus in excipiendo fit actor* é sugerida por Suzana Santi Cremasco. A autora propõe que o modelo anterior criava entraves e embaraços diversos à consecução do direito do autor, que, algumas vezes, via-se sem condições, impossibilitado de produzir provas excludentes de fatos afirmados pelo réu e, ainda assim, em face da ausência dessas provas, culminava por não alcançar o seu pleito, mesmo naqueles casos em que fazia jus a ele. Por isso, a regra do *reus in excipiendo fit actor* acabou por abrandar e complementar a regra de que o ônus da prova incumbiria ao autor: com a oposição de exceção por parte do demandado, este se equipararia ao demandante quanto aos fatos declinados na sua defesa, tendo, portanto e a partir de então, a responsabilidade de prová-los, sob pena de ver desacolhida a exceção⁸².

Ademais, no período formular, o *iudex* conserva a plena liberdade na valoração da atividade probatória e ainda se admitia o *non liquet*. Gian Antonio Micheli enfatiza, nesse

⁸⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46.

⁸¹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

⁸² CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 42-43.

sentido, que "o autor tem o ônus (primário) de provar o fundamento da própria intenção, e o réu o ônus (secundário) de justificar a própria exceção (não a genérica negação dos fatos alegados pelo autor)". O autor italiano pondera, outrossim, que não há que se falar em necessidade de provar, uma vez que as regras sobre repartição da prova não possuíam valor jurídico, representando apenas "indicações de conveniência"⁸³.

Após o período formular, inicia-se o período da *extraordinaria cognitio*, no qual houve a unificação do processo, pondo fim às duas fases do procedimento (*in iure* e *in iudicium*).

Observa-se que o juiz deixa de ser um mero espectador, intervindo no processo como um representante do Estado. O mesmo magistrado que conhecia da demanda exarava a decisão final e a fazia cumprir⁸⁴. Esta última etapa do processo civil termina com a Codificação de Justiniano.

O derradeiro período (*extraordinaria cognitio*) insere-se em uma nova fase histórica. Após mais de um século de distúrbios durante a República, "mister se fazia a instauração de uma nova ordem política em busca da *pax romana* no território do vasto Império"⁸⁵.

Nesse período, segundo Gian Antonio Micheli, o *non liquet* passou a ser vedado⁸⁶ ao magistrado, pois seria incompatível com as suas funções públicas. Segundo Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, "nos casos em que o juiz não se sentisse habilitado a julgar ou se julgasse incompetente, a decisão da causa seria devolvida à apreciação do imperador, mediante o procedimento denominado *consultatio*"⁸⁷.

Assim, no período da *extraordinaria cognitio*, exigiu-se das partes uma contribuição mais intensa no processo, diante da maior relevância do interesse público. No entanto, em relação ao ônus da prova, não se verificam alterações significativas: mantém-

⁸³ MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 17.

⁸⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de História do Processo Civil Romano*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 140.

⁸⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e Poder*: Contribuição para a História dos Recursos Cíveis. São Paulo, Saraiva: 1987, p. 24.

⁸⁶ "Un sibi non liquere se lecito per il giudice privato, è incompatibile con la funzione pubblica del magistrato." MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 22.

⁸⁷ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 50.

se a estrutura das regras do período formular, cabendo ao autor provar os fatos por ele alegados e contestados pelo adversário, que tem, de outro lado, o ônus de provar os fatos que criam resistência à pretensão do autor⁸⁸.

Todavia, foram abandonadas algumas regras do processo formular no que se refere à defesa do réu. Este não tinha mais o ônus de provar os fatos alegados senão depois que o autor demonstrasse a veracidade dos que alicerçavam a sua pretensão, conforme escrito imperial de Constantino (C. 8.35.9, a. 294). A *exceptio* identificava-se com a própria defesa do réu, sendo indicada pelas fontes com o termo *praescriptio*, como uma verdadeira preliminar da contestação⁸⁹.

Dessa forma, nota-se, com melhor técnica, a proximidade das atuais regras ao princípio aplicado em tempos remotos no direito romano, devendo as partes provar suas alegações para não arcar com a consequência negativa da ausência de prova.

3.2. Da evolução histórica do instituto no direito medieval e no direito moderno lusitano

No percurso da alta Idade Média, verifica-se o parâmetro inicial dos fundamentos jurídicos europeus nas sociedades romano-germânicas, além dos resquícios da organização do império romano ocidental, da influência da Igreja romana e da tradição escolar na antiguidade tardia.

Um dos pontos que denota a influência romana nas Ordenações do Reino de Portugal deriva da sobrevivência do Código Teodosinano, que foi reproduzido no direito

⁸⁸ “Alfattore pertanto spetta ionore di provare i fatti posti a base della própria domanda, e contestati dall'avversario; nel caso che vi riesca ecco sorgere nel convenuto l'interesse a provare il contrario, oppure fatti incompatibili com quellí addotti dall'avversario, e così via”. MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 23.

⁸⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 146.

comum (por exemplo, no direito visigótico, com a *lex romana visigothorum*), e, posteriormente, influenciou o direito da península ibérica⁹⁰.

Conforme sustenta Alfredo Buzaid, o ônus da prova no Direito Medieval sofreu influências do direito germânico. Conforme o direito germânico, o processo, a esse tempo, era extremamente formalista, público e oral, sendo que os meios de prova mais empregados eram o juramento e as ordálias⁹¹.

A atividade probatória era, ao contrário do direito romano, exclusiva das partes, realizada dentro de regras formais rigorosas e não era dirigida ao julgador. Na verdade, o procedimento era dividido em duas fases. Na primeira, o juiz apreciava as alegações das partes e o seu comportamento, proferindo uma sentença de prova, denominada *Beweisurteil*, na qual o juiz declarava a quem se atribuía o ônus. Após, cabia à parte onerada dele se desincumbir, sendo o resultado do processo consequência do cumprimento ou não desse ônus. Em regra, a doutrina costumava dizer que a prova competia ao réu, pois "o autor não reclamava um direito seu, antes atacava a injustiça do comportamento do devedor"⁹².

Nessa linha, João Batista Lopes afirma que, no direito processual germânico, o ônus pertencia ao réu:

No Direito germânico, ao contrário do Direito romano, vigorava a regra segundo a qual o ônus da prova incumbia ao réu, o que é perfeitamente compreensível, se atentemos que no Direito germânico o processo não era entendido como uma pretensão do autor, deduzida em juízo, mas sim um ataque seu contra uma injustiça cometida pelo réu⁹³.

Segundo José Rubens de Moraes, a "definição da incumbência do ônus da prova – em geral a ser desempenhado pelo demandado – por ordem judicial, como forma de

⁹⁰ "Na parte ocidental do império, o Código Teodosiano sobreviveu à derrocada do exército romano e continuou em vigor até o advento das leis bárbaras, sendo, inclusive, parcialmente reproduzido na *lex romana visigothorum*, e, por isso, influenciando, durante séculos, o direito da península ibérica." AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35.

⁹¹ BUZAID, Alfredo. O ônus da Prova. *Revista Forense*, v. 204, Out.-Nov.-Dez. 1963, p. 414.

⁹² BUZAID, Alfredo. O ônus da Prova. *Revista Forense*, v. 204, Out.-Nov.-Dez. 1963, p. 414.

⁹³ LOPES, João Batista. *O Ônus da Prova*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 435, janeiro 1972, p. 18.

apuração da verdade em sede processual, seria a segunda etapa de um processo de desenvolvimento histórico de técnica instrutória germânica”. Assim, segundo o referido autor, o “distanciamento do procedimento probatório medieval germânico dos postulados romanos fazia com que o ônus de provar recaísse, a rigor, agora, sobre o demandado”⁹⁴.

Todavia, por volta do ano mil, renasce o direito romano⁹⁵. No campo do direito, destaca-se a figura de Imério (lucerna iuris), que iria inaugurar o movimento chamado ‘Dos glosadores’, em função do método por ele utilizado no estudo e na explicação dos textos compilados por Justiniano, o método da glosa⁹⁶.

Luiz Carlos de Azevedo e José Rogério Cruz e Tucci pontuam que desde a obra do bispo de Chartres (entre 1091-1116) verifica-se uma ruptura com o modelo do processo de fundo bárbarico, com a implementação, no campo probatório, de diretrizes mais técnicas para a instrução. O ônus da prova, por exemplo, afirmam os autores, reafirmava a regra romana “ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat”⁹⁷.

Nesta linha dos legados, os estudos jurídicos científicos no século XI e o movimento cultural jurídico em Bolonha formalizaram a resenha crítica do Código Justinianeus, que havia compilado toda a experiência jurídica romana em texto de lei.

Conforme Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, no direito comum, o célebre fragmento de Paulo (D. 22, 3, 2, “*onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*”), aliado a um rescrito imperial de Diocleciano e Maximiliano (C. 4, 19, 23), mereceu a interpretação de que os fatos negativos não podem constituir objeto de prova. Os bizantinos cunharam máximas nesse sentido, as quais ecoaram no Ocidente por meio do conhecido brocardo *affirmanti non neganti incumbit probatio*, que se transfigurou no princípio da *negativa non sunt probanda*⁹⁸.

⁹⁴ MORAES, José Rubens de. Sociedade e Verdade – Evolução Histórica da Prova. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida na FDUSP, p. 258.

⁹⁵ BUZAID, Alfredo, O ônus da Prova. *Revista Forense*, v. 204, Out.-Nov.-Dez. 1963, p. 414.

⁹⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 64.

⁹⁷ AZEVEDO, Luiz Carlos de, CRUZ E TUCCI, José Rogério, *Lições de Processo Civil Canônico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 37-39.

⁹⁸ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 67.

Baseando-se no Direito Romano, os glosadores elaboraram, assim, o sistema de distribuição do ônus da prova. Ela é, portanto, a teoria clássica, segundo a qual a afirmação não negada incumbe prová-la e a negativa não precisa ser provada, ou *Afirmanti non neganti incumbit probatio; negativa non sunt probanda*.

A propósito, Gian Antonio Micheli, apoiando-se em Bartolo, aceita a ideia de que o critério da qualidade negativa ou afirmativa do fato a ser provado não é um parâmetro exclusivo para a determinação da distribuição do ônus da prova, embora seja válido para a fixação de certos temas de prova. A fim de apresentar mais um argumento e demonstrar a resistência da doutrina, Micheli apresenta, ademais, a posição de De Sarlo, que critica o critério adotado, porque a distribuição do ônus da prova estaria baseada apenas na qualidade – positiva ou negativa – do fato a ser provado, e não na qualidade jurídica que reveste, no processo, quem afirma o mesmo fato⁹⁹.

Em citação na obra de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, Micheli desenvolve a ideia de que a sistematização do estudo dos textos romanos pelos glosadores deveria levar à completa afirmação do princípio romano contido no ditado *ônus probandi incumbit qui dicit*. Na mesma linha de entendimento, Boaventura Pacífico cita a noção de Augenti, que também sustenta a estabilização dos princípios romanos na Idade Média¹⁰⁰.

Pode-se dizer, destarte, que, no direito comum da Idade Média, mereceu destaque o princípio *negativa non sunt probanda*, segundo o qual os fatos negativos não podem constituir objeto de prova. No mais, com algumas retificações derivadas do que era o estado naqueles tempos e das condições peculiares da sociedade medieval, mantiveram-se fiéis aos princípios oriundos do direito romano¹⁰¹.

Esse era o pensamento no direito medieval, que foi absorvido pelo Direito Português na Idade Moderna.

⁹⁹ MICHELI, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966, p. 39.

¹⁰⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 68.

¹⁰¹ BUZAID, Alfredo. O ônus da Prova. *Revista Forense*, v. 204, Out.-Nov.-Dez. 1963, p. 414.

Segundo Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, a penetração do direito comum na Península Ibérica em geral e, particularmente, em Portugal, ocorreu a partir do século XIII, no período de consolidação do Estado Português¹⁰².

Segundo José Rubens de Moraes, nos “primórdios da monarquia lusitana, ou seja, no período de esforço para a imposição da autoridade real no território em fase de reconquista”, os Forais emergem como “uma instituição típica do direito peninsular ibérico”. Nesse período histórico, o processo civil lusitano pautado no “Direito Foraleiro”, de “fortíssimo traço consuetudinário”, possuía “concepções marcadamente privatística, no qual descortinava-se a idéia de “caber o ônus da prova ao réu e não ao autor”¹⁰³.

Diante do vasto número de leis que passaram a ser editadas desde as primeiras leis gerais de 1211, gerando transtornos aos jurisdicionados e à administração da justiça, o rei D. João I (1387-1433) envidou esforços para a unificação do direito em Portugal. Propôs-se compilar as diversas leis que estavam em vigor no reino. Como parte desses esforços, são concluídas as Ordenações Afonsinas¹⁰⁴, em 1446, ano em que D. Afonso assume o poder.

Nas Ordenações Afonsinas, percebe-se, em vários dispositivos do Livro III, que dispõe sobre processo civil, por exemplo, os títulos XXVI e XXXI, a preocupação com a necessidade de o autor declarar as razões de fato de sua postulação, o que representaria os fundamentos da demanda, tal como se concebe atualmente. Esses títulos estabeleceriam, outrossim, os limites de seu pedido, demonstrando-o de forma clara, a fim de que o réu pudesse se defender e produzir provas. Trata-se, nitidamente, da distribuição do ônus da prova, em que, implicitamente, esses dispositivos estariam atribuindo às partes o ônus da prova dos pressupostos dos fatos que alegam. Por consequência, as partes saberiam, então, o que deveriam provar, cuidando o juiz dos atos preparatórios e instrutórios do processo¹⁰⁵.

¹⁰² PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73.

¹⁰³ MORAES, José Rubens de. *Sociedade e Verdade – Evolução Histórica da Prova*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida na FDUSP, p. 321-323.

¹⁰⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

¹⁰⁵ FORNACIARI, Fernando Hellmeister Clito. *Ônus da Prova no Processo Civil*. São Paulo: FDUSP, 2005. Dissertação. p. 72.

Conforme ensina Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, particularmente quanto ao ônus da prova, a influência do direito comum é clara nas Ordenações Afonsinas e é mantida nas Ordenações subsequentes. Com efeito, em diversos passos das Ordenações manifestam-se os princípios romanos segundo os quais o ônus da prova incumbe ao autor (Livro III, títulos XXXI e XXVI) e, quanto à exceção, ao réu excipiente. Nelas se encontram expressas, ademais, referências à teoria das negativas (Livro III, título LVIII)¹⁰⁶.

O princípio da impossibilidade de prova de fato negativo, com algumas exceções, também constou nas Ordenações Manuelinas¹⁰⁷, no Livro III, título XL, §11.

A possibilidade lógica das provas negativas, que se “resolva em afirmativa”, constou expressa no Livro III, Título LIII, §10 das Ordenações Filipinas. O jurista português Francisco Augusto das Neves e Castro, comenta esse dispositivo das Ordenações Filipinas:

Também esta a doutrina estabelecida na nossa Ord. L. 3, t. 53, §10, onde se declara que, sendo os artigos negativos, não seja a parte obrigada a depor a elles, salvo se deixarem no juramento da parte contra quem se produzem. Também se diz alli, que ha casos em que a negativa se póde resolver em afirmativa¹⁰⁸.

Sobre a distribuição do ônus da prova, Pereira e Souza ensina que as regras das Ordenações Filipinas estabelecem que a “obrigação de provar incumbe á quem affirma em Juízo o facto, de que pretende tirar direito. Ao Auctor, portanto, incumbe provar sua

¹⁰⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 85.

¹⁰⁷ “Os fatos negativos não podiam ser objeto de prova, ressalvadas algumas exceções (3.40.11)” AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 101; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 86.

¹⁰⁸ NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. *Theoria das Provas e Sua Aplicação aos Actos Civis*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917, 2ª ed., p. 37.

intenção. Ao Réo, portanto, afirmando algum facto em sua defesa, incumbe-lhe igualmente proval-o”¹⁰⁹.

Lobão concorda com o posicionamento de Pereira e Souza, pois “este princípio = A obrigação da prova incumbe áquele que em juízo affirma o facto, de que pretende deduzir Direito = he Princípio tão certo como legal <semper necessitas probandi incumbit illi qui agit>”. Todavia, vale ressaltar que Lobão estabelece uma exceção no sentido de que: “Dispensa-se, porém, desta obrigação o Allegante, se tem a sua intenção fundada em alguma presumpção do Direito, porque então a obrigação de a convencer se transfunde ao Réo”¹¹⁰.

Outra característica importante das Ordenações Filipinas no trato da matéria diz respeito ao princípio da iniciativa das partes para a escolha e a produção das provas, sendo que a iniciativa do juiz de determinar *ex officio* a produção de provas era meramente supletiva da iniciativa dos litigantes¹¹¹.

A preponderância do princípio do dispositivo em relação ao poder instrutório do juiz é evidente no Livro III, título LXVI, princ. das Ordenações Filipinas, que tolhia, em princípio, a iniciativa do juiz para produção de provas. Conforme as Ordenações, o juiz deveria julgar adstrito às provas produzidas pelas partes, ou seja, “segundo o que achar provado de uma e de outra parte, ainda que lhe a consciência dite outra coisa, e êle saiba a verdade ser contrário do que no feito foi provado”¹¹².

Todavia, a parte final da regra do Livro III, título LXVI, princ. das Ordenações Filipinas contemplava algumas situações em que caberia a iniciativa probatória ao juiz. Assim, apesar de a regra geral consagrar o princípio do dispositivo no que se refere à iniciativa das partes para a produção das provas, as próprias Ordenações Filipinas dispunham sobre algumas situações em que caberia a iniciativa probatória ao juiz, como o

¹⁰⁹ PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil*, acomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906, p. 159.

¹¹⁰ LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Addicções ás primeiras* do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855, pp. 371-379.

¹¹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Parte Geral. São Paulo: Max Limonad, 1940, v. 1, p. 113.

¹¹² SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Parte Geral, São Paulo: Max Limonad, 1940, v. 1, p. 111.

juramento supletório dado pelo julgador em caso de “meia prova” produzida pelas partes (Livro III, título LII, prin.) e a formulação das perguntas pelo próprio juiz às partes (Livro III, título XX, §4º e título XXXII, princ.).

4. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

4.1. Da evolução do instituto durante o período monárquico

Em 20.10.1823, após a emancipação política do país em 1822, a Assembleia Constituinte e Legislativa do Império do Brasil promulgou uma Lei por meio da qual se declarava que permaneciam vigentes no Brasil todas as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos monarcas portugueses. Em consequência dessa determinação legal, o processo civil continuou a ser regido pelas disposições do Livro III das Ordenações Filipinas¹¹³.

Os efeitos da emancipação política só foram produzidos no processo civil brasileiro dez anos após a proclamação da independência. Isso porque, durante o Período da Regência Trina Provisória, o governo promulgou o Código do Processo Criminal de primeira instância pela Lei de 29 de novembro de 1832. Anexa ao Código, como Título Único, vinha a Disposição Provisória acerca da administração da Justiça Civil, contendo 27 artigos que dispunham sobre processo civil. Pode-se dizer, assim, que, até 29 de novembro de 1832, os institutos de processo civil no Brasil continuaram sendo parte integrante do direito processual vigente em Portugal.

A Disposição Provisória acerca da administração da Justiça Civil constitui, pois, o marco inicial da nacionalização do processo civil brasileiro, iniciando a substituição das regras processuais previstas no Livro III das Ordenações Filipinas. Historicamente, o primeiro período do direito processual civil brasileiro inicia-se, portanto, com a lei de 29 de novembro de 1832¹¹⁴.

¹¹³ LOBO DA COSTA, Moacyr. *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 1-2.

¹¹⁴ LOBO DA COSTA, Moacyr. *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 5-6.

Após alguns anos, a história do direito processual brasileiro começa a ganhar contornos mais sólidos, com a promulgação do Regulamento 737, em 25 de novembro de 1850, que disciplinou o processo das causas de natureza comercial. Frise-se que tal diploma foi editado contemporaneamente ao Código Comercial Brasileiro e tinha por missão disciplinar somente “a ordem do juízo no processo comercial”. O processo civil em geral continuou regido pelas Ordenações Filipinas.

O Regulamento 737 foi o primeiro diploma processual brasileiro a utilizar a locução “ônus de prova”, no artigo seu artigo 186. Confira-se: “Art. 186. Presumpção legal condicional é o facto, ou o acto que a lei expressamente estabelece como verdade, emquanto não ha prova em contrario (arts. 200, 305, 316, 432, 433, 434, 476 e outros Código). Estas presumpções dispensam do onus de prova áquelle que as tem em seu favor.”

Ademais, o artigo 66 do Regulamento 737 já prescrevia que o autor deveria incluir, na petição inicial da “acção ordinaria”, a “indicação das provas em que se funda a demanda”¹¹⁵. Os artigos 69 e 720, parágrafo 2º, do Regulamento 737 determinavam que o autor era obrigado a juntar, na petição inicial da ação, os documentos que lhe servem de fundamento e que fossem “fundamentaes da intenção do autor”¹¹⁶. O artigo 720, parágrafo 2º, do Regulamento 737 desobrigava-o de juntar os documentos fundamentais à sua pretensão quando eles “estiverem em poder do réo jurando o autor esta circumstancia”.

O artigo 721 já determinava que “o réo só he obrigado a ajuntar com a sua defesa documentos, quando nestes se ella fundar”; salvo as mesmas exceções do parágrafo 2º do artigo 720 acima mencionado¹¹⁷.

Embora não disciplinem de forma clara a distribuição do ônus da prova, nota-se que esses dispositivos manifestam a ideia de que seria imposta ao Autor a prova dos fatos

¹¹⁵ Art. 66. A acção ordinaria será iniciada por huma simples petição que deve conter: (...) § 4º A indicação das provas em que se funda a demanda.

¹¹⁶ Art. 69. Com a acção he o autor obrigado a ajuntar os documentos em que se ella funda. (Art. 720). Art. 720. O autor só he obrigado a ajuntar documentos logo com a petição da acção: § 1º Quando sem elles o Codigo Commercial não admite acção em Juizo (Arts. 281, 302 e 587); § 2º Quando os documentos forem mencionados na acção como fundamentaes da intenção do autor, salvo se forem existentes em Notas publicas, registros ou depositos publicos, e houver impedimento ou demora para se extrahirem por certidão ou publica fórma; ou se estiverem em poder do réo jurando o autor esta circumstancia.

¹¹⁷ “Art. 721. O réo só he obrigado a ajuntar com a sua defesa documentos, quando nestes se ella fundar; salvas as mesmas excepções do § 2º do Artigo antecedente”.

relativos à sua pretensão e ao réu a prova dos fatos referentes à sua exceção. Grosso modo, esses dispositivos continuam a manifestar os princípios romanos segundo os quais o ônus da prova incumbe ao autor e a exceção ao réu excipiente.

Já os artigos 169, 172, 173, 181, 191, 209, 214 e 230 do Regulamento 737 enumeram alguns casos em que o juiz podia tomar a iniciativa de produzir provas, seguindo a ideia de que incumbiria ao juiz exercer a função meramente supletiva da iniciativa probatória dos litigantes, o que já existia nas Ordenações Filipinas¹¹⁸.

Dentre esses dispositivos, vale mencionar que o artigo 230 do Regulamento 737 dispunha que “se, examinados os autos, o juiz entender necessária, para julgar a final, alguma diligência, ainda que lhe não tenha sido requerida nas alegações finais, a poderá ordenar, marcando para isso o prazo conveniente”. O artigo 181, alínea do Regulamento 737 estabelecia que “no ato da inquirição poderá o juiz fazer às testemunhas as perguntas que julgar convenientes”. No artigo 209 do Regulamento 737, declarava-se que “a vistoria tem lugar, ou sendo requerido pelas partes, como no arbitramento, ou *ex officio*, ou nos casos previstos no Código Comercial”.

Em razão da existência desses dispositivos, Moacyr Lobo da Costa ensina que o “papel de espectador indiferente podia ser desempenhado, como ainda hoje, pelo juiz relapso, mas isso era uma contingência humana e não legal”, sendo que o Regulamento 737 armava o juiz “de poderes de atuação no processo, para bem desempenhar sua missão”¹¹⁹.

A Lei nº 2.033, de 1871, que alterava diferentes “disposições da Legislação Judiciária” brasileira, em face da autorização constante do artigo 29, §14¹²⁰, deu causa ao importante trabalho de consolidação das leis do processo civil, realizado pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas por incumbência do Governo Imperial.

¹¹⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Parte Geral, São Paulo: Max Limonad, 1940, v. 1, p. 113.

¹¹⁹ LOBO DA COSTA, Moacyr. *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 35.

¹²⁰ Art. 29. (...)§ 14. O Governo poderá, no regulamento que der para a execução da presente Lei, impôr prisão até tres mezes e multa até 200\$; e fará consolidar todas as disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil e criminal.

Encarregado pelo Imperador D. Pedro II, o conselheiro Antonio Joaquim Ribas foi responsável pela compilação das numerosas leis processuais existentes, tendo elaborado seu trabalho mediante a redação orgânica da legislação esparsa, mas sem se furtar a inovações ditadas por sua própria cultura e pelas fontes de direito romano, deixando de ser autêntica consolidação¹²¹.

Na 2ª edição da sua Consolidação das Leis do Processo Civil, o próprio Conselheiro Ribas afirma que sua obra “é uma codificação systematica de theses legislativas, deduzidas do nosso Direito nacional, bem como do subsidiario - o romano e o consuetudinario-scientifico” e que a finalidade do seu trabalho é “regularizar e uniformizar a nossa praxe judiciaria, e banir do fôro as numerosas corruptelas que a'elle se tem introduzido.”¹²²

Em relação à distribuição do ônus da prova, o artigo 334 da Consolidação de Ribas é claro ao prescrever que “a obrigação da prova incumbe àquelle que em juízo afirma o facto, de que pretende deduzir o seu direito, quer seja o autor, quer seja o réo (475).”¹²³

Segundo Moacyr Amaral Santos, o artigo 334 da Consolidação Ribas previa a regra de que a obrigação da prova incumbe àquele que em juízo afirma o fato de que pretende deduzir o direito, o que apenas consagrava a máxima romana relativa à distribuição do ônus da prova, por longo tempo dominante, do *ei incumbit probatio, qui dicit*¹²⁴.

O artigo 336 da Consolidação Ribas, assim como as Ordenações Filipinas, também abarcou a possibilidade lógica das provas negativas: “Art. 336. A negativa somente se póde provar: (477). §1º Quando é coarctada a certo tempo e lugar; §2º Quando se resolve em affirmativa; §3º Quando se deixa no juramento da parte, e é por esta confessada.”¹²⁵.

¹²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 296.

¹²² RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*, commentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas com a colaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, Typographo Editor, 1880, v. 1º, p. 2. (extraída do site <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/220533?mode=full>, acesso no dia 30.6.2013)

¹²³ RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*, commentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas com a colaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, Typographo Editor, 1880, v. 1º, p. 248. (extraída do site <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/220533?mode=full>, acesso no dia 30.6.2013)

¹²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*. Parte Geral. São Paulo: Max Limonad, 1940, v. 1, p. 100-101.

¹²⁵ RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*, commentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas com a colaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Dias da

Outro ponto que merece destaque é o fato de que o artigo 477 da Consolidação Ribas já previa a possibilidade de o juiz determinar *ex officio* a produção de provas, em caráter supletivo à iniciativa probatória das partes. Confira-se: “Art. 477. O Juiz póde ex officio mandar abrir a conclusão para exigir provas, esclarecer as existentes ou sanar qualquer erro supprível do processo (762 c. cccxxv).” Ao comentar esse dispositivo, Conselheiro Ribas consigna que o juiz “pode mandar abrir a conclusão para reperguntar as testemunhas equivocadas, duvidosas ou contrárias; mandar fazer exame de letras; exigir depoimento de partes; ou admitir a transação que por ventura fação as partes”¹²⁶.

Após a proclamação da República, o Governo Provisório, por meio do artigo 1º do Decreto n. 763, de 19 de setembro de 1890, determinou a aplicação do Regulamento 737 de 1850 ao processo civil em geral, deixando de ser um diploma aplicável somente “a ordem do juízo no processo comercial”.

4.2. Da evolução do instituto durante o período republicano até o CPC atual

A Constituição brasileira de 24 de fevereiro de 1891, em seu artigo 34, parágrafo 23º, combinado com o artigo 65, parágrafo 2º, consagrou o princípio federativo, atribuindo às antigas províncias, alçadas à categoria de Estados-membro da federação, a competência para legislar sobre direito processual, reservando-se à União a competência para fazê-lo a propósito do processo da Justiça Federal.

Os Estados brasileiros, contudo, não tiveram pressa em elaborar seus estatutos processuais. Enquanto não o fizeram, o Regulamento 737 de 1850 continuava a neles vigorar como norma reguladora do processo civil.

Silva Junior, Typographo Editor, 1880, v. 1º, p. 249. (extraída do site <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/220533?mode=full>, acesso no dia 30.6.2013)

¹²⁶ RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*, commentada pelo Conselheiro Dr. Antonio Joaquim Ribas com a colaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas. 2ª ed., Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, Typographo Editor, 1880, v. 1º, p. 346. (extraída do site <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/220533?mode=full>, acesso no dia 30.6.2013)

A título de ilustração, vale mencionar que, em São Paulo e na Paraíba, os dois últimos Estados a editar seus próprios Códigos de Processo, o Regulamento 737 de 1850 teve vida longa, até janeiro e dezembro de 1930, respectivamente. Em Goiás, Alagoas e Amazonas, que não promulgaram seus Códigos, o Regulamento 737 esteve em vigor até março de 1940¹²⁷.

Assim, a nova Constituição republicana de 1934 restabeleceu a unidade do direito processual brasileiro, consagrando a competência privativa da União para legislar sobre o direito processual (artigo 5º, n. XIX, letra ‘a’). Restou estabelecido no artigo 11, §2º das Disposições Provisórias que, enquanto não fosse decretado o novo Código de Processo Civil, continuariam em vigor os Códigos dos Estados-membros.

Todavia, como se sabe, com o golpe de 10 de novembro de 1937, Getúlio Vargas dissolveu o Congresso, revogou a Constituição de 1934 e outorgou nova Constituição, iniciando o período histórico brasileiro conhecido como Estado Novo. O artigo 16, inciso XVI, da Constituição de 1937 manteve a unidade processual, reservando à União a competência privativa para legislar sobre o direito processual. Pelo Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, foi promulgado, então, o Código de Processo Civil brasileiro (“CPC de 1939”).

Em relação à distribuição do ônus da prova, o CPC de 1939 trouxe, especificamente, as regras do artigo 209, *caput* e parágrafos 1º e 2º¹²⁸.

A regra do §2º, do art. 209, do CPC de 1939, implica a distinção das duas modalidades de contestação: uma em que o réu não só nega os fatos constitutivos articulados pelo autor, como também alega fatos que extinguem ou impedem os fatos constitutivos do direito do autor; outra em que o réu reconhece os fatos constitutivos, mas alega fatos que extinguem, impedem ou modificam a relação jurídica.

Na primeira modalidade de contestação, como o fato alegado pelo autor é negado, cumpre ao réu prová-lo, competindo-lhe a prova, no entanto, dos fatos que excluem ou

¹²⁷ LOBO DA COSTA, Moacyr. *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua Literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 31.

¹²⁸ “Art. 209. O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, si o contrário não resultar do conjunto das provas. § 1º Si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova. § 2º Si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação”

impedem, na hipótese de serem verdadeiro. Na segunda modalidade de contestação, como os fatos constitutivos são reconhecidos pelo réu, cumpre-lhe somente a prova dos fatos alegados como impeditivos, extintivos ou modificativos.

Segundo o entendimento de alguns comentaristas do CPC de 1939, o art. 209, §2º, imporia ao autor a incumbência de provar o fato constitutivo e ao réu a de provar os fatos extintivos ou impeditivos. Neste sentido, o CPC de 1939 teria inovado o direito anterior,

Procurando contrabalançar o ônus da prova, fazendo-o pesar também sobre o réu, desde que este, aceitando o pedido em sua substância, alegue um fato que o extinga, ou lhe suste os efeitos. Se o réu diz que deve, mas, que já pagou, cumpre-lhe provar o pagamento, ao contrário do que ocorria no regime antigo, em que esta alegação equivalia à negativa total do fato, sem transferência, portanto, do ônus da prova. Atualmente, porém, pelo novo Código, a alegação de pagamento, como de qualquer outro fato extintivo (novação, remissão, etc) desonera o autor de provar o fato constitutivo¹²⁹.

Esses comentadores do CPC de 1939 afirmam que a regra sobre o ônus da prova vigente era a de que o “autor deve provar o fundamento de sua ação, o réu o da sua exceção”¹³⁰.

Segundo Moacyr Amaral Santos, “enfeixando as regras dispersas” no CPC de 1939, pode-se estabelecer os seguintes princípios fundamentais do instituto do ônus da prova: em regra, competiria a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações feitas; competiria ao autor a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor; poderia o juiz ordenar *ex-officio* as diligências probatórias que julgasse necessárias para apuração da verdade dos fatos alegados¹³¹.

¹²⁹ ALMEIDA, Dimas R. de; ALCKMIN, José G. R.; NILSSON, Jurandyr. *Jurisprudência de Processo Civil* (1957-58). São Paulo: Max Limonad, 1959, v. I., arts. 1º a 279. p. 429.

¹³⁰ ALMEIDA, Dimas R. de; ALCKMIN, José G. R.; NILSSON, Jurandyr. *Jurisprudência de Processo Civil* (1957-58). São Paulo: Max Limonad, 1959, v. I. Arts. 1º a 279. p. 430.

¹³¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Parte Geral*. São Paulo: Max Limonad, 1940, v. 1, p. 129.

Certamente, semelhante fórmula deve ser entendida em conformidade com os ensinamentos da doutrina de Chiovenda, expostos anteriormente, atribuindo-se ao autor a prova dos fatos constitutivos e ao réu a dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos. Em outras palavras, o *onus probandi* incumbe, sempre, *ei qui dicit* (interpretando-se como aquele que propõe em juízo), do que se conclui que cumpre ao autor o ônus da prova do fundamento da ação e ao réu o ônus da prova da sua exceção.

A assimilação do instituto do ônus da prova segundo o paradigma romano foi, portanto, decisiva para a incorporação das ideias acerca da distribuição estática do ônus da prova atualmente vigentes no Brasil. Conforme se verá a seguir, a regra de distribuição do ônus da prova vigente no Brasil também é resumida na máxima *actori incumbit probatio et rei in excipiendo fict auctor*, sendo que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, a demonstração dos argumentos alegados em sua defesa, quais sejam, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (artigo 333 do CPC atual).

5. DA REGRA GERAL DO ÔNUS DA PROVA NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Neste ponto, cabe uma análise dos principais aspectos da regra estática do ônus da prova, prevista no artigo 333 do atual CPC¹³², que seguiu a tradição processual brasileira. É a partir daí que passaremos a verificar em que medida a regra estática do ônus da prova passou a se mostrar imprópria para que as partes processuais pudessem provar suas alegações.

No sistema processual brasileiro, a regra de distribuição do ônus da prova é resumida na máxima *actori incumbit probatio et rei in excipiendo fict auctor*, sendo que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, a demonstração dos argumentos alegados em sua defesa, quais sejam, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (artigo 333 do CPC).

Em que pesem as recentes críticas que a regra de distribuição estática do ônus da prova vem sofrendo, a doutrina brasileira já enalteceu esse sistema. A título de ilustração vale ressaltar o elogio que Alfredo Buzaid fez à regra contida no artigo 209 do CPC de 1939, no sentido de que o nosso legislador estava afinado com as ideias mais modernas da ciência processual alinhando ônus subjetivo e ônus objetivo da prova¹³³.

Resta claro que a *ratio* da regra prevista no art. 333 do CPC é disciplinar quem deve sofrer os efeitos da não demonstração dos fatos que foram alegados no processo. Assim, o que foi feito no nosso sistema processual foi atribuir ao autor o ônus de provar o

¹³² Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

¹³³ Segundo Buzaid, a regra insculpada no artigo 209 do CPC de 1939 estava “em perfeita harmonia com a evolução do direito processual civil contemporâneo, que substituiu o juiz inerte pelo juiz ativo, conferindo-lhe atividade instrutória, não para sanar as deficiências da prova que a parte deixou de produzir, mas para formar o seu convencimento, como órgão jurisdicional, a quem toca a direção do processo.” (fl. 420) E continua mencionando que o “Cód. de Proc. Civil brasileiro tem, portanto, o mérito de haver contemplado o instituo do ônus da prova sob o seu duplo aspecto, subjetivo e objetivo, pondo-se em dia com as melhores conquistas do progresso científico moderno.” BUZAID, Alfredo. O ônus da Prova. *Revista Forense*, v. 204, Out.-Nov.-Dez. 1963, p. 420.

fato constitutivo do seu direito e ao réu o de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Tal distribuição do *onus probandi* leva em consideração o efeito jurídico pretendido pela parte. Neste sentido, José Ignácio Botelho de Mesquita entende satisfatória a forma de distribuição do ônus da prova prevista no art. 333 do CPC, na medida em que a

Exigência de demonstração dos fatos constitutivos do direito alegado por aquele que pede tutela jurisdicional é consequência natural do ônus de demandar, de provocar o exercício da jurisdição, que por sua vez é decorrência da proibição da autotutela, que cria para a parte resistente o direito de ser mantida em sua situação de fato, de exercer o direito contestado, até que por meio do processo se declare que ele não existe ou pertence a terceiro.

Assim, Botelho de Mesquita, ao indagar se o autor poderia ser dispensado do ônus de provar os fatos constitutivos do direito por ele alegado, ou se a ele também poderia ser carreado o ônus de provar a inexistência de fatos que excluam o acolhimento da sua pretensão, é enfático ao responder negativamente¹³⁴. Para que seja aplicada determinada norma jurídica no processo, a parte deve, portanto, demonstrar a ocorrência do fato que lhe serve de base, seja ele constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo.

Tal modelo estático de distribuição do ônus da prova é pautado pelo princípio do interesse, uma vez que ele incumbe à parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado¹³⁵. Ou seja, a parte que alega tem interesse em ver provados os fatos que lhe garantem o resultado favorável.

Dessa forma, no sistema estático de distribuição do ônus da prova, o encargo de provar a veracidade dos fatos alegados é atribuído *a priori* às partes, sem qualquer influência das características do caso concreto. Somente em casos especiais, previstos em lei, como no artigo 333, parágrafo único do CPC e no artigo 6º, inciso VIII do Código de

¹³⁴ BOTELHO DE MESQUITA, José Ignácio. *Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias* – Teses, estudos e pareceres de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 3, p. 210.

¹³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. III, p. 72.

Defesa do Consumidor (“CDC”), por exemplo, o ônus da prova poderá ser distribuído de modo diverso.

Do mesmo modo, o rígido sistema de distribuição do ônus da prova atual já norteia a forma como o juiz deverá julgar a lide caso uma parte deixe de provar fato cujo ônus da prova lhe incumbia. Por exemplo, se cabia ao autor provar um fato constitutivo do seu direito e ele não foi capaz de demonstrar a veracidade de suas alegações, deverá a parte autora suportar o prejuízo de ver a sua demanda julgada improcedente.

Assim, a primeira observação a ser feita no que se refere ao ônus da prova é que se trata de ônus atribuído às partes com vista a suprir eventual deficiência de instrução do processo que impossibilite o magistrado de concluir pela verdade, ou não, das alegações de fatos. Conforme Munir Karam,

O problema do ônus da prova não surge quando são pacíficas as afirmações das partes relativas às questões de fato ou quando o juiz se convence da verdade ou não das afirmações discutidas, seja porque essa convicção nasce da prova produzida, seja porque resulta do conjunto dos debates. As regras relativas ao ônus da prova somente são aplicáveis quando uma circunstância de fato - que é importante para a existência da relação jurídica litigiosa ou para a aplicação do conceito jurídico em questão - não se aclarou¹³⁶.

No mesmo sentido, ensina o processualista português Rui Manuel de Freitas Rangel que “quando no espírito do juiz permaneça a dúvida sobre os fatos do litígio, quer em maior ou quer em menor escala, intervém o chamado ônus da prova”¹³⁷. Ou seja, ao final do processo, no momento de o magistrado proferir a sentença, pode o juiz entender que as alegações fáticas trazidas aos autos pelas partes não se encontram provadas, não se produzindo para ele, julgador, a certeza da existência ou inexistência dos fatos aventados.

¹³⁶ KARAM, Munir. *Ônus da Prova: noções fundamentais*. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 17, janeiro-março 1980, p. 51.

¹³⁷ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 102.

Ocorre que, segundo o disposto no artigo 126 do CPC¹³⁸ e também no artigo 140 do Projeto de Novo CPC¹³⁹, o juiz não se exime de sentenciar alegando lacuna ou obscuridade na lei. Ainda que o referido dispositivo contido no atual CPC (e também no Código projetado) mencione a lacuna na lei, e não a lacuna nos fatos alegados pelas partes, existe na doutrina processual e na jurisprudência quem interprete tal dispositivo no sentido de que o juiz tem o “poder-dever” de prolatar sentença mesmo sem a convicção dos fatos alegados pelas partes¹⁴⁰. Em razão da existência desse “poder-dever” dos juízes, entende-se que o nosso ordenamento jurídico vigente e projetado não admite e não admitirá a figura do *non liquet*.

A fim de superar o estado de incerteza quanto aos fatos trazidos aos autos, o sistema processual brasileiro determina ao magistrado a possibilidade de julgamento segundo as regras do ônus da prova, proporcionando-lhe um instrumento eficaz para obstar um *non liquet* e, por conseguinte, solucionar o litígio levado à sua apreciação pelas partes. Por isso, conforme Paulo Rogério Zanetti, a regra do ônus da prova é instrumento de natureza substitutiva, posto que substitui a prova no momento da decisão, sendo que a sua aplicação pelo juiz é uma consequência da falta da prova ou de sua insuficiência¹⁴¹.

A partir desse ponto, indagaremos sobre qual das partes processuais arcará com as consequências negativas da não produção de determinada prova que lhe incumbiria.

¹³⁸ “Art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

¹³⁹ “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

¹⁴⁰ Segundo Dinamarco: “A garantia constitucional de acesso à justiça, com a promessa de tutela jurisdicional a quem tiver a razão, conduz à proibição de sentenças declarando que, por falta da clareza suficiente para julgar (quanto aos fatos e provas, ou mesmo quanto à interpretação jurídica), a causa fica sem julgamento, extinguindo-se o processo sem nada decidir (CPC, art. 126). Isso seria denegação de justiça e descumprimento da função jurisdicional. Se os fatos não estiverem claros apesar de postos em prática todos os meios possíveis para a devida instrução, o juiz aplicará a regra de julgamento segundo a qual fatos não provados são fatos inexistentes, concluindo pois contrariamente ao litigante a quem incumbiria o ônus de prová-los (art. 333, incs. I-II)”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 372-373. No mesmo sentido: CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006, p. 340. Na jurisprudência: “Com efeito, o juiz é compelido a lançar mão das regras sobre distribuição do ônus da prova quando, ao julgar uma controvérsia de fato, vê-se diante de material probatório insuficiente, até inconclusivo. Como o juiz não pode se abster de julgar, e assim preconiza o art. 126 do CPC, nessas situações de falta de provas ele consegue prestar o ofício jurisdicional através da disciplina do ônus da prova.” (Agravado de Instrumento nº 2042997-76.2014.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Cerqueira Leite, j. 27.6.2014)

¹⁴¹ ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 88.

Analisaremos qual das partes deve assumir o risco da prova que faltou ou se demonstrou insuficiente. Para essa análise, torna-se necessária a distinção entre ônus subjetivo e ônus objetivo da prova.

5.1. Ônus da prova subjetivo e objetivo

A distinção entre o aspecto subjetivo e o aspecto objetivo das regras sobre ônus da prova tem importância para se determinar quais são os destinatários das normas referentes à distribuição do ônus da prova.

Segundo o jurista português Rui Manuel de Freitas Rangel,

O problema do ônus da prova apresenta duas faces processuais: uma que diz respeito à posição dos litigantes, nesta estrutura, indagando-se qual deles deve suportar o risco da prova frustrada ou da não prova – face ou lado subjetivo –, e outra que se vira para a atividade do juiz, no julgamento da matéria de fato – face ou lado objetivo¹⁴².

Conforme já acenou Flávio Yarshell, a sistematização do estudo do ônus da prova tradicionalmente gira em torno de duas perspectivas: uma subjetiva, que dá ênfase ao encargo que se atribui às partes como uma espécie de condição – conjugada, certamente, a outros fatores – para que logrem êxito no processo; outra objetiva, que parte da premissa de que, sendo vedado ao Estado deixar de julgar a pretexto da ausência da prova, o juiz deve se valer das normas que distribuem o correspondente ônus como uma regra de julgamento¹⁴³.

Em suma, a despeito de o ônus objetivo constituir um aspecto da regra do ônus da prova, que outorga ao juiz a regra de julgamento para impedir o *non liquet*, proferindo sentença mesmo quando não dispõe de elementos para formar seu convencimento em torno

¹⁴² RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 123.

¹⁴³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49.

dos fatos alegados pelas partes, é certo que o ônus da prova também possui em aspecto subjetivo.

Esse seu aspecto subjetivo deve ser levado em consideração, pois prevê a distribuição dos encargos probatórios entre os litigantes e estabelece os riscos de sucumbência para o caso de descumprimento, estimulando as partes e estabelecendo regras de conduta para a sua atividade probatória.

Pelo ônus da prova subjetivo tem-se a resposta à indagação de qual parte litigante deve provar o quê, no decorrer do processo. Já o ônus da prova objetivo dirige-se ao juiz, que deve responder à seguinte pergunta no conteúdo da sentença: o que deveria ficar provado no processo, independentemente de quem tenha feito a prova? Daí se conclui que o ônus da prova objetivo é aquele que prescinde de toda a atividade probatória desenvolvida pelas partes para estabelecer a verdade dos fatos controvertidos, interessando ao magistrado o que se encontra provado, e não quem o provou¹⁴⁴.

Segundo os entendimentos de Munir Karam e de Alfredo Buzaid, o nosso sistema processual civil, tanto no CPC de 1939 quanto no CPC atual, tem considerado o aspecto subjetivo e o objetivo do ônus da prova. O aspecto subjetivo estaria representado no art. 333, incisos I e II do CPC e pelo artigo 209, parágrafos 1º e 2º do CPC de 1939. Já o aspecto objetivo do ônus da prova estaria contemplado pela legislação processual civil pátria no art. 131 do CPC atual e no artigo 118 do CPC de 1939, pois são dispositivos que determinam ao juiz que observe o que restou provado nos autos, independentemente de quem alegou e provou¹⁴⁵.

Segundo Ricardo de Barros Leonel, a própria regra geral contida no artigo 333, incisos I e II do CPC já contemplaria duas diretrizes distintas: uma endereçada às partes, denominada de ônus da prova subjetivo; outra direcionada ao juiz, que seria o ônus objetivo¹⁴⁶.

¹⁴⁴ ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

¹⁴⁵ KARAM, Munir. Ônus da Prova: Noções Fundamentais, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 17, janeiro-março 1980, p. 51; BUZAID, Alfredo. *O ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 204, Out.-Nov.-Dez. 1963, p. 419.

¹⁴⁶ LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova. In: *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 51.

Da mesma forma, as regras do sistema processual português (artigos 342 do Código Civil Português¹⁴⁷ e 516 do Código de Processo Civil Português¹⁴⁸), segundo Rui Manuel de Freitas Rangel, também já contemplariam os aspectos subjetivo e objetivo do ônus da prova, estando “em perfeita sintonia com a evolução do direito processual civil contemporâneo, que substitui o juiz inerte pelo juiz activo, conferindo-lhe actividade instrutória para formar o seu convencimento, enquanto órgão jurisdicional a quem compete a direcção do processo.”¹⁴⁹

Embora os aspectos subjetivo e objetivo do ônus da prova preencham funções diferentes no processo, segundo Rui Manuel de Freitas Rangel, ambos “procuram atingir um fim comum que é a realização da verdade e da justiça.”¹⁵⁰

Esclarecidos esses aspectos gerais sobre as diretrizes subjetivas e objetivas do ônus da prova, serão expostas a seguir algumas características particulares tanto do aspecto subjetivo do ônus da prova quanto do seu aspecto objetivo.

5.2. A regra do ônus da prova da perspectiva subjetiva

O ônus da prova na sua perspectiva subjetiva dá enfoque ao instituto sob o ângulo das partes, interessadas no resultado favorável. Essa perspectiva subjetiva do instituto do ônus da prova decorre da própria concepção doutrinária clássica do conceito de ônus processual, que seria a posição jurídica voltada para um interesse próprio das partes: tendo a parte a liberdade de produzir prova, ao deixar de fazê-lo não pratica ato ilícito (a ensejar

¹⁴⁷ Artigo 342.º - (Ônus da prova)

1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.

2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita.

3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito.

¹⁴⁸ Artigo 516.º - Princípio a observar em casos de dúvida - A dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ônus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita.

¹⁴⁹ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 168-169.

¹⁵⁰ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 132.

sanção em sentido estrito), mas apenas se sujeita, somente ela, a eventuais consequências desfavoráveis em virtude de sua inércia¹⁵¹.

O jurista português Rui Manuel de Freitas Rangel menciona, nesse sentido, que a noção de “ônus da prova subjetivo está ligada e encontra-se marcada pelo princípio dispositivo ou da iniciativa das partes”¹⁵².

O jurista uruguaio Eduardo Couture analisa esse enfoque do ônus da prova subjetivo ligado ao interesse no resultado favorável e a possibilidade de que haja consequências negativas em caso de inércia probatória da parte, dizendo que, na regra do ônus da prova, pode-se verificar uma imposição e uma sanção de ordem processual às partes¹⁵³.

Nas palavras de Rui Manuel de Freitas Rangel, o ônus subjetivo da prova traz “regras de conduta, de procedimento e de comportamento processual das partes, numa fase nuclear da ação” e é no momento do exercício do ônus subjetivo da prova que “as partes litigantes devem colocar toda a sua atenção e sabedoria”¹⁵⁴.

Segundo Ricardo de Barros Leonel, o artigo 333, incisos I e II, do CPC cria ônus processuais às partes, na medida em que estabelece imperativos de conduta em relação aos onerados, ou seja, autor e réu, bem como contempla a regra do ônus da prova da perspectiva subjetiva e representa uma regra técnica do processo, que estabelece uma diretriz para as partes e sinaliza para a manifestação do contraditório e da segurança jurídica, na medida em que permite que as partes saibam de antemão quais são seus encargos probatórios, para que deles possam se desincumbir e assumir as consequências por suas omissões¹⁵⁵.

A conceituação tradicional do ônus da prova em sua perspectiva subjetiva está, pois, altamente associada ao princípio do dispositivo e está ligada ao interesse das partes

¹⁵¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 49.

¹⁵² RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 131.

¹⁵³ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, nº 153, p. 241-243.

¹⁵⁴ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 131.

¹⁵⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova. In: *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 51.

que alegam ver provados os fatos que lhe garantem o resultado favorável. Essa visão clássica do aspecto subjetivo do ônus da prova decorre da própria noção de ônus processual idealizada por Francesco Carnelutti, segundo a qual o ônus processual é uma situação jurídica passiva, em que o vínculo é imposto para a tutela de um interesse próprio¹⁵⁶.

Todavia, Flávio Yarshell critica a própria conceituação clássica de que os ônus processuais seriam situações jurídicas processuais passivas que impelem o sujeito processual ao cumprimento de um ato no seu interesse, mas sob a ameaça de que, se tal ato não for cumprido, ele se prejudicará. Isso porque, o entendimento segundo o qual o processo e a jurisdição estão voltados ao interesse público, notadamente em seu escopo jurídico (de atuação da vontade do direito objetivo em concreto), torna “imperfeita a idéia de ônus como uma posição jurídica cuja não-observância redunde sempre e exclusivamente em prejuízo para o próprio titular”¹⁵⁷.

No que tange ao ônus da prova, Flávio Yarshell propõe que “não parece exato afirmar que o desatendimento do ônus de provar, atribuído às partes, acarrete consequências desfavoráveis exclusivamente para o sujeito a quem se atribuiu o encargo”. Para o autor, o descumprimento do ônus probatório pelas partes ocasiona um julgamento fundado em um quadro probatório deficiente por inércia das partes, o que, embora não impeça a eliminação da controvérsia (escopo social da jurisdição), implica uma perda para o interesse público do Estado¹⁵⁸ e para o escopo jurídico da jurisdição¹⁵⁹.

Flávio Yarshell considera que o juiz é o destinatário da prova no processo, que a descoberta da verdade (embora não seja propriamente um escopo do processo e da jurisdição) atende ao interesse público, por ser instrumento para formulação de decisões justas e que também contribuiu para a segurança jurídica. Entende que, por conta disso, o Estado, na pessoa do juiz, está inclusive legitimado a exercer um autêntico poder de instrução e que lhe interessa que as partes produzam prova. Pensando nesses termos, a

¹⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova-Milano: CEDAM, 1936, p. 55.

¹⁵⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52.

¹⁵⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50-51.

¹⁵⁹ “Entende-se por escopo jurídico da jurisdição “a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo).” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINVOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 141.

prova é o instrumento apto para a consecução de um resultado justo, que, como visto, é desejado pelo Estado para se atingir o escopo jurídico da jurisdição, sendo que a a justiça das decisões integra a ideia de um processo efetivo¹⁶⁰.

Aceitar que, diante da insuficiência probatória decorrente da iniciativa deficiente das partes, devesse o juiz lavar as mãos seria desobrigá-lo de exercer a tutela efetiva dos direitos dos seus jurisdicionados, até porque, também quanto às provas, o juiz atua assegurando a isonomia, bem como buscando a igualdade material, e não apenas formal, das partes no processo.

Esse entendimento é coerente com a visão do processo como um instrumento de direito público, que busca a solução justa e efetiva dos conflitos, em que o juiz não pode mais se limitar a assistir inerte à produção das provas, devendo assumir postura mais ativa a seu respeito e assumir maiores poderes diretivos no processo.

Vê-se, portanto, uma tendência no sistema processual brasileiro de mitigar as características do processo dispositivo, para que sejam atendidas as necessidades de um sistema processual mais flexível, capaz de se adaptar as particularidades do caso concreto.

É nessa linha de ideias que José Carlos Barbosa Moreira afirma que, em razão dos poderes instrutórios do juiz, o estímulo à atividade probatória das partes não fica eliminado, “embora se possa fazer sentir, em certa medida, com menor vigor”, afirmando que haveria uma “atenuação” do aspecto subjetivo do ônus da prova¹⁶¹.

O poder de instrução – exercido com vistas ao interesse público de descoberta da verdade – e a utilização das regras de distribuição do ônus da prova pelo juiz ao julgar a ação, ainda que os fatos não estejam adequadamente comprovados no processo, levam, assim, à superação dessa suposta dicotomia entre os aspectos subjetivo e objetivo do ônus da prova.

¹⁶⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 50-51.

¹⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: Segunda Série*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 78-79.

5.3. A regra do ônus da prova da perspectiva objetiva

Conforme já mencionado, sem embargo do aspecto subjetivo, não há como negar um aspecto objetivo às regras de distribuição do ônus da prova, segundo o qual não é admissível que o juiz deixe de julgar determinado caso sob o argumento de que lhe faltariam elementos probatórios. Nessas situações, o juiz deverá, forçosamente, carrear a uma das partes as consequências gravosas da ineficiência das provas que lhe incumbiriam.

Quando o juiz dá por encerrada a instrução probatória e se dispõe a julgar, o juiz desenvolve uma atividade mental composta de diversos itens, consistentes em (a) identificar o pedido e a categoria jurídico-material em que se apoia (direito de propriedade, responsabilidade civil, etc.); b) identificar os pressupostos de fato do direito afirmado pelo autor, segundo as normas de direito substancial pertinentes (fatos constitutivos descritos na *fattispecie* legal); c) confrontar os fatos alegados com o pedido feito, para ver se, em tese, eles autorizam a pretensão do autor; d) verificar a ocorrência dos fatos¹⁶².

É nesse último momento da etapa decisória, ou seja, da verificação da ocorrência dos fatos que a regra do ônus da prova tem relevância para o juiz, revelando-se verdadeira regra de julgamento nos casos em que o juiz permanece em dúvida quanto à ocorrência dos fatos alegados.

Segundo Ricardo de Barros Leonel, o “ônus objetivo” da prova é um aspecto da regra contida no artigo 333, incisos I e II do CPC, que não representaria um verdadeiro “ônus”, conforme a noção de que seria um imperativo de conduta no interesse da parte, pois o ônus objetivo da prova resolve-se em regra de julgamento¹⁶³. Conforme Rui Manuel de Freitas Rangel, encontra-se subjacente ao ônus objetivo da prova “um princípio de direito público que se liga à actividade jurisdicional, por força de um imperativo de ordem

¹⁶² DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 83.

¹⁶³ LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova. In: *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 51-52.

jurídica que não permite que o juiz se abstenha de julgar, a pretexto de os factos serem duvidosos ou incertos”¹⁶⁴.

Mais do que isso, do ponto de vista objetivo, a regra do ônus da prova encerra, de acordo com Flávio Yarshell, uma garantia contra o arbítrio, ao traçar um parâmetro racional para o julgamento diante do estado de ignorância acerca dos fatos e, vista nessa perspectiva, a disciplina do ônus da prova parece inclusive escapar ao âmbito do chamado princípio dispositivo¹⁶⁵.

Segundo o jurista português Rui Manuel de Freitas Rangel, as regras do ônus da prova, em seu aspecto objetivo, ajudam a suportar a decisão judicial, ainda que haja dúvida insanável sobre a realidade de um fato, tratando-se de regras de decisão. Nesse sentido, segundo o referido autor, a finalidade do ônus objetivo da prova é “fornecer um critério de decisão”. Esse “critério de decisão configura-se no facto de, perante uma dúvida irreduzível sobre a realidade do facto que é pressuposto da aplicação de uma norma jurídica, o juiz decide como se o contrário se encontrasse provado”¹⁶⁶.

Ou seja, a regra do ônus da prova, em sua perspectiva objetiva, é instrumento de natureza substitutiva, posto que substitui a prova no momento da decisão, sendo que a sua aplicação pelo juiz é uma consequência da falta da prova ou de sua insuficiência¹⁶⁷.

No que se refere ao juiz, pela regra da aquisição ou da comunhão dos elementos probatórios, entende-se que ele julgará o caso sem perquirir a qual parte competia o ônus da prova de cada fato, não importando quem a tenha produzido. Toda prova vinda aos autos é considerada integrante do processo, ou adquirida por ele. A prova poderá ter sido produzida pela parte a quem incumbia o ônus de provar determinado fato, pelo adversário, por iniciativa do fiscal da lei, do próprio juiz ou por acaso. Nada disso importará ao juiz,

¹⁶⁴ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 132.

¹⁶⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros 2009, p. 57.

¹⁶⁶ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*, Coimbra, Livraria Almedina, 2000, p. 136.

¹⁶⁷ ZANETTI, Paulo Rogério, *Flexibilização das regras sobre ônus da prova*, São Paulo, Malheiros Editores, 2011, p. 88.

que tem de julgar segundo os elementos juntados aos autos (artigo 131 do CPC), sem restrições além daquelas referentes à ilicitude da prova¹⁶⁸.

Ao contrapor os aspectos objetivo e subjetivo do ônus da prova, muitos doutrinadores brasileiros que desenvolvem o estudo específico sobre a temática, dentre eles, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, José Carlos Barbosa Moreira e Pontes de Miranda, atribuem maior relevância ao ônus da prova em sua face objetiva, como regra de julgamento¹⁶⁹.

Segundo Ricardo de Barros Leonel, a aplicação da regra de julgamento contida no artigo 333, incisos I e II do CPC, isto é, o aspecto objetivo do ônus da prova, “só ocorrerá “se” e “quando” do exame do mérito, desde que o magistrado vislumbre a insuficiência da atividade probatória desenvolvida pelas partes e a não ocorrência das condições para que ele próprio exerça, de ofício, atividade probatória autorizada pelo art. 130 do CPC”¹⁷⁰. Na visão de Ricardo de Barros Leonel, a regra do ônus da prova, em sua acepção objetiva, é, portanto, uma técnica de julgamento suplementar à atividade probatória praticada pelo juiz.

Dessa forma, verifica-se que a moderna doutrina processual brasileira analisa a regra do ônus da prova, em sua perspectiva objetiva, como instrumento de natureza substitutiva, posto que substitui a prova no momento do julgamento do caso, e como técnica de julgamento suplementar aos poderes instrutórios do juiz.

Neste sentido, vê-se que respeitada doutrina processualista sustenta que a problemática do ônus da prova é determinar a quem serão atribuídas as consequências

¹⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel, Instituições de Direito Processual Civil, volume III, 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 85.

¹⁶⁹ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 154; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Julgamento e Ônus da Prova, Temas de Direito Processual*: Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 73. Conforme observa Pontes de Miranda, o “ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula a consequência de se haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre as consequências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar em quem se carga a prova. O problema da carga ou do ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3ª ed. com atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. IV (arts. 282 a 443), p. 270-271.

¹⁷⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova. In: *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 52.

negativas de não se ter produzido provas, razão pela qual a regra do ônus da prova seria aplicada somente no ato do julgamento.

5.4. Regras do ônus da prova como direcionadoras do comportamento das partes

Todavia, esse entendimento de que o ônus da prova seria exclusivamente uma regra de julgamento não parece ser suficiente, pois a “noção de ônus da prova não pode prescindir de um componente subjetivo, porque não é uma categoria jurídica que pode ser concebida sem um titular”¹⁷¹.

Não há como se excluir a perspectiva subjetiva da regra do ônus da prova, pois essa regra estabelece diretrizes de conduta às partes no processo e, igualmente, prevê as consequências negativas para aquela parte que deixar de produzir determinada prova a que lhe incumbia, na eventual situação em que o juiz entender pela insuficiência da prova. Sempre existirá um sujeito incumbido da produção da prova e um sujeito que suportará o ônus respectivo. Por outro lado, o magistrado nem sempre precisará se valer das regras sobre o ônus da prova para a prolação de julgamentos. A utilização da técnica de julgamento com base na regra do ônus da prova pelo magistrado é exceção no sistema processual, uma vez que sua utilização ocorrerá apenas nas situações nas quais o magistrado verificar que os fatos não foram devidamente demonstrados pelas partes.

Antes ou mesmo durante o processo, o ônus da prova dirige-se igualmente à formação do convencimento das partes a propósito de suas chances de êxito, sendo determinante de suas condutas. Ao menos da perspectiva das partes, a consideração de seu ônus de provar é indissociável da valoração que possam fazer acerca das provas produzidas ou daquelas que projetem poder produzir.

¹⁷¹ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 317.

Flávio Yarshell pondera que as partes só podem avaliar se tais ou quais meios de prova foram – ou melhor, se serão – suficientes para desincumbi-las dos respectivos ônus se e na medida em que fizerem um juízo de valor acerca deles¹⁷².

Conforme ensina Eduardo Cambi, o próprio litigante a quem aproveita o reconhecimento de um fato como verdadeiro é o maior interessado em convencer o juiz da veracidade desse fato. Seria esse o “interesse que estimula a parte a atuar no sentido de persuadir o julgador mediante as provas de que o fato realmente ocorreu”. Tal interesse ou “desejo de vencer o litígio cria, no litigante, a necessidade de pesar os meios de que se pode valer em seu trabalho de persuasão e de esforçar-se para que esses meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa.”¹⁷³

Ainda da perspectiva do “desejo de vencer”, José Frederico Marques, citando o processualista alemão Wilhelm Kisch, consigna que o ônus da prova vem a ser a necessidade de provar para vencer a causa¹⁷⁴.

O doutrinador português Rui Manuel de Freitas Rangel enfatizou que o “instituto do ônus da prova encontra-se ligado, intimamente e de forma direta, à actividade das partes” e que o “horizonte da prova é constituído pelo comportamento presumido racional de todo o sujeito que age neste contexto em circunstâncias igualmente normais”¹⁷⁵.

Na visão de Flávio Yarshell, o estabelecimento de presunções no sistema processual brasileiro parece confirmar a ideia de que as regras pelas quais se atribui o ônus da prova podem e devem ser entendidas como dirigidas também aos sujeitos parciais, de sorte a influenciar seu comportamento. É que, como sabido, a função prática das presunções é precisamente a de atuar na distribuição do ônus da prova e, nessa medida, de facilitar a prova¹⁷⁶.

¹⁷² YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 60.

¹⁷³ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 322.

¹⁷⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Processo de Conhecimento. São Paulo: Saraiva, 1974, v. II, 1ª parte, p. 187.

¹⁷⁵ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 99 e 120.

¹⁷⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 67.

Nessa medida, portanto, parece fora de dúvida que tais regras dizem respeito à produção da prova e, no contexto das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, caracterizam-se como verdadeiras regras de conduta das partes, que direcionam o seu comportamento durante a fase processual e, até mesmo, pré-processual.

Nessa linha de argumentação, Flávio Yarshell chega a mencionar que a perspectiva subjetiva das regras de ônus da prova influencia o comportamento das partes na avaliação de suas chances e riscos em um dado processo – futuro ou mesmo em curso – conforme as provas de que as partes disponham ou necessitem dispor, argumento com o qual este trabalho concorda¹⁷⁷.

Essa perspectiva da análise das regras do ônus da prova como regras direcionadoras do comportamento das partes tanto antes quanto durante o processo será, de resto, essencial para o estudo da distribuição dinâmica do ônus da prova.

¹⁷⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66.

6. DAS REGRAS ESPECÍFICAS SOBRE ÔNUS DA PROVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Juntamente com a regra geral do artigo 333, incisos I e II do CPC, segundo Cândido Rangel Dinamarco, convivem outras regras, de caráter especial, harmoniosas com a regra geral e, ordinariamente, reverentes ao princípio do interesse em provar: essas são as regras que regem a distribuição do ônus da prova entre os sujeitos do negócio ou das específicas relações jurídicas a que aludem¹⁷⁸.

Neste sentido, vale mencionar o artigo 337 do CPC, que atribui o ônus da prova do teor e vigência do direito estrangeiro, estadual, municipal ou consuetudinário à parte que o houver alegado¹⁷⁹. Seguindo o mesmo racional previsto no artigo 333, incisos I e II do CPC, é evidente que o interesse no reconhecimento e vigência das normas de direito estrangeiro, estadual, municipal ou consuetudinário é do sujeito que as tiver invocado em seu benefício.

Ao disciplinar o incidente de falsidade documental, o artigo 389, inciso I, do CPC, prevê que o ônus da prova da falsidade do documento é da parte que a tiver arguido, pois o interesse em afastar a eficácia probatória do documento é da parte que alega a falsidade¹⁸⁰. Já o artigo 389, inciso II, do CPC prevê que o ônus da prova da autenticidade da assinatura de um documento é da parte que tem interesse na admissão do referido documento assinado como verdadeiro, ou seja, a prova da autenticidade da assinatura do documento incumbe à parte que houver trazido o documento aos autos¹⁸¹.

O Código Civil também possui vários dispositivos que disciplinam particularmente a distribuição do ônus da prova de fatos relativos a certos negócios ou relações jurídicas específicas. Esses dispositivos foram, do mesmo modo, influenciados pelo princípio do

¹⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 74.

¹⁷⁹ “Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

¹⁸⁰ “Art. 389. Incumbe o ônus da prova quando: I - se tratar de falsidade de documento, à parte que a argüir;”

¹⁸¹ “Art. 389. Incumbe o ônus da prova quando: (...) II - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.”

interesse, que inspirou legislador brasileiro em matéria de ônus da prova no âmbito da elaboração da regra do artigo 333, incisos I e II do CPC.

Dentre os vários dispositivos do Código Civil que dispõe sobre atribuição de ônus probatórios às partes, conforme particularidades de determinadas relações jurídicas de direito material, vale frisar, por exemplo: **(i)** as regras dos artigos 181 e 310 do Código Civil, por meio das quais resta estabelecido que aquele devedor, que pagou ao credor incapaz, gerando a anulação da obrigação em razão desse fato, tem o ônus de provar que o pagamento reverteu em benefício daquele credor incapaz para pleitear em juízo a restituição do valor pago¹⁸²; **(ii)** a regra do artigo 332 do Código Civil, por meio da qual o credor de uma obrigação condicional tem o ônus de demonstrar que o devedor teve ciência do implemento da condição, a fim de pleitear o cumprimento dessa obrigação pelo devedor¹⁸³; **(iii)** a regra do artigo 353 do Código Civil, segundo a qual o devedor de mais de uma dívida líquida e vencida tem o ônus de provar que o credor cometeu violência ou dolo a fim de que ele aceitasse uma determinada quitação de uma dívida líquida e vencida específica, para poder reclamar contra a imputação feita pelo credor, em uma situação na qual o devedor não declarou em qual das dívidas líquidas e vencidas queria imputar o pagamento¹⁸⁴; **(iv)** a regra do artigo 399 do Código Civil, segundo a qual o devedor em mora tem o ônus de provar que o caso fortuito ou força maior, ocorridos durante o atraso, teriam produzido o mesmo resultado, ainda que a mora não existisse, para não responder pela impossibilidade da prestação¹⁸⁵; **(v)** a regra do artigo 461 do Código Civil, por meio da qual, em um contrato de compra e venda aleatório, a parte prejudicada tem o ônus de provar que o contratante beneficiado, teria agido com dolo e que não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa¹⁸⁶; **(vi)** a regra do artigo 613 do Código Civil, segundo a qual, em um contrato de empreitada unicamente de

¹⁸² “Art. 181. Ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.”; “Art. 310. Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.”

¹⁸³ “Art. 332. As obrigações condicionais cumprem-se na data do implemento da condição, cabendo ao credor a prova de que deste teve ciência o devedor.”

¹⁸⁴ “Art. 353. Não tendo o devedor declarado em qual das dívidas líquidas e vencidas quer imputar o pagamento, se aceitar a quitação de uma delas, não terá direito a reclamar contra a imputação feita pelo credor, salvo provando haver ele cometido violência ou dolo.”

¹⁸⁵ “Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.”

¹⁸⁶ “Art. 461. A alienação aleatória a que se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa.”

trabalho, incumbe ao empreiteiro o ônus da prova de que o perecimento da coisa resultou de defeito dos materiais e de que teria reclamado em tempo ao dono da obra da quantidade ou da qualidade desses materiais¹⁸⁷; **(vii)** a regra do artigo 642 do Código Civil, segundo a qual ao depositário incumbe o ônus da prova da ocorrência do caso fortuito ou da força maior, sempre que alegar a ocorrência desses fenômenos como fundamentos para não ser responsabilizado pelos danos sofridos pela coisa depositada¹⁸⁸; **(viii)** a regra do artigo 877 do Código Civil, que prevê que o devedor que voluntariamente pagou quantia indevida tem o ônus de provar que pagou o indevido por erro¹⁸⁹, **(ix)** a regra do artigo 936 do Código Civil, segundo a qual incumbe ao dono, ou detentor, do animal o ônus da prova da culpa da vítima ou da ocorrência de força maior, para se isentar da responsabilidade pelo dano causado por esse animal¹⁹⁰, dentre outros dispositivos¹⁹¹.

O Código de Defesa do Consumidor (“CDC”) também traz previsões de normas especiais sobre o ônus da prova, com o declarado objetivo de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores.

Essas disposições do CDC, ainda que estejam disciplinando um tema processual, que é a prova, agregam-se tão intimamente aos próprios direitos especiais tutelados que evidenciam sua própria pertinência ao direito processual material¹⁹². Incluem-se entre essas regras: **(i)** as que atribuem ao fabricante, produto, construtor ou importador o ônus de comprovar a alegação de não haver colocado o produto no mercado, ou de que ele não é defeituoso, ou que o dano decorreu de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 12, §3º, incisos I, II e III, do CDC¹⁹³); **(ii)** as que atribuem ao fornecedor de serviços o ônus de demonstrar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste, ou que o dano

¹⁸⁷ “Art. 613. Sendo a empreitada unicamente de trabalho (art. 610), se a coisa perecer antes de entregue, sem mora do dono nem culpa do empreiteiro, este perderá a retribuição, se não provar que a perda resultou de defeito dos materiais e que em tempo reclamara contra a sua quantidade ou qualidade.”

¹⁸⁸ “Art. 642. O depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los.”

¹⁸⁹ “Art. 877. Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro.”

¹⁹⁰ “Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.”

¹⁹¹ Ver ainda os artigos 644, 667, parágrafo 1º, 1.588 e 1.965, todos do Código Civil.

¹⁹² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 76.

¹⁹³ “Art. 12. (...)

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

I - que não colocou o produto no mercado;

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

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.”

decorreu de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, §3º, incisos I e II do CDC¹⁹⁴).

Nesse sentido, vale frisar, ademais, que a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) proferiu acórdão no âmbito do Recurso Especial nº 802.832/MG, no qual enfatiza que o CDC contempla duas modalidades de inversão do ônus da prova, sendo uma *ope legis*, prevista nos artigos 12 e 14 do CDC mencionados acima, e uma modalidade *ope judicis* contida no artigo 6º do CDC, que será abordada abaixo.

Segundo o entendimento da 2ª Seção do STJ, órgão colegiado que uniformiza a jurisprudência em questões de direito privado, os artigos 12 e 14 do CDC contemplam regras especiais de distribuição de ônus probatórios, por meio das quais os fornecedores de produtos e de serviços já conhecem, de antemão, quais os ônus probatórios a serem cumpridos por eles a fim de afastarem sua responsabilização civil.

Por essa razão, segundo o entendimento da 2ª Seção do STJ, sequer haveria a necessidade de o juiz utilizar a regra de inversão do ônus da prova previsto no artigo 6º, inciso VIII, do CDC em situações de responsabilidade pelo fato do produto e pelo fato do serviço, sendo tal regra utilizável apenas em situações previstas no artigo 18 do CDC, que trata de vício do produto¹⁹⁵.

¹⁹⁴ “Art. 14. (...) ”

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

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

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

¹⁹⁵ “Inicialmente, deve-se estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (*ope legis*) ou de determinação judicial (*ope judicis*).

Na primeira hipótese a própria lei – atenta às peculiaridades de determinada relação jurídica – excepciona previamente a regra geral de distribuição do ônus da prova. Constituem exemplos dessa situação as hipóteses previstas pelos enunciados normativos dos arts. 12, §3º, II e 14, §3º, I, do CDC, atribuindo ao fornecedor o ônus de comprovar, na responsabilidade civil por acidentes de consumo - fato do produto (art. 12) ou fato do serviço (art. 14), a inexistência do defeito, encargo que, segundo a regra geral do art. 333, I, do CPC, seria do consumidor demandante.

Nessas duas hipóteses, não se coloca a questão de estabelecer qual o momento adequado para a inversão do ônus da prova, pois a inversão foi feita pelo próprio legislador ("*ope legis*") e, naturalmente, as partes, antes mesmo da formação da relação jurídico-processual, já devem conhecer o ônus probatório que lhe foi atribuído por lei.” (Recurso Especial nº 802.832/MG, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.4.2011). No mesmo sentido: REsp 1095271/RS, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 7.2.2013; Recurso Especial nº 1.306.167/RS, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 3.12.2013. Na doutrina, ver: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355-357.

Outra regra especial encontra-se prevista no artigo 38 do CDC, que atribui o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária a quem as patrocina¹⁹⁶.

Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica, o artigo 38 do CDC não estabelece caso de inversão do ônus da prova, mas sim uma regra especial de sua distribuição, que, no caso particular especificado no artigo, prevalece sobre a regra geral insculpida no art. 333 do CPC¹⁹⁷.

Nesse sentido, nas ações que versam sobre a veracidade e a correção da informação ou comunicação publicitária, também não há necessidade de o juiz se valer da regra do artigo 6º, inciso VIII do CDC, mediante aferição dos seus pressupostos de aplicação, uma vez que o artigo 38 do CDC já contempla regra especial de distribuição do ônus da prova.

Assim, em que pese o artigo 333, incisos I e II, do CPC contemplar disposição de caráter genérico sobre a distribuição deste encargo entre as partes processuais, cabe aos operadores do direito atentar para as normas especiais mencionadas anteriormente e para eventuais outras normas existentes no ordenamento jurídico nacional que disciplinem de forma particular a distribuição do ônus da prova de fatos relativos a certos negócios ou relações jurídicas específicas.

¹⁹⁶ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

¹⁹⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, p. 50. No mesmo sentido, GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 13, jan-mar/1995, p. 39-40.

7. DAS INVERSÕES AUTORIZADAS DO ÔNUS DA PROVA

7.1. Inversão convencional do ônus da prova

O artigo 333, parágrafo único, incisos I e II, do CPC¹⁹⁸ admite a inversão convencional do ônus da prova nas situações em que a prova não recair sobre direito indisponível da parte ou não tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco, a inversão convencional do ônus da prova é a “alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição deste, mediante ato concertado entre as partes”¹⁹⁹.

Segundo Ricardo de Barros Leonel, considerando a nulidade da convenção a respeito do ônus da prova somente quando recair sobre direito indisponível ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício de seu direito, “em princípio, é possível a inversão convencional dos ônus previamente fixados nos incisos I e II do art. 333 (ainda que, na prática, isso ocorra com pouca frequência)”²⁰⁰.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, considerando que as partes têm disponibilidade de certos direitos e do próprio processo, é perfeitamente lícito que, em cláusula contratual, elas estipulem critérios próprios a respeito do ônus da prova, para a eventualidade de litígios a respeito do cumprimento do contrato²⁰¹.

De acordo com Dinamarco, a convenção entre as partes sobre a distribuição do ônus da prova não é, em substância, um ato processual, embora projete efeitos para o

¹⁹⁸ “Art. 333. (...) Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

¹⁹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 78.

²⁰⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova, *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 53.

²⁰¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 48ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1, p. 490.

processo. Dinamarco ensina, além disso, que tal convenção pode assumir qualquer forma, ou seja, pode ser admitida como instrumento público ou particular, pode ser formalizada mediante uma petição conjunta dirigida ao juiz em audiência preliminar, bem como pode vir incluída em cláusula contratual, não tendo relevância alguma o fato de ser convencionada antes da instauração do processo²⁰².

Um dos limites à inversão convencional do ônus da prova previsto no artigo 333, parágrafo único, do CPC é a previsão constante do artigo 51, inciso VI, do CDC²⁰³, que veda essa inversão se ela for contrária aos interesses do consumidor²⁰⁴.

Outra limitação da inversão convencional do ônus da prova é de caráter processual e consiste no veto ao excessivo estreitamento das vias de acesso à justiça (artigo 333, parágrafo único, inciso II do CPC). Por exemplo, uma parte processual que assume o encargo de uma *probatio diabolica*, ainda quando resultante da sua própria vontade, estaria fadada ao muito provável insucesso da sua pretensão. A parte tem o poder de transigir ou mesmo renunciar em matéria de direitos disponíveis, mas não tem o poder de envolver em suas atitudes “suicidas” o juiz, que está no exercício de uma função pública²⁰⁵.

Alfredo de Araújo Lopes da Costa critica a possibilidade de inversão convencional do ônus da prova. Segundo ele, “não é lícita a distribuição convencional do ônus da prova”, pois as “partes não podem tolher ao juiz a liberdade de avaliação da prova”²⁰⁶.

Seguindo essa linha, João Batista Lopes sustenta que a admissão do princípio dispositivo não significa, porém, que as partes possam orientar o processo “a seu talante”, uma vez que o “dono do processo (*dominus processu*)” é o juiz. De acordo com o autor, “se às partes se conferem certos poderes de disposição (indicar os meios de prova, fixar o objeto da demanda, transigir, etc.) tal se compreende fora da atividade própria do juiz, não

²⁰² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 78.

²⁰³ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;”

²⁰⁴ AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 517.

²⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. III, p. 79.

²⁰⁶ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. II, p. 278.

sendo este obrigado, na formação das bases da sentença, a aceitar a convenção das partes”²⁰⁷ acerca do ônus da prova.

Todavia, conforme verificado, a opção do legislador brasileiro foi a de adotar o entendimento acerca da possibilidade e da licitude da inversão convencional do ônus da prova no atual CPC. Aliás, o artigo 370, parágrafos 3º e 4º do Projeto do Novo CPC²⁰⁸, contempla regras idênticas às do artigo 333, parágrafo único, incisos I e II, do CPC.

Da mesma forma que no direito processual brasileiro, o sistema processual lusitano também consagra a possibilidade de as partes celebrarem convenção sobre a distribuição dos ônus probatórios em determinadas situações. O artigo 344º.1 do Código Civil Português consagra que há inversão do ônus da prova quando houver uma convenção válida nesse sentido, ao passo que o artigo 345.º do Código Civil Português enuncia certos casos de convenção sobre prova passíveis de nulidade²⁰⁹.

O jurista português Rui Manuel de Freitas Rangel afirma a validade dos contratos sobre ônus da prova e que, nos contratos probatórios, não se deve falar em derrogação das regras estáticas sobre a matéria. Isso porque essas convenções que alteram a repartição da prova entre as partes estão previstas na própria lei, que garante efeitos jurídicos à vontade das partes no que tange à distribuição do ônus da prova²¹⁰.

Na doutrina portuguesa, também existe divergência quanto à licitude dessa inversão convencional do ônus da prova. Para Carlos Miguel y Alonso, as regras sobre ônus da prova seriam inderrogáveis pela vontade das partes, que podem livremente dispor dos fatos, celebrando acordos para o reconhecimento de determinada matéria. Essas partes não poderiam, contudo, celebrar acordo que alterasse as normas do ônus da prova que, sendo

²⁰⁷ LOPES, João Batista. *A Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 42.

²⁰⁸ “Art. 370. (...) § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.”

²⁰⁹ “344º. 1. As regras dos artigos anteriores invertem-se, quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ônus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine.

345º 1. É nula a convenção que inverta o ônus da prova, quando se trate de direito indisponível ou a inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. 2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias.”

²¹⁰ RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 187 e 191.

regras de caráter técnico, escapam à sua disponibilidade. Além disso, segundo o autor, a admissão da inversão convencional poderia pressupor uma intromissão escusada e desnecessária na atividade jurisdicional, bem como poderia violar o princípio da igualdade das partes²¹¹.

Seguindo esse entendimento, também há, na doutrina processual civil da Espanha, quem refute a possibilidade de alteração convencional das regras sobre ônus da prova. Nesse sentido, Juan Damián Moreno, Professor Catedrático da Universidade Autónoma de Madrid, sustenta que as normas que regulam os ônus probatórios das partes são indisponíveis, pois estabelecem o regime processual sobre o qual o juiz deve se acomodar frente a um fato incerto, o que significa que não caberia alteração convencional dos ônus probatórios²¹².

Nesse sentido, apesar de algumas divergências na doutrina nacional e internacional, tanto o sistema processual brasileiro quanto o lusitano já reconhecem a insuficiência da regra estática de distribuição do ônus da prova, ao contemplarem previsões normativas que disciplinam a sua superação em determinadas hipóteses, como é o caso da inversão convencional.

Este trabalho entende que, em princípio, com base nas regras vigentes no CPC e mesmo com base nas regras do Projeto do Novo CPC, seria perfeitamente lícita a inserção de disposições, em cláusulas contratuais, por meio das quais as partes estipulassem parâmetros próprios acerca da distribuição dos ônus probatórios atribuíveis a cada uma, para a eventualidade de litígios. Essas cláusulas não poderão, entretanto, (i) recair sobre direito indisponível e (ii) impor ônus cujo cumprimento seja excessivamente difícil para uma das partes. Ademais, nos casos em que essas cláusulas forem inseridas em contratos que regulem uma relação de consumo, elas deverão atentar para os interesses do consumidor que estão tutelados no CDC, a fim de que tal cláusula não imponha ao

²¹¹ ALONSO, Carlos Miguel y. Los Principios de la Carga de la Prueba en el Proceso Civil. *Bol. Fac. Dir. de Lisboa*, 1957, p. 189.

²¹² “Tal como está concebido el sistema relativo a la carga de la prueba, las normas que la regulan son además indisponibles ya que establecen el régimen procesal al que se ha de acomodar el juez frente al hecho incierto. Eso significa que en nuestra opinion no cabe la alteración convencional de la carga de la prueba.” MORENO, Juan Damián. *Carga de la Prueba Y Responsabilidad Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 26.

consumidor o ônus de demonstrar fatos para os quais ele é hipossuficiente do ponto de vista técnico e informacional em relação ao fornecedor.

7.2 Inversão judicial do ônus da prova

O artigo 6º, inciso VIII, do CDC²¹³ institucionalizou a inversão do ônus da prova por ato do juiz ao tratar dos direitos básicos do consumidor. Ao fazê-lo, o CDC enuncia que o ônus da prova poderá ser invertido, a critério do juiz, quando comprovada a verossimilhança das alegações do consumidor ou a sua hipossuficiência.

Antes de elucidar as particularidades acerca da interpretação do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, cumpre mencionar que a sua base principiológica do dispositivo é o princípio da vulnerabilidade, que serve como ponto de partida da aplicação de todas as suas normas de proteção aos direitos dos consumidores, vulneráveis em suas relações frente aos fornecedores.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor está previsto na própria Constituição Federal de 1988, que instituiu a defesa do consumidor como espécie de direito fundamental (art. 5º, XXXII) e princípio geral da ordem econômica (art. 170, V)²¹⁴. Em ambas as oportunidades em que o texto constitucional determina ao Estado a regulação das relações de consumo ou quando impõe limites à atividade econômica, não há simples menção ao consumidor ou à relação de consumo. A Constituição refere-se à “defesa do consumidor”, o que pressupõe que este necessita mesmo de proteção, dada sua condição de inferioridade (técnica, jurídica ou econômica) em relação ao fornecedor.

²¹³ “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.”

²¹⁴ “Art. 5º. (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor”.

Do ponto de vista da legislação infraconstitucional, a vulnerabilidade constitui presunção legal absoluta (artigo 4.º, inciso I, do CDC²¹⁵), o que equivale a dizer que, em qualquer relação de consumo, a situação de debilidade do consumidor frente ao fornecedor é presumida *ope legis*.

A defesa do consumidor por meio da criação de um microssistema de fundamento constitucional exigiu a previsão de normas processuais que assegurassem a efetividade dos direitos tutelados pelo CDC. Nas palavras de Bruno Miragem:

A preocupação com a efetividade vai estabelecer uma correspondência eficiente entre o direito subjetivo de proteção do consumidor e a finalidade observada a partir deste direito, com os meios processuais conducentes a este fim. Esta correspondência, antes de um ensaio meramente formal já havido no direito tradicional sob a célebre disposição de que ‘a todo o direito corresponde uma ação que o assegura’, passa a vincular direito material e os meios processuais conducentes a sua eficácia, com instrumentos inspirados pela efetivação dos direitos, combinando o reforço dos poderes do juiz, a celeridade e a utilidade da prestação jurisdicional²¹⁶.

Percebe-se, assim, que o objetivo do CDC é facilitar a defesa dos interesses do consumidor no campo da instrução probatória, de modo a permitir a igualdade substancial também no plano processual.

Dessa forma, considerando que a regra do artigo 333, incisos I e II, funciona relativamente bem entre partes iguais, constatou-se que tal regra estática de distribuição do ônus da prova não se mostrava suficiente para a defesa dos interesses do consumidor, vulnerável em face do fornecedor. Daí a importância do artigo 6.º, inciso VIII, do CDC, que flexibiliza as regras sobre a distribuição do ônus da prova, conferindo ao juiz a possibilidade de determinar a inversão dele quando verificar, no processo, a presença da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor.

²¹⁵ “Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;”

²¹⁶ MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 341.

Em atenção ao princípio da isonomia e da igualdade das partes no processo, o legislador brasileiro entendeu que o ônus da prova deveria pesar sobre a parte contrária àquela que naturalmente teria o encargo da prova, invertendo a distribuição do ônus da prova previsto no CPC. Segundo Bedaque, trata-se de exceção à regra geral que visa estabelecer mais equidade ao sistema geral e abstrato de distribuição do ônus da prova²¹⁷.

De acordo com o jurista italiano Giovanni Verde, a inversão do ônus da prova demonstra uma estreita relação com o direito substancial ao se apresentar como um instrumento de igualização em favor da parte que teria maior dificuldade de produzir a prova e que, no desenvolvimento da relação substancial, encontra-se em absoluta posição de debilidade²¹⁸.

Conforme acima já visto, a 2ª Seção STJ proferiu acórdão no sentido de que o juiz somente deve se valer da regra de inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC em situações previstas no artigo 18 do CDC, que trata de vício do produto²¹⁹. Isso porque, em hipóteses de fato do produto e de fato do serviço, os artigos 12 e 14 do CDC já contemplariam regras especiais de distribuição dos ônus da prova, estabelecidas *a priori* para as relações entre fornecedores de produtos e de serviços e seus consumidores.

Tal entendimento vem sendo corroborado pelas 4ª Turma do STJ²²⁰, o que nos conduz à conclusão de que a jurisprudência do STJ tende ao entendimento de que a regra de inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC não seria aplicável

²¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 48.

²¹⁸ VERDE, Giovanni. L'inversione degli onere probatori nel processo. *Rivista Trimestrale di diritto e procedure civile*, giu./set. 1992, p. 719.

²¹⁹ “Inicialmente, deve-se estabelecer uma diferenciação entre duas modalidades de inversão do ônus da prova previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), podendo ela decorrer da lei (ope legis) ou de determinação judicial (ope judicis).

(...)

“A segunda hipótese prevista pelo CDC, que é a discutida no presente processo, mostra-se mais tormentosa, pois a inversão resulta da avaliação casuística do magistrado, que a poderá determinar uma vez verificados os requisitos legalmente previstos, como a “verossimilhança” e a “hipossuficiência” a que se refere o enunciado normativo do art. 6º, VIII do CDC.

“Nestes casos, de que é exemplo marcante a situação retratada nos autos, relativo à responsabilidade por vícios do produto (art. 18 do CDC) (...)” (Recurso Especial nº 802.832/MG, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.4.2011). No mesmo sentido: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355-357.

²²⁰ REsp 1095271/RS, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 7.2.2013; Recurso Especial nº 1.306.167/RS, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 3.12.2013.

em situações de responsabilidade pelo fato do produto e pelo fato do serviço. A tendência dessa jurisprudência é limitar a incidência do artigo 6º, inciso VIII, do CDC aos casos previstos no artigo 18 do CDC, que trata de vício do produto.

Segundo Rizzato Nunes, vícios são as características de qualidade ou quantidade que tornam produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam e também que lhes diminuam o valor, como, por exemplo, os problemas que:

- a) fazem com que o produto não funcione adequadamente, como um liquidificador que não gira;
- b) fazem com que o produto funcione mal, como a televisão sem som, o automóvel que “morre” toda hora etc.;
- c) diminuam o valor do produto, como riscos na lataria do automóvel, mancha no terno, etc.;
- d) não estejam de acordo com informações, como o vidro de mel de 500ml que só tem 400 ml; o saco de 5kg de açúcar que só tem 4,8kg; o caderno de 200 páginas que só tem 180 etc.;
- e) façam os serviços apresentarem características com funcionamento insuficiente ou inadequado, como o serviço de desentupimento que no dia seguinte faz com que o banheiro alague; o carpete que descola rapidamente; a parede mal pintada; o extravio de bagagem no transporte aéreo etc.²²¹.

Já a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, de acordo com Claudia Lima Marques, “decorre da violação de um dever de segurança, ou seja, quando o produto ou serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria legitimamente esperar”²²².

Em que pese a atual tendência da jurisprudência do STJ de limitar a incidência do artigo 6º, inciso VIII, do CDC aos casos de vícios do produto, pode-se observar que alguns tribunais estaduais pátrios continuam a aplicar a regra da inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC mesmo nos casos que tratam de defeito do produto e de defeito do serviço, previstos nos artigos 12 e 14 do CDC, para os quais o CDC já traz regra especial de distribuição dos ônus probatórios²²³.

²²¹ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 166-167.

²²² MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 379.

²²³ “Consumidor. Responsabilidade pelo fato do produto. Acidente de consumo. Queimaduras decorrentes de incêndio de gás vazado de botijão. Responsabilidade objetiva. Demonstração de que o fato ocorreu por conta da utilização de produto colocado no mercado pela Ré. Ausência de demonstração, por parte da fornecedora, de culpa (conduta) exclusiva da vítima (CDC, art. 12, § 3º, inciso III), a afastar-lhe a imputação do evento,

Conforme exposto anteriormente, este trabalho concorda com o posicionamento, já explorado na doutrina brasileira, de que o artigo 12, parágrafo 3º, incisos I, II e III, e o artigo 14, parágrafo 3º, incisos I e II, ambos do CDC, contemplam regra especial de distribuição do ônus da prova²²⁴, nas quais já estão inseridos os fatos que deverão ser provados pelo fornecedor que pretender excluir sua responsabilização objetiva em face dos consumidores.

Por essas razões, o presente trabalho entende que, em casos que envolvam fato do produto ou fato do serviço, o fornecedor de produtos que pretender excluir a sua responsabilização objetiva em ações movidas por consumidores deverá provar o seguinte: **(i)** que não colocou o produto no mercado; ou **(ii)** que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; ou **(iii)** a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Já o fornecedor de serviços que pretender afastar sua responsabilização objetiva, deverá provar que **(i)** tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; ou **(ii)** a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Este trabalho concorda com a tendência da atual jurisprudência do STJ de limitar o âmbito de aplicação efetiva do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, restringindo-o aos casos de vícios de produtos e serviços. Para as hipóteses de fato do produto ou fato do serviço, o artigo 12, parágrafo 3º, incisos I, II e III, e o artigo 14, parágrafo 3º, incisos I e II, ambos do CDC, já contemplam regra especial de distribuição do ônus da prova.

considerada a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, inciso VIII). Danos morais e estéticos. Caracterização Ofensa à integridade psicofísica. Compensações fixadas na origem no valor de R\$ 30.000,00 pelos danos morais e de R\$ 30.000,00 pelos danos estéticos. Adequação e pertinência. Sentença mantida. Aplicação do art. 252 do Regimento Interno do TJSP. Recurso improvido”. (Apelação nº 0101493-67.2007.8.26.0004, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Luiz Antonio Costa, j. 29.1.2014); “DANO MORAL. Indenização. Saques indevidos junto à conta-corrente do autor. Relação de consumo caracterizada. Inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC). Ônus da casa bancária, do qual não se desincumbiu, de provar que os saques foram realizados de forma lícita. Violação ao artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade objetiva. Risco profissional. Diminuição do patrimônio que leva a abalo psicológico passível de reparação moral – Dano configurado. Indenização devida. Restituição de valores determinada. Sentença reformada para julgar procedente a demanda – Agravo retido do réu não conhecido, posto não reiterado – Recurso de apelação do autor provido”. (Apelação nº 0106960-96.2008.8.26.0002, 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Maia da Rocha, j. 1.4.2013). No mesmo sentido: Apelação nº 146646/2012, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Mato Grosso, Des. Relator Marcos Machado, j. 7.5.2013; Apelação Cível nº 70053609954, 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Umberto Guaspari Sudbrack, j. 13.3.2014.

²²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 76.

7.2.1. Da verossimilhança das alegações do consumidor

Segundo o art. 6º, inciso VIII, do CDC, o juiz deverá determinar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor no processo civil quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

Partindo dessa premissa legislativa, cumpre esclarecer quais os critérios de que o juiz deve se valer para valorar uma determinada alegação do consumidor como verossímil.

Pela leitura do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, caberia em princípio indagar se o juízo de verossimilhança, a ser realizado pelo juiz no momento de decidir sobre a inversão do ônus da prova, deveria ser lastreado apenas nas “regras ordinárias de experiência”.

A questão das regras de experiência como critério de decisão não foi grande novidade no sistema processual brasileiro, uma vez que o artigo 335 do CPC já previa a possibilidade de o juiz aplicar as regras de experiência comum e as regras de experiência técnica no momento de decidir²²⁵.

As máximas de experiência “são noções extrajudiciais, fruto da cultura, dos conhecimentos sociais, artísticos, ou práticos, de que se serve o juiz no encaminhar e avaliar as provas, no aplicar o direito, no decidir”²²⁶.

Segundo Piero Calamandrei, no processo decisório, o juiz avaliaria, em uma gradual e crescente aproximação do que seja a verdade (necessariamente relativa no âmbito do processo), que um fato pode ser possível, verossímil e provável. Se um juiz considera um fato verossímil, isso significa que a sua convicção sobre a existência dele está mais próxima de considerá-lo verdadeiro do que se o considerasse apenas possível. De forma

²²⁵ “Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

²²⁶ MILHOMENS, Jonatas. *A Prova no Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 207.

correlata, se a convicção judicial chega a considerá-lo provável, ainda mais avançada na escala da verdade encontra-se a convicção judicial²²⁷.

Segundo Ricardo de Barros Leonel, entre os estados de consciência pelos quais pode passar o homem em relação a um fato – desconhecimento, dúvida e certeza – o processo almeja a certeza, que deve ser compreendida como a “certeza subjetiva”. Esta certeza seria a convicção obtida a partir da reconstrução dos fatos no processo, desejada como premissa para a prolação de decisões potencialmente justas²²⁸.

Do ponto de vista do cumprimento do ônus da prova pelas partes, Dinamarco ensina que o juiz deve considerar cumprido o ônus probatório por determinada parte quando a instrução processual houver chegado à demonstração razoável da existência de um fato determinado, “sem os extremos da exigência de uma certeza absoluta que muito dificilmente se atingirá”, pois a “certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar”²²⁹.

O sistema jurídico não tolera que o juiz se mantenha num estado de dúvida acerca dos fatos relevantes do processo e se abstenha de julgar. Por essa razão, Calamandrei afirma que o sistema probatório é preordenado a impor ao juiz que, ao julgar os fatos, ele se satisfaça com o sucedâneo da verdade, que é a verossimilhança²³⁰.

Ainda segundo Dinamarco, para a decisão judicial sobre questão de fato, basta ao juiz que, segundo o juízo comum do *homo medius*, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis²³¹. Conforme a doutrina processual, ao julgar a realidade fática envolvida em uma demanda, o juiz realiza, destarte, um juízo de probabilidade sobre a verdade ou não de um ou mais fatos²³². Esse juízo de probabilidade

²²⁷ CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Opere giuridiche. Napoli: Morano, 1972, v. 5, p. 621.

²²⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova. In: *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 48.

²²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 81.

²³⁰“(…) La valutazione per quanto libera porta in ogni caso a un giudizio di probabilità e di verosimiglianza, non di verità assoluta.” CALAMANDREI, Piero. *Verità e verosimiglianza nel processo civile*. Opere giuridiche. Napoli: Morano Editore, 1972, v. 5, p. 616.

²³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 81.

²³² PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 188.

seria, de acordo com Dinamarco, a convergência de elementos que conduzem razoavelmente a crer numa afirmação, superando a força de convicção dos elementos divergentes dela²³³.

Adotando uma interpretação restrita do disposto no artigo 6º, inciso VIII do CDC, Ricardo de Barros Leonel, dentre outros autores, entende que o juízo de verossimilhança deve ser lastreado apenas nas “regras ordinárias de experiência”. Segundo o autor, o legislador permitiu a identificação da verossimilhança da alegação mediante a “aceitação da probabilidade de que a afirmação seja verdadeira, na esteira das regras de experiência comum, justificando a presunção judicial quanto ao fato afirmado”, assim, em caso de “falta de prova que demonstre a inexistência de fato presumível pelas máximas de experiência, prevalece a presunção²³⁴”.

Por outro lado, no entender de outros autores, o juízo de verossimilhança, para fins de aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do CDC deve se basear em algum suporte probatório.

Dentre esses autores, Cecília Matos sustenta que o juízo de verossimilhança resultaria do material probatório disponível, das regras de experiência e das presunções simples pelo juiz²³⁵. Esse juízo de verossimilhança que deverá ser realizado pelo juiz, ao contrário do que a interpretação literal do artigo 6º, inciso VIII, do CDC pode levar a crer, não é, assim, um juízo baseado *exclusivamente* em regras de experiência, antes que qualquer prova seja produzida²³⁶.

²³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 81.

²³⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 368. No mesmo sentido: ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. IV, p. 23; WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 494.

²³⁵ MATOS, Cecília. *O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: FDUSP, 1993. Dissertação de mestrado. p. 165.

²³⁶ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do ônus da prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 275; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.189.

Da mesma forma que o juízo de verossimilhança realizado para fins de concessão de antecipação de tutela (artigo 273 do CPC) se funda em “prova inequívoca”²³⁷, mostra-se correto o entendimento de que o juízo de verossimilhança, para fins de deferimento de inversão do ônus da prova, também deverá ser baseado em algum material probatório.

Nesse sentido, vale analisar um exemplo exposto por José Geraldo de Brito Filomeno sobre uma situação hipotética na qual o consumidor de um veículo ajuíza ação de indenização contra a montadora, sob a alegação de que o veículo padece de grave defeito de fabricação consistente na fundição das rodas de liga leve. Tendo em vista que a prova do defeito – exame metalográfico – é de difícil produção pelo consumidor, a alegação deste de que o acidente que sofrera resultara exatamente daquele defeito, com base, por exemplo, em laudo de constatação elaborado pela polícia técnica, pode parecer verossímil ao magistrado que analisa a ação de indenização. Assim, esse magistrado, em um juízo de verossimilhança, poderá valorar o laudo de constatação e entender pela decretação da inversão do ônus da prova²³⁸.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova²³⁹. Não bastasse esse suporte doutrinário, o STJ já proferiu acórdãos no sentido de que a aferição da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência da parte depende da análise do conjunto fático-probatório dos autos²⁴⁰. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (“TJ-SP”) também já manifestou entendimento de que o juízo de verossimilhança a ensejar o deferimento da inversão do ônus da prova deverá ser lastreado em “prova inequívoca” da verossimilhança das alegações do consumidor²⁴¹.

²³⁷ Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação (...).

²³⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito... [et. al]. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 144-145.

²³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 489.

²⁴⁰ REsp nº 888.385/RJ, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Castro Meira, j. 14.11.2006; REsp nº 927.727/MG, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. José Delgado, j. 6.5.2008.

²⁴¹ “Responsabilidade civil. Relação de consumo. Existência de prova inequívoca da verossimilhança das alegações. Ré que reconhece o dano como decorrente da abertura de uma garrafa de refrigerante. Alegação de

Dessa forma, em relações de consumo, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência nacional não admitem a possibilidade de deferimento do ônus da prova, com base exclusivamente em máximas de experiência, sem nenhum elemento de prova que baseie a inversão em favor do consumidor. Ao contrário, parece ser acertado o entendimento segundo o qual quanto maior o número de elementos de prova que o juiz dispuser numa dada direção, maior a probabilidade de que a “inversão” ocorra em prol dessa posição²⁴².

7.2.2. Da hipossuficiência informacional

Antes de abordar a abrangência do conceito de hipossuficiência, vale diferenciar os conceitos de hipossuficiência e de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade é a condição de inferioridade técnica, jurídica ou econômica do consumidor frente ao fornecedor. Conforme acima visto, a vulnerabilidade de todos os consumidores é presumida por força de lei (artigo 4.º, inciso I, do CDC). Por sua vez, a hipossuficiência é a dificuldade do consumidor de produzir determinada prova no processo, por fatores técnicos ou econômicos. Ao contrário da vulnerabilidade, a hipossuficiência não é presumida por lei, devendo ser verificada pelo juiz da causa, *in concreto*, de acordo com as regras ordinárias de experiência, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do CDC²⁴³.

que o ferimento foi causado em razão da imprudência do autor. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, inciso VIII, do CDC. Possibilidade. Recurso improvido.

(...)

“A relação é de consumo e existe prova inequívoca da verossimilhança das alegações, pois a agravada reconhece que o dano decorre da abertura de uma garrafa de refrigerante, muito embora alegue que o ferimento foi causado em razão da imprudência ao abri-lo de maneira inadequada” (fls. 6).” (Agravado de Instrumento nº 0021412-36.2013.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP, Des. Rel. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, j. 15.5.2013)

²⁴² CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 414-415; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 189.

²⁴³ Acerca da diferenciação entre vulnerabilidade e hipossuficiência: EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen, *A Inversão do Ônus da Prova nos Processos que envolvem Relação de Consumo: regra de comportamento ou Critério de Julgamento?*, in *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 45, Dezembro de 2006, p. 35.

Já houve, na jurisprudência dos Tribunais pátrios²⁴⁴, o entendimento de que a hipossuficiência deve ser verificada com base no aspecto econômico. Ele já teve alguma ressonância na doutrina brasileira, conforme relata Barbosa Moreira, ao mencionar que existiam entre nós doutrinadores que interpretavam o conceito de hipossuficiente restritivamente, pretendendo enxergar no consumidor hipossuficiente uma pessoa desprovida de recursos financeiros²⁴⁵. Passados mais de vinte anos de vigência do CDC, a doutrina brasileira parece pacífica, no entanto, em relação ao entendimento de que a hipossuficiência que enseja a inversão do ônus da prova não consiste em conceito ligado exclusivamente ao poder econômico, mas está relacionada com o monopólio da informação²⁴⁶. Um consumidor, mesmo não sendo considerado pobre, poderá ser considerado hipossuficiente, caso a produção da prova seja muito onerosa ou complexa para ele.

A respeito da hipossuficiência técnica e informacional, José Rogério Cruz e Tucci observa:

Note-se que a clássica regra de distribuição do ônus da prova, no âmbito das relações de consumo, poderia tornar-se injusta pelas dificuldades da prova de culpa do fornecedor, em razão da disparidade de armas com que conta o consumidor para enfrentar a parte melhor informada. É evidente que o consumidor, em muitas hipóteses, não tem acesso às informações sobre as quais recairia todo o seu esforço para a prova dos fatos alegados. Ora, a informação, na conjuntura social moderna, é sinônimo de poder. Daí porque, por simples questão de lógica é que o autor fica, em princípio, dispensado de provar, carreando-se tal ônus ao produtor, que é

²⁴⁴ "O conceito de hipossuficiência relaciona-se ao aspecto econômico da vulnerabilidade do consumidor. E, segundo a lei (art. 6º, VIII CDC) é ao juiz da causa a quem cabe a respectiva aferição." (Agravado de Instrumento nº 20040020025049/DF, 6ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Des. Rel. Antoninho Lopes, j. 24.5.2004)

²⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, abr.-jun. 1997, p. 302-303.

²⁴⁶ GIDI, Antonio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* n. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1995, p. 35; BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, abr.-jun. 1997, p. 303-304; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 41; MATOS, Cecília. *O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: FDUSP, 1993. Dissertação de mestrado. P. 166-167; MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 190; CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 416-417; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 192; LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova. In: *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 53.

quem possui o monopólio dos dados atinentes ao processo de fabricação²⁴⁷.

A jurisprudência brasileira também é pacífica em relação à noção de que a hipossuficiência capaz de justificar a inversão dos ônus da prova vincula-se predominantemente ao maior poder de informação que o fornecedor tem em relação ao consumidor²⁴⁸.

Mostra-se acertado o entendimento de que o requisito da hipossuficiência não deve ser confundido com carência econômica, porque, se assim fosse, tal problema seria solucionado por força da concessão dos benefícios da justiça gratuita. Não há correlação entre o poder financeiro do consumidor e a sua caracterização como hipossuficiente. Como se tem procurado mostrar, a noção de hipossuficiente é mais ampla, abarcando a questão da dificuldade ou impossibilidade de um consumidor demonstrar os fatos constitutivos do direito por ele alegado, em razão do seu desconhecimento técnico e de sua carência de informações sobre determinados fatos.

De qualquer forma, conforme ensina Heitor Vitor Mendonça Sica, o reconhecimento da hipossuficiência pode recair apenas sobre fatos em que se verifica clara assimetria de informações entre fornecedor e consumidor. Isso equivale a dizer que, uma

²⁴⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Técnica Processual Civil do Código de Defesa do Consumidor*. Devido processo legal e tutela jurisdicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 116.

²⁴⁸ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem proclamando, reiteradamente, a inversão do ônus da prova em razão do monopólio da informação, no âmbito de relações de consumo, em diversas situações: ação derivada de saques não autorizados de numerário de contas bancárias (REsp 915.599/SP, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 21.8.2008); ação de indenização por gravidez decorrente de suposta ingestão de anticoncepcionais sem o princípio ativo (“pílulas de farinha”) (REsp 720.930/RS, 4ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 20.10.2009). O mesmo entendimento é corroborado pela jurisprudência atual do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “A hipossuficiência expressa no Código de Defesa do Consumidor é a intelectual, que teoricamente garante ao fornecedor superioridade, posto que o consumidor, em princípio, não tem meios para conhecer o procedimento e sua técnica (ou o produto, quando disso se trata) tão bem quanto o fornecedor. Aqui, ainda seja verdade que a agravada ostente superioridade técnica para elucidar referidos aspectos da lide, realidade que se amolda perfeitamente à visão de hipossuficiência expressa no Código de Defesa do Consumidor, menos certo não é que, havendo atenção à regra processual do ônus da prova, sem antecipada inversão, possibilitará a exigência de que as partes forneçam os elementos necessários à formação da convicção do Magistrado.
(...)”

“E mais, a inversão do ônus da prova de que trata o CDC não decorre da hipossuficiência econômica do consumidor.” (Agravado de instrumento nº 0063760-69.2013.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. João Carlos Saletti, j. 29.4.2014)”; Agravado de instrumento nº 0039128-47.2011.8.26.000, 21ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Ademir Benedito, j. 25.05.2011.

vez presente a assimetria informacional quanto a um fato controvertido da demanda, a inversão se restringirá àquele ponto em relação ao qual há uma clara disparidade de informações entre o consumidor e o fornecedor²⁴⁹.

Tal observação é apta a solucionar uma série de situações nas quais a inversão do ônus da prova é deferida, com claros exageros, pela mera aferição da hipossuficiência informacional do consumidor. Nesses casos, o Poder Judiciário transfere toda a carga probatória ao fornecedor e em favor do consumidor, que passará a ocupar posição processual praticamente desprovida de quaisquer ônus probatórios.

Nesse sentido, vale mencionar as ações ajuizadas por produtores rurais contra fabricantes de defensivos agrícolas nas quais o autor alega que teria tido perda de safra em virtude da utilização de determinado produto agrícola, que, supostamente, seria ineficaz ao combate de determinada praga. Há jurisprudência que entende que não há aplicação do CDC em determinadas relações entre fabricantes de defensivos agrícolas e grandes agricultores²⁵⁰, mas, caso haja a aplicação do CDC ao caso concreto²⁵¹, para que a pretensão do produtor rural seja acolhida, cabe ao autor (consumidor) demonstrar que: (i) ele efetivamente adquiriu o produto fabricado pela empresa ré e que o utilizou conforme preconizado em sua bula, (ii) teve, efetivamente, uma perda de safra em relação a sua expectativa de produtividade e (iii) que essa perda de safra teria sido decorrente da utilização do produto supostamente defeituoso.

Conforme a previsão do artigo 12, parágrafo 3º, inciso II, do CDC, cabe ao réu a prova de que o produto colocado por ele no mercado não é defeituoso. Ainda que se entenda que a hipótese enseja a aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, por se entender que é caso de vício do produto com a aplicação da regra da inversão judicial do ônus da prova, é natural que haja o reconhecimento da hipossuficiência técnica do consumidor para a prova do defeito do produto fabricado pela empresa fabricante de defensivo agrícola. Isso porque a empresa detém conhecimentos técnicos e informações

²⁴⁹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, abril. 2007, p. 53 e 57.

²⁵⁰ REsp nº 1.133.608/MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Relatora Nancy Andrichi, j. 16.2.2011; REsp 914.384/MT, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Massami Uyeda, j. 2.9.2010; REsp 1.014.960/RS, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Aldir Passarinho Junior, DJe 2.9.2008; CC 64.524/MT, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Min. Relatora Nancy Andrichi, j. 27.9.2006.

²⁵¹ REsp 1096542 / MT, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Paulo Furtado, j. 20.8.2009.

mais apuradas em relação ao consumidor, que lhe permitiriam ter mais subsídios para produzir prova que justificasse a ausência do defeito do produto. A empresa poderá juntar aos autos todos os estudos e pesquisas agronômicas que atestariam a eficiência do produto colocado no mercado, bem como documentos técnicos que demonstre a forma correta de aplicação do produto, que porventura não teria sido observada pelo autor.

Por óbvio, o produtor rural não é hipossuficiente do ponto de vista informacional para demonstrar que adquiriu o defensivo agrícola fabricado pela empresa ré e o utilizou corretamente, segundo a bula, e que, ainda sim, teve a perda de safra alegada. Pelo contrário, é o fornecedor que não tem a menor chance de provar que o consumidor adquiriria defensivo agrícola de outra marca, pertencente a outro fabricante. Não se pode esperar que o fornecedor arrole os produtores rurais vizinhos e os donos de revendedoras de produtos agrícolas da região para afirmar que o autor utilizava produtos de outras empresas.

Já a prova da perda da produtividade agrícola esperada pelo agricultor é ainda mais acessível ao produtor rural. Para tanto, basta produzir uma ação cautelar de produção antecipada de provas no momento da colheita, no qual um perito judicial acompanharia a colheita e atestaria a alegada perda da produção.

Em relação à prova de que essa perda de safra teria decorrido, de fato, da utilização do produto supostamente defeituoso, não há que se cogitar da hipossuficiência informacional do consumidor. É razoável exigir que ele apresente suporte probatório mínimo acerca do nexo entre esse dano e o uso do produto²⁵². Os mínimos elementos probatórios dos fatos constitutivos do direito do consumidor podem e devem ser carreados aos autos, a fim de permitir o exercício correto do direito de defesa pelo fornecedor.

Não se está a exigir que o consumidor apresente provas robustas e inequívocas do nexo de causalidade entre o dano e o defeito do produto. O que se está a exigir é que o consumidor apresente algum elemento probatório do nexo entre esse dano e o uso do produto, a fim de evitar as consequências negativas do seu insucesso na demanda.

Esse entendimento, segundo o qual o consumidor não poderá ser visto como hipossuficiente em relação à prova do nexo entre o dano e o defeito alegado, é justificável

²⁵² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento* Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 489.

para se evitar a atribuição do ônus da produção de provas impossíveis ao fornecedor. Caso se cogite de hipossuficiência informacional do consumidor para toda e qualquer demonstração de nexo de causalidade entre o defeito de um produto e um suposto dano alegado, estar-se-ia permitindo, após o deferimento da inversão do ônus da prova em relação ao consumidor, que este não precisasse mais produzir outras provas. Ou seja, bastaria ao consumidor demonstrar que adquiriu um produto, utilizou-o e teve um determinado dano, para obter a reparação.

Tal situação evidencia que muitos consumidores, após o deferimento da inversão do ônus da prova quanto ao nexo de causalidade, buscarão obter vantagens a partir dessa suposta condição de hipossuficiência informacional. Seguindo o exemplo das ações reparatórias propostas por produtores rurais contra empresas produtoras de defensivos agrícolas, verifica-se que, deferida a inversão do ônus da prova quanto ao nexo de causalidade entre o dano e o produto, o consumidor passa a seguir comportamento processual descomprometido com a produção de provas. Verifica-se, em muitas dessas ações, que, o consumidor deixa de: **(i)** responder adequadamente em audiência às perguntas formuladas sobre a correta aplicação do produto, **(ii)** apresentar o receituário agrônomo com as orientações sobre a aplicação do produto, **(iii)** informar adequadamente quem seria responsável pelo acompanhamento de suas lavouras e pela aplicação correta do produto e etc. Assim, é razoável exigir que o consumidor apresente ao menos elementos indiciários do nexo entre esse dano e o uso do produto²⁵³. Os mínimos elementos probatórios dos fatos constitutivos do direito do consumidor devem ser carreados aos autos, a fim de permitir o correto exercício do direito de defesa pelo fornecedor, que, somente com esses elementos mínimos, poderá vir a produzir a prova da culpa exclusiva do autor ou de terceiro pelos danos alegados.

Cumpre, então, mencionar o papel relevante que o juiz pode exercer, por meios de seus poderes instrutórios, nessas situações em que o consumidor não apresenta os mínimos elementos indiciários do nexo entre esse dano e o uso do produto. Por exemplo: formulando perguntas diretas ao consumidor sobre a forma de utilização do produto pelo agricultor; determinando a exibição de documentos relevantes sobre a utilização do produto pelo agricultor; determinando a intimação e a oitiva de eventuais testemunhas

²⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2008, p. 489.

referidas em depoimentos e testemunhos, etc. Vale ressaltar, nesse caso, que eventual inércia ou descompromisso do consumidor em apresentar esses elementos indiciários do nexo entre o dano e o uso do produto poderá implicar ao réu uma prova, impossível, de fatos negativos (por exemplo, a prova de que o agricultor não teria aplicado corretamente o produto, conforme a bula), o que não é cabível.

Este trabalho sustenta que o reconhecimento da hipossuficiência e a consequente inversão do ônus da prova podem recair apenas sobre fatos em que se verifica clara assimetria de informações entre fornecedor e consumidor, como, por exemplo, sobre a questão do defeito ou do vício de eventual produto²⁵⁴. Todavia, ainda que haja a inversão do ônus da prova sobre esse fato, não há que se falar em hipossuficiência informacional do réu em relação à demonstração do dano e do nexo entre defeito e dano, razão pela qual deverá o autor (consumidor) apresentar provas acerca do dano alegado e elementos de prova do referido nexo de causalidade, a fim de possibilitar ao fornecedor o cumprimento regular do seu ônus probatório no que tange à eventual prova do uso incorreto do produto pelo consumidor.

7.2.3. Da alternatividade da presença dos requisitos

Embora o artigo 6º, inciso VIII, do CDC explicita que a inversão do ônus da prova depende da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência (“inversão do ônus da prova, quando (...) for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”),’ renomada doutrina tem sustentado a necessidade da cumulatividade de ambos os requisitos.

Um dos doutrinadores que defende a cumulatividade dos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova é Cândido Rangel Dinamarco, que sustenta que,

²⁵⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, abril. 2007, p. 54.

Embora o texto legal fale nominalmente em verossimilhança ou hipossuficiência, a leitura correta deve substituir o disjuntivo ou pelo aproximativo e, porque a leitura nominal implicaria inconstitucionalidade do texto: a) favorecer o consumidor abastado transgrediria a garantia da igualdade, ainda quando verossímil o que alega, porque sem o requisito da pobreza não há desigualdades a compensar; b) favorecer o consumidor, rico ou pobre, sem que a sua alegação seja verossímil, fecharia ou estreitaria sem motivo a via de acesso à ordem jurídica justa, em relação ao produtor, sujeitando-o aos azares de uma *probatio diabolica*²⁵⁵.

Na mesma linha de entendimento, vale mencionar o posicionamento de Milton Paulo de Carvalho Filho, para o qual "o certo é que se afigura coerente com o texto legal o raciocínio daqueles que sustentam que, na verdade, a inversão só poderá ocorrer quando presentes ambas as situações". Isso porque, segundo o autor, "não se pode admitir a inversão do ônus da prova, medida tão drástica para o fornecedor, somente pelo fato de o consumidor ser hipossuficiente, porquanto seria pouco razoável e fecharia ou estreitaria sem motivo a via de acesso à ordem jurídica justa o fato de surgir uma alegação do consumidor sem um traço mínimo de verossimilhança e que ele, pelo menos em tese, tivesse condições de provar"²⁵⁶. Adotando esse mesmo entendimento, o STJ já proferiu julgado no sentido de se exigir a presença dos dois requisitos quando da inversão do ônus da prova²⁵⁷.

Em que pese a existência de prestigiosa doutrina que sustenta a cumulatividade dos requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência, este trabalho se alinha às correntes doutrinárias e jurisprudenciais que sustentam que verossimilhança e hipossuficiência são requisitos alternativos, para fins de deferimento da inversão do ônus da prova²⁵⁸. Essa

²⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 80. Também sustentam a cumulatividade dos requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência: GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* n. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-mar. 1995, p. 34; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 272.

²⁵⁶ CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 807, jan. 2003, p. 67.

²⁵⁷ "1 – A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII da Lei nº 8.078/90, depende da análise de requisitos básicos (verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor), aferidas com base nos aspectos fáticos-probatórios peculiares de cada caso concreto." (RESP nº 435572/RJ, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Fernando Gonçalves, j. 16.8.2004)

²⁵⁸ Na doutrina, sustentam a alternatividade dos requisitos, entre outros: NERY JR., Nelson, Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, 1992, p. 218; BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, abr.-jun.

posição parece justificada porque, conforme visto acima, o trabalho estabeleceu como uma de suas premissas a de que o reconhecimento da hipossuficiência pode recair apenas sobre fatos em que se verifica clara assimetria de informações entre fornecedor e consumidor.

Com base no exemplo das ações movidas por agricultores contra fabricantes de defensivos agrícolas, nas quais os agricultores buscam atribuir perdas de safras a suposta ineficiência dos produtos fabricados pelas rés²⁵⁹, a alegação da existência de defeitos em produtos agrícolas não parece ser uma alegação verossímil. O senso comum mostra que tais produtos, vendidos em larga escala em todo o Brasil a produtores rurais que normalmente atuam na atividade agrícola há vários anos, ajudam os produtores rurais a obterem boas safras de seus produtos agrícolas todos os anos. Dessa forma, não seria exagero dizer que a alegação do consumidor de que o produto fabricado pela empresa ré é defeituoso seria inverossímil.

Entretanto, embora essa alegação seja inverossímil, entendemos que o produtor agrícola faz jus à inversão do ônus da prova, pois sua hipossuficiência subsiste, decorrente da assimetria informacional, em relação à demonstração do defeito no produto.

Dessa forma, seja pela literalidade do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, seja pelo escopo protetivo do CDC, que privilegia a parte mais vulnerável da relação de consumo, este trabalho também se inclina a dar prevalência à alternatividade em relação à cumulatividade dos requisitos. Ou seja, o reconhecimento do direito à inversão do ônus da prova está condicionado à verificação da presença, alternativamente, dos requisitos da verossimilhança da alegação ou da hipossuficiência do consumidor pelo juiz da causa (inversão *ope iudicis*).

1997, p. 301; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões Velhas e Novas sobre a Inversão do Ônus da Prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, abril. 2007, p. 57-58; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 196; LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova. In: *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 53. Na jurisprudência, vide “Inversão do ônus da prova igualmente facultada, tanto pela hipossuficiência do consumidor, quanto pela verossimilhança de suas alegações de que não efetuara o saque em sua conta-corrente.” (AgRG no REsp nº 724.954/RJ, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 13.9.2005).

²⁵⁹ Mais uma vez partindo da premissa de que o Poder Judiciário brasileiro pode interpretar tal relação como relação de consumo (ver: REsp 1096542 / MT, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Paulo Furtado, j. 20.8.2009).

7.2.4. Da inversão do ônus da prova *versus* prova impossível

Conforme visto acima visto, não há que se falar em inversão do ônus da prova de todas as alegações formuladas pelo consumidor contra o fornecedor. Essa inversão deverá ser restrita a determinados fatos controvertidos para os quais existam grandes disparidades de informação entre o consumidor e o fornecedor²⁶⁰.

Preenchidos os requisitos alternativos da hipossuficiência ou da verossimilhança das alegações quanto a um determinado *fato probando* particular, o ônus da prova deste determinado *fato probando* poderá ser invertido em favor do consumidor.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, nas relações processuais que discutem relações de consumo, segundo a regra da inversão do ônus da prova, competirá ao fornecedor provar não o fato constitutivo do direito do consumidor, mas aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade, como o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, a falta de nexo entre o alegado dano do consumidor e o produto ou serviço consumido, etc. Todavia, se o consumidor não tiver trazido ao processo qualquer prova do dano que afirma ter sofrido, nem elementos indiciários do nexo entre esse dano e o produto ou serviço prestado pelo fornecedor demandado, será impossível realizar o juízo que o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, exige do magistrado para carrear o ônus da prova ao fornecedor²⁶¹.

Vale dizer que, mesmo naquelas situações nas quais se reconhece uma relação de consumo, defere-se a inversão do ônus da prova e se encontra a prova do evento danoso, a jurisprudência entende que cumpre ao consumidor demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e o produto ou serviço utilizado pelo consumidor. Esse parece ser o entendimento correto, pois, na ausência de qualquer suporte probatório acerca da ocorrência do fato constitutivo do direito do consumidor (autor), seria descabido exigir do fornecedor (réu) a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle. *A contrario sensu*, estar-se-ia impondo ao réu uma prova impossível, a pretexto de inversão do ônus da

²⁶⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, p. 53.

²⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 489.

prova, o que repugna à garantia do devido processo legal, com as características do contraditório e ampla defesa²⁶².

Esse posicionamento é defendido por Dinamarco, que leciona que “não será admissível a inversão do ônus da prova, ainda quando presentes os requisitos cumulativos da verossimilhança e hipossuficiência, quando dela resultar para o fornecedor a impossibilidade ou uma extraordinária dificuldade para produzir a prova”. Segundo Dinamarco, nessas situações, impõe-se a aplicação do disposto no art. 333, parágrafo único, inciso II, do CPC atual, que contempla a previsão segundo a qual nem mesmo as partes poderão convencionar a inversão do ônus probatório quando isso “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”²⁶³.

Como se sabe, o art. 333, I, do CPC, impõe ao autor fazer prova dos fatos constitutivos de seu pretense direito. Mesmo em relações de consumo, em que há responsabilidade objetiva e em que haja o deferimento da inversão do ônus da prova, a doutrina vem tratando da impossibilidade de se atribuir ao fornecedor o ônus de produzir uma prova impossível.

Segundo Antonio Carlos Marcato,

Limitando-se a lei especial a referir-se à hipótese, nada mais dispondo a respeito, de se entender aplicável subsidiariamente o art. 333 do CPC (que fornece antes de mais nada as regras básicas a serem invertidas e os limites de possível inversão), o que implica ficar a inversão condicionada ao não-estabelecimento, em desfavor do fornecedor, do ônus de produzir prova praticamente impossível (não meramente difícil). (...) Desde que se trate, portanto, da demonstração de fato já não imputada pela lei ao fornecedor, deverá o magistrado verificar se é possível a prova por parte desse na hipótese de inversão²⁶⁴.

²⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 489.

²⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, t. I, p. 792.

²⁶⁴ MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1048.

Esse parece ser o entendimento atual da jurisprudência do STJ, que entende que, “ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria”. Por esses motivos, o STJ entende que “diante da não-comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora – quando lhe era, em tese, possível provar –, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido.”²⁶⁵.

Nos termos do entendimento pacífico da jurisprudência, compete ao autor, ainda que na qualidade de consumidor, provar o fato constitutivo do seu direito, não se podendo transferir ao suposto fornecedor o ônus de produzir uma prova impossível²⁶⁶.

²⁶⁵ “CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. CONSUMIDORA. PÍLULA ANTICONCEPCIONAL. GRAVIDEZ. INESPERADA. PRODUTO DEFEITUOSO. ADULTERAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DANO MORAL. INEXISTENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

(...)

II. Indemonstrado o nexo de causalidade, com a comprovação da utilização de pílulas oriundas dos lotes de placebo indevidamente enviados ao mercado, incabível a indenização.

III. Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido inicial.” (Recurso Especial nº 798803/BA, Min. Rel. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. 21.10.2010). No mesmo sentido: REsp 844.696/MG, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 19.10.2010; REsp 720930/RS, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.10.2009.

²⁶⁶ “Apelação Cível. Direito do consumidor. Ação indenizatória. Demandante que alega ter sido atropelado por coletivo pertencente à frota da empresa ré. Sentença de improcedência que não desafia qualquer reparo. (...) Impossibilidade de inversão do ônus probatório no caso em apreço, por ser impossível exigir-se da ré a produção de prova de fato negativo, qual seja, a de que o atropelador não seria veículo de sua propriedade. Parte autora que não logrou demonstrar, nem ao menos minimamente, os fatos constitutivos de seu direito, não tendo se desincumbido do ônus constante do art. 333, I do CPC.” (Apelação nº 0031608-19.2008.8.19.0038, 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Des. Rel. Fernando Fernandy Fernandes, j. 29.5.2013); “Cível. Contrato de participação financeira. Plano de expansão de telefones. Ação ordinária. Pretensão de complementação de ações e recebimento dos consectários legais e dobra acionária. Sentença de improcedência. (...) Inversão do ônus da prova. Facilitação de defesa ao consumidor, nos termos do artigo 6º, inciso VIII do CDC que não implica, necessariamente no acolhimento da pretensão do mesmo, se os demais elementos constantes dos autos não corroboram para a formação desta convicção. (...). Autores que, muito embora informem números de contrato e datas de celebração, se revelam como incapazes de produzir sequer prova indiciária da existência dos mesmos. Ausência de fundamento para a determinação de exibição de documentos, pena de ofensa à vedação de produção de prova de fato negativo.” (Apelação nº 0074659-94.2008.8.19.0001, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Des. Rel. Pedro Freire Raguenet, j. 30.7.2013); “Responsabilidade civil - Veículo equipado com air bag - Não acionamento do dispositivo de segurança - Alegação de fato do produto, causador de danos morais e estéticos - Responsabilidade objetiva da montadora - CDC, art. 12, "caput" - Necessidade de os consumidores demonstrarem o nexo de causalidade entre os alegados danos e a eventual falha no equipamento - Rompido o nexo causal, inexistente o dever de indenizar - Inversão dos ônus de sucumbência. I. A facilitação da defesa do consumidor prevista pelo artigo 6º, inciso VIII, do CDC, de forma alguma deve conduzir à imposição de uma obrigação impossível ao fornecedor que requereu a produção de perícia técnica e arcou com suas despesas, tendo sua prova frustrada pela transferência de propriedade do veículo acidentado

É possível afirmar que a inversão do ônus da prova, em determinadas hipóteses extremas, em geral impõe aos réus, fornecedores de produtos e serviços, ônus excessivamente difícil de desempenhar, qual seja, de provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos consumidores, sem que os consumidores tenham sequer apresentado provas mínimas da ocorrência do fato constitutivo do seu direito.

Dessa forma, o presente trabalho entende que, ainda que se reconheça a relação de consumo e haja a decretação da inversão do ônus da prova em determinado caso concreto, essa inversão em desfavor do fornecedor não pode implicar atribuição ao fornecedor do ônus de produzir prova praticamente impossível.

7.2.5. Do momento processual adequado da inversão

Outro ponto que gera grande controvérsia quanto à aplicação do instituto da inversão do ônus da prova nas lides de consumo é a definição do momento processual em que o juiz deverá decretá-la.

Conforme será demonstrado, não há um entendimento pacífico na doutrina ou na jurisprudência brasileira sobre o momento em que a inversão do ônus da prova deverá ocorrer. Este trabalho sustentará, no entanto, que uma das correntes de entendimento é a

a terceira pessoa, residente em outro Estado da Federação. II. O Código de Defesa do Consumidor, ao prever causas excludentes da responsabilidade pelo fato do produto, afastou a teoria do risco integral, motivo pelo qual se afirma a necessidade de demonstração, pelo consumidor, ao menos do nexo de causalidade, já que, inexistente o nexo, por via de consequência, inexistente também o dever de indenizar. (Apelação Cível nº 154572-4, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Des. Rel. Rabello Filho, j. 10.11.2004); “Transporte Aéreo. Afastamento das regras do Código Brasileiro de Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Extravio de Bagagens. Fato constitutivo do direito do Autor. Ônus da prova. Preclusão. Não comprovação da violação de bagagem e perda de pertences. Improcedência da indenização no caso concreto. O Código de Defesa do Consumidor tem aplicação no caso de indenização baseada em responsabilidade do transportador aéreo por extravio de bagagens, afastando-se as regras da Convenção de Varsóvia e do Código Brasileiro de Aeronáutica. Contudo, a inversão do ônus da prova legalmente prevista não afasta o ônus do autor, relativamente à prova do fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC, sob pena de forçar à ré à produção de prova impossível. A ausência de manifestação da parte no momento processual oportuno em relação à prova documental pretendida acarreta a incidência da preclusão consumativa. Não demonstrando o demandante a efetiva violação de sua bagagem e a perda de objetos transportados pela companhia aérea, improcedem os pedidos indenizatórios formulados no caso concreto. Apelação desprovida”. (Apelação Cível nº 70008740284, 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 27.5.2004)

mais adequada em face aos princípios processuais e, sobretudo, em face dos ditames constitucionais.

Parte da doutrina entende que a inversão do ônus da prova deve ocorrer entre o despacho inicial e o saneamento do processo. Essa corrente defende que, entre o despacho inicial e o saneamento do processo, o juiz já possui elementos suficientes para constatar a presença dos requisitos necessários para determinar a inversão nesse momento processual, garantindo às partes a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia.

Um dos adeptos dessa corrente doutrinária é Antonio Gidi, que defende que a inversão do ônus da prova é uma regra de atividade, o que impõe decretar-lhe durante a fase instrutória do processo²⁶⁷. Seguindo essa mesma linha, Luiz Guilherme Marinoni defende que a inversão do ônus da prova deve ocorrer na "audiência preliminar" para que a parte "não seja injustamente surpreendida na sentença"²⁶⁸. Humberto Theodoro Júnior também entende que "desde o início da fase instrutória", as partes precisam conhecer quais são as regras "que irão prevalecer na apuração da verdade real sobre qual se assentará, no fim do processo, a solução da lide"²⁶⁹.

²⁶⁷ "Ada P. Grinover e Kazuo Watanabe ensinam que a inversão deve ser realizada no momento em que o juiz sentencia. Fundamentam tal posição no fato de que "as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo", a orientar o juiz em face de um non liquet. Não parece haver séria dúvida em doutrina de que as regras que atribuem o ônus da prova sejam regras de juízo, regras de julgamento. Sua função é apenas a de instrumentalizar o magistrado com um critério para conduzir o seu julgamento nos casos de ausência de prova suficiente. Todavia, se o ônus da prova é uma regra de juízo, já não se pode dizer o mesmo da norma que prevê a sua inversão, que é eminentemente uma regra de atividade. Regra geral, o consumidor autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito (CPC, art. 333, I). Ao fornecedor-réu, não se impõe qualquer encargo de demonstrar a inexistência de tais fatos, se não provados pelo autor. Somente o terá no momento em que houver a efetiva inversão. Se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao Réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia. A oportunidade propícia para a inversão do ônus da prova é em momento anterior à fase instrutória. Do momento em que despacha a inicial, até a decisão do saneamento do processo, o magistrado já deve dispor de dados para se decidir sobre a inversão. Assim a atividade instrutória já inicia com as cargas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes." GIDI, Antonio. Aspectos da Inversão do ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor, in *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, vol. 13, p. 38-39.

²⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 183.

²⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 141.

Já Carlos Roberto Barbosa Moreira sustenta posição semelhante à de Marinoni, entendendo que a inversão do ônus da prova é uma regra de atividade, e aduz que ela deve anteceder ao início da instrução e ocorrer na própria audiência de conciliação²⁷⁰.

Outra parte da doutrina entende que inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento do julgamento da causa. A corrente que defende essa tese entende que a distribuição do ônus da prova é regra de julgamento. Segundo essa corrente, no momento do julgamento da causa, posterior à fase instrutória do processo, o juiz terá melhores condições de verificar se há ou não necessidade de se inverter o ônus da prova. Após a análise das provas carreadas aos autos até o momento da prolação da sentença de mérito, o juiz decidirá pela aplicação ou não da regra da inversão do ônus da prova, justificando as razões para a aplicação ou não da referida regra.

José Geraldo de Brito Filomeno defende que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento do julgamento da causa, com a ideia de uma advertência prévia às partes, durante a fase de instrução, acerca da possibilidade de o juiz determinar a inversão do ônus da prova no momento da prolação da sentença²⁷¹.

²⁷⁰ “A observação daquilo que se tem escrito sobre o código de Defesa do Consumidor permite identificar quanto ao problema da fase do procedimento adequada ao ato judicial de inversão do ônus da prova, três correntes distintas: a) já no próprio despacho inicial deve o juiz deferi-la. Não me parece acertado o semelhante entendimento, pela simples razão de que, enquanto não apresentada a resposta do fornecedor, não sabe o juiz que atos se tornarão controvertidos (...). b) a inversão é ato a ser praticado somente na sentença. (...) a inversão, se ordenada na sentença, representará, quanto ao fornecedor, não só a mudança da regra até ali vigente, naquele processo, como também algo que comprometerá sua defesa, porquanto, se lhe foi transferido um ônus - que, para ele, não existia antes da adoção da medida - obviamente deve o órgão jurisdicional assegurar-lhe a efetiva oportunidade de dele se desincumbir (...). c) a inversão deve anteceder ao início da instrução. Não me impressiona o argumento de que, ordenando a inversão em momento prévio ao de julgar, incorreria o magistrado em “pré-julgamento, parcial e prematuro”. O ato judicial de inversão apenas declara existente uma das situações que a autorizam, e, mesmo no caso de reputar verossímil a alegação, nada obstará a que o juiz, após concluída a instrução, decida a causa a favor do fornecedor. (...) Como a inversão do ônus probatório, prevista no Código de Defesa do Consumidor, se dará com maior frequência naqueles casos em que a prova técnica se faz imprescindível, segue-se que o juiz, ao indicar os “pontos controvertidos”, deverá, também, se a hipótese comportar a medida, promover a inversão, da qual as partes serão intimadas na própria audiência de conciliação. Assim, já no início da fase instrutória saberão as partes não só quais são os fatos sobre os quais recairá a prova, mas também a qual delas toca o respectivo ônus.” BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 86, 1997, p. 305-307.

²⁷¹ “Quanto ao momento da aplicação da regra de inversão do ônus da prova, mantemos o mesmo entendimento sustentado nas edições anteriores: é o do julgamento da causa. É que as regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo e orientam o juiz, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Constituem, por igual, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória. Com o juízo de verossimilhança, decorrente da aplicação das regras de experiência, deixa de existir o *non liquet* (considera-se demonstrado o fato afirmado pelo consumidor) e, conseqüentemente, motivo algum há para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova. Por

Outros doutrinadores, como Cândido Rangel Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque, José Carlos Baptista Puoli e Ricardo de Barros Leonel, seguem essa mesma linha de entendimento, no sentido de sustentar que a inversão do ônus da prova deve ser aplicada pelo juiz no momento do julgamento de mérito da ação, todavia, com o alerta às partes pelo juiz, ao final da fase ordinatória ou durante a fase instrutória, acerca da possibilidade da aplicação dessa regra no momento da sentença.

Conforme ensina Dinamarco, dizer que a regra do ônus da prova é aplicada no momento do julgamento não significa dizer que, antes do momento de julgar, a disciplina do ônus da prova seja destituída de relevância no processo. É dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331 do CPC atual), informar as partes do ônus que cada uma tem e adverti-las da consequência de eventual omissão, porque uma das tarefas a realizar nessa oportunidade é a organização da prova mediante a fixação dos limites de seu objeto e determinação dos meios probatórios a desencadear²⁷².

Ainda nos dizeres de Dinamarco, a locução “determinará as provas a serem produzidas” (art. 331, §2º do CPC²⁷³) prevê a exigência de as partes serem esclarecidas

isso mesmo, como ficou anotado, não se tem verdadeiramente uma inversão do ônus da prova em semelhante hipótese. (...). Não se desconhece a existência de entendimento doutrinário e de julgados que defendem a tese de que 'o deferimento da inversão do ônus da prova deverá ocorrer entre o ajuizamento da demanda e o despacho saneador, sob pena de se configurar prejuízo para a defesa do réu' (TJSP, Agr. Instr. n.º 014.305 - 5/8, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Geraldo Jacobina Rabello, j. 5.9.96). Não nos parece a melhor inteligência do dispositivo legal em análise. Na mesma linha do nosso entendimento exposto, a Col. 9ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo teve a oportunidade de proclamar que 'preceito legal algum determina que o citado art. 6º, VIII, só pode ser aplicado quando o juiz, antes do início da instrução probatória, tenha decidido ser o caso de sua incidência'. Além disso, 'se a inversão do ônus probatório, no caso do art. 6º, VIII, depende de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, força é entender que o juiz não pode decidir antecipadamente a respeito, posto que as citadas circunstâncias fáticas ao menos na maioria dos casos dependem de elucidação probatória, não comportando, portanto, decisão antecipada' (Ap. Civ. 255.461-2/6, Rel. Des. Aldo Magalhães, j. 6.4.95). É, todavia, medida de boa política judiciária, na linha evolutiva do processo civil moderno, que confere ao juiz até mesmo atribuições assistenciais, e na conformidade da sugestão de Cecília Matos, que, no despacho saneador ou em outro momento que preceda a fase instrutória da causa, o magistrado deixe advertido às partes que a regra de inversão do ônus da prova poderá, eventualmente, ser aplicada no momento do julgamento final da ação. Com semelhante providência ficará definitivamente afastada a possibilidade de alegação de cerceamento de defesa.” FILOMENO, José Geraldo de Brito,... [et al.]. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 62.

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 83-84.

²⁷³ “Art. 331 – (...) § 2º - Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º.”

sobre seus ônus probatórios, sendo que esse mero esclarecimento, que não deve ser prestado em forma de decisão, vale como advertência e convite para participar ativamente da instrução probatória, na medida do interesse de cada uma e com a consciência dos efeitos negativos que poderá suportar em caso de inércia²⁷⁴.

Dinamarco leciona que, na hipótese de o juiz pretender inverter o ônus da prova, como lhe permite o CDC, em relação às causas que disciplina (artigo 6º, inciso VIII), ele sempre deverá advertir as partes na audiência preliminar. Dinamarco entende, contudo, que a efetiva inversão só acontecerá no momento de julgar a causa. Isso porque, antes, ainda não se conhecem os resultados mais conclusivos ou menos conclusivos a que a instrução probatória conduzirá; a própria verossimilhança das alegações do consumidor, eventualmente sentida pelo juiz em algum momento inicial do procedimento, poderá ficar prejudicada em face das provas que vierem a ser produzidas e alegações levantadas pelo adversário²⁷⁵.

Concordando expressamente com a posição adotada por Cândido Rangel Dinamarco, José Carlos Baptista Puoli sustenta que essa posição seria a correta, pois de acordo com ela, o juiz, estaria cumprindo “o papel de aplicador da lei interessado pelas características especiais das situações da vida relacionadas aos novos conflitos”. Além disso, segundo Puoli, ao advertir as partes previamente acerca da possibilidade da aplicação futura da regra da inversão do ônus da prova, o juiz estará “demonstrando sua preocupação com uma decisão justa, o que se traduz no fato de ter sido dada a oportunidade para a parte “prejudicada” pela inversão produzir a prova, em vista de no seu caso poder incidir uma regra de divisão do ônus da prova que não é a geral”²⁷⁶.

Segundo Puoli, a posição adotada por Dinamarco seria a correta, ademais, porque “chega a uma solução coerente com a posição tradicional e consolidada de nossa doutrina sobre serem as normas de ônus da prova regras de julgamento (no sentido de delas somente

²⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 84.

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 84.

²⁷⁶ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 50.

poderem ser aplicadas quando a situação de perplexidade se mantiver até o momento em que a decisão da demanda tiver de ser proferida)”²⁷⁷.

Para Bedaque, como a regra da inversão do ônus da prova se trata de “exceção, para não violar o devido processo legal e a igualdade das partes no processo, parece conveniente que o juiz, antes do encerramento da fase postulatória, indique qual dos critérios vai seguir diante de eventual deficiência do conjunto probatório”²⁷⁸.

Ricardo de Barros Leonel, ao seu turno, entende que “a inversão do ônus da prova exclusivamente como um problema atinente ao ônus objetivo (critério de julgamento)”, razão pela qual não haveria motivo “para que o juiz emitisse às partes admoestação antecipada à sentença, sobre a possibilidade de utilização daqueles parâmetros”²⁷⁹. No entanto, quando “houver a possibilidade de surpresa para as partes, será recomendável sejam elas alertadas antes da atividade instrutória (e o momento ideal para isso é a decisão de saneamento do processo), quanto à possibilidade de aplicação da regra, nos termos do art. 6º, VIII do CDC”²⁸⁰. Segundo Ricardo de Barros Leonel, o alerta às partes “ao final da fase ordinatória, quanto à possibilidade de aplicação da inversão prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, na eventualidade de insuficiência probatória, não significa aplicar em momento impróprio a regra de julgamento e tampouco antecipar o exame de mérito.” Além disso, a “advertência servirá, ao contrário, como fator de concretização do contraditório, de cooperação entre juiz e partes, e como mecanismo de legitimação (da solução adotada) pelo procedimento”²⁸¹.

Já Milton Paulo de Carvalho Filho destaca que a inversão do ônus da prova somente pode ser decretada na prolação da sentença, pois somente neste momento o juiz poderá verificar se “os fatos restaram suficientemente provados”²⁸². Seguindo essa mesma

²⁷⁷ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 50.

²⁷⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 41.

²⁷⁹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 370.

²⁸⁰ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 370-371.

²⁸¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova. In: *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 54.

²⁸² “José Roberto dos Santos Bedaque, quando discorre sobre os poderes instrutórios do juiz, assevera que as regras referentes à distribuição do ônus da prova devem ser levadas em conta pelo juiz apenas e tão-somente no momento de decidir. São regras de julgamento, ou seja, destinam-se a fornecer ao julgador meios de proferir a decisão, quando os fatos não restaram suficientemente provados. Antes disso, não tem ele de se

posição, Cecília Matos entende que, devido ao fato de a distribuição do ônus da prova caracterizar regra de julgamento (a ser utilizada somente no momento da sentença e na hipótese de a prova produzida não ser suficiente), a explicitação da inversão dar-se-ia somente no momento da sentença, ou seja, no mesmo ato judicial em que a falta da prova ocasionaria as consequências decorrentes da distribuição (no caso) invertida do ônus da prova²⁸³.

Da mesma forma que ocorre na doutrina, a jurisprudência também não é pacífica com relação ao momento da inversão do ônus da prova. O STJ já se posicionou favoravelmente às duas teorias doutrinárias²⁸⁴²⁸⁵.

preocupar com as normas de distribuição do ônus da prova, podendo e devendo esgotar os meios possíveis, a fim de proferir julgamento que retrate a realidade fática e represente a atuação da norma à situação apresentada em juízo.” CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 807, 2003, p. 75.

²⁸³ MATOS, Cecília. O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, jul-set/1994, p. 167.

²⁸⁴ No sentido de que seria cabível a inversão do ônus da prova no momento da sentença: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO. SENTENÇA. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA.

(...)

2. O Processo Civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional.

3. As partes, no Processo Civil, têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam.

4. O processo não pode consubstanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil.

5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência.

6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favoráveis de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença.” (Recurso Especial nº 1.125.621/MG, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministra Nancy Andrighi, j. 19.8.2010). No mesmo sentido: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 1028085/SP, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Vasco Della Giustina, j. 4.2.2010; Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 977795/PR, Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Sidnei Beneti, j. 23.9.2008.

²⁸⁵ No sentido de que a inversão do ônus da prova deveria ocorrer antes da sentença: “De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal a quo inverter o ônus da

Um posicionamento que, de fato, não apresenta encontra qualquer respaldo na jurisprudência e na doutrina é aquele segundo o qual a inversão do ônus da prova poderia ocorrer antes da apresentação da contestação²⁸⁶. Logo, antes da formação do contraditório, não há que se cogitar do deferimento da inversão do ônus da prova.

Conforme visto anteriormente, a doutrina entende que o ônus da prova, em sua perspectiva objetiva, é uma regra de julgamento importante, segundo a qual toda alegação não comprovada deverá ser tomada por contrária aos fatos ocorridos, ou, por outras palavras, fato não provado é fato inexistente²⁸⁷.

Assim, conforme exposto, muitos doutrinadores entendem que a aplicação da regra do ônus da prova, em seu aspecto objetivo, dá-se no momento do julgamento, norteando e balizando a conduta do magistrado que se depara com a ausência de prova em relação a fato relevante para o desate da lide, impedindo o *non liquet*. Muitos outros doutrinadores, tais como Dinamarco, Bedaque, Puoli e Ricardo Leonel, sustentam, porém, que a regra da inversão do ônus da prova seria aplicada no momento do julgamento, mas que haveria a necessidade de que o juiz indicasse “qual dos critérios” de distribuição do ônus da prova irá adotar para julgar (Bedaque) ou que alerte as partes acerca da eventualidade da aplicação da regra da inversão do ônus da prova, antes da sentença (Dinamarco, Puoli e Leonel).

Todavia, o entendimento de que a aplicação da regra se dá no momento do julgamento, mas que o juiz deve alertar as partes antes da sentença quanto à possibilidade

prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação.” (REsp 720930/RS, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.10.2009); No mesmo sentido: “(...) a inversão, da forma como foi realizada, no julgamento da apelação, acarreta cerceamento ao direito de defesa da ré. Se não há expressa previsão legal de que caberia, nesse caso, à Administração demonstrar negativamente o direito do servidor, a inversão deveria ser firmada no início da fase probatória, para que cada parte soubesse de antemão a quem cabe prova o quê.” (Recurso Especial n.º 240.440/SP, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Felix Fischer, j. 6.9.2001)

²⁸⁶ “As decisões da Justiça Federal de fls. 137/147 são prova inequívoca da verossimilhança da alegação de que o empreendimento está sendo construído em área de preservação ambiental.
(...)”

“A decisão agravada não indeferiu a inversão do ônus da prova, apenas considerou prematuro o momento processual para analisar a medida.

De fato, as rés ainda não foram citadas e para que a alegação de hipossuficiência técnica da agravante seja verificada, é necessário ao menos esperar as contestações.” (Agravado de Instrumento n.º 2157478-52.2014.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relatora Mary Grün, j. 28.11.2014)

²⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 82.

da aplicação futura da regra, não parece o melhor caminho a ser seguido. Isso porque tal entendimento cria um jogo de palavras (aplicação da regra *versus* alerta quanto à futura aplicação da regra) que não contribui para uma definição clara do momento de aplicação da regra da inversão do ônus da prova.

A doutrina, ao discriminar o momento de aplicação da regra (em sentença) e o momento de “alertar” às partes quanto à aplicação futura dessa regra (em fase anterior à sentença), não parece se preocupar com o fato de que a função jurisdicional do magistrado é exercida por meio de três atos judiciais taxativamente previstos no CPC, a saber, despachos, decisões interlocutórias e sentenças.

A função do magistrado de emitir um comando de “alerta” às partes, sem caráter decisório, quanto à possibilidade da aplicação futura (em sentença) de uma determinada regra pode fazer sentido do ponto de vista teórico, da perspectiva do processo cooperativo, em que o amplo diálogo entre as partes e o juiz redundaria em uma melhora da prestação jurisdicional²⁸⁸. No entanto, acaso fosse esse o racional de aplicabilidade do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, o comando “alerta às partes”, sem caráter decisório, deveria estar previsto de forma clara na lei, por ser comando peculiar dentro do sistema processual brasileiro. Apesar de o posicionamento de Dinamarco ser no sentido de que o comando “alerta às partes” seria “mero esclarecimento, que não deve ser prestado em forma de decisão”, mas sim “como advertência e convite para participar ativamente da instrução probatória”²⁸⁹, o fato é que o artigo 6º, inciso VIII, do CDC não previu essa particularidade à aplicação da regra da inversão do ônus da prova. Assim, diante da ausência de previsão expressa em lei de que a aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do CDC dar-se-ia mediante prévio comando de “alerta” às partes, sem caráter decisório, este trabalho sustenta que a aplicabilidade do artigo 6º, inciso VIII, do CDC deve ser analisada do ponto de vista dos atos do juiz, já previstos no artigo 162 do CPC.

As correntes doutrinárias que sustentam que o momento de aplicação da regra da inversão do ônus da prova é o momento da prolação da sentença, cabendo prévio comando judicial de “alerta” às partes quanto à possibilidade de aplicação futura da inversão em

²⁸⁸ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 50-51.

²⁸⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III, p. 84.

sentença, buscam criar uma teoria por meio da qual se evitaria a “inversão surpresa” no momento da sentença. Todavia, tais correntes doutrinárias sustentam que existe em nosso sistema processual um comando judicial de “alerta”, que não está previsto taxativamente no CPC ou no CDC. As modalidades de atos do juiz previstos no CPC são três: despachos, decisão interlocutória e sentença (artigo 162, *caput* do CPC²⁹⁰), sendo que, dos despachos, não cabe recurso (art. 504 do CPC²⁹¹).

Assim, na prática relacionada aos casos que discutem relação de consumo e aplicabilidade do artigo 6º, inciso VIII do CDC, qualquer comando judicial de “alerta” proferido pelos juízes nos autos antes da sentença que mencionar a possibilidade de inversão do ônus da prova será objeto de recurso das partes. A imensa maioria dos advogados não deixará tornar preclusa qualquer questão incidente acerca da inversão do ônus da prova contra seu cliente para atacá-la em apelação, sob o argumento de que a inversão seria regra de julgamento, aplicável somente no momento da prolação da sentença de mérito. Além disso, a prática também mostra que os agravos de instrumento e os agravos retidos interpostos pelas partes contra as decisões que deferem ou não inversão do ônus da prova são admitidos (conhecidos) pelos Tribunais pátrios. Ou seja, os juízes e os Tribunais, ao admitirem o cabimento de agravo de instrumento ou retido contra os comandos judiciais que alertam as partes quanto à futura aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do CDC no momento da sentença reconhecem que há efetiva aplicação da regra do ônus da prova quando são proferidos comandos judiciais de “alerta”, em forma de decisão interlocutória.

Assim, considerando que os juízes e Tribunais brasileiros admitem os recursos interpostos contra esses comandos judiciais de “alerta” acerca da aplicação futura do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, é evidente que, na prática, prevalece o entendimento de que tais comandos de “alerta” são decisões interlocutórias que, por definição legal, são os atos pelos quais o juiz, no curso do processo, resolve questões incidentes (art. 162, parágrafo 2º, do CPC)²⁹².

²⁹⁰ Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

²⁹¹ Art. 504. Dos despachos não cabe recurso.

²⁹² “Art. 162. (...)”

§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.”

O juiz, ao “alertar” as partes (antes da sentença) acerca da possibilidade de aplicação futura do artigo 6º, inciso VIII do CDC no momento da sentença, está de fato aplicando a regra da inversão do ônus da prova. Isso porque, ao emitir esse comando judicial de “alerta” as partes quanto à possibilidade futura de aplicação da regra do artigo 6º, inciso VIII, do CDC em sentença, o juiz já está valorando e decidindo se existe, no caso concreto, (i) uma relação de consumo entre as partes em litígio, (ii) verossimilhança das alegações do consumidor e (iii) hipossuficiência técnica e informacional do consumidor em relação ao fornecedor. Ou seja, há, de fato, aplicação pelo juiz da regra da inversão do ônus da prova, nesse momento anterior à sentença, em forma de decisão interlocutória.

Por óbvio, qualquer advogado que tiver um comando judicial contra o seu cliente que o “alerte” quanto à aplicação futura da regra da inversão do ônus da prova no momento da sentença irá interpor recurso (agravo retido ou de instrumento) contra essa decisão.

Nesse sentido, vê-se que, na prática, a decisão que “alerta” as partes, antes da sentença, quanto à possibilidade da aplicação futura da regra já representa a aplicação da regra da inversão do ônus da prova, em decisão interlocutória.

Ademais, as correntes doutrinárias que sustentam que o momento de aplicação da regra da inversão do ônus da prova é o da prolação da sentença, cabendo mero “alerta” às partes, sem caráter decisório, parecem muito atreladas à ideia de prevalência do ônus objetivo em relação ao aspecto subjetivo do ônus da prova.

Conforme visto anteriormente, Ricardo de Barros Leonel considera “a inversão do ônus da prova exclusivamente como um problema atinente ao ônus objetivo (critério de julgamento)”²⁹³. Essa perspectiva objetiva pretende orientar o juiz, “se” e quando da prolação da sentença de mérito, em casos de insuficiência de provas. Apenas nessa situação particular de insuficiência do quadro probatório será verificada a regra do ônus da prova em seu aspecto objetivo, orientando o juiz a evitar o *non liquet* e a atribuir as consequências negativas da não produção das provas à parte à qual incumbia o ônus de provar. A própria perspectiva objetiva do ônus da prova é, pois, verificada em situações

²⁹³ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 370.

muito particulares, em especial, naqueles casos em que há a prolação de sentença de mérito e quando o juiz verificar a insuficiência do quadro probatório.

O presente trabalho ousa, assim, discordar desse entendimento de que a inversão do ônus da prova é “exclusivamente” um “problema atinente ao ônus objetivo”. Corroborando as palavras de Flávio Yarshell, a perspectiva objetiva, como regra exclusiva de julgamento, não parece ser suficiente para explicar a noção de ônus da prova, pois a “noção de ônus da prova não pode prescindir de um componente subjetivo, porque não é uma categoria jurídica que pode ser concebida sem um titular”²⁹⁴. A título de ilustração, considera-se uma situação hipotética na qual um consumidor ingressou com uma ação contra um fornecedor e o juiz, em momento anterior à sentença, proferiu um comando de “alerta” às partes quanto à possibilidade de inversão do ônus da prova em sentença. No entanto, em sentença, o juiz decide por extinguir a ação, sem julgamento do mérito, em razão de uma das hipóteses previstas no artigo 267 do CPC. Nesse caso, ante a ausência de sentença de mérito, o ônus objetivo da prova não se verificou, pois o juiz sequer chegou a apreciar o cumprimento dos encargos probatórios pelas partes. Em contrapartida, por óbvio, o comando judicial de “alerta” acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova produziu efeitos nos atos processuais praticados pelas partes anteriores à sentença.

Nos casos em que não há prolação de sentença de mérito ou quando o juiz não verifica a insuficiência de provas, as regras do ônus da prova seriam, então, relevantes? Nesses casos, os atos processuais praticados pelas partes no intuito de produzir as provas teriam sido praticados segundo as regras de distribuição dos ônus probatórios? A resposta a essas duas perguntas é afirmativa, o que torna evidente que (i) as regras do ônus da prova são regras diretrizes dos atos processuais das partes e (ii) a inversão do ônus da prova é um problema atinente ao ônus subjetivo.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, atos da parte são os praticados “pelo autor ou réu, pelos terceiros intervenientes ou pelo Ministério Público, no exercício de direitos ou

²⁹⁴ CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 317.

poderes processuais, ou para cumprimento de ônus, obrigações ou deveres decorrentes da relação processual”²⁹⁵.

A causa principal da existência de regras do ônus da prova é compelir às partes processuais a praticar atos processuais no intuito de cumprir o ônus de provar os fatos alegados. Assim, via de regra, é a perspectiva subjetiva que deve prevalecer como o elemento preponderante dentro da noção de ônus da prova, como diretriz do comportamento processual e até pré-processual das partes, no sentido de produzirem as provas que lhes incumbem.

É nesse mesmo sentido que, ao analisar o exercício dos atos processuais pelas partes (afirmações, postulações e elementos probatórios apresentados durante a fase postulatória) em uma relação de consumo, o juiz deverá aplicar ou não a regra do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, invertendo ou não o ônus da prova de fatos controvertidos, com base na verificação ou não da verossimilhança das alegações do consumidor, bem como na verificação da ocorrência ou não da hipossuficiência informacional do consumidor em relação ao fornecedor.

Portanto, ao aplicar ou não a regra da inversão do ônus da prova, o juiz está proferindo decisão interlocutória, que, por definição legal, é ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questões incidentes (art. 162, parágrafo 2º do CPC). Segundo Humberto Theodor Júnior, questão incidente, ao seu turno, é a questão processual que, se decidida, não leva ao encerramento do feito, ainda que enfrente alguma questão de mérito²⁹⁶. Este trabalho entende que a inversão do ônus da prova é questão incidente, que enfrenta alguma questão de mérito (existência ou não de uma relação de consumo entre as partes) e que deve ser analisada no curso do processo. Entende, ademais, que sua análise não implica o encerramento do feito.

Por essa razão, feitas as ressalvas acima acerca dos critérios doutrinários utilizados para a definição do momento processual correto para a aplicação da regra da inversão do

²⁹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 261.

²⁹⁶ “Realmente, só ocorre decisão interlocutória quando a solução da questão incidente não leva ao encerramento do feito. Mesmo que se enfrente alguma questão de mérito, ainda será decisão interlocutória, e não sentença, se o objeto da causa (isto é, o pedido) não for exaurido pelo pronunciamento incidental”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 266).

ônus da prova, este trabalho entende que esse momento não é o da prolação da sentença de mérito, mas sim o despacho saneador. Nesse sentido, vale citar o posicionamento de Antonio Carlos Marcato, ainda no exercício da função de Desembargador do TJ-SP, em acórdão relatado por ele:

Considerando que as partes não podem ser surpreendidas, ao final, com um provimento desfavorável decorrente da inexistência ou da insuficiência da prova que, por força da inversão determinada na sentença, estaria a seu cargo, parece mais justa e condizente com as garantias do devido processo legal a orientação segundo a qual o juiz deva, ao avaliar a necessidade de provas e deferir a produção daquelas que entenda pertinentes explicitar quais serão objeto de inversão²⁹⁷.

Além desse posicionamento de Marcato, no que tange ao momento processual de apreciação judicial da questão da inversão do ônus da prova, este trabalho também concorda com os posicionamentos sustentados por Luiz Guilherme Marinoni (na audiência preliminar) e por Carlos Roberto Barbosa Moreira (na própria audiência de conciliação)²⁹⁸, expostos anteriormente. Por outras palavras, Marcato, Marinoni e Barbosa Moreira estão se manifestando no sentido de que a apreciação judicial da questão do ônus da prova deverá ocorrer no momento processual previsto no artigo 331, parágrafo 2º do CPC²⁹⁹. Nesse momento, o juiz profere a decisão saneadora do feito, fixando os pontos controvertidos da demanda, decidindo questões processuais pendentes e determinando as provas a serem produzidas no feito.

O despacho saneador é o momento processual no qual o juiz possui elementos suficientes para constatar a presença dos requisitos necessários para determinar a inversão

²⁹⁷ Agravo de Instrumento nº. 108.602.4/0-SP, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Antonio Carlos Marcato, j. 18.3.1999. No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 2049646-57.2014.8.26.0000, 19ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Sebastião Junqueira, j. 26.5.2014; Agravo de Instrumento nº 977.430-5, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Oséas Davi Viana, j. 14.2.2001; Apelação Cível nº 783.478-8, 1ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo, Rel. Des. Ademir Benedito, j. 9.9.1998.

²⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 183; BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor, *Revista de Processo*, n. 86, 1997, p. 305-307.

²⁹⁹ Art. 331. (...) § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

do ônus da prova. É nele, ademais, que o juiz já terá tido acesso aos documentos juntados aos autos pelo autor na petição inicial e pelo réu em contestação (e em eventual reconvenção), o que garantirá ao juiz a possibilidade de um juízo de verossimilhança adequado e uma análise concreta acerca da eventual hipossuficiência técnico-informacional de alguma das partes em litígio. Além disso, ao aplicar a regra da inversão do ônus da prova no momento de proferir o despacho saneador, o juiz garantirá a possibilidade de cada parte desincumbir-se do encargo probatório que até então inexistia.

Apesar de a doutrina e a jurisprudência estarem em constante alternância entre orientações que entendem pela necessidade de que haja o alerta às partes quanto à inversão do ônus da prova na fase de instrução processual (com todas as ressalvas acima feitas ao uso da expressão alerta) e outros que sustentam que não haveria necessidade dessa advertência, sendo legítimo ao órgão julgador aplicar a regra do ônus da prova quando do julgamento do feito, a 2ª Seção do STJ analisou, em 2012, a questão do momento processual adequado para a análise da inversão do ônus da prova. Em 29.2.2012, concluiu o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 422.778/SP³⁰⁰, confirmando o entendimento de que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, mas que, todavia, deveria haver o “alerta” às partes antes da prolação da sentença.

Essa decisão reforçou o resultado do julgamento do Recurso Especial nº 802.832/MG³⁰¹, no qual a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a inversão do ônus da prova deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo, ou, pelo menos, assegurando-se a possibilidade de produção de novas provas por aquele a quem tal ônus foi atribuído, após a instrução do feito.

Quando do julgamento do Recurso Especial nº 802.832/MG, a 2ª Seção do STJ buscou pacificar o entendimento de que a inversão do ônus da prova deve ocorrer antes da instrução do feito. Caso ocorra, excepcionalmente, no momento do julgamento, deve ser garantido ao fornecedor o direito de produzir novas provas, mesmo após o encerramento da instrução processual.

³⁰⁰ Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 422.778/SP, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Relatora para acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 29.2.2012.

³⁰¹ Recurso Especial nº 802.832/MG, 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13.4.2011.

Ao decidir assim, o STJ, apesar de mencionar a existência do momento do “alerta às partes” e do momento de aplicação da regra de julgamento (ideia com a qual esse trabalho não concorda), definiu uma orientação no sentido de que o momento de aplicação da regra da inversão do ônus da prova é preferencialmente a fase de saneamento do processo.

Tal orientação do STJ prestigia as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, incisos LIV e LV, da CF/88), permitindo que as partes conheçam quais as “regras do jogo” em que estão envolvidas antes do julgamento da demanda.

Caso a inversão do ônus da prova pudesse ser determinada apenas quando do julgamento do feito, isso afetaria gravemente a capacidade de defesa da parte, que não teria mais possibilidade de trazer aos autos evidências dos fatos cuja comprovação, a partir daquele momento, passou a ser de sua responsabilidade.

Com a inversão do ônus da prova no despacho saneador, antes do início da fase de dilação probatória, assegura-se que ambos os litigantes tenham pleno conhecimento daquilo que competirá a cada um deles comprovar. Ao mesmo tempo, garante-se que o Juízo terá acesso a todas as provas que estão ao alcance das partes, para que forme a sua livre convicção de modo refletido e informado.

Apesar de esse entendimento se mostrar o mais adequado, ele também não está imune a críticas. Nos próprios Embargos de Divergência opostos no âmbito do Recurso Especial nº 422.778/SP julgado pela 2ª Seção do STJ, o Ministro Sidnei Beneti, ao proferir voto vencido e se referir à orientação majoritária da Corte de que a inversão deve preceder ao julgamento, criticou:

A opção por essa segunda orientação retarda significativamente o desfecho dos processos, dada a criação de incidentes e recursos sobre a decisão interlocutória de inversão, para, só depois de julgados todos os recursos, permitir-se a prolação da sentença. Leva, pois, à consequência da provocação de enorme quantidade de incidentes processuais nos processos em andamento em primeiro grau e nos Tribunais. E faz antever a anulação de expressivo número de sentenças e acórdãos já proferidos.

O ex-Ministro do STJ, Sidnei Beneti, prolator de voto vencido, verificou que o entendimento majoritário, de que o momento de aplicação da regra da inversão do ônus da prova é preferencialmente a fase de saneamento do processo, viola os princípios da celeridade processual e da tempestiva prestação de jurisdição, agora também elevados ao status constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CF/88).

Em que pese o esforço do STJ por pacificar tal questão, vale frisar que os tribunais estaduais continuam aplicando a regra da inversão do ônus da prova como regra de julgamento³⁰², o que demonstra que ainda haverá muitos debates na jurisprudência em torno de tão controvertido tema.

Vale frisar que o artigo 354, inciso III, do Projeto do Novo CPC, cujos dispositivos pertinentes à distribuição do ônus da prova serão examinados em tópicos seguintes, prevê que o juiz deverá definir a distribuição do ônus da prova em decisão de saneamento e de organização do processo³⁰³.

Se o texto for aprovado pelo Senado, entende-se que a polêmica acerca do momento processual adequado para a inversão do ônus da prova tende a ser solucionada. Isso porque, diferentemente do atual CPC, que não consagra nenhuma regra expressa acerca do momento processual de análise judicial da questão da distribuição do ônus da prova entre as partes, o Projeto do Novo CPC define de forma clara que esse momento processual é o despacho saneador. Considerando que o artigo 6º, inciso VIII, do CDC prevê regra inserta em legislação processual especial, entende-se que essa regra deverá ser interpretada à luz da nova legislação processual civil projetada, que consagra o despacho saneador como o momento da análise da distribuição dos ônus probatórios entre as partes.

³⁰² “A inversão do ônus da prova somente deve ser aplicada nas hipóteses em que, após a instrução do feito, no momento de valoração das provas, o juiz se depara com um 'non liquet' em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa. Assim, apenas quando uma questão de fato se apresenta irredutivelmente incerta no processo, empregam-se as regras da distribuição do ônus da prova.

Isto porque a inversão do ônus da prova é regra de julgamento, de forma que somente deve ser aplicada nas hipóteses em que, após a instrução do feito, no momento de valoração das provas, o juiz se depara com um 'non liquet' em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa.” (Agravado de Instrumento nº 2146654-34.2014.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Rel. Armando Toledo, j. 30.9.2014).

³⁰³ “Art. 354. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 370;”

Nesse sentido, caso aprovado pelo Senado, o Projeto do Novo CPC irá corroborar o entendimento atual da jurisprudência do STJ de que a decisão sobre a inversão do ônus da prova deve ocorrer em momento processual que garanta às partes a oportunidade de se manifestarem sobre essa inversão do ônus da prova, valorizando-se a perspectiva subjetiva do ônus da prova.

Assim, verifica-se que, por meio do instituto da inversão do ônus da prova, o legislador buscou uma aproximação interativa do direito material com o direito processual, de modo que o mecanismo de tutela jurisdicional seja compatível com o direito substantivo discutido no processo. Trata-se de um instrumento a ser utilizado em favor da efetividade do processo, visando amenizar as dificuldades procedimentais e as deficiências da prestação jurisdicional³⁰⁴. Essas premissas, conforme se verá a seguir, nortearam as ideias acerca da distribuição dinâmica do ônus da prova.

7.3. Do não cabimento de inversão do ônus da prova em ação que não envolve relação de consumo

Como ensina Heitor Vitor Mendonça Sica, o artigo 2º, parágrafo único, do CDC³⁰⁵ estabelece a regra básica de que a coletividade de pessoas que intervém nas relações de consumo é equiparada a consumidor. Portanto, os mesmos direitos devem ser conferidos seja ao consumidor no âmbito da ação coletiva, seja ao consumidor individualmente, dentre os quais a possibilidade de facilitação da defesa de seus direitos e produção de prova. Dessa forma, a inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do CDC, é passível de aplicação, no processo coletivo ou individual, desde que envolva relação de consumo³⁰⁶. Portanto, se comprovados os requisitos para a inversão do ônus da

³⁰⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 218.

³⁰⁵ “Art. 2º (...)

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

³⁰⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, abril. 2007, p. 66.

prova, dentre eles a existência de relação de consumo, é possível a utilização desse instrumento processual, na ação individual ou na ação coletiva.

Heitor Vitor Mendonça Sica também ressalta que a inversão do ônus da prova se baseia na ideia de assimetria de informação e no conceito de hipossuficiência. Assim, se verificada a verossimilhança nas alegações do consumidor, bem como que este é hipossuficiente perante o fornecedor no tocante às informações sobre o produto ou serviço, é evidente que o juiz deverá lançar mão do instrumento da inversão do ônus da prova para assegurar a garantia da defesa do consumidor³⁰⁷. Contudo, nos casos em que o oponente do fornecedor em juízo for o Ministério Público ou associação representativa que possuam conhecimento e preparo superiores ao de um consumidor, a possibilidade de inversão do ônus da prova deverá ser analisada com maior parcimônia, uma vez que a discrepância das informações tende a ser menor³⁰⁸.

Em relação à incidência do CDC em relações jurídicas que não envolvam relação de consumo, vale destacar que o artigo 21 da Lei nº 7.347, ou Lei da Ação Civil Pública (“LACP”), estabelece que os dispositivos do Título III do CDC são aplicáveis à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais³⁰⁹.

O artigo 21 foi acrescido à LACP pelo artigo 117 do CDC³¹⁰ e previu a aplicação dos dispositivos do Título III do CDC à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível. No Título III do CDC encontram-se os artigos 81 a 104, todos de ordem processual. Todavia, o artigo 6º, VIII, do CDC, está inserido no Título I, Capítulo III, do CDC, de modo que, este trabalho entende que tal dispositivo, que dispõe sobre a inversão judicial do ônus da prova, não é aplicável a todas as ações civis públicas disciplinadas pela LACP.

³⁰⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, abril. 2007, p. 66.

³⁰⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, abril. 2007, p. 66.

³⁰⁹ “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

³¹⁰ “Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes:

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

Há, contudo, inúmeros precedentes jurisprudenciais do STJ e de outros Tribunais pátrios aplicando a regra da inversão do ônus da prova em ações civis públicas que discutem matéria ambiental.

A 2ª Turma do STJ, em acórdão recente, manifestou entendimento de que seria cabível a inversão do ônus da prova em se tratando de ação ambiental, sob o fundamento de que cabe ao empreendedor responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente. Com isso, transfere-se ao empreendedor da atividade potencialmente perigosa todo o encargo de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, do artigo 21 da LACP, conjugado ao “Princípio Ambiental da Precaução”³¹¹.

Em um desses precedentes, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região determinou a aplicação da inversão do ônus da prova, sob o argumento de que tem sido aceita a aplicação de todos os dispositivos processuais do CDC às ações civis públicas, inclusive às que envolvam matéria ambiental. Segundo o referido precedente, embora o artigo 6º, inciso VIII, do CDC não esteja incluído no Título III, por também se tratar de matéria processual, seria aplicável à ação civil pública, não só nas relações de consumo³¹².

Da mesma forma, a 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do TJ-SP manifestou o entendimento de que é possível a aplicação da inversão do ônus da prova nas ações civis públicas em razão da existência de interação dos sistemas do CDC e da LACP, sendo o artigo 6º, inciso VIII, do CDC norma geral de caráter processual aplicável a todo o sistema

³¹¹ “Ressalto que diante das disposições específicas na Lei das Ações Civis Públicas (art. 18 da Lei 7.347/1985), afasta-se aparente conflito de normas com os dispositivos do Código de Processo Civil sobre o tema, por aplicação do princípio da especialidade.

Ademais, em se tratando de ação ambiental, impõe-se a inversão do ônus da prova, cabendo ao empreendedor, no caso o próprio Estado, responder pelo potencial perigo que causa ao meio ambiente, em respeito ao princípio da precaução”. (REsp nº 1.237.893/SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Eliana Calmon, j. 24.9.2013). No mesmo sentido: REsp nº 883.656/RS, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Herman Benjamin, j. 09.03.2011; REsp nº 1.060.753/SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Eliana Calmon, j. 1.12.2009; REsp nº 972.902/RS, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Eliana Calmon, j. 25.8.2009;

³¹² “Neste ponto, cabe salientar que embora o dispositivo transcrito faça referência unicamente ao Título III do Código de Defesa do Consumidor, o fato é que tem sido aceita a aplicação de todas as disposições processuais constantes do Código de Defesa do Consumidor às ações coletivas, o que engloba as ações civis públicas ambientais e a regra constante do art. 6º, VIII, do referido código.” (Agravo de instrumento nº 5007790-44.2013.404.0000, 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Des. Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 2.7.2013). No mesmo sentido: REsp nº 1049822/RS, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Francisco Falcão, j. 23.4.2009.

e em qualquer ação civil pública ou coletiva que verse sobre direitos difusos ou metaindividuais³¹³.

Em todos esses precedentes, foi determinada, portanto, a inversão do ônus da prova em ações coletivas que envolvem matéria ambiental, sem que se configurasse a relação de consumo, sob o argumento de que todas as normas processuais constantes no CDC são aplicáveis às ações coletivas, ainda que o artigo 6º, inciso VIII, do CDC, esteja inserido no Título I, Capítulo III, do CDC, e não no Título III do CDC.

Para Hugo Nigro Mazzilli, “a mens legis consiste em integrar por completo as regras processuais de defesa de interesses transindividuais, fazendo da LACP e do CDC como que um só estatuto. Desta forma, a inversão pode ser aplicada, analogicamente, à defesa judicial de quaisquer interesses transindividuais”³¹⁴.

Alinhado a esse entendimento, Ricardo de Barros Leonel sustenta que a “possibilidade de inversão do ônus da prova, como regra de julgamento, não pode ficar limitada às demandas fundadas em relações individuais de consumo”. Nesse sentido, afirma, ademais, que, se presentes os pressupostos de aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, tais quais a “verossimilhança da afirmação do autor ou hipossuficiência em decorrência do monopólio da informação”, a inversão do ônus da prova também seria aplicável a todas as ações coletivas, ainda que não versem sobre relação de consumo³¹⁵.

³¹³ “Ao contrário do que afirmou o procurador do Estado, é perfeitamente admissível a inversão do ônus da prova nas ações civis públicas ambientais, haja vista que o sistema da Lei n. 7347/85 mantém interação com o sistema do Código de Defesa do Consumidor. A LACP estabelece no artigo 21 que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. Este, por sua vez, dispõe no artigo 90 que “aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

Assim, existe perfeita interação entre os dois sistemas e, por conta disso, cabe aplicar às ações civis públicas as disposições de caráter processual do CDC. É certo que o artigo 6º, VIII, do CDC, que prevê a inversão do ônus da prova, está contemplado no Título I, todavia, é norma geral de caráter processual aplicável a todo o sistema, daí porque se admite a sua aplicação e a inversão do ônus da prova em qualquer ação civil pública ou coletiva que verse direitos difusos ou metaindividuais”. (Apelação nº 9063357-83.2009.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 20.6.2013)

³¹⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180.

³¹⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 372, 374-375.

Não obstante a propriedade com que a doutrina possa defender essa tese, é importante ressaltar que não cabe uma interpretação extensiva do artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Está claro, nesse dispositivo legal, que a sua aplicação é em defesa do consumidor, no contexto de uma relação de consumo, o que não se verifica em toda e qualquer ação coletiva. Tanto é assim que, em ações individuais, é totalmente afastada a aplicação desse dispositivo legal ante a ausência de previsão legal, bem como em razão da evidente ausência do requisito da relação de consumo.

Por outro lado, foi possível localizar precedentes dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e do Rio Grande do Sul, com os quais esse trabalho concorda, no sentido de que, em sede de ação civil pública que envolva danos ambientais, não haverá inversão do ônus da prova, pois ante a inexistência de relação de consumo prevalece a regra geral do CPC³¹⁶. Esses precedentes manifestam, pois, o entendimento de que, diante da não configuração da existência de relação de consumo entre as partes, não deve ser aplicado o artigo 6º, inciso VIII, do CDC referente à inversão do ônus da prova.

Conforme o posicionamento também manifestado por Heitor Vitor Mendonça Sica, fora das hipóteses de inversão do ônus da prova em ação individual ou coletiva que envolva ação de consumo, “entendemos inexistir base legal para a inversão do ônus probatório embora me pareça perfeitamente possível se aviltar essa hipótese de *lege ferenda* (...)”³¹⁷. Isso significa dizer que não há nenhum dispositivo legal no ordenamento jurídico brasileiro que preveja a possibilidade de inversão do ônus da prova em ações judiciais que não envolvam relação de consumo.

De acordo com Eduardo Cambi, pelo fato de o artigo 6º, inciso VIII, do CDC ser um “marco divisório para a tutela processual dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos”, restringir o seu alcance “somente às relações de consumo” seria “um

³¹⁶ “Contudo, a responsabilidade objetiva em dano ambiental não implica na inversão do ônus da prova, tratando-se de obrigação do autor, observando o ônus probatório imposto ao demandante, nos termos do que dispõe o art. 333, I, do CPC, consoante jurisprudência da Câmara (...)” (Agravado de instrumento nº 70045467032, 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Carlos Eduardo Zietlow Duro, j. 13.11.2013). Nesse mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 70050044320, 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Luiz Felipe Silveira Difini, j. 21.11.2012; Agravo de instrumento nº 70012793535, 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Luiz Ari Azambuja Ramos, j. 1.12.2005; Apelação Cível nº 1.0000.00.285205-1/000, 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Des. Rel. Lucas Sávio V. Gomes, j. 7.11.2002.

³¹⁷ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, abril. 2007, p. 66 a 67.

desperdício, para a efetiva proteção destes direitos, de grandes implicações na sociedade de massa”³¹⁸.

Ou seja, a própria doutrina que sustenta a possibilidade de inversão do ônus da prova em casos que não envolvam relações de consumo reconhece a ausência de amparo legal para a aplicação do artigo 6º, inciso VIII, do CDC às ações coletivas que não envolvam relação de consumo.

O que se verifica é que há um esforço interpretativo para tentar ampliar a abrangência do artigo 6º, inciso VIII, do CDC. Desse modo, as partes que figuram como rés em ações coletivas que não envolvam relações de consumo podem ser judicialmente compelidas ao cumprimento de um ônus inesperado, imprevisível e não previsto em lei, o que causa enorme insegurança jurídica.

A criação desse ônus processual somente é aceitável pela via legislativa. O Poder Judiciário não deve realizar interpretação extensiva do artigo 6º, inciso VIII, do CDC, determinando inversões judiciais dos encargos probatórios das partes em qualquer ação judicial que não envolva relação de consumo.

Com base na análise dos precedentes da jurisprudência, é possível identificarmos uma atuação ativa do Poder Judiciário no sentido de criar ônus processual desprovido de lastro legal no CDC, na LACP ou, ainda, no CPC. Isto porque, nesses diplomas jurídicos, não há qualquer norma que determine a aplicação da regra de inversão do ônus da prova nas ações judiciais que não envolvam relação de consumo. O “princípio da precaução”, a “defesa de interesses transindividuais” e o “artigo 21 foi acrescido à LACP” não podem ser utilizados como critério para a criação de um ônus processual não previsto em lei.

Assim, dever-se-ia aplicar às ações civis públicas em geral apenas os dispositivos mencionados no Título III do CDC, excluindo-se os demais dispositivos legais aplicáveis especificamente às relações de consumo, como é o caso do artigo 6º, VIII, do CDC.

Tal questão poderia ter sido solucionada pelo Projeto de Lei nº 5.139/2009 (“Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública”), que visava de *lege ferenda* atribuir os ônus

³¹⁸ CAMBI, Eduardo. Inversão do Ônus da Prova e Tutela dos Direitos Transindividuais: Alcance Exegético do art. 6º, VIII, do CDC. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Direito do Consumidor: Tutela das Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 509 a 514.

processuais às partes de forma diversa no âmbito das ações civis públicas. Nesse sentido, cumpre frisar que o artigo 20, incisos IV, VI e VII do Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública mencionava expressamente a técnica da dinamização dos ônus probatórios das partes³¹⁹.

Por sinal, esse Projeto condicionava de forma inovadora no sistema processual a utilização da técnica da dinamização do ônus da prova pelo juiz, “levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade de demonstração” (art. 20, inciso IV do Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública). O Projeto previa, ainda, o dever do juiz, durante o saneamento do feito, de “esclarecer” as “partes sobre a distribuição do ônus da prova” (art. 20, inciso VII, do Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública). Além disso, o Projeto considerava a possibilidade de o juiz “rever”, “a todo o momento”, “o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, respeitando o contraditório e a ampla defesa” (art. 20, inciso VI do Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública).

Apesar de terminologicamente o Projeto utilizar a expressão “responsabilidade pela produção da prova” ao falar da técnica da distribuição dinâmica dos ônus probatórios – o que não seria correto do ponto de vista conceitual –, o fato é que esse Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública, caso tivesse sido aprovado, resolveria muitas das questões, abordadas acima, que geram polêmicas.

Outro Projeto de Lei que pode trazer grandes avanços na questão da distribuição dos ônus probatórios às partes em ações civis públicas seria o Projeto de Lei do Senado nº 282 de 2012, que altera o CDC para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas (“PLS nº 282/2012”).

³¹⁹ “Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

(...)

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

(...)

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova;”

Segundo o artigo 90-D, inciso VI do PLS nº 282/2012, de *lege ferenda* restará autorizada a inversão do ônus probatório nas ações civis públicas contra a parte que, em razão de deter conhecimentos técnicos ou científicos ou informações específicas sobre os fatos da causa, tiver maior facilidade em sua demonstração³²⁰.

Ou seja, tanto o Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública quanto o PLS nº 282/2012 utilizam como parâmetros para a distribuição diversa dos ônus probatórios às partes nas ações coletivas (i) a maior facilidade concreta na produção da prova e (ii) o acesso à informação técnica sobre os fatos da causa. Todavia, com a não aprovação desse Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública e do PLS nº 282/2012 pelo Congresso Nacional, a conclusão a que esse trabalho chega é a de que o sistema processual civil brasileiro somente admite a inversão do ônus da prova em ações civis individuais e coletivas que versem sobre relação de consumo. Não existe qualquer regra expressa vigente que justifique a desconsideração da regra prevista no artigo 333, incisos I e II, do CPC, para as ações civis públicas em geral.

7.4. Inversão do ônus da prova *versus* inversão do custeio da prova

7.4.1 Das regras acerca do custeio das provas

O artigo 19 do CPC³²¹ estabelece que cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou que requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento³²². Caso o juiz

³²⁰ “Art. 90-D. Não obtida a conciliação e apresentada a defesa pelo réu, o juiz designará audiência ordinatória, tomando fundamentadamente as seguintes decisões, assegurando 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 ou no julgamento da causa, 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;”

³²¹ “Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.”

³²² “Como já dito, independentemente de quem tenha o ônus de provar este ou aquele fato, a obrigação para adiantar as despesas recai a quem tenha feito o requerimento do ato.” (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 426.062/SP, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Sidnei Beneti, j. 11.2.2014)

determine de ofício a produção de determinada prova ou no caso de requerimento do Ministério Público, caberá ao autor da ação adiantar as referidas despesas (artigo 19, §2º do CPC³²³).

Na hipótese de produção de prova pericial, cabe à parte que pleiteá-la adiantar a remuneração do perito, conforme o artigo 33 do CPC³²⁴. Além disso, conforme o referido dispositivo legal, quando essa prova for requerida por ambas as partes, ou determinada de ofício pelo juiz, o pagamento deverá ser realizado pelo autor da ação.

Vale ressaltar que, ao final do processo, as despesas e custas processuais adiantadas pela parte vencedora serão suportadas pela parte sucumbente, nos termos do artigo 20 do CPC³²⁵. Além disso, o artigo 27 do CPC determina o pagamento, ao final, pelo vencido das despesas dos atos efetuados a requerimento pelo Ministério Público³²⁶.

Se o autor da ação for beneficiário da justiça gratuita, a assistência judiciária compreenderá a isenção do recolhimento das taxas judiciárias, emolumentos e custas, bem como do pagamento dos honorários de advogado e peritos, despesas com a realização do exame de código genético (DNA) que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações judiciais de investigação de paternidade ou maternidade, dentre outros, conforme o artigo 3º da Lei nº 1.060/50³²⁷.

³²³ “(...)

§ 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.”

³²⁴ “Art. 33. Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.

Parágrafo único. O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente a essa remuneração. O numerário, recolhido em depósito bancário à ordem do juízo e com correção monetária, será entregue ao perito após a apresentação do laudo, facultada a sua liberação parcial, quando necessária.”

³²⁵ “Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.”

³²⁶ “Art. 27. As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido.”

³²⁷ “Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

A despeito da regra geral estabelecida no CPC, os artigos 87 do CDC³²⁸ e 18 da LACP³²⁹ estabeleceram que os legitimados ativos para a propositura de ações coletivas não deverão adiantar o pagamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas. Além disso, esses dispositivos legais também isentaram as “associações autoras” de ações coletivas, salvo casos de litigância de má-fé, da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios à parte vencedora e do ressarcimento das custas e despesas processuais adiantadas pela parte vencedora.

Nas ações populares, o artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988³³⁰ também estabelece que, na ação popular, haverá isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência. O artigo 10 da Lei nº 4.717/65 (“Lei da Ação Popular”) determina que as custas e preparo somente serão pagos ao final³³¹.

Segundo alguns dos dispositivos legais mencionados acima (artigos 3º da Lei nº 1.060/50, 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal de 1988 e 18 da LACP), as pessoas beneficiárias da justiça gratuita, as pessoas legitimadas à propositura de ação popular e os entes legitimados à propositura de ação civil pública estão isentos, portanto, do adiantamento das despesas para o custeio das provas que pleitearem no processo.

Todavia, essas hipóteses geram, conforme se verá, uma série de conflitos que são levados ao Poder Judiciário. Nessas situações concretas, a jurisprudência busca estabelecer

V - dos honorários de advogado e peritos.

VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.

VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal.”

³²⁸ “Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.”

³²⁹ “Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.”

³³⁰ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

³³¹ “Art. 10. As partes só pagarão custas e preparo ao final”.

critérios para aferir a quem cabe o custeio de determinadas provas a serem realizadas em determinados casos concretos.

Assim, estabelecidas essas premissas legislativas acerca do custeio das provas no ordenamento jurídico brasileiro, analisaremos algumas situações enfrentadas pelo Poder Judiciário em relação ao custeio e à questão da inversão ou não do ônus financeiro da prova.

7.4.2. Da jurisprudência brasileira acerca do custeio da prova

Considerando o cenário legislativo acima mencionado, primeiramente, vale destacar o posicionamento dos tribunais pátrios acerca do custeio da prova pericial nas ações individuais movidas por autores que são beneficiários da justiça gratuita. Nessas situações, o STJ e o TJ-SP apreciaram casos em que se discutia **(i)** a inclusão ou não dos honorários de perito nos benefícios da assistência judiciária prevista na Lei nº 1.060/50 (diante da pouca clareza do artigo 3º, inciso II da referida lei), bem como **(ii)** quem deveria arcar com a remuneração do perito judicial, caso o vencido fosse o beneficiário da justiça gratuita.

Em precedente recente proferido pela 3ª Turma, o STJ entendeu que o Estado deve assumir os ônus advindos da produção da prova pericial, através de seus órgãos públicos, caso o autor da ação, beneficiário da justiça gratuita, seja vencido³³².

³³² “De fato, a remuneração do perito, nos termos do art. 33 do CPC, deve ser paga pela parte que houver requerido a perícia, ou pelo autor, quando requerida por ambas as partes ou determinada de ofício pelo juiz. Contudo, a Lei 1.060/50, ao regular a concessão da assistência judiciária gratuita, previu, em seu art. 3º, que a assistência judiciária compreende os honorários do perito.

“É necessário, portanto, interpretar sistemática e teleologicamente os referidos dispositivos, para que, de um lado, o acesso gratuito ao Judiciário pelos beneficiários da assistência judiciária gratuita seja garantido, e, de outro, seja preservada a distribuição das despesas processuais previstas no CPC.

“Ressalte-se que a hipótese não versa da imposição de responsabilidade definitiva pelo pagamento dos honorários periciais, mas sim por seu adiantamento, na medida em que, de acordo com o disposto no caput do art. 20 do CPC, a sentença é que imporá, ao vencido na demanda, o pagamento das despesas necessárias à prática dos atos processuais

Em outro precedente recente proferido pela 2ª Turma, o STJ também se manifestou no sentido de que o beneficiário da justiça gratuita está isento do dever de adiantar as despesas dos honorários periciais, quando tiver requerido a prova pericial, o que “não implica a inversão do ônus de seu pagamento para a recorrida, que não manifestou interesse na realização da prova técnica”³³³. Ademais, conforme outro precedente da 2ª Turma do STJ, se o Perito Judicial não consentir em realizar a prova pericial gratuitamente e/ou se manifestar no sentido de aguardar o final da demanda para receber sua remuneração, deverá o juiz nomear outro técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova, em colaboração do Poder Judiciário³³⁴.

Nesse mesmo sentido, o entendimento do TJ-SP, em precedente recente, foi de que, nas hipóteses de concessão dos benefícios da justiça gratuita ao autor, o Estado é que deverá arcar com o pagamento dos honorários periciais por meio da utilização dos recursos

“Nesse sentido, os honorários periciais não devem ser adiantados pelo beneficiário da assistência judiciária gratuita, mas também não é possível inverter o ônus de seu adiantamento à outra parte, que, ressalte-se, não requereu a prova pericial.

“Nessas hipóteses, a jurisprudência mais antiga dessa 3ª Turma, bem como a jurisprudência das Turmas que integram a 1ª Seção, consolidou-se no sentido de que os honorários periciais serão pagos ao final, pelo vencido ou pelo Estado, se o vencido for beneficiário da justiça gratuita ou, não concordando o perito com o recebimento dos honorários apenas ao final, o Estado, através de seus órgãos públicos, deve arcar com a realização do exame pericial, em colaboração com o Poder Judiciário.” (REsp nº 1.356.801/MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 18.6.2013).

³³³ “Impende que se realize a interpretação sistemática e teleologicamente de tais normas processuais a fim de que não se esmaça a garantia fundamental do acesso gratuito ao Judiciário pelos jurisdicionados menos afortunados, nem se desvirtue completamente o princípio da causalidade que informa a justa distribuição das despesas processuais entre as partes.

“Sobre o tema, a melhor interpretação tem sido aquela que, sem desconsiderar os honorários periciais como verba integrante da assistência judiciária, isenta o beneficiário da justiça gratuita do dever de adiantar tal despesa, ainda que tenha requerido a realização da prova técnica, o que não implica a inversão do ônus de seu pagamento para a recorrida, que não manifestou interesse na realização da prova técnica.

“Todavia, não seria razoável imputar ao profissional técnico os custos e ônus financeiro da realização de perícia, que só aproveitará aos particulares e à eficiente prestação jurisdicional, para recebimento da verba honorária somente ao final do processo, quando definida a parte vencida. Daí adveio a solução intermediária que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem indicado; valer-se o juiz do trabalho do próprio ente público, quando necessária, mera disponibilização de infraestrutura já existente, em colaboração com o Poder Judiciário” (REsp nº 1.355.519/ES, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Castro Meira, j. 2.5.2013)

³³⁴ “A Terceira Turma, ao julgar o REsp 435.448/MG (Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 4.11.2002, p. 206), fez consignar o seguinte entendimento na ementa do respectivo acórdão: ‘Nos termos da jurisprudência dominante neste Tribunal, os beneficiários da assistência judiciária gratuita incluem os honorários de perito, devendo o Estado assumir os ônus advindos da produção da prova pericial. O Estado não está obrigado a adiantar as despesas com a realização da prova pericial ou reembolsar esse valor ao final da demanda. Caso o perito nomeado não consinta em realizar a prova pericial gratuitamente e/ou aguardar o final do processo, deve o juiz nomear outro perito, devendo a nomeação recair em técnico de estabelecimento oficial especializado ou repartição administrativa do ente público responsável pelo custeio da prova pericial.’” (REsp nº 935.470/MG, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, j. 24.8.2010).

do Fundo de Assistência Judiciária³³⁵. Vale frisar que, para essas hipóteses, o Conselho Superior da Defensoria Pública do Estado de São Paulo editou a Deliberação nº 92/2008 para dispor sobre os critérios para o pagamento, pelo Fundo de Assistência Judiciária, da remuneração de peritos que atuem nos feitos de natureza cível em que partes são beneficiárias da assistência judiciária gratuita.

Ou seja, segundo tais precedentes da 3ª e da 2ª Turmas do STJ, com os quais este trabalho concorda, o beneficiário da justiça gratuita fica isento da antecipação dos honorários periciais relativos à prova pericial pleiteada por ele, o que não implica a inversão do ônus do seu pagamento em relação à parte ré que não manifestou interesse na realização da prova pericial. Essa solução intermediária adotada pelo STJ parece ser adequada, por não ser razoável imputar ao profissional técnico o ônus financeiro da realização da perícia com o recebimento da verba honorária ao final do processo, quando será paga pela parte vencida. Assim este trabalho concorda com essa solução média adotada pela 2ª e 3ª Turmas do STJ, segundo a qual o juiz deve se valer do trabalho do próprio ente público, com a utilização de infraestrutura estatal, para a realização de perícias em colaboração com o Poder Judiciário³³⁶.

Há casos, contudo, em que no pólo ativo da ação judicial está um indivíduo beneficiário da justiça gratuita e, no pólo passivo, o Estado. Então, conforme a súmula nº 232 do STJ, “a Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.” A edição da Súmula 232 do STJ decorreu de acórdãos proferidos pelo STJ que, interpretando o disposto no artigo 27 do CPC, consignavam que a Fazenda Pública e suas autarquias sujeitar-se-iam ao depósito prévio dos honorários de perito, pois tais honorários periciais não estariam incluídos nas despesas processuais, que, de acordo com o CPC, deveriam ser pagas apenas ao final³³⁷.

³³⁵ “Verificada esta isenção, a qual, inclusive, encontra supedâneo no art. 5, inc. LXXIV, da Constituição Federal, para que se concretize a aludida assistência, inegável que deve o Estado arcar com o pagamento dos honorários periciais, pagamento este que deve se dar com recursos do Fundo de Assistência Judiciária (...)” (Agravado de instrumento nº 0079991-74.2013.8.26.0000, 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. João Batista Vilhena, j. 14.5.2013)

³³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 129.

³³⁷ REsp nº 182201/SC, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Hélio Mosimann, j. 4.3.1999; REsp nº 132643/RS, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Cid Flaquer Scartezini, j. 10.2.1998; REsp nº 154682/SP, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Milton Luiz Pereira, j. 11.12.1997.

Vale ressaltar, no entanto, que o STJ já proferiu acórdão em conformidade com as regras gerais do CPC ao apreciar um caso em que, no pólo ativo da ação judicial, figurava um beneficiário da justiça gratuita e, no pólo passivo, o Estado. Segundo esse precedente da 2ª Turma do STJ, a Fazenda Pública deveria realizar o depósito prévio dos honorários periciais, desde que ela própria tivesse requerido a perícia. Se a parte autora, beneficiária da justiça gratuita, tiver pleiteado a prova, caberá ao Estado custeá-la ao final do processo, caso o autor, beneficiário da justiça gratuita, reste vencido³³⁸.

Em relação à ação popular, o artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal estabelece, em favor do autor, a isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo comprovada má-fé. Contudo, o artigo 10 da Lei da Ação Popular determina que as custas e preparo somente serão pagos ao final.

Sob o argumento de que a Constituição Federal não revogou o artigo 10 da Lei da Ação Popular, há precedente do TJ-SP entendendo que o autor deverá realizar o pagamento dos honorários periciais no âmbito da ação popular, devendo esse pagamento ser realizado apenas ao final da demanda, caso tenha sucumbido³³⁹.

Por outro lado, o TJ-SP também já manifestou posicionamento de que a isenção do pagamento de custas estabelecida na Constituição Federal para as ações populares inclui os

³³⁸ “É certo que, consoante enuncia a Súmula 232 desta Corte, ‘a Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito’.

Todavia, a referida súmula deve ser interpretada à luz de seus fundamentos legais, dentre os quais citam-se: a) o art. 19 do CPC, que estabelece que, salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento deste o início até sentença final; b) o art. 27 do CPC, segundo o qual as despesas dos atos processuais efetuadas a requerimento da Fazenda Pública serão pagas a final pelo vencido; c) o art. 33 do CPC, que dispõe que a remuneração do perito será paga pela parte que houver requerido o exame.
(...)

“Da interpretação sistematizada dos arts. 3º, V e 11 da Lei 1.060/50, e 19 e 33 do CPC, conclui-se que o Estado, quando for réu no processo, não estará sujeito ao adiantamento dos honorários do perito se a prova pericial for requerida pelo autor da ação, beneficiário da assistência judiciária.(...)” (REsp nº 935.470/MG, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, j. 24.8.2010)

³³⁹ “Pregam os artigos 10 e 12 da Lei 4717/65: Art. 10. As partes só pagarão custas e preparo a final. Art. 12. A sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como o dos honorários de advogado.

“Assim, o pagamento questionado é transferido para o final da demanda, mas não elidido.” (Agravado de instrumento nº 0103066-45.2013.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Eduardo Gouvêa, j. 7.10.2013)

honorários do perito. Dessa forma, entendeu que deverão ser utilizados os recursos do Fundo de Assistência Judiciária para o custeio da prova, em ação popular³⁴⁰.

Se a prova tiver sido pleiteada pela parte autora da ação popular e pelo(s) requerido(s), segundo outro precedente do TJ-SP, o custeio deverá ser rateado entre as partes que pleitearam a sua produção³⁴¹. Se, por outro lado, a produção da prova foi determinada pelo magistrado, segundo outro precedente também do TJ-SP, caberá ao Estado custeá-la através do Fundo de Assistência Judiciária, tendo em vista que a ação popular visa incentivar o exercício da cidadania³⁴².

O STJ também já se posicionou no sentido de que, na ação popular, o autor está isento do pagamento de honorários periciais. Isso porque o artigo 18 da LACP, que teria sido inspirado na Lei da Ação Popular, aplica-se também à ação popular, razão pela qual não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais pelo autor da ação popular³⁴³.

³⁴⁰ “A ação popular tem previsão constitucional, garantindo a qualquer cidadão o ajuizamento de ação judicial com o fito em obter a anulação de ato lesivo, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (art. 5º, LXXIII, da CF).

“Se o constituinte isentou o autor, mesmo vencido do pagamento de custas judiciais em ação popular, quem deve pagar é o Estado, através do Fundo de Assistência Judiciária (...)” (Agravado de instrumento nº 0112493-66.2013.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Castilho Barbosa, j. 8.10.2013.). Nesse mesmo sentido: Agravo de instrumento nº 0269165-73.2011.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Zélia Maria Antunes Alves, j. 7.11.2013.

³⁴¹ “Relevante anotar que, quando da especificação de provas, a autora, ora agravada, bem como as co-rés CETESB-COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO e a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, e a Promotoria de Justiça oficiante pleitearam, expressamente, a produção de prova pericial para a verificação da licitude do procedimento de licenciamento ambiental (...).

“No entanto, como já decidido por este E. Tribunal, ‘o fato de ser possível se entender que a isenção do pagamento de custas para o autor popular abarcaria o custo de produção de prova pericial, não permite que se carregue aos réus o ônus de suportar as despesas com a produção da prova.(...)”

“Em suma, deferida a produção da prova pericial, requerida pela autora, ora agravada, e pelas co-rés CETESB-COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO e pela FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, o pagamento dos honorários do perito nomeado pelo Juízo é da responsabilidade destes e, não, da empresa-ré, PATERCON CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA., ora agravante (...)” (Agravado de instrumento nº 0214252-44.2011.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Zélia Maria Antunes Alves, j. 24.5.2013)

³⁴² “O cerne da controvérsia posta reside em saber a quem cabe o ônus pelo pagamento da perícia requerida pelo Magistrado nos autos de Ação Popular proposta por cidadão contra o Município do Guarujá. (...)

“Em caso como o dos autos, caberá ao Estado o custeio da prova requerida pelo Magistrado.” (Agravado de instrumento nº 0260691-79.2012.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Sidney Romano dos Reis, j. 15.4.2013)

³⁴³ Recurso Especial nº 1.225.103/MG, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, j. 21.6.2011.

O STJ tem enfrentado, ademais, muitas questões relativas à aplicabilidade do artigo 18 da LACP, quanto ao adiantamento dos honorários periciais pelo Ministério Público no âmbito de ações civis públicas movidas pelo Ministério Público. Nessas situações, a 1ª Turma do STJ vinha até 2010 manifestando a tendência de realizar a análise do artigo 18 da LACP em cotejo com o artigo 19 do CPC e com a Súmula 232 do STJ. Segundo um dos acórdãos proferidos pela 1ª Turma do STJ, não se poderia extrair do artigo 18 da LACP “a conclusão de que cabe ao réu adiantar as despesas correspondentes a atos processuais requeridos pelo autor”. Nesse sentido, 1ª Turma do STJ entendeu que, se a Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito, com base na Súmula 232 do STJ, o mesmo entendimento deveria ser aplicado ao Ministério Público, em ações civis públicas³⁴⁴. Ou seja, a 1ª Turma do STJ vinha até 2010 manifestando o entendimento pela necessidade de adiantamento dos honorários periciais pelo Ministério Público.

Em compensação, até 2010, a 2ª Turma do STJ tinha proferido uma série de acórdãos analisando a aplicabilidade do artigo 18 da LACP em sua literalidade, no sentido de que o Ministério Público não deveria adiantar os honorários periciais em ações civis públicas. Segundo um desses acórdãos, a interpretação literal do artigo 18 da LACP tinha por objetivo “impedir que tais despesas possam, de qualquer modo, estorvar o fluxo da ação civil pública que, ao lado da ação popular, constitui valioso instrumento da cidadania para proteger valores e interesses de maior realce para a comunidade”³⁴⁵.

Diante desse conflito de teses entre a 1ª e a 2ª Turmas do STJ, a 1ª Seção do STJ enfrentou a possibilidade de uniformizar a jurisprudência acerca da questão da exigência ou não de adiantamento de honorários periciais pelo Ministério Público, quando autor de ação civil pública, durante o julgamento dos Embargos de Divergência opostos no âmbito do Recurso Especial nº 981949/RS.

³⁴⁴ REsp nº 981949/RS, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. José Delgado, j. 8.4.2008; REsp nº 733.456/SP, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 20.9.2007; REsp nº 846.529/MS, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 19.4.2007; AgRg no Ag nº 216.022/DF, Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 20.4.1999.

³⁴⁵ REsp 928397/SP, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Castro Meira, j. 11.9.2007. No mesmo sentido: REsp 716939/RN, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 23.10.2007.

Nessa oportunidade, a 1ª Seção do STJ, em acórdão proferido em 24.2.2010, houve por bem dar provimento parcial aos Embargos de Divergência opostos no âmbito do Recurso Especial nº 981949/RS, para fixar uma “Terceira Tese”, no sentido de que: (i) não há como exigir do autor da ação civil pública, no caso o Ministério Público, “o adiantamento das custas da perícia judicial, sem declarar a inconstitucionalidade do art. 18 da Lei 7.347/1985” e, por outro lado, (ii) “seria impossível compelir o réu a arcar com o adiantamento desses valores para a produção de prova contra si mesmo, por ausência de previsão legal”.

Por essa razão, a 1ª Seção do STJ, naquele caso, entendeu que deveria acolher os embargos de divergência, para dispensar o Ministério Público do recolhimento dos honorários periciais, mas entendeu que deveria manter o acórdão recorrido na parte em que afastou o ônus do custeio da prova em relação à parte adversa, que sequer havia pleiteado a prova³⁴⁶.

Essa conclusão do acórdão proferido pela 1ª Seção do STJ fica bem evidente na declaração de voto do Ministro Teori Albino Zavascki, segundo o qual

a) a teor do disposto no art. 18 da Lei 7.347/85, o Ministério Público não está obrigado a adiantar honorários de perito, mesmo quanto a perícias por ele mesmo requeridas; b) isso, todavia, não significa que esse ônus financeiro deva ser suportado pela parte contrária. Ao que se depreende dos autos, o Ministério Público pretendia as duas coisas: não adiantar os honorários do perito e, também, transferir o ônus para o demandado. Todavia, à luz das conclusões acima referidas, essa segunda pretensão não pode ser atendida.

Diante dessa “terceira tese”, firmada pela 1ª Seção do STJ, mais uma série de recursos interpostos no âmbito de ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público continuaram a ser julgados pelo STJ, para se definir a quem, de fato, caberia o encargo financeiro da produção da prova pericial.

³⁴⁶ EResp nº 981949, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24.2.2010.

Nesse sentido, os recentes julgados proferidos pela 1ª e 2ª Turmas do STJ, parecem buscar uma orientação no sentido de que “cabe à Fazenda Pública à qual seja vinculado o Ministério Público arcar com o encargo financeiro para a produção da prova pericial”³⁴⁷, nas situações em que apenas o Ministério Público pleiteia produção da prova pericial. Esse trabalho concorda com essa orientação recente do STJ até mesmo pelo fato de representar uma solução análoga a que o STJ tem adotado para os casos em que apenas o autor beneficiário da justiça gratuita pleiteia a produção da prova pericial.

Hugo Nigro Mazzilli ressalta que a isenção prevista no artigo 18 da LACP se justifica para facilitar a tutela jurídica dos interesses transindividuais. Contudo, o referido autor manifesta posicionamento, com o qual esse trabalho concorda, no sentido de que, se isso efetivamente inviabilizar a tutela, uma vez que os peritos particulares não estão obrigados a custear encargos públicos, caberá à Fazenda Pública arcar com esse custo. Se a ação tiver sido ajuizada pelo Ministério Público, quem deverá custear as diligências periciais será a Fazenda Nacional ou a Fazenda Estadual³⁴⁸.

Conforme mencionado, o artigo 18 da LACP prevê que as “associações autoras” de ações coletivas estão isentas, salvo casos de litigância de má-fé, da condenação ao pagamento dos honorários advocatícios à parte vencedora e do ressarcimento das custas e despesas processuais adiantadas pela parte vencedora.

Embora esse artigo tenha limitado a isenção do pagamento das verbas sucumbenciais às “associações autoras”, o STJ pacificou o entendimento no sentido de estender ao Ministério Público, com exceção aos casos de litigância de má-fé, a isenção em relação ao pagamento dos honorários advocatícios devidos aos patronos da parte vencedora e ao pagamento das custas adiantadas pela parte vencedora³⁴⁹.

³⁴⁷ AgRg no REsp 1420152/SC, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Humberto Martins, j. 11.11.2014; No mesmo sentido: AgRg nos EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 481.585/SC, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 26.8.2014; AgRg no Recurso Especial 1.295.942/CE, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 11.3.2014; REsp 1237893/SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 24.9.2013.

³⁴⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 180.

³⁴⁹ REsp nº 1065401/RS, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 6.8.2009; REsp nº 1105782/SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Castro Meira, j. 5.5.2009; AgRg no Ag nº 1042206/SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 18.11.2008; AgRg no REsp nº 868.279/MG, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Denise

No que tange aos ônus sucumbenciais do Ministério Público, especificamente em relação ao ressarcimento das despesas com honorários periciais adiantados pela parte vencedora, o STJ parece também adotar o entendimento no sentido de que o Ministério Público não deve ser condenado ao pagamento de despesas processuais, salvo se comprovada má-fé³⁵⁰. Conforme a jurisprudência do STJ, salvos nos casos de má-fé do Ministério Público, seria descabido, portanto, impor ao Ministério Público os ônus da sucumbência, nos casos em que as ações civis públicas movidas por ele sejam julgadas improcedentes.

Diante desse cenário jurisprudencial, verifica-se que os Tribunais brasileiros ainda buscam atingir um bom nível de sistematização quanto às orientações jurisprudenciais que devem prevalecer acerca do tema do custeio da prova, tanto em relação às ações individuais envolvendo partes beneficiárias da justiça gratuita quanto em relação às ações populares e ações civis públicas.

O fato é que em muitas dessas ações, por exemplo, em ações civis públicas que envolvem matéria ambiental, o Ministério Público as ajuíza contra uma plêiade de réus, pleiteando genericamente indenização contra uma série de empresas, que praticam as mais variadas atividades, em razão de uma violação genérica ao meio ambiente. O Ministério Público pleiteia a responsabilização objetiva de uma série de empresas, muitas vezes sem especificar qual o nexo entre o dano ambiental alegado e a atividade daquela empresa. Nessas ações, apenas uma prova pericial técnica, não raro multidisciplinar (envolvendo especialistas em biologia, química, engenharia ambiental, engenharia de materiais, etc.), pode elucidar de forma satisfatória quais resíduos, quais poluentes e quais partículas nocivas ao meio ambiente estariam ligadas à atividade de cada uma das rés que figura no pólo passivo dessas ações. Muitas vezes, as despesas e os honorários periciais relacionadas à realização dessas complexas perícias são extremamente elevados.

Nesses casos, adotando-se como premissa que o Ministério Público pleiteará a realização da prova pericial para comprovar suas alegações, teríamos dois possíveis

Arruda, j. 16.10.2008; REsp nº 896.679/RS, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Luiz Fux, j. 1.4.2008.

³⁵⁰ Recurso Especial nº 480.156/MG, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Luiz Fux, j. 3.6.2013; Resp nº 153829 / SP, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, j. 8.5.2001”

cenários: **(i)** os réus adiantariam o pagamento dos honorários periciais, caso também tivessem requerido a produção da prova pericial (art. 33 do CPC), situação na qual, ainda que os réus fossem os vencedores da ação, não conseguiriam reaver os valores por eles adiantados a título de despesas com a perícia, bem como **(ii)** os réus não adiantariam o pagamento dos honorários periciais, por não terem pleiteado a realização da prova pericial, situação na qual, conforme a “terceira tese” firmada pela 1ª Seção do STJ, caberia à Fazenda Pública à qual seja vinculado o Ministério Público arcar com o encargo financeiro para a produção da prova pericial.

Verifica-se que, no primeiro cenário traçado acima, o réu acabaria por pagar a despesa processual com a realização da perícia, pagando honorário pericial, a fundo perdido. Isso porque esse réu jamais poderá ser ressarcido em relação ao Ministério Público, conforme a jurisprudência do STJ em relação à interpretação do artigo 18 da LACP.

Considerando a situação extrema hipotética na qual o réu paga pela realização da prova pericial, a prova demonstra que a poluição ambiental não decorreu da atividade daquele réu e a ação civil pública proposta pelo Ministério Público é julgada improcedente, a demanda, ainda assim, se mostrará extremamente onerosa para esse réu. Tal análise evidencia que imputar o ônus do custeio da prova ao réu ou inverter o ônus financeiro da prova ao réu de ação civil pública implica gerar um processo extremamente desigual, em termos de custos para as partes.

O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública, que não foi aprovado pelo Congresso Nacional, trazia dispositivo que buscava resolver as polêmicas acerca do custeio das provas periciais no âmbito das ações civis públicas.

Segundo o artigo 55, parágrafo 2º, do Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública, os legitimados não adiantariam custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem seriam condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé³⁵¹.

³⁵¹ Art. 55. (...)

Para os casos nos quais os legitimados pleiteassem a produção de prova pericial ou o juiz determinasse de ofício a realização da perícia, o artigo 21, *caput*, do Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública determinava que competiria ao juiz nomear Perito Judicial. Nos casos em que o Poder Judiciário não dispusesse de servidor apto a desempenhar a função pericial, o artigo 21, parágrafo único, do Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública determinava que competiria ao Poder Judiciário remunerar o trabalho de outro Perito Judicial, que poderia não ser servidor público, após a requisição judicial³⁵².

Outro Projeto de Lei que dispõe, até de forma mais simples, sobre a questão do custeio de prova pericial em ação civil pública é o PLS nº 282/2012. Segundo o artigo 90-F, *caput* do PLS nº 282/2012, nos casos em que os legitimados pleiteassem a produção de prova pericial ou o juiz determinasse de ofício a realização da perícia, o juiz nomearia *“perito, preferencialmente entre servidores públicos especializados na matéria”*³⁵³.

Já o artigo 90-F, parágrafo 1º, do PLS nº 282/2012 estabelece que a associação autora, o Ministério Público e a Defensoria Pública, quando pleiteassem a produção da prova pericial, não precisariam adiantar a remuneração do perito, atribuindo o custeio da prova ao Poder Público, de preferência com recursos dos Fundos, nacional, estaduais, municipais ou do Distrito Federal de Direitos Difusos, após a devida requisição judicial, podendo o perito optar por receber os honorários integralmente ao final³⁵⁴.

O artigo 90-F, parágrafo 2º, do PLS nº 282/2012 consagra que os legitimados (associações, Ministério Público e Defensoria Pública) não precisarão restituir a

§ 2º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

³⁵² Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito.

Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

³⁵³ “Art. 90-F. O juiz nomeará perito, preferencialmente entre servidores públicos especializados na matéria, se for necessária a realização de prova técnica, requerida pelo legitimado ou determinada de ofício.

§2º Ao final da demanda, o vencido, excluídos o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações, restituirá ao Poder Público a importância adiantada a título de antecipação de honorários periciais, que o juiz determinará em decisão mandamental.”

³⁵⁴ “§ 1º Competirá ao Poder Público, de preferência com recursos dos Fundos, nacional, estaduais, municipais ou do Distrito Federal de Direitos Difusos, após a devida requisição judicial, adiantar a remuneração do perito devida pela associação autora, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, podendo o perito optar por receber os honorários integralmente ao final.”

importância adiantada à título de antecipação de honorários periciais ao Poder Público³⁵⁵. Todavia, diante da não aprovação do Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública e do PLS nº 282/2012 pelo Congresso Nacional, as polêmicas acerca do custeio da prova no âmbito das ações civis públicas persistem.

O que se nota, nos casos em que se vislumbra um desses potenciais processos desiguais e onerosos, é a tendência da jurisprudência de se atribuir aos cofres públicos, seja à Fazenda Nacional, à Fazenda Estadual ou ao Fundo de Assistência Judiciária, o ônus de arcar com o custeio dessas provas periciais.

Apesar de eventuais críticas que possam ser feitas em termos de impacto nas finanças públicas que podem ser gerados por tal tendência jurisprudencial, o fato é que o acesso à justiça está previsto como garantia constitucional no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal³⁵⁶. Em última instância, incumbe, pois, ao Estado prover os meios adequados ao efetivo acesso à Justiça pelos jurisdicionados, garantindo a isonomia no tratamento deles, a ampla defesa e o devido processo legal³⁵⁷.

Por essas razões, ainda que se possa criticar a tendência de se impor ao Estado o ônus de custear provas periciais em casos concretos, nos casos em que se vislumbra um desses potenciais processos desiguais e onerosos em relação a uma única parte, não é cabível outra solução ante a legislação vigente no país.

7.4.3. Da impossibilidade de inversão do custeio da prova em razão da inversão do ônus da prova

No tocante aos casos de inversão do ônus da prova previstos no artigo 6º, inciso VIII do CDC, trata-se tão-somente da transferência ao fornecedor do ônus de provar a

³⁵⁵ “§2º Ao final da demanda, o vencido, excluídos o Ministério Público, a Defensoria Pública e as associações, restituirá ao Poder Público a importância adiantada a título de antecipação de honorários periciais, que o juiz determinará em decisão mandamental.”

³⁵⁶ “Art. 5º. (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

³⁵⁷ “Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

inexistência de defeito ou vício do produto ou serviço alegado pelo consumidor em razão de sua hipossuficiência.

Assim, as regras do ônus da prova não se confundem com as regras do seu custeio³⁵⁸. As regras acerca do pagamento das despesas para a produção de prova no processo estão previstas no CPC, sendo que, pela regra geral, a parte que pleiteia a realização de determinada prova é a responsável pelo seu custeio.

Não obstante esse entendimento, uma série de precedentes do STJ e do TJ-SP estabelece que a inversão do ônus da prova significa também a transferência ao réu do ônus de antecipar as despesas da perícia. Esse posicionamento é baseado na ideia de que o ônus econômico da produção da prova tem que ser da parte sobre a qual recai o ônus processual, senão “estar-se-ia dando com uma mão e tirando com a outra”³⁵⁹.

Portanto, com base nesse posicionamento jurisprudencial, na medida em que o juiz ou o Tribunal inverte o ônus da prova, atribui-se ao réu, por conseguinte, o ônus do custeio da prova pleiteada pela outra parte. Esse entendimento, evidentemente, contraria a regra geral, prevista no CPC, de que quem pleiteia a produção de prova deve assumir o seu custeio (artigo 33 do CPC).

Não bastasse a inversão equivocada do ônus do custeio da prova, o Poder Judiciário tem consignado expressamente a imputação de consequência negativa à parte que não concordar em custear prova que não pleiteou, devendo ela assumir o risco da procedência da ação por insuficiência das provas produzidas pelo réu³⁶⁰.

³⁵⁸ “Todavia, não se pode confundir o ônus da prova com a obrigação de adiantamento dos honorários periciais para a sua realização. O ônus da prova diz respeito ao julgamento da causa quando os fatos não restaram provados, impondo à parte onerada as consequências decorrentes de sua não produção.

“Já o pagamento das despesas – entre as quais se incluem os honorários do perito – é regido pelo artigo 19 do CPC, o qual determina que, ‘salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final (...)’ (REsp nº 908.728/SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. João Otávio de Noronha, j. 6.4.2010)

³⁵⁹ “Dessa forma, para os fins do art. 6º, VIII, do CDC, tem ela direito, como hipossuficiente que é, à facilitação da sua defesa, inclusive com a inversão total do ônus da prova, de modo que cabe ao mutuante-agravante arcar com a despesa da prova pericial.” (Agravado de instrumento nº 0101002-62.2013.8.26.0000, 11ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Moura Ribeiro, j. 20.6.2013) Nesse mesmo sentido: REsp nº 383.276/RJ, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.6.2002.

³⁶⁰ “Em contrapartida, não há como transferir o ônus de antecipar os honorários periciais ao réu, se não foi ele quem requereu a prova técnica, por entender suficiente a prova documental existente nos autos. Se esta, de

Em outras palavras, segundo esses precedentes jurisprudenciais, se a parte ré não concordar em custear determinada prova pleiteada pela parte autora, deverá assumir o risco de o juiz ou o Tribunal julgar procedente a ação, por conta desse comportamento processual. Este trabalho não concorda com tais entendimentos jurisprudenciais, pois eles representam a criação de uma situação *sui generis* de inversão do ônus da prova pelo Poder Judiciário, sem qualquer amparo legal, embutida na responsabilidade pelo custeio da prova.

Por outro lado, há precedentes que distinguem a hipossuficiência probatória e a hipossuficiência financeira das partes³⁶¹. A capacidade financeira da parte não tem relação com a inversão do ônus probatório. Eventual insuficiência financeira da parte se resolve com a concessão dos benefícios da justiça gratuita, a fim de não prejudicar a parte no seu exercício de direito à ação e acesso à justiça. Tal há qualquer lacuna legislativa que justifique a simples descon sideração da regra legal prevista no artigo 33 do CPC.

A transferência da carga probatória ocorre em razão de uma das partes ter mais facilidade para a produção de determinada prova. O que deve haver, portanto, é a transferência do ônus da produção da prova, e não do pagamento dessa prova³⁶². A capacidade de produzir a prova nada tem a ver com a capacidade de pagar pela sua produção.

fato, não for suficiente para comprovar que a sua atividade não causou dano ao meio ambiente, ele arcará com as consequências de tal deficiência probatória.” (Agravado de instrumento nº 5007790-44.2013.404.0000, 4ª Turma do TRF-4ª Região, Des. Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 2.7.2013)

³⁶¹ “A distribuição do ônus da prova, ainda que sob o matiz de antecipação de tutela, estando presentes a prova inequívoca e a verossimilhança, vem sendo usada, em realidade, para o fim de carregar à parte contrária, de regra a parte hipersuficiente, o custeio das provas que demandem conhecimento técnico e científico.

(...)

“O custeio da prova não se confunde com a inversão do ônus a ser sopesada na sentença.

“Feitas essas ponderações, se a prova foi requerida pelo autor ou determinada pelo juiz, é ele que deve antecipar os salários do perito, conforme o art. 33, “caput”, segunda parte, do CPC.” (Agravado de instrumento nº 2042997-76.2014.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Cerqueira Leite, j. 27.6.2014)

³⁶² “Há quem diga que o art. 333 do CPC dirige-se ao juiz como regra de solução das imprecisões da prova, e apenas indiretamente às partes. A transferência da carga probatória tem lugar em raros casos em que, por determinadas circunstâncias, uma parte tem mais facilidade para a produção da prova; cuida da transferência da prova, não do custeio da prova. Se nenhuma parte tem a prova consigo nem condições mais favoráveis para produzi-la, como é o caso específico da perícia, não há razão para fugir à regra dos art. 33 e 333 do CPC; a prova cabe a quem alega, e cada parte deve custear a prova que requereu. Não se pode confundir “melhores condições para produzi-la” com “melhores condições para pagá-la”. (Agravado de instrumento nº 0180489-18.2012.8.26.0000, Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Torres de Carvalho, j. 27.9.2012)

Na medida em que existem precedentes jurisprudenciais nos quais os Tribunais invertem o ônus do custeio de determinada prova àquele que não pleiteou a sua produção e ressaltam que a parte deverá assumir as consequências da eventual insuficiência de provas nos autos por não ter concordado com o custeio da prova pleiteada pela outra parte³⁶³, é evidente que o Poder Judiciário está criando ônus processual probatório não previsto em lei.

Nesse contexto, verificamos que o Poder Judiciário passa a criar, portanto, uma regra de ônus da prova relacionada à assunção do custeio da produção daquela prova, o que implica em usurpação de competência do Poder Legislativo e viola a segurança jurídica, gerando imprevisibilidade da solução dos conflitos e assunção de custo indevido pela parte que sequer pleiteou a produção de determinada prova pericial.

Por essas razões, este trabalho não concorda com os precedentes jurisprudenciais que transferem a responsabilidade pelo pagamento da prova pericial pleiteada à outra parte, que não tem sequer interesse na sua produção.

7.4.4. Do custeio da prova no Projeto de Novo CPC

Nesse contexto, verificamos que, no Projeto do Novo CPC, o artigo 95, *caput*, mantém a regra do artigo 33 do atual CPC, na medida em que prevê que a remuneração do perito será adiantada pela parte que requereu a perícia. Todavia, altera a regra contida no artigo 33 do atual CPC, ao estabelecer que a remuneração do perito será rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes³⁶⁴. No artigo 33 do CPC

³⁶³ “Na verdade, o deferimento do pedido de inversão do ônus da prova implica, tão-somente, na transferência ao fornecedor da obrigação de provar o seu direito para elidir presunção que passou a vigor em favor do consumidor.

“Assim, sendo, na hipótese de inversão do ônus da prova, o fornecedor não se torna responsável pelo pagamento da prova requerida pelo consumidor.

“Contudo, há de sofrer as consequências processuais por não produzi-la.” (REsp nº 803.565/SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Honildo Amaral de Mello Castro, j. 10.11.2009)

³⁶⁴ “Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será adiantada pela parte que houver requerido a perícia, ou será rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.”

atual, é o autor que arca com o custeio dessa despesa na hipótese de a perícia ser determinada de ofício ou a pedido do autor e do réu.

O Projeto do Novo CPC trouxe uma série de dispositivos novos e extremamente relevantes quanto ao custeio da prova em casos de gratuidade judiciária (artigos 95, parágrafos 3º, 4º e 5º, 98, parágrafo 1º, inciso VI, e parágrafo 2º, e 475, *caput* e parágrafos 1º e 2º).

Primeiramente, vale frisar que o artigo 98, parágrafo 1º, inciso VI, do Projeto do Novo CPC prevê que os benefícios da justiça gratuita compreendem também a isenção em relação pagamento dos honorários do perito pelo beneficiário da justiça gratuita³⁶⁵. Tal dispositivo é salutar ao sistema processual, pois elimina qualquer dúvida quanto à abrangência da gratuidade judiciária decorrente da redação pouco clara e genérica do artigo 3º, inciso II, da Lei nº 1.060/50, que mencionava, sem grande precisão terminológica, que a assistência judiciária compreenderia as isenções quanto aos “emolumentos e custas devidos” aos “serventuários da justiça”, sem mencionar de forma expressa os honorários do perito.

Já o parágrafo 3º do referido artigo 95 do Projeto do Novo CPC dispõe que, quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser custeada com recursos alocados ao orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado. No caso da realização por particular, o valor será fixado conforme tabela do respectivo tribunal ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça, e pago com recursos alocados ao orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal³⁶⁶.

O parágrafo 4º do mesmo artigo do Projeto do Novo CPC complementa, ao seu turno, a hipótese trazida no parágrafo 3º, no sentido de que o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que ela promova, contra quem

³⁶⁵ “Art. 98. (...)

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

(...)

VI – os honorários do advogado e do Perito.”

³⁶⁶ “§3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser custeada com recursos alocados ao orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado. No caso da realização por particular, o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça, e pago com recursos alocados ao orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal.”

tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público. Se o responsável pelo pagamento das despesas for beneficiário de gratuidade da justiça, observar-se-á o disposto no art. 98, parágrafo 2º do Projeto do Novo CPC³⁶⁷.

O parágrafo 5º do artigo 95 do Projeto do Novo CPC define, de resto, que, para fim de aplicação do parágrafo 3º acima mencionado, seria vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública³⁶⁸.

Tais dispositivos no modelo projetado são relevantes e buscam consolidar, em regra processual, um entendimento que vem se consolidando na jurisprudência do STJ e de outros Tribunais Pátrios³⁶⁹. Além disso, o modelo projetado busca esclarecer qual será a fonte de recursos públicos que será utilizada para custear as provas periciais pleiteadas pelas partes beneficiárias da gratuidade judiciária, conferindo maior previsibilidade ao sistema processual civil brasileiro, para os casos de gratuidade judiciária.

Ademais, o artigo 475, *caput*, e parágrafo 1º do Projeto do Novo CPC preveem o dever de os “órgãos e as repartições oficiais” cumprirem as determinações judiciais, de preferência, no prazo estabelecido, no intuito de agilizar a entrega do laudo pericial consistente em exame de autenticidade ou falsidade de documento ou de natureza médico-legal, quando a parte goza de benefício da gratuidade judiciária³⁷⁰. Segundo o artigo 475, parágrafo 2º, do Projeto do Novo CPC, os órgãos e as repartições oficiais poderão pleitear

³⁶⁷ “§4º Na hipótese do § 3º, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público. Se o responsável pelo pagamento das despesas for beneficiário de gratuidade da justiça, observar-se-á o disposto no art. 98, § 2º”.

³⁶⁸ “§5º Para fim de aplicação do § 3º, é vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública”.

³⁶⁹ REsp nº 1.356.801/MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 18.6.2013; REsp nº 1.355.519/ES, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Castro Meira, j. 2.5.2013.

³⁷⁰ “Art. 475. Quando o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. O juiz autorizará a remessa dos autos, bem como do material sujeito a exame ao diretor do estabelecimento.

§ 1º Nas hipóteses de gratuidade de justiça, os órgãos e as repartições oficiais deverão cumprir a determinação judicial com preferência, no prazo estabelecido.”

a prorrogação desse prazo de entrega do laudo motivadamente³⁷¹. Tais dispositivos criaram regras que visam a promover o direito fundamental à assistência jurídica integral e ao processo sem dilações indevidas³⁷².

Além disso, vale frisar que o artigo 82, *caput*, do Projeto do Novo CPC trouxe regra idêntica à do atual artigo 19 do CPC, com a exceção do trecho que menciona “salvo às disposições concernentes à gratuidade de justiça”³⁷³. Já o parágrafo 1º do referido artigo 82 do Projeto do Novo CPC é exatamente idêntico ao artigo 19, parágrafo 2º do atual CPC, com o acréscimo do esclarecimento em relação à figura do Ministério Público como fiscal da lei³⁷⁴.

Apesar dos grandes avanços trazidos no Projeto do Novo CPC, principalmente no que tange ao custeio da prova em casos de gratuidade judiciária, cabe lamentar, contudo, que não haja qualquer previsão explícita acerca do custeio da prova na hipótese de utilização da técnica da dinamização do ônus da prova prevista no artigo 370 do Projeto do Novo CPC. Certamente esse ponto irá gerar polêmicas em relação ao custeio da prova, cujo ônus de sua produção seja alocado à parte que não a tenha pleiteado.

Diante disso, a fim de evitar questionamentos e considerando que essa questão já foi suscitada diversas vezes na jurisprudência em relação à inversão do ônus da prova, seria importante que o Projeto do Novo CPC estabelecesse expressamente que, na hipótese de dinamização do ônus da prova, não se inverte o custeio, prevalecendo a aplicação da regra geral, atualmente prevista nos artigos 33 e 19 do CPC e que poderão estar previstas nos artigos 95 e 82 do Projeto do Novo CPC. Nesse caso, ainda com a dinamização do ônus da prova, o responsável pelo custeio da prova e pelo adiantamento dos honorários periciais continuaria sendo a parte que pleiteia a sua produção, salvo as exceções previstas para os casos de gratuidade judiciária.

³⁷¹ “Art. 475. (...)”

§ 2º A prorrogação desses prazos pode ser requerida motivadamente.”

³⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Projeto do CPC: Críticas e Propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 126.

³⁷³ “Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título”.

³⁷⁴ “§ 1º Incumbe ao autor adiantar as despesas relativas a ato cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público, quando sua intervenção ocorrer como fiscal da ordem jurídica.”

8. DA INSUFICIÊNCIA DO MODELO RÍGIDO DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Conforme visto nos capítulos anteriores, a regra de distribuição estática e rígida do ônus da prova prevista no atual CPC tem-se revelado insatisfatória e artificial, por desprezar as especificidades do direito material em jogo e a realidade concretamente vivida pelos jurisdicionados.

Ao longo do tempo, percebeu-se que essa distribuição estática do ônus da prova se mostra insuficiente ou inadequada em dadas situações. Em outras palavras, conforme se verá adiante, o encargo probatório estático clássico não é hábil o suficiente para produzir um julgamento justo ou permitir a flexibilização que os casos concretos exigem.

A regra de distribuição do ônus da prova baseada na posição processual das partes (autor ou réu) e na natureza dos fatos a serem provados (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos), conforme o que se encontra disposto no art. 333 do CPC, tem sido alvo de severas críticas, principalmente em razão da dificuldade de se estabelecer clara e precisamente a natureza dos fatos a serem provados em determinados casos³⁷⁵.

Essa dificuldade, que advém do direito substancial, e não processual, estabelece-se no momento da qualificação dos fatos em constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos. É o que explica, com precisão, José Maria Rosa Tesheiner:

O art. 333 do CPC remete para o direito material, porque é no plano do direito material que se qualificam os fatos como constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de direitos. Por isso mesmo, ressentem-se de certa inexatidão. Assim, por exemplo, numa ação de despejo por falta de pagamento incumbe ao réu o ônus de provar o pagamento (fato extintivo da obrigação de pagar o aluguel), ainda que a falta de pagamento seja invocada como fato constitutivo do pedido de despejo. Em outras palavras, o ônus da prova incumbe a quem alega fato constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo de direito, nada

³⁷⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 488.

importando sua posição no processo, como autor ou como réu. Por isso, numa ação declaratória de inexistência de relação jurídica incumbe ao réu o ônus de provar o fato constitutivo da relação jurídica negada pelo autor³⁷⁶.

Outra crítica ao atual modelo de distribuição estática do ônus da prova reside no fato de que nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído, como, por exemplo, nos casos de prova diabólica (prova excessivamente difícil), fatos negativos absolutos, fatos notórios, etc.

Um exemplo em que o modelo rígido não é suficiente é o das demandas declaratórias negativas, nas quais o que se pretende é a declaração da inexistência de uma determinada relação jurídica. Nesse tipo de demanda, a distribuição estática do ônus da prova costuma ser insuficiente ao exigir que o autor demonstre a inexistência da relação jurídica, cabendo-lhe, pois, uma comprovação impossível (por exemplo, se o autor alega que jamais celebrou contrato com o réu, dificilmente haverá algum documento que ele possa juntar aos autos para comprovar tal alegação)³⁷⁷. Nessas hipóteses, caso o ônus da prova seja deixado ao autor, admite-se que o direito do réu seja declarado sem que ele tenha produzido prova, ou, pior, que o direito do réu seja declarado apenas porque o autor não conseguiu provar a inexistência dos fatos constitutivos.

Na experiência da vida, constata-se que as causas disputadas em juízo nem sempre permitem uma separação satisfatória de fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques. Não raro, as possibilidades de decisões justas ficam comprometidas ou prejudicadas, ao se manter o esquema de apreciação do litígio rigorosamente imposto no momento de concluir a instrução processual e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do art. 333, incisos I e II, do CPC³⁷⁸.

³⁷⁶ TESHEINER, José Maria Rosa, Sobre o Ônus da Prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil* (em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 356.

³⁷⁷ REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova: Breves Apontamentos. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 93, dez/2010, p. 16.

³⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 488.

Nesses casos em que o Poder Judiciário é forçado a proferir julgamento utilizando as regras de distribuição estática do ônus da prova pura e exclusivamente para afastar o *non liquet*, sem ter o efetivo conhecimento dos fatos, há, ao menos em termos lógicos, um comprometimento da justiça das decisões.

Tendo em vista a necessidade de superar as insuficiências oriundas dessa distribuição, o sistema processual brasileiro admite a ideia de que o julgador não deve, diante de um resultado insuficiente da instrução da causa, recorrer imediatamente às regras sobre ônus da prova, devendo o juiz, conforme visto anteriormente, determinar de ofício a produção das provas faltantes³⁷⁹.

Conforme já dito acima, ainda que a falta de provas não impeça o julgamento e, mais do que isso, o julgamento fundado em um quadro probatório deficiente por eventual inércia das partes não impeça a eliminação da controvérsia (escopo social da jurisdição), é inegável o prejuízo para o escopo jurídico do processo (correta aplicação da lei nos casos concretos).

João Batista Lopes salienta que, embora a redação do art. 333 do CPC emane de uma doutrina clássica (em especial de Chiovenda), ela não está imune de ajustes necessários, como a teoria da carga dinâmica da prova, para atender às exigências ditadas pela experiência jurídica³⁸⁰.

A preocupação acerca da inadequação da aplicação do art. 333 do CPC em determinados casos específicos e a face da sua inflexibilidade também são retratadas por Antônio Janyr Dall'Agnol Jr., ao afirmar que “na visão tradicional, a incidência do art. 333 do CPC ostentar-se-ia inexorável; e asséptica, porque de resolução em abstrato, sem consideração para com o caso concreto”.

Todavia, diante das inúmeras situações práticas de prejuízo e dificuldade para uma das partes decorrentes da aplicação rígida e inflexível do art. 333 do CPC, a doutrina e a jurisprudência brasileira já admitem, atualmente, a possibilidade da dinamização do ônus

³⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122-123.

³⁸⁰ LOPES, João Batista. Contraditório, Paridade de Armas e Motivação da Sentença. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais* (estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

da prova, segundo as peculiaridades do caso concreto, apesar da inexistência de previsão legal específica no nosso sistema processual.

É partindo desse cenário que o Projeto do Novo CPC adotou a chamada técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova. No modelo projetado, permanece a regra geral de distribuição estática do ônus da prova idêntica a atual regra do artigo 333, incisos I e II, do CPC. Mas, considerando as peculiaridades do caso concreto 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, o artigo 370, §§1º e 2º, do Projeto de Novo CPC outorga ao juiz, mediante decisão fundamentada, a possibilidade de distribuir de modo diverso o ônus da prova³⁸¹.

³⁸¹ “Art. 370. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

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

9. DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Delineados os cenários passado e atual das formas de distribuição do ônus da prova, passar-se-á a analisar a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova e de que forma o atual sistema processual brasileiro e o Projeto de Novo CPC abordam o tema, com o intuito de buscar maior compatibilidade à garantia constitucional da efetividade do processo.

Neste trabalho, falar sobre dinamização do ônus da prova é o mesmo que dizer que o ônus da prova se desloca da parte que alegou o fato de difícil ou de impossível demonstração para a parte que alegou, para a parte que tem maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

9.1. Bases principiológicas da dinamização do ônus da prova

Conforme salientado em outro capítulo, Bentham teria sido, para muitos, o precursor da teoria da carga dinâmica das provas, tendo manifestado entre o final do século XVIII e início do século XIX, o entendimento acerca da necessidade de o ônus da prova ser imposto, em cada caso concreto, à parte que poderá cumpri-lo com “menos inconvenientes”, “menos dilações, vexames e gastos”.

Embora se possa entender que Bentham seja o precursor da ideia de distribuição dinâmica do ônus da prova, não há como negar que o ponto mais contundente do desenvolvimento do tema tenha se iniciado em meados de 1981, com o processualista argentino Jorge Walter Peyrano, em sua obra “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”.

Por isso, para trazer à tona um conceito mais preciso sobre a teoria da dinamização, vale citar o núcleo do pensamento de Peyrano, que, ao introduzir o assunto em artigo dedicado ao tema, com a declaração proferida nas “Quintas Jornadas Bonaerenses de

Derecho Civil, Comercial, Procesual e Informático", celebradas na cidade argentina de Junín, em outubro de 1992, afirmou:

A doutrina das cargas dinâmicas das provas pode e deve ser utilizada pelos tribunais em certas situações nas quais não funcionam adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, reparte os esforços probatórios. A mesma importa uma mudança do ônus da prova, segundo as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, por exemplo, encabeçada por aqueles que estão em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-la, independente de que figure como Autor ou como réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos³⁸².

As três primeiras conclusões sobre a teoria das cargas probatórias dinâmicas resultantes daquele encontro foram, resumidamente, as seguintes: **(i)** a teoria do ônus dinâmico da prova está alinhada aos princípios da solidariedade e da cooperação das partes com o Poder Judiciário para a busca da verdade; **(ii)** a teoria da dinamização do ônus da prova deve ser aplicada excepcionalmente, apenas quando a regra de distribuição estática se mostrar insuficiente diante de peculiaridades dos casos concretos; **(iii)** seria recomendada a regulação legal da noção de distribuição dinâmica do ônus da prova, embora com a ressalva de que a incorporação legislativa da teoria não deveria se dar através de disposições taxativas, que inviabilizassem a sua aplicação.

Conforme salientam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o Projeto do Novo CPC propõe um “modelo de processo civil cooperativo”³⁸³. Aliás, o princípio da cooperação está inserido no artigo 6º do Projeto, no sentido de que os sujeitos do processo

³⁸² “La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fáticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos”. PEYRANO, Jorge W. Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas. In: *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 19-20.

³⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 72.

devem cooperar entre si para se obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva³⁸⁴.

Vale frisar, conforme ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, que essa não é uma colaboração entre as partes – até porque a própria estrutura adversarial ínsita ao processo contencioso repele essa ideia –, mas sim uma cooperação do juiz para com as partes³⁸⁵.

Várias são as normas que densificam esse princípio cooperativo do juiz para com as partes processuais no Projeto do Novo CPC. Dentre essas, vale mencionar a regra prevista no artigo 354, parágrafo 3º, do Projeto do Novo CPC, na qual o juiz, como gestor do processo, deverá, em situações em que a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, designar, em cooperação com as partes, audiência para o saneamento do feito, na qual convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações³⁸⁶. Nesse dispositivo, fica evidente o intuito da nova legislação processual civil brasileira de promover a cooperação do juiz para com as partes.

Dentro dessa linha de raciocínio do processo cooperativo, Danilo Knijnik afirma que os ônus probatórios dinâmicos não desconhecem as regras clássicas do art. 333 do CPC, mas sim complementam ou aperfeiçoam o encargo de provar, flexibilizando a sua aplicação quando a regra tradicional impossibilita a parte de produzir a prova em juízo³⁸⁷.

³⁸⁴ “Art. 6. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

³⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Crítica e Propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73.

³⁸⁶ “Art. 354. (...)”

§3º. Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes. Nesta oportunidade, o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.”

³⁸⁷ “(...) a idéia de um ônus dinâmico não afasta, de per si, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional. A invocação do ônus dinâmico entraria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzi-se a uma probatio diabolica, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição.” KNIJNIK, Danilo. As Perigosíssimas Doutrinas do “Ônus Dinâmico da Prova” e da “Situação de Senso Comum” como Instrumentos para Assegurar o Acesso a Justiça e Superar a Probatio Diabolica. In: Fux, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 946).

Conforme ensina Inés Lépori White, os elementos estruturais da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova são os seguintes: **(i)** equidade, **(ii)** deveres de conduta processual das partes e **(iii)** deveres do juiz sobre o processo³⁸⁸.

Em suma, a dinamização do ônus da prova surge como um meio para complementar e aperfeiçoar as regras tradicionais vigentes sobre ônus da prova, diante da necessidade de se criar mecanismo processual para flexibilizar a aplicação da regra estática de distribuição. Ou seja, naquelas situações em que o critério estático não se mostra suficiente e eficaz para a busca da verdade no processo, o ônus probatório deve recair sobre a parte que tenha melhores condições técnicas ou fáticas para produzi-las.

9.2. Da doutrina acerca da possibilidade de dinamização do ônus da prova com base na interpretação sistemática e principiológica das regras do CPC e do CDC

Conforme ressaltado, desde o CPC de 1939, a disciplina encampada no direito processual civil brasileiro no tocante à distribuição do ônus da prova tem por base a posição que é ocupada pelos litigantes no processo e a natureza do fato que deverá ser objeto da prova respectiva. Desse modo e consoante o que já se assentou, no sistema adotado pelo CPC, o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos do seu direito e ao réu quanto aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (artigo 333, incisos I e II).

Em que pese tratar-se da regra geral do sistema processual civil brasileiro, o preceito comporta exceções que o flexibilizam e procuram amenizar as suas insuficiências. Tais exceções são oriundas de expressa disposição legal (artigo 6º, inciso VIII, 12, parágrafo 3º e 14, parágrafo 3º, todos do CDC, outros dispositivos do Código Civil e de outras legislações, conforme já abordado nesse trabalho).

³⁸⁸ WHITE, Inés Lépori. *Cargas Probatorias Dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 66-68.

Todavia, existem doutrinadores brasileiros que admitem outras exceções à regra geral de distribuição do ônus da prova disposta no artigo 333, incisos I e II do CPC, por meio de uma interpretação sistemática dos demais dispositivos insertos no CPC para a disciplina da atividade probatória (artigos 333, parágrafo único, inciso II, 130 e 339, do CPC).

Tendo em vista que a questão da inversão judicial do ônus da prova já foi abordada em tópico acima, vale expor, nesse momento, o entendimento doutrinário – com o qual esse trabalho não concorda – segundo o qual o sistema processual brasileiro já admitiria a dinamização do ônus da prova com base na interpretação sistemática do artigo 333, parágrafo único, inciso II, do CPC.

Vale lembrar que o parágrafo único do art. 333 estabelece a nulidade da convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova somente em duas situações: **(i)** quando recair sobre direito indisponível de uma das partes e **(ii)** quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Ou seja, respeitadas as balizas que se procurou expor, é admitido às partes convencionar livremente acerca do ônus da prova.

Neste sentido, Paulo Rogério Zanetti propõe uma reflexão acerca da *ratio* desse dispositivo, notadamente no caso do inciso II do parágrafo único do art. 333 do CPC, ou seja, quando a distribuição convencional do ônus da prova entre as partes tornar excessivamente difícil o exercício do direito para uma das partes. Segundo Zanetti, o racional do dispositivo seria: **(i)** coibir a prova diabólica, impossível ou quase impraticável para uma das partes; **(ii)** evitar que uma das partes se utilize de ardis, artifícios ou superioridade técnica/econômica para se sobrepor à outra; **(iii)** combater de forma clara, inequívoca e manifesta o desequilíbrio processual nocivo, que pode levar à perda ou aniquilamento de um direito ou, ainda, a uma decisão flagrantemente injusta³⁸⁹.

Com base no item anterior, Paulo Rogério Zanetti verifica que a racionalidade do referido dispositivo legal é idêntica aos ditames enumerados pela doutrina para se aplicar à teoria da carga dinâmica da prova. O autor considera, então, que, se o juiz pode relativizar o ônus da prova convencionado entre as partes para corrigir o desequilíbrio processual, não

³⁸⁹ ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 144.

há razão para impedir o juiz de sanar o mesmo inconveniente dinamizando o ônus da prova atribuído pela lei *a priori* às partes. Segundo Zanetti, a lei permite ao magistrado declarar nula a convenção entre as partes que distribui o ônus da prova de maneira diversa do previsto nos incisos I e II do art. 333 do CPC, quando essa convenção torne excessivamente difícil o exercício do direito para uma delas. Com isso ele está restabelecendo, destarte, o equilíbrio processual entre os litigantes. Pela mesma razão, mostrar-se-ia admissível a possibilidade de o magistrado, constatando a presença dessa mesma dificuldade com a aplicação das regras tradicionais de distribuição do ônus da prova, atribuir esse ônus de maneira diversa das regras estáticas, utilizando a carga dinâmica da prova e impondo a prova a quem tem melhores condições ou facilidade de fornecê-la³⁹⁰.

Além dessa interpretação sistemática do artigo 333, parágrafo único, inciso II, do CPC, Suzana Santi Cremasco entende que a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova também encontra respaldo na interpretação sistemática do artigo 130 do CPC, que impõe “ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”. Isso porque o referido dispositivo estabelece não só a participação ativa do juiz na atividade instrutória, mas lhe permite, através da sua atuação na condução da instrução, alterar o encargo probatório inicialmente existente e decorrente da regra contida no artigo 333, incisos I e II do CPC, ao determinar que uma parte traga aos autos uma prova que, em princípio, não lhe competiria trazer, ou ainda, ordenando, de ofício, a realização de provas que deveriam ser produzidas por um ou outro litigante. Tudo isso é decidido de forma a aprimorar a instrução do processo e permitir que a convicção final do juiz se forme e esteja escorada em elementos sólidos. Ao conferir poderes dessa ordem ao julgador, não há como negar, todavia, que o dispositivo exerce influência direta na distribuição dos encargos probatórios previamente estabelecidos no art. 333, abrindo margem para a adoção da teoria da carga dinâmica, sem que isso importe, absolutamente, em violação ou ofensa da ordem legal em vigor³⁹¹.

³⁹⁰ ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 144.

³⁹¹ CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 95

Como se viu, o artigo 333, incisos I e II do CPC comporta um aspecto subjetivo, no sentido de ser regra de conduta para as partes (que se desenrolará ao longo de toda a instrução processual) e, ao mesmo tempo, um aspecto objetivo, de regra de julgamento para o juiz, que só a levará em consideração se, ao final do processo, não dispuser de elementos suficientes para concluir quem tem razão em determinado conflito de interesses. Assim, segundo Zanetti, o magistrado deve utilizar as regras de distribuição do ônus da prova contidas nos incisos I e II do art. 333 do CPC para evitar um *non liquet* no momento de proferir sua decisão. De acordo com Zanetti, ocorre, porém, que, em determinados casos concretos, no decorrer da instrução processual, as partes podem ter extrema dificuldade para desempenhar a regra de conduta descrita nos incisos I e II do art. 333 do CPC, necessitando, pois, da intervenção imediata do magistrado para se desincumbir de seu ônus probatório e, assim, equilibrarem-se as forças processuais³⁹².

Valendo-se dessas premissas, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já consignou em determinada oportunidade a distribuição dinâmica do ônus da prova, com base na interpretação sistemática do artigo 130 do CPC:

Agravo de instrumento - Ação de indenização por danos morais e materiais por defeitos de construção - Tutela antecipada, invertido o ônus da prova e determinado o depósito judicial dos valores necessários atribuídos parcialmente para reduzir os valores do adiantamento da tutela - Prédio finalizado em 1984, produção antecipada de provas aforada em 1988, finalizada em 1990, quando já constatados defeitos - Inaplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, editado e publicado em 1990 e com vigência iniciada em 1991 - Hipótese de responsabilidade subjetiva e prescrição vintenária. Mantida a inversão do ônus da prova (CPC, art. 130) mediante análise da doutrina e jurisprudência aplicáveis - Responsabilidade da agravante a ser apurada na fase cognitiva - Provimento parcial para, mantida a irrecorrida suspensividade recursal parcial, afastar a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor, para reconhecer a incidência da responsabilidade subjetiva e da prescrição vintenária e para manter a determinação da inversão do ônus da prova³⁹³.

³⁹² ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 147.

³⁹³ Agravo de Instrumento nº 218.707-4, 5ª Câmara de Direito Privado Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Des. Carlos Renato, j. 13.12.2001, v.u. No mesmo sentido: "Prova-Ônus- Inversão-Inaplicabilidade, no caso, do Código de Defesa do Consumidor - Irrelevância- Aplicação do art. 130 do CPC- Decisão mantida" (JTJ 252/343).

Ao discorrer sobre os poderes do juiz e a possibilidade de flexibilização da técnica processual, José Roberto dos Santos Bedaque assinala a necessidade de conferir ao magistrado poderes mais flexíveis, que lhe proporcionem solução mais adequada ao caso concreto. Segundo Bedaque “é também imprescindível dotar o juiz de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo, possibilitando a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da relação processual”³⁹⁴.

Na lição de Bedaque, o “poder instrutório do juiz, previsto no art. 130, não se subordina às regras sobre o ônus da prova”. Como se não bastasse isso, a atividade a ser desenvolvida pelo juiz no processo diante de seus poderes instrutórios não é “atividade meramente supletiva”, pois “deve o juiz atuar de forma dinâmica, visando a trazer para os autos retrato fiel da realidade jurídico-material”³⁹⁵.

É evidente, portanto, que, do ponto de vista teórico, poder-se-ia sustentar a adequação lógica da interpretação sistemática do artigo 130 do CPC no sentido de que o juiz, valendo-se de seus poderes instrutórios, pode flexibilizar a técnica processual disposta no artigo 333, incisos I e II, do CPC e determinar a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova.

Outro dispositivo processual que, interpretado sistematicamente, poderia, em tese, embasar a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova e, portanto, possibilitar a flexibilização das regras rígidas dispostas no art. 333 do CPC é o artigo 339 do CPC, *in verbis*: “Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Trata-se, pois, de dispositivo que confere às partes o dever de colaboração com o juiz, destinatário das provas no processo, para o descobrimento da verdade.

Assim, no intuito de impor às partes o dever de colaborar com o Poder Judiciário para a busca da verdade, em tese, seria possível ao juiz estabelecer, diante das

³⁹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 109.

³⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 119 e 94.

peculiaridades do caso concreto, que a parte encarregada de esclarecer os fatos controvertidos não será aquela que, pela regra do artigo 333 do CPC, teria de fazê-lo.

Do ponto de vista teórico, o juiz no caso concreto poderia atribuir o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração. Seria um mero abrandamento do rigor da distribuição do ônus da prova traçado pelo artigo 333, incisos I e II do CPC, por força da interpretação dos artigos 130 e 339, ambos do CPC.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, para que o juiz aplique a distribuição dinâmica do ônus da prova no caso concreto, é necessário “que os elementos já disponíveis no processo tornem verossímil a versão afirmada por um dos contendores e que o juiz, na fase de saneamento, ao determinar as provas necessárias (art. 331, §2º do CPC), defina também a nova responsabilidade pela respectiva produção”³⁹⁶.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart justificam a necessidade de tratamento diferenciado da regra estática sobre o ônus da prova em determinados casos concretos e acatam, ainda que não de forma declarada, a teoria da carga dinâmica da prova (utilizam o termo “inversão”). Nesse sentido, advertem: “Da mesma forma que a regra do ônus da prova decorre do direito material, algumas situações específicas exigem o seu tratamento diferenciado. Isso pela simples razão de que as situações de direito material não são uniformes”. Além disso, os referidos processualistas entendem que há “situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração de sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova na audiência preliminar.”³⁹⁷

Segundo Humberto Theodoro Júnior, ao aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova no caso concreto, não se está revogando o sistema do direito positivo, mas complementando-o à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido, sobretudo, com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que

³⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 488.

³⁹⁷ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 275.

transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional³⁹⁸.

Leonardo Greco também indica que a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova já poderia ser utilizada no sistema processual brasileiro vigente, com base em interpretação extensiva do artigo 6º, inciso VII do CDC. Segundo o referido autor,

Ao contrário do que se possa pensar, a regra do art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor não é privativa das relações de consumo, aplicando-se a todas as hipóteses em que as regras do art. 333 do CPC venham a gerar uma concreta desigualdade entre as partes ou tornar excessivamente onerosa a demonstração da verdade fática que a uma delas interessa³⁹⁹.

Assim, pode-se concluir que existem autores, na doutrina nacional, que já sustentam a possibilidade lógica de dinamização do ônus da prova com base na interpretação sistemática e principiológica do CPC e do CDC. Todavia, conforme se verá a seguir, este trabalho entende que a adoção da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova somente seria cabível de *lege ferenda*.

9.3. Da aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova pelos Tribunais

A aplicação da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova tem sido aplicada na jurisprudência brasileira em ações individuais e coletivas que tratam dos mais variados tipos de assuntos.

³⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. I, p. 488.

³⁹⁹ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do Código de 1973 ao Novo Código Civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 15 (jun/2014), p. 82-83.

A primeira manifestação do STJ acerca do tema ocorreu há quase 20 anos, em 1996. Há quase duas décadas, portanto, o STJ decidiu pela primeira vez se valer da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Na atualidade, os mais variados tribunais brasileiros estão determinando a aplicação da técnica, desde o STJ, passando pelos tribunais estaduais de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, para chegar às turmas recursais de Juizados Especiais.

Todavia, o Poder Judiciário brasileiro demonstra dar maior atenção à aplicação da técnica da distribuição dinâmica nas ações movidas por pacientes que formulam pretensão alegando responsabilização civil de médicos e outros profissionais liberais, por alegação de erro médico, fenômeno que também se verificou em outras jurisdições europeias (Itália, Portugal, Alemanha e Espanha), conforme relatado na doutrina estrangeira⁴⁰⁰.

A primeira vez que o STJ proferiu um acórdão aplicando a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova foi em 18.6.1996, em um caso de responsabilidade civil médica, no qual se atribui ao profissional médico o ônus de comprovar os fatos excludentes de sua responsabilidade, pois somente a ele são acessíveis os meios de comprovar os fatos ocorridos na sala cirúrgica⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ “Un esempio molto significativo è costituito dalle oscillazioni della giurisprudenza in materia di onere della prova nell’ambito della responsabilità del medico per i pregiudizi subiti dal paziente.” TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile*. In: TARUFFO, Michele (a cura di). *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2012, p. 258; No mesmo sentido: SCALAMOGNA, Margherita. La Ripartizione dell’Onere Probatorio nella Responsabilità Medica: L’ultimo (?) “Revirement” Giurisprudenziale. *Rivista Critica del Diritto Privato*. Jovene: n. 2, v. 23, 2005, p. 361; “É o que sucede no exemplo típico do médico; se o médico réu, numa acção de responsabilidade civil, destrói a ficha clínica em que o autor se poderia basear para demonstrar que o tratamento ministrado não foi o acertado para aquele caso, é ao demandado médico que compete provar que o tratamento em questão era adequado à situação clínica e ao diagnóstico do demandante (há alguns anos fomos confrontados com uma situação idêntica relativamente ao ônus da prova, numa acção que correu termos na Comarca de Loures).” RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 192-193; “Case law has recognized shifts in the burden of proof under specific circumstances. A physician proven to have committed serious malpractice is given the burden to prove that the patient’s injuries were not caused by his misdeeds.” MURRAY, Peter L., STÜRNER, Rolf., *German Civil Justice*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2004, p. 267-268; “En consecuencia, se entiende que el principio de facilidad probatoria se refiere a hechos que por su especial naturaleza ofrecen una gran dificultad para su prueba por quien tiene la carga de probarlo —aunque pueda llegar a acreditarla—, y en cambio le resulta mucho más fácil a la contraparte la aportación de dicha prueba. El ámbito jurídico en el que con mayor reiteración la jurisprudência viene aplicándolo es el de la responsabilidad extracontractual: la prueba de la culpa y la prueba de la negligencia médica.” GRANDA, Piedad Gonzáles. *Carga de la Prueba Y Responsabilidad Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 55.

⁴⁰¹ “O acórdão apenas se colocou ao lado da orientação que hoje predomina na matéria sobre a culpa médica, que é a da teoria dinâmica da prova, segundo a qual cabe ao profissional esclarecer o juízo sobre os fatos da

Esse precedente do STJ foi proferido em situação emblemática de prova diabólica. Isso porque, as ações de responsabilidade civil de médicos, dentistas e outros profissionais liberais são exemplos de situação em que o paciente não tem o conhecimento técnico das questões relativas ao procedimento cirúrgico, além de se encontrar, no mais das vezes, desacordado durante a cirurgia. O médico é, em contrapartida, o detentor das melhores condições técnicas para demonstrar que agiu de forma prudente durante o procedimento cirúrgico. Nesses casos, a simples aplicação das regras rígidas e invariáveis contidas no artigo 333 do CPC pode tornar difícil, quando não impossível, à vítima desincumbir-se do ônus de provar. Dessa forma, o precedente do STJ entendeu que, na relação médico-paciente, seria possível adotar a técnica da distribuição dinâmica do encargo probatório, tendo em vista que o médico possui superioridade técnica, bem como pleno conhecimento sobre o que se passou durante o ato cirúrgico.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também proferiu recente acórdão no qual consignou de forma expressa que “a teoria da carga probatória dinâmica pode, perfeitamente, ser utilizada em demandas por suposto erro médico”⁴⁰².

Na mesma linha já se manifestou, ademais, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao determinar a aplicação da “teoria da carga dinâmica das provas”, consignando que “à vítima de erro médico é difícil a comprovação da incúria do profissional que a atendeu, cabendo a este a responsabilidade de comprovar que, não obstante a ocorrência do fato danoso, cumpriu seu dever profissional sem qualquer mácula.”⁴⁰³.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também já proferiu acórdão reconhecendo a possibilidade de aplicação da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova em

causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica.” (REsp 69.309/SC, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.6.1996)

⁴⁰² Apelação Cível nº 1.0687.09.072587-4/002, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rel. Des. Hilda Teixeira da Costa, j. 25.2.2014.

⁴⁰³ Apelação nº 0573896-25.2009.8.26.0577, 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Reinaldo Miluzzi 17.6.2013. No mesmo sentido: Apelação Cível nº 0006605-13.2009.8.26.0562, 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. José Maria Câmara Júnior, j. 15.8.2012.

situação envolvendo responsabilidade de clínica odontológica, por imputação de erro em procedimento cirúrgico, com base nos mesmos argumentos descritos acima⁴⁰⁴.

Assim, conforme a jurisprudência majoritária nacional acerca da questão da distribuição dos ônus probatórios em casos de responsabilidade médica, mesmo que a responsabilidade civil do médico seja subjetiva por ser profissional liberal, cabe-lhe o ônus de comprovar a inexistência do elemento subjetivo em ações judiciais movidas por pacientes que pleiteiam indenização por erro médico. Ao paciente, por sua vez, cabe o ônus de comprovar a ocorrência de cada um dos elementos necessários à configuração do dever de indenizar, ou seja, ato ilícito, dano e nexo causal.

Além das situações de responsabilidade civil médica, o STJ também já aplicou a técnica da distribuição do ônus da prova em ação civil pública que discutia questão de responsabilidade civil ambiental, quando do julgamento do Recurso Especial nº 883.656/RS em 9.3.2010.

Conforme se indicou em capítulo anterior, tanto a doutrina quanto à jurisprudência do STJ e de outros tribunais pátrios entendem pela aplicação da regra da inversão do ônus da prova prevista no artigo 6º, inciso VIII do CDC no âmbito de ações civis públicas que discutem questões de responsabilidade civil ambiental⁴⁰⁵.

Todavia, o acórdão de Relatoria do Ministro Herman Benjamin, proferido no âmbito do Recurso Especial nº 883.656/RS, adotou a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova para atingir a mesma finalidade dos acórdãos mencionados acima. Segundo o referido acórdão, a regra do art. 333 do CPC estabeleceria modelo de distribuição do

⁴⁰⁴ Apelação nº 0122557-68.2009.8.26.0100, 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Carlos Alberto Garbi, j. 30.9.2014.

⁴⁰⁵ REsp nº 1.237.893/SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Eliana Calmon, j. 24.9.2013; REsp nº 1.060.753/SP, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Eliana Calmon, j. 1.12.2009; REsp nº 972.902/RS, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Eliana Calmon, j. 25.8.2009; REsp nº 1049822/RS, 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Francisco Falcão, j. 23.4.2009; Agravo de instrumento nº 5007790-44.2013.404.0000, 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Des. Rel. Vivian Josete Pantaleão Caminha, j. 2.7.2013; Apelação nº 9063357-83.2009.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Antonio Celso Aguilar Cortez, j. 20.6.2013. Na doutrina: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 372, 374 e 375; MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181; CAMBI, Eduardo. Inversão do Ônus da Prova e Tutela dos Direitos Transindividuais: Alcance Exegético do art. 6º, VIII, do CDC. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (orgs.). *Direito do Consumidor: Tutela das Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 6, p. 509-514.

ônus da prova “não absoluto” e que o “ônus dinâmico da prova”, teria “duplo objetivo”, que seriam “corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis)” e “instituir um ambiente ético-processual virtuoso”. Além disso, o referido acórdão do STJ menciona que

A técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como de um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda, tendo por aspiração final afastar a *probatio diabolica* do caminho dos sujeitos vulneráveis⁴⁰⁶.

Com base na utilização da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova (ressalta-se a utilização do termo “técnica” pelo Min. Herman Benjamin, com o que este trabalho concorda), o acórdão proferido pelo STJ manteve acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que atribuiu as empresas rés o ônus de demonstrar que as suas atividades não teriam gerado a contaminação ambiental com mercúrio alegada pelo Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul.

Em outra situação, dessa vez envolvendo uma discussão específica sobre o momento da inversão do ônus da prova, em ação individual que discutia uma relação de consumo, a 3ª Turma do STJ também demonstrou reconhecer o cabimento da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova no sistema processual brasileiro⁴⁰⁷.

Como se não bastasse, os tribunais estaduais pátrios têm aplicado a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova nas mais variadas situações, como em ações de alimentos, que envolvem litígio entre condômino e condomínio, relativas à

⁴⁰⁶ REsp nº 883.656/RS, 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Min. Rel. Herman Benjamin, j. 9.3.2010.

⁴⁰⁷ “O dever de lealdade e de colaboração que incumbe às partes, o processo, determina que elas atuem sempre no sentido de facilitar a realização da justiça. Modernamente, o processo caminha no sentido de atribuir o ônus quanto à prova dos fatos, não a uma parte pré-determinada mediante regras rígidas, mas à parte que apresentar melhores condições de produzir a prova, numa perspectiva dinâmica de distribuição do ônus da prova. Assim, a atuação de todos, durante o processo, deve ser predominantemente ativa: nem autor, nem réu, devem se apoiar nas regras de distribuição subjetiva do ônus da prova para se omitir, contando com a possível falha da outra parte ou com os limites das regras processuais, para impedir a realização de um direito” (Recurso Especial nº 1.125.621/MG, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 19.8.2010).

responsabilização civil de empresa de saneamento básico, relativas a acidentes de trânsito, declaratórias de inexistência de débitos e revisionais de contratos bancários, dentre outras.

No caso da ação de alimentos, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais determinou a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova em desfavor de um pai e em favor de uma filha menor de idade, diante da dificuldade de a filha menor de idade juntar aos autos o comprovante de renda do seu genitor⁴⁰⁸.

Sobre a ação relativa ao litígio entre condômino e condomínio, a 2ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul entendeu aplicável a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova em uma ação de declaratória de desconstituição de multa condominial ajuizada por uma condômina contra o condomínio. A condômina ajuizou a ação alegando que o seu filho não praticou o ato infracional previsto na Convenção de condomínio, ou seja, a condômina ajuizou uma ação declaratória negativa, para deixar de pagar multa condominial. O condomínio réu da ação se limitou a alegar, em defesa, que a multa estava corretamente aplicada e imputou ao filho da condômina a prática de ato infracional, quedando-se inerte em sua defesa em relação a especificar quais ações o filho da condômina praticou e em arrolar outros condôminos como testemunhas a comprovar essas alegações. Neste sentido, o referido acórdão entendeu que “as negativas não podem ser provadas” pela condômina, razão pela qual não lhe caberia produzir prova impossível de fato negativo, qual seja, prova de que seu filho não praticou ato infracional à convenção de condomínio. Assim, o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul houve por bem aplicar a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova para imputar ao réu (condomínio) as consequências negativas da não produção de provas no sentido de que “aplicou bem a multa”, pois o condomínio teria as melhores condições de produzi-la⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ “ônus de comprovar a impossibilidade de arcar com os alimentos pleiteados compete àquele obrigado ao pagamento, em vista do princípio da carga dinâmica das provas, considerando que o apelante possui melhores condições de demonstrar sua real capacidade financeira, sendo difícil o acesso da pleiteante a essas provas.” (Apelação Cível nº 1.0024.05.813300-0/001, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Des. Rel. Heloísa Combat, j. 17.6.2008)

⁴⁰⁹ “Condomínio. Multa. Negativa de Prática de Ato Infracional. Teoria da Carga Dinâmica da Prova. Se a condômina nega a prática de ato infracional que ensejou a multa, cabe ao condomínio comprovar que a infração ocorreu. Não podendo a parte autora produzir prova negativa, aplica-se a Teoria da Carga Dinâmica da Prova, que impõe o ônus de produzi-la a quem tem condições para tanto. Recurso desprovido.” (Apelação Cível nº 71001485655, 2ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Dr. Pio Giovanni Dresch, j. 30.1.2008).

Outra situação sobre a qual já houve aplicação da distribuição dinâmica foi em uma ação de indenização movida por um usuário de serviço público contra a companhia de saneamento básico, alegando ter sofrido danos em razão de infiltração de água causada por vazamento na rede de abastecimento de água em local em frente à casa do autor. A ação havia sido julgada improcedente sob o fundamento de que não haveria prova do nexo de causalidade entre o dano alegado e o vazamento de água. Em apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu pela aplicação da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois a “análise do objeto litigioso e, por conseguinte, dos autos permite, seguramente, identificar a dificuldade enfrentada pelo autor para reunir informações técnicas sobre o conteúdo, alcance e extensão do vazamento ocorrido”. Assim, o acórdão consigna que “o autor não reúne meios que o auxilie a se desincumbir do ônus que lhe compete” e que não “é razoável exigir do particular a demonstração da ligação interna entre a tubulação danificada e a origem da umidade causadora dos danos”, pois “faz-se necessário o estudo da estrutura interna do sistema de abastecimento de água local, através do mapeamento da tubulação que compõe a rede próxima à residência do autor”, sendo que “a SABESP tem mais condição de demonstrar a negativa ou evidência da conexão entre os eventos descritos pela petição inicial”. Nesse caso, o acórdão entendeu que as “circunstâncias apontam para uma excepcionalidade que afasta a aplicação da teoria clássica do ônus probatório” e “emerge a teoria que se denominou “distribuição dinâmica do ônus da prova”, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la à luz da excepcionalidade do caso concreto”⁴¹⁰.

Quanto às ações relativas a acidente de trânsito, as Turmas Recursais Cíveis dos Juizados Especiais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul têm reiteradamente aplicado a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova em ações movidas por pessoas que se acidentaram em via pública, não sinalizada, em razão de buraco na pista, que não foi devidamente recapeada ou coberta pelo ente público municipal de Porto Alegre competente para a realização das obras viárias. Nessas ações, o Poder Judiciário gaúcho entende que compete ao ente público demonstrar “que sinalizou o local em que havia o buraco, ou que este já se encontrava devidamente coberto, e a pista recapeada”. Bastaria ao autor demonstrar que o buraco na via existia e que sofreu acidente de trânsito em virtude

⁴¹⁰ Apelação nº 0011175-52.2010.8.26.0127, 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Des. Rel. José Maria Câmara Junior, j. 29.10.2014.

daquele buraco. Tais precedentes determinam, pois, a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova, para imputar ao ente público as consequências negativas da não produção das provas que o ente público teria melhores condições de produzir⁴¹¹.

Foi possível localizar, ademais, alguns julgados proferidos em ações nas quais consumidores pleiteiam a revisão de termos de contratos bancários nos quais houve a aplicação da teoria da carga dinâmica das provas. Pela leitura desses julgados, verifica-se que os tribunais brasileiros, aplicando a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, transferem para a instituição financeira o ônus de produzir a prova referente à relação jurídica controvertida. Via de regra, é o banco que detém o acesso de toda a documentação relativa ao negócio questionado e, nessa qualidade, maior facilidade e melhores condições para trazer aos autos o material probatório respectivo.

Nesse sentido, vale mencionar, a título de ilustração, um julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em situação na qual uma correntista de instituição financeira, que possuía caderneta de poupança, ajuizou ação contra uma instituição financeira pleiteando o recebimento dos expurgos decorrentes dos Planos Bresser, Verão e Collor. No caso, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu pela não aplicação do CDC à relação entre a correntista e a instituição financeira, o que excluiu a possibilidade de aplicação da regra do artigo 6º, inciso VIII, do CDC e consignou que,

No intuito de superar os inconvenientes decorrentes da aplicação inflexível da teoria estática do ônus da prova, prevista no art. 333 do CPC, surgiu a doutrina das cargas probatórias dinâmicas, que preconiza a repartição casuística do ônus probatório, incumbindo a prova a quem tiver melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto, pouco importando a posição assumida pela parte na causa ou a natureza do fato probando. Cabível a sua aplicação no presente caso, considerando que a parte ré dispõe de maior conhecimento técnico tendo condições de localizar os extratos da época com os dados fornecidos junto à inicial⁴¹².

⁴¹¹ Recurso Cível nº 71002135192, 2ª Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relatora Fernanda Carravetta Vilande, j. 4.11.2009; Recurso Cível nº 71002232742, Primeira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator Luís Francisco Franco, Julgado em 17.9.2009; Recurso Cível nº 71001128909, Primeira Turma Recursal Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator João Pedro Cavalli Junior, j. 21.12.2006.

⁴¹² Apelação Cível no 2008.001.08926, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Relator Desembargador Carlos Santos de Oliveira, j. 7.3.2008; No mesmo sentido: Agravo Interno nº 70005776349,

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deu provimento, então, à apelação interposta pela correntista da instituição financeira para anular a sentença que havia julgado a ação improcedente por insuficiência de provas (“ausência de comprovação de existência de caderneta de poupança à época dos aludidos planos econômicos”), determinando o prosseguimento do feito, para que a instituição financeira apresentasse “os extratos bancários referentes ao período dos planos econômicos”.

Como se nota, a sentença proferida no exemplo estabeleceu que a correntista teria a seu cargo o ônus de comprovar a existência da relação jurídica (com cartões, extratos, talões de cheques, contratos, etc.), como todos os outros fatos que estejam a seu alcance comprovar, aplicando a regra estática do artigo 333, inciso I, do CPC. Apenas em relação àquele fato em que a produção da prova mostrou-se extremamente difícil ou impossível para a correntista (como quanto a movimentações e extratos muito antigos ou inexistência de práticas abusivas ao longo da relação contratual, por exemplo) é que o ônus foi deslocado para a instituição financeira.

Assim, conforme se verificou, ao longo de quase duas décadas, o rol de situações fáticas nas quais os Tribunais brasileiros estão aplicando a técnica da distribuição dinâmica dos ônus da prova é extenso e tende a aumentar. Contudo, para se garantir um limite da incidência dessa técnica, conferindo o mínimo de segurança jurídica às partes, esse trabalho entende que a adoção da técnica da distribuição do ônus da prova somente seria cabível de *lege ferenda*.

9.4. Da possibilidade de adoção da técnica da dinamização do ônus da prova de *lege ferenda*

Em que pese a doutrina e a jurisprudência nacionais já admitirem a utilização da técnica da dinamização do ônus da prova no sistema processual brasileiro, a inclusão dessa

2ª Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rel: Des. Nereu José Giacomolli. j. 11.3.2003

técnica na legislação processual brasileira é necessária, até para que os limites de sua incidência sejam explicitados na própria norma. Sem a ressalva legislativa, corre-se o risco de o uso indiscriminado da técnica da dinamização gerar decisões tão ou mais injustas do que as que se pretendia evitar⁴¹³.

Segundo Flávio Yarshell, a distribuição do ônus da prova é “tarefa precípua do legislador, e apenas secundariamente do juiz, quando expressamente autorizado por aquele”⁴¹⁴. Segundo Ricardo de Barros Leonel, tal observação decorre do fato de que, ao juiz da Justiça Comum, não é dado, salvo expressa disposição legal, julgar por equidade, nos termos do artigo 127 do CPC⁴¹⁵, ao contrário do que ocorre com o juiz da Justiça do Trabalho, que está autorizado, nos termos do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”)⁴¹⁶, a julgar por equidade⁴¹⁷.

De acordo com Ricardo de Barros Leonel, em razão da possibilidade outorgada pela CLT de que os juízes na Justiça do Trabalho julguem por equidade, chegou a ser editado enunciado sumular que adota a técnica da dinamização do ônus da prova⁴¹⁸. Tal enunciado seria a Súmula 338, inciso III do TST, que prevê que os “*cartões de ponto que demonstrem horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir*”.

Considerando que é vedado aos juízes da Justiça Comum, *a priori*, julgarem com base na equidade, é vedado também aos juízes da Justiça Comum, *a priori*, utilizar critério de distribuição do ônus da prova diverso do previsto nas regras contidas no artigo 333,

⁴¹³ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 230.

⁴¹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88-89.

⁴¹⁵ “Art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

⁴¹⁶ “Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.”

⁴¹⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova. In: *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 55.

⁴¹⁸ LEONEL, Ricardo de Barros, Anotações a Respeito do Ônus da Prova, *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 55.

incisos I e II do CPC, nos dispositivos do CDC e dos outros diplomas legais já mencionados nesse trabalho.

A criação de técnica especial que autorize o juiz na Justiça Comum a distribuir de forma dinâmica os ônus probatórios das partes, em vista do caso concreto, somente seria possível pela via legislativa.

Dessa forma, esse trabalho entende que a adoção da técnica da dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro dependerá da opção de política legislativa a ser adotada pelo Congresso Nacional ao aprovar ou não o Projeto de Novo CPC⁴¹⁹.

Logo, é preciso que a legislação processual brasileira seja alterada e estabeleça de forma clara que a incidência da técnica da distribuição dinâmica merece aplicação apenas excepcionalmente, quando, no caso concreto, as regras gerais de repartição do ônus da prova entre as partes acabem por onerar a parte que esteja numa situação de substancial dificuldade probatória, enquanto a outra se encontra claramente em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova⁴²⁰.

Assim, essa exigência de que a técnica da dinamização do ônus da prova esteja prevista em lei, segundo Ricardo de Barros Leonel, decorre da garantia da segurança jurídica das partes no processo, pois não há qualquer lacuna normativa que justifique a simples descon sideração da regra legal contida no artigo 333, incisos I e II do CPC⁴²¹.

Nesse sentido, caso aprovado o Projeto do Novo CPC, o artigo 370, incisos I e II, e parágrafos 1º e 2º do Projeto de Novo CPC cumprem a finalidade de criar as balizas legislativas para a utilização da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova.

⁴¹⁹ LEONEL, Ricardo de Barros, Anotações a Respeito do Ônus da Prova, Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 55.

⁴²⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 231.

⁴²¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova. In: *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 55.

O artigo 370, incisos I e II, do Projeto de Novo CPC⁴²² estabelece as regras estáticas de distribuição dos ônus probatórios às partes, de forma idêntica ao artigo 333, incisos I e II, do atual CPC.

Já o artigo 370, parágrafo 1º, do Projeto de Novo CPC estabelece que, diante das peculiaridades do caso concreto, o juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso do previsto no artigo 370, incisos I e II, do Projeto de Novo CPC. Essas peculiaridades devem estar “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”⁴²³. Nesse caso, o dispositivo prevê ainda que o juiz “deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Já o artigo 370, parágrafo 2º do Projeto do Novo CPC dispõe que a decisão prevista no dispositivo anterior não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Ou seja, o artigo 370, parágrafos 1º e 2º do Projeto de Novo CPC apresenta regra criadora da técnica da dinamização dos ônus probatórios, estipulando critério *ope judicis*, de modo a permitir ao juiz, ante as peculiaridades do caso concreto, a atribuição dos ônus da prova à parte que tiver “*maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*”, em favor da parte que apresentar situação de “*impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput*”.

Verifica-se que a técnica da dinamização veio complementar uma regra estática de distribuição dos ônus probatórios às partes prevista no artigo 370, incisos I e II do Projeto de Novo CPC.

O artigo 370, parágrafos 1º e 2º do Projeto de Novo CPC apresenta características semelhantes à técnica de inversão dos ônus probatórios, já previsto no artigo 6º, inciso VIII

⁴²² “Art. 370. O ônus da prova incumbe:

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

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

⁴²³ “Art. 370. (...)”

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

do CDC. Isso porque, toma como referência geral uma norma que prevê a distribuição estática dos ônus probatórios (artigo 370, incisos I e II do Projeto de Novo CPC) e determina que, em condições especiais, seria possível a inversão dessa regra geral, outorgando ao juiz o poder de “*atribuir o ônus da prova de modo diverso*”.

Assim, caso aprovado o Projeto do Novo CPC, esse trabalho entende que será possível ao Poder Judiciário, de forma geral, aplicar a técnica de dinamização dos ônus probatórios nas hipóteses previstas no artigo 370, parágrafos 1º e 2º do Projeto de Novo CPC.

10. DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CPC

Feitas as considerações gerais acima acerca das considerações da doutrina e da jurisprudência sobre a utilização da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova no sistema processual brasileiro, nas próximas linhas serão abordados alguns parâmetros de aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova, com o intuito de buscar maior compatibilidade à garantia constitucional da efetividade do processo, com base nas disposições contidas no Projeto de Novo CPC.

10.1. Da excepcionalidade da aplicação da técnica

Tendo em vista a necessidade de um sistema processual mais flexível, capaz de adaptar-se às particularidades do caso concreto, o Projeto do Novo CPC adotou a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Conforme já salientado, permanece a regra geral estática de distribuição do ônus da prova no artigo 370, incisos I e II do Projeto do Novo CPC. No entanto, por força do artigo 370, parágrafos 1º e 2º do Projeto de Novo CPC, o juiz poderá, mediante decisão fundamentada, distribuir de modo diverso o ônus da prova, considerando as peculiaridades do caso concreto 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.

Nesse sentido, nas hipóteses contidas no artigo 370, parágrafos 1º e 2º do Projeto de Novo CPC, não mais importará a posição que a parte ocupa no processo (se demandante ou demandado), tampouco a classificação do fato a ser provado (se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo). O juiz deverá analisar a condição de impossibilidade, dificuldade

e/ou facilidade que cada parte, no caso concreto, teria para dar cumprimento aos encargos probatórios definidos no artigo 370, incisos I e II do Projeto do Novo CPC.

Considerando que o artigo 370, parágrafo 1º do Projeto do Novo CPC estabelece que o juiz poderá, mediante decisão fundamentada, distribuir de modo diverso o ônus da prova, esse trabalho entende que tal norma criou um poder-dever do juiz de definir a distribuição dos ônus probatórios das partes, independente de pedido expresso das partes no sentido de que haja a dinamização do ônus probatórios.

Assim, mesmo na ausência de pedido expresso das partes, o juiz tem o verdadeiro poder-dever de, em cada caso concreto, analisar a condição de impossibilidade, dificuldade e/ou facilidade que cada parte teria para dar cumprimento aos encargos probatórios definidos no artigo 370, incisos I e II do Projeto do Novo CPC, e de determinar, até mesmo de ofício, a dinamização dos ônus probatórios, com a finalidade de possibilitar o cumprimento dos ônus probatórios pelas partes.

Evidentemente nada impede que as partes processuais formulem pedidos expressos no sentido de que haja a dinamização de determinados ônus probatórios que estão atribuídos, *a priori*, pelo artigo 370, incisos I e II do Projeto do Novo CPC a autor e réu. Aliás, tal procedimento parece ser o mais adequado, pois as partes que eventualmente tenham o interesse na dinamização do ônus da prova possuem as melhores condições de mostrar ao juiz quais são suas condições de dificuldade ou de impossibilidade de produção de determinada prova.

Os termos “impossibilidade”, “dificuldade” e “ facilidade” insertos no artigo 370, parágrafos 1º e 2º do Projeto de Novo CPC trazem à norma um conteúdo semântico aberto. Ou seja, o juiz deverá, em cada caso concreto, analisar a condição de impossibilidade, dificuldade e/ou facilidade que cada parte teria para dar cumprimento aos encargos probatórios definidos no artigo 370, incisos I e II do Projeto do Novo CPC. Somente após essa análise valorativa, o Juiz poderá utilizar excepcionalmente a técnica da dinamização do ônus probatório em benefício de uma das partes e em desfavor de outra.

Esse trabalho entende que não bastarão as simples alegações das partes no sentido de que: (i) ela se encontra em condição de impossibilidade e/ou dificuldade de cumprir seu encargo probatório previsto no artigo 370, incisos I e II do Projeto do Novo CPC, e/ou (ii)

a outra parte está em situação de maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. A parte que alegar essas condições excepcionais de impossibilidade, dificuldade e/ou facilidade de produção de determinada prova deverá trazer elementos probatórios aos juízes que demonstrem essa situação excepcional.

Assim, após a análise das alegações das partes, de elementos probatórios eventualmente trazidos aos autos e a verificação da presença de uma dessas situações excepcionais, o juiz, caso afira a necessidade de dinamizar os ônus probatórios das partes, exercendo sua função de organizador e gestor do processo, nos termos do artigo 354, inciso III do Projeto de Novo CPC, deverá “*definir a distribuição do ônus da prova*” na “*decisão de saneamento do processo*”⁴²⁴, de forma fundamentada (artigo 370, parágrafo 1º do Projeto do Novo CPC).

Ou seja, conforme se disse, não houve a revogação do sistema atual, mas sim uma complementação da regra de distribuição estática do ônus da prova à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido, sobretudo, com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade, que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional.

Por meio da adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova busca-se, justamente, impedir que o sujeito perca o seu direito por não ter conseguido apresentar a prova dos fatos que o sustentam quando essa prova não está ao seu alcance, mas é alcançável pela parte contrária ou por terceiro. Tal ideia se mostra alinhada à atual posição da ciência processual.

Isso porque, o modelo projetado buscou, afinal, privilegiar o direito das partes à paridade de tratamento (artigo 5º, inciso I da Constituição Federal e art. 139, inciso I do Projeto do Novo CPC) e ao efetivo contraditório (artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal). Para tanto, concedeu ao magistrado a faculdade de estabelecer as discriminações necessárias – atentando-se para as particularidades do direito material e do caso litigioso –

⁴²⁴ “Art. 354. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 370;”

no intuito de definir a quem cumpre produzir determinada prova, com o fim de garantir e preservar a participação igualitária das partes no processo.

Esse novo modelo exige, portanto, do magistrado maior atenção às peculiaridades do caso concreto e até mesmo uma maior sensibilidade de sua parte, para que, ao atribuir o ônus da prova à parte que se encontrar em melhores condições de produzi-la, promova, de fato, a criação de um quadro probatório mais consistente, que leve ao resultado mais justo da controvérsia⁴²⁵. O juiz poderá atribuir o ônus da prova de modo diverso, após analisar aspectos do caso concreto relacionados à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo segundo as regras estáticas de distribuição do ônus da prova ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Dessa forma, o novo modelo parece estar mais bem alinhado aos princípios processuais constitucionais da (i) igualdade, (ii) lealdade, boa-fé e veracidade, (iii) solidariedade, (iv) devido processo legal e (v) acesso à justiça. Além disso, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova também se mostra mais alinhada à tendência de ampliação dos poderes instrutórios do juiz.

Todavia, para ser adequada a aplicação da técnica da distribuição dinâmica de forma “excepcional”, limitada a situações em que a distribuição estática não for adequada. A invocação de tal técnica, portanto, só seria justificável quando a parte à qual inicialmente cabia o encargo probatório não tiver como atendê-lo⁴²⁶. Isso porque, se a distribuição dinâmica não for feita com a mais cautelosa imparcialidade, o juiz poderá onerar excessivamente uma das partes e acabar por prejudicá-la, ainda que inconscientemente, não apenas pela eventual ausência da prova, mas também por uma hipotética deslealdade processual.

⁴²⁵ “Nesse sentido, importante esclarecer que o magistrado não deve limitar sua ponderação aos aspectos técnicos da produção dessa prova: “É preciso perceber, contudo, que não é só em caso de ‘insuficiência técnica’ que o juiz deve assegurar paridade de tratamento para velar pelo efetivo contraditório. Determinada particularidade do direito material e do caso litigioso pode impor a necessidade de equalização da posição das partes em juízo. Os casos em que é possível a dinamização do ônus da prova – técnica processual, aliás, igualmente prevista no Projeto, art. 262 – constituem exemplos de promoção da paridade de tratamento em face das peculiaridades do direito material e do caso concreto. Nessas hipóteses, não há que se falar em insuficiência técnica. O que há é a necessidade de promoção da paridade de armas em face do direito material e do caso litigioso, sem a qual não há cogitar de efetivo contraditório”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: Crítica e Propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 74-75.

⁴²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: O Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 31, 2005, p. 9-18.

Embora o modelo dinâmico de distribuição do ônus probatório, à primeira vista, possa gerar alguma insegurança jurídica, parece claro que a nova técnica, adotada pelo Projeto do Novo CPC, adapta-se melhor ao modelo de justiça processual, na medida em que assegura isonomia de tratamento entre as partes e permite o acesso a soluções mais justas e efetivas⁴²⁷ da controvérsia.

Segundo Bedaque, o processo “efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”⁴²⁸. No âmbito dos deveres do juiz, é possível verificar maiores vantagens quanto à possibilidade de aplicação da regra dinâmica do ônus da prova em determinados casos concretos para atender a resultado efetivo e justo do processo.

Sustenta-se o acerto do modelo projetado ao atribuir ao juiz o poder-dever de informar às partes no saneamento do processo (artigo 354, inciso III do Projeto do Novo CPC), que ele poderá, ao proferir a sentença definitiva, aplicar a técnica da dinamização do ônus da prova⁴²⁹.

Tal poder-dever do juiz seria um corolário do direito constitucional das partes às provas, que é abstraído da cláusula do devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988 (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”).

Nesse sentido, vale lembrar o posicionamento de Bedaque, segundo o qual, para a configuração de um efetivo contraditório e de uma efetiva ampla defesa, é necessário que

⁴²⁷ Proto Pisani sintetiza o ideal de efetividade como a aptidão do processo para alcançar os fins para os quais foi instituído. PISANI, Andrea Proto. Le'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, n. 30, 1975. p. 620; Neste sentido, Alfredo Buzaid advertia na exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1973 que “na reforma das leis processuais, cujos projetos se encontram em vias de encaminhamento à consideração do Congresso Nacional, cuida-se, por isso, de modo todo especial, em conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do direito”.

⁴²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49.

⁴²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório*. São Paulo: Método, 2009, p. 362.

as partes possam se valer de todos os meios de provas lícitos e pertinentes à reconstrução dos fatos por elas afirmados⁴³⁰.

O direito das partes à produção das provas no processo implica, a nosso ver, a real oportunização às partes de praticar todos os atos processuais lícitos que objetivem influenciar a convicção do julgador. Para tanto, as partes também devem ter o direito de ter a ciência prévia de que o juiz poderá, em determinado caso concreto, ao proferir a sentença definitiva, se valer da técnica da dinamização do ônus da prova.

Assim, o modelo dinâmico de distribuição do ônus probatório, aplicado segundo o critério da excepcionalidade, tende a criar um cenário processual mais justo, em que as partes serão compelidas judicialmente a apresentar provas de determinados fatos ou, minimamente, justificar as razões da dificuldade ou impossibilidade de provar determinados fatos.

Esse modelo, a nosso ver, tende a criar nos casos concretos um quadro probatório mais consistente que permitirão decisões mais justas, dentro da perspectiva do processo como instrumento para a implementação do direito material e de composição dos interesses conflitantes a fim de ser alcançada a indispensável pacificação das situações conflituosas⁴³¹.

10.2. Do momento processual de aplicação da técnica da dinamização

Conforme já sustentado neste trabalho, as partes têm o direito de ter a ciência prévia de que o juiz poderá, em determinado caso concreto, ao proferir a sentença definitiva, se valer de determinada técnica de distribuição dos ônus probatórios.

⁴³⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da Amplitude de produção probatória. In: CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 168.

⁴³¹ PUOLI, José Carlos Baptista, *Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*, 1ª edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 179.

Dentro dessa perspectiva, o Projeto do Novo CPC traz em seu artigo 354, inciso III a previsão segundo a qual o juiz, exercendo sua função de organizador e gestor do processo, deverá “*definir a distribuição do ônus da prova*” na “*decisão de saneamento do processo*”.

Assim, por meio de decisão interlocutória de saneamento do feito, esse trabalho entende que o juiz deverá explicitar **(i)** quais são os pontos controvertidos da demanda (artigo 354, incisos II e IV do Projeto do Novo CPC⁴³²), **(ii)** quais são as provas a serem produzidas no feito, para demonstrar cada um dos pontos controvertidos da demanda já estabelecidos pelo juiz (artigo 354, inciso II do do Projeto do Novo CPC), **(iii)** a quem incumbe produzir cada uma das provas de acordo com as regras estáticas de distribuição do ônus da prova (artigo 354, inciso III do Projeto do Novo CPC), **(iv)** quais as dificuldades, facilidades e impossibilidades de cumprimento de cada encargo probatório já teriam sido alegadas e eventualmente provadas por cada uma das partes (artigo 370, parágrafo 1º do Projeto do Novo CPC), **(v)** se o caso será apreciado conforme as regras estáticas de distribuição dos ônus probatórios, na forma do artigo 370, incisos I e II do Projeto do Novo CPC ou conforme a técnica da dinamização do ônus da prova, bem como **(vi)** sobre quais pontos controvertidos recairá a dinamização dos ônus probatórios das partes.

A correta aplicação da técnica da dinamização certamente passará, pois, por uma mudança da cultura dos juízes brasileiros. Isso porque, os magistrados deverão se adaptar a nova posição de gestor das provas no processo civil, para proferir despachos saneadores de forma mais acurada, fundamentada, metódica e clara aos jurisdicionados no sentido de definir qual será a distribuição dos ônus probatórios das partes.

Neste sentido, as partes terão plena ciência, já no despacho saneador, da possibilidade de o juiz proferir sentença, com base na análise do cumprimento dos encargos probatórios pelas partes segundo a técnica da dinamização dos ônus probatórios.

⁴³² “Art. 354. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

(...)

IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;”

O racional do artigo 354, inciso III do Projeto do Novo CPC de estabelecer a fase de saneamento do processo como o momento de definição dos ônus probatórios das partes e como o momento de aplicação da técnica da dinamização dos ônus probatórios, é tornar a atividade judicial mais eficiente, atendendo o princípio da economia processual e permitindo que as dúvidas sejam todas resolvidas e eliminadas antes que o juiz passe a examinar, definitivamente, o mérito⁴³³.

Ou seja, especificamente no que se refere aos diferentes procedimentos que passarão a existir no sistema processual civil brasileiro, conforme o modelo projetado, o juiz deverá exercer seu dever específico de informar as partes sobre a dinamização dos ônus probatórios, via de regra, **(i)** na decisão de saneamento do feito no procedimento de conhecimento e **(ii)** na primeira audiência de conciliação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis. Vale frisar que o Projeto do Novo CPC eliminou a dicotomia entre procedimento ordinário e procedimento sumário existente no atual CPC, para disciplinar apenas um único procedimento de conhecimento. Estabelecer o momento da primeira audiência de conciliação no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis como o momento processual de o juiz aplicar a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova segue o mesmo racional do artigo 354, inciso III do Projeto do Novo CPC no sentido de dar oportunidade para que a parte possa se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Apesar de o artigo 354, inciso III do Projeto do Novo CPC prever de forma clara que o despacho saneador é o momento processual adequado para que o Juiz defina a distribuição dos ônus probatórios às partes, esse trabalho entende que o juiz, em momento posterior, pode reconsiderar a decisão que deferiu a utilização da técnica da dinamização do ônus da prova.

⁴³³ Neste sentido, cf. LIEBMAN, Enrico Tullio, Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Bushatsky, 1976: “A atividade do juiz para instruir e examinar a controvérsia submetida a julgamento será tanto mais eficiente quanto menos a sua atenção e sua serenidade forem desviadas pela necessidade de resolver as dúvidas que podem ser levantadas a respeito da regularidade e validade do próprio processo. Por outro lado, o princípio da economia processual aconselha que estas dúvidas sejam todas resolvidas e eliminadas antes que se passe a examinar o mérito, para evitar o perigo de gastar tempo e trabalho num processo que poderá depois resultar invalidamente instaurado, inutilizando-se assim os atos porventura já realizados. Razões várias tornam, pois, conveniente assegurar, tanto quanto possível, que não se dê início ao conhecimento do mérito da controvérsia, senão depois de abrir e desembaraçar o caminho por meio da depuração, do saneamento do processo, isto é, pela eliminação de todas as falhas, defeitos ou dúvidas que poderiam invalidá-lo.” (LIEBMAN, Enrico Tullio, Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo, Bushatsky, 1976, p. 98-99)

Isso porque, o juiz ao aplicar a técnica da dinamização no despacho saneador, muitas vezes, poderá enfrentar limitação de ordem prática. Em muitos casos, somente será possível avaliar eventual facilidade ou dificuldade de uma das partes, em produzir determinadas provas, depois de se adentrar na investigação fática, ou seja, depois de se conhecer a efetiva situação de cada um dos sujeitos processuais, no curso da própria instrução probatória⁴³⁴.

Nesse cenário, após a produção de provas durante a audiência de instrução e julgamento, faculta-se ao magistrado, ao final da audiência de instrução e julgamento, se o caso concreto exigir, informar as partes acerca da possibilidade de aplicação da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova ou reconsiderar a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova deferida no despacho saneador, para que os ônus probatórios sejam distribuídos entre as partes, conforme o artigo 370, incisos I e II do Projeto do Novo CPC. Assim, caberá ao magistrado, facultar às partes, pela última vez no processo, a possibilidade de pleitearem a produção de novas provas. Tal decisão deverá ser proferida no encerramento da própria audiência de instrução e julgamento, a fim de se evitar maiores delongas processuais.

Neste sentido, esse trabalho vislumbra dois momentos processuais nos quais o Juiz poderá aplicar a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova no procedimento de conhecimento: **(i)** na decisão de saneamento do feito, ou **(ii)** no encerramento da audiência de instrução e julgamento. Caso o juiz não entenda que seja o caso de determinar a aplicação da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, esse trabalho entende que o Juiz deverá, no encerramento da audiência de instrução e julgamento, exercer o poder-dever de informar as partes que os ônus probatórios estão distribuídos segundo o artigo 370, incisos I e II do Projeto do Novo CPC.

Ou seja, caso o Juiz não defira a distribuição dinâmica do ônus da prova na decisão de saneamento do processo, não haverá a preclusão *pro judicato*, podendo o juiz aplicar a técnica da dinamização do ônus da prova, em momento posterior, qual seja, no encerramento da audiência de instrução e julgamento.

⁴³⁴ MACHADO, Marcelo Pacheco, Ônus Estático, Ônus Dinâmico e Inversão do Ônus da Prova: Análise Crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil, Revista de Processo, Ano 37, Volume 208, Jun/2012, p. 307.

A ideia sugerida nesse trabalho no sentido de estabelecer mais de um momento processual possível para que o juiz defira ou reconsidere a utilização da técnica da dinamização do ônus da prova é inspirada no modelo proposto no artigo 20, incisos IV, VI e VII do Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública, que mencionavam expressamente a técnica da dinamização dos ônus probatórios das partes⁴³⁵. Naquele Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública, que não foi aprovado pelo Congresso Nacional, o artigo 20, inciso VI previa a possibilidade de o juiz “rever”, “a todo o momento”, “o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, respeitando o contraditório e a ampla defesa”.

É com base nesse modelo já proposto no Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública, portanto, que esse trabalho sustenta que o Juiz poderá aplicar a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova em dois momentos processuais no procedimento de conhecimento, quais sejam: **(i)** na decisão de saneamento do feito, ou **(ii)** no encerramento da audiência de instrução e julgamento.

10.3. Do recurso cabível contra a decisão que determina a aplicação da técnica

Tendo em vista que a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova ocorrerá durante o procedimento de conhecimento em decisões interlocutórias (na decisão de saneamento do feito, ou no encerramento da audiência de instrução e julgamento), tais decisões poderão ser impugnadas pelas partes mediante a interposição de agravo de instrumento. Isso porque, segundo o artigo 1.012, inciso II do Projeto do Novo CPC,

⁴³⁵ “Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

(...)

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

(...)

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII – esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova;”

caberá agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre o mérito da causa⁴³⁶. Segundo o artigo 201, parágrafo 2º do Projeto do Novo CPC, decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não seja classificada como sentença⁴³⁷. Ou seja, o Projeto do Novo CPC deixou de conceituar as decisões interlocutórias como “*ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente*”, como o faz o artigo 162, parágrafo 2º do atual CPC.

Conforme já salientado nesse trabalho, a distribuição do ônus probatório entre as partes é questão incidente, ou seja, é questão processual que, se decidida, não leva ao encerramento do feito, ainda que enfrente alguma questão de mérito⁴³⁸. Por esse motivo, esse trabalho entende que a aplicação pelo juiz da técnica da dinamização do ônus da prova no despacho saneador ou no encerramento da audiência de instrução e julgamento resolve questão incidente, que enfrenta alguma questão de mérito, mas que não implica no encerramento do procedimento de conhecimento.

Assim, esse trabalho entende que o recurso cabível contra a decisão que deferir ou indeferir a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova é o agravo de instrumento, com base na interpretação do artigo 1.012, inciso II do Projeto do Novo CPC, pelo fato de a decisão ser uma decisão interlocutória que versa sobre alguma questão do mérito da causa.

Tendo em vista que esse trabalho entende que a dinamização do ônus da prova poderá ser deferida no encerramento da audiência de instrução e julgamento, outro ponto que favorece o entendimento sobre o cabimento do agravo de instrumento é o de que o Projeto do Novo CPC deixou de contemplar a regra do artigo 523, parágrafo 3º do atual CPC⁴³⁹, segundo a qual das decisões proferidas em audiência, seria cabível o agravo na

⁴³⁶ “Art. 1.012. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

(...)

II – mérito da causa;”

⁴³⁷ “Art. 201. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.

§ 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 482 e 484, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.

§2º Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º.”

⁴³⁸ Ver item 7.2.5 acima.

⁴³⁹ Art. 523. (...)

forma retida a ser interposto imediata e oralmente. Além disso, o artigo 1.000, *caput* e parágrafo 1º do Projeto do Novo CPC estabelece que os prazos para a interposição de recursos serão contados a partir da data da intimação da decisão e, quando as decisões forem proferidas durante as audiências, as partes sairão dela intimadas da referida decisão⁴⁴⁰.

Ou seja, deixando de haver regra expressa quanto ao cabimento do agravo retido das decisões proferidas em audiência, não resta qualquer dúvida de que o único recurso cabível é o agravo de instrumento quando o juiz deferir a dinamização do ônus da prova no encerramento da audiência de instrução e julgamento.

Vale frisar que o artigo 1.006, parágrafo 1º do Projeto do Novo CPC flexibilizou o regime de preclusão quanto às decisões interlocutórias para permitir, se necessário for, a sua impugnação em recurso posterior a ser interposto contra a sentença⁴⁴¹. Isso porque, uma das espinhas dorsais do sistema recursal do Projeto do Novo CPC é o prestígio ao recurso único, no caso, a apelação. Tendo em vista esse escopo maior do Projeto do Novo CPC, esse trabalho vislumbra a possibilidade de o Poder Judiciário manifestar o entendimento - segundo esse trabalho, equivocado - no sentido de negar seguimento aos agravos de instrumento interpostos contra as decisões que determinarem a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova, por entender que o artigo 1.012 não contempla de forma expressa a hipótese de cabimento de agravo de instrumento contra as decisões que deferem ou indeferem a dinamização do ônus da prova.

Isso porque, em outras palavras, o artigo 1.006, parágrafo 1º do Projeto do Novo CPC poderia ser interpretado no sentido de que, a questão da dinamização do ônus da prova, resolvida durante o procedimento de conhecimento, seria questão que não comporta agravo de instrumento, não ficaria coberta pela preclusão e deveria ser suscitada em

§3º Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante.

⁴⁴⁰ “Art. 1000. O prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão.

§1º Os sujeitos previstos no caput considerar-se-ão intimados em audiência quando nesta for proferida a decisão.”

⁴⁴¹ “Art. 1006. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não ficam cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”

preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões de apelação.

Analisando o artigo 1.006, parágrafo 1º do Projeto do Novo CPC, verifica-se que na generalidade dos casos, as partes deverão suscitar em preliminar de apelação as questões resolvidas no procedimento de conhecimento, das quais não cabe expressamente o agravo de instrumento, conforme se observa da atual redação do Projeto; as exceções é que permeiam a hipótese de admissibilidade do agravo de instrumento no artigo 1.012 do Projeto do Novo CPC.

Esse trabalho vislumbra possível polêmica quanto ao cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que defere ou indefere a dinamização dos ônus probatórios, pois a atual jurisprudência dos Tribunais pátrios ainda não é pacífica quando ao cabimento de agravo de instrumento em situação de inversão do ônus da prova (situação análoga à da dinamização existente no modelo projetado).

Nos tribunais estaduais pátrios, foi possível localizar precedentes conhecendo o agravo de instrumento como meio recursal adequado para impugnar decisão que apreciou o cabimento da inversão do ônus da prova. Todavia, também foram localizados precedentes determinando a conversão do agravo de instrumento em agravo retido, sob o entendimento de que o recurso que impugnava decisão referente à aplicabilidade da inversão do ônus da prova ao caso concreto não se adequava às hipóteses mais genéricas de cabimento de agravo de instrumento previstas no artigo 522 do atual CPC (“quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”).

A título de ilustração, frise-se que existem precedentes do TJ-SP e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que entendem pelo cabimento de agravo de instrumento contra decisão que apreciou a aplicabilidade da inversão do ônus da prova⁴⁴².

⁴⁴²Agravo de instrumento nº 2150450-33.2014.8.26.0000; 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Rômulo Russo, j. 15.12.2014; Agravo de instrumento nº 2199211-95.2014.8.26.0000, 12ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, j. 19.12.2014; Agravo de instrumento nº 70058380072, 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Catarina Rita Krieger Martins, j. 19.12.2014; Agravo de instrumento nº 70062994959, 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Mário Crespo Brum, j. 15.12.2014; Agravo de instrumento nº 70062809843, 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard, j. 22.12.2014.

Por outro lado, também existem precedentes desses mesmos Tribunais no sentido de que o agravo de instrumento não é o meio adequado para impugnar a decisão que aprecia a inversão do ônus da prova, de modo que é determinada a conversão do agravo de instrumento em agravo retido⁴⁴³. O fundamento dessas decisões é de que (i) a questão relativa à inversão do ônus da prova não traz lesão grave ou de difícil reparação às partes, não sendo uma das exceções à regra geral do artigo 522 do atual CPC e (ii) a regra do ônus da prova seria regra de julgamento.

Neste sentido, para que não reste dúvida acerca do cabimento de agravo de instrumento contra decisão que defere ou indefere a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova, cabe indagar se existe ou não urgência no exame, pelo Tribunal Estadual ou pelo STJ, da decisão que defere ou indefere a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova.

Esse trabalho entende que as decisões interlocutórias que deferem ou indeferem a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova são, pela sua própria natureza, hipóteses que demandam o imediato exame do recurso pelo Tribunal imediatamente superior. Isso porque, suscitar a questão do deferimento ou do indeferimento da aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova em preliminar de apelação, não teria qualquer eficácia prática. É fácil imaginar que a decisão que defere ou indefere a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova e que implica na continuidade da instrução processual reclama reexame imediato pelo Tribunal superior. Isso porque, como é evidente, eventual sentença de procedência ou improcedência da ação, fundamentada em distribuição equivocada dos ônus probatórios das partes desrespeitam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, previstas no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, podendo gerar graves prejuízos às partes.

⁴⁴³ Agravo de instrumento nº 70060336054, 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 23.6.2014; Agravo de instrumento nº 70061040291, 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Gelson Rolim Stocker, j. 11.8.2014; Agravo de instrumento nº 70061170064, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. João Moreno Pomar, j. 18.8.2014; Agravo de instrumento nº 70061601498, 15ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Ana Beatriz Iser, j. 22.9.2014; Agravo de instrumento nº 70062127758, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Isabel Dias Almeida, j. 14.11.2014; Agravo de instrumento nº 70036212231, 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Des. Rel. Nelson José Gonzaga, j. 21.5.2010; Agravo de instrumento nº 0100425-21.2012.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Walter Barone, j. 26.9.2012.

Aliás, esse trabalho entende que até mesmo poderá ser atribuído efeito suspensivo ao agravo de instrumento que deve ser interposto contra a decisão que defere ou indefere a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova. Isso porque, o artigo 992, parágrafo único, do Projeto do Novo CPC estabelece que caberá a atribuição de efeito suspensivo aos recursos quando houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso⁴⁴⁴.

Ou seja, nos casos de deferimento ou indeferimento da aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova, poderá se caracterizar o risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação às partes, pelo fato de que a manutenção dos efeitos da decisão agravada poderá colocar as partes em risco de arcar com novos e maiores prejuízos, especialmente decorrente da prática de atos processuais que poderão ser reputados nulos em sentença ou acórdão, quando do julgamento de apelação. Além disso, o julgamento de uma ação com base na distribuição equivocada dos ônus probatórios das partes acarretará na prolação de sentença em desrespeito as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, previstas no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, o que é inadmissível. Neste sentido, caso seja obstado o acesso à ampla defesa, as partes poderão ver o processo futuramente anulado, haja vista o cerceamento dos seus direitos de defesa, para que seja reaberta a fase instrutória. Devemos nos lembrar que a prática de atos processuais que possam ser reputados nulos no futuro se dará em prejuízo não só das partes, mas também do próprio Poder Judiciário.

Diante dos motivos aqui expostos, resta clara a necessidade de se entender cabível o agravo de instrumento contra a decisão que defere ou indefere a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova e, eventualmente, de se entender pela possibilidade de se atribuir o efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto, nos termos do artigo 992, parágrafo único, do Projeto do Novo CPC, para o fim de que seja sobrestado o feito principal até julgamento final do recurso, suspendendo-se, destarte os efeitos da decisão agravada.

⁴⁴⁴ Art. 992. Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso.

Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

Isso porque, a decretação da nulidade do processo, com a reabertura da fase instrutória, especialmente para o fim de permitir à parte onerada se desincumbir de seu ônus, representa elavação do lapso temporal de tramitação do processo, acarretando prejuízo grave e de impossível reparação a todos os sujeitos processuais e outros participantes da relação processual.

Neste sentido, Voltaire de Lima Moraes, analisando a questão do cabimento do agravo de instrumento contra a decisão que determina a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII do CDC, sustenta que o curso do processo não deve sofrer “maiores percalços”, com o acolhimento, “em preliminar de uma eventual apelação, do agravo retido, nulificando-se toda a fase instrutória, quer porque indevida a inversão do ônus da prova decretada, quer porque, em contrapartida, ela se impunha, retardando com isso, sobremaneira, a prestação jurisdicional que encerrará o processo”⁴⁴⁵.

Isso quer dizer que, caso seja acolhida a preliminar de apelação suscitada pela parte que tenha alegado a questão do deferimento ou do indeferimento da dinamização dos ônus probatórios, em atenção ao direito fundamental ao contraditório, a consequência será a reabertura da fase instrutória do processo, o que deverá ocorrer para possibilitar à parte processual, que restou onerada por efeito da dinamização, se desincumbir do seu ônus.

Ou seja, o entendimento por suscitar o deferimento ou o indeferimento da aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova em preliminar de apelação ou em contrarrazões acabaria por violar o direito constitucional fundamental da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal⁴⁴⁶ e 139, inciso II do Projeto do Novo CPC⁴⁴⁷), e corolário do direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional, razão pela qual esse trabalho entende que o agravo de instrumento é o recurso cabível contra a decisão que defere ou indefere a aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova.

⁴⁴⁵ MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, jul./set. 1999, p. 69.

⁴⁴⁶ Art. 5º. (...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

⁴⁴⁷ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) II – velar pela duração razoável do processo;”

10.4. Da complementaridade da técnica da dinamização em relação aos poderes instrutórios do juiz

O último momento processual em que o juiz irá se valer da técnica da dinamização do ônus da prova é no momento da prolação da sentença. Nesse momento, o juiz deverá analisar se a parte onerada produziu prova suficiente de suas alegações e se a parte contrária produziu prova suficiente de suas alegações visando contrapor as alegações da parte onerada. Após essa análise, o juiz, seguro quanto à aplicação da técnica da distribuição dinâmica do ônus das provas, proferirá a sentença de procedência ou improcedência da ação, atribuindo as consequências negativas à parte que eventualmente não tenha cumprido seu ônus probatório.

Assim, o juiz que já teria aplicado a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova durante o procedimento de conhecimento (na decisão de saneamento do feito ou no encerramento da audiência de instrução e julgamento), em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ao proferir a sentença, não estaria praticando um ato de mera discricionariedade judicial, mas um ato rigorosamente necessário para a solução da controvérsia.

Segundo Ricardo de Barros Leonel, o aspecto objetivo do ônus da prova, “só ocorrerá “se” e “quando” do exame do mérito, desde que o magistrado vislumbre a insuficiência da atividade probatória desenvolvida pelas partes e a não ocorrência das condições para que ele próprio exerça, de ofício, atividade probatória autorizada pelo art. 130 do CPC”⁴⁴⁸. Ou seja, na visão de Ricardo de Barros Leonel, as regras do ônus da prova, em sua acepção objetiva, é, portanto, uma técnica de julgamento complementar à atividade probatória praticada pelo juiz.

Por essas razões, resta evidente que a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, em sua acepção objetiva, ou seja, do ponto de vista do julgamento da ação e da atribuição das consequências negativas à parte que eventualmente não tenha cumprido seu ônus probatório, é técnica complementar aos poderes instrutórios do juiz.

⁴⁴⁸ LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a Respeito do Ônus da Prova. In: *Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 52.

Ou seja, o juiz, além de promover a distribuição dinâmica dos ônus probatórios durante o procedimento de conhecimento (na decisão de saneamento do feito ou no encerramento da audiência de instrução e julgamento), deverá exercer seus poderes instrutórios determinando a produção das provas necessárias ao julgamento do mérito, conforme o artigo 367 do Projeto do Novo CPC⁴⁴⁹, cuja redação é praticamente idêntica ao artigo 130 do atual CPC (houve a substituição da expressão “necessárias à instrução do processo”, para a colocação da expressão “necessárias ao julgamento do mérito”).

Neste sentido, vale mencionar os dispositivos do Projeto do Novo CPC que regulamentam o exercício dos poderes instrutórios do juiz em relação aos determinados meios de prova existentes no sistema processual brasileiro (prova documental, pericial, testemunhal e depoimento pessoal).

Os principais dispositivos do Projeto do Novo CPC que abordam os poderes instrutórios do juiz relacionados aos meios de prova acima aludidos são os artigos 393 até 401, 382, *caput* e 458. Vale frisar que esses dispositivos pouco diferiram dos artigos 355 ao 363, 343, parágrafo 2º e 418, inciso I do atual CPC.

O artigo 393 do Projeto do Novo CPC⁴⁵⁰ assegura ao juiz a possibilidade de ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder. Nesse pedido, segundo o artigo 394 do Projeto do Novo CPC, a parte deverá descrever **(i)** a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa; **(ii)** a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa; **(iii)** as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária⁴⁵¹.

O requerido, por sua vez, terá o prazo de 5 (cinco) dias, contados da sua intimação, para apresentar resposta, nos termos do artigo 395 do Projeto do Novo CPC. Caso não

⁴⁴⁹ “Art. 367. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.”

⁴⁵⁰ Art. 393. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.

⁴⁵¹ Art. 394. O pedido formulado pela parte conterá: I – a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa; II – a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa; III – as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

possua a coisa ou o documento, será permitido ao requerente provar, por qualquer meio, que a declaração do requerido não corresponde à verdade⁴⁵².

Contudo, o artigo 396 do Projeto do Novo CPC⁴⁵³ prevê que o juiz não admitirá a recusa na exibição do documento ou da coisa em 3 (três) hipóteses, quais sejam: se **(i)** o requerido tiver obrigação legal de exhibir; **(ii)** o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; **(iii)** o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.

O Projeto do Novo CPC inovou, ainda, ao prever que o juiz poderá adotar medidas coercitivas ou sub-rogatórias para que o requerido exiba a coisa ou o documento, nos termos do parágrafo único do artigo 397 do Projeto do Novo CPC⁴⁵⁴.

Se o requerido não exhibir o documento ou a coisa, não apresentar resposta ou, ainda, a sua recusa for considerada ilegítima, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que o requerente pretendia provar com o documento ou a coisa, conforme o artigo 397 do Projeto do Novo CPC⁴⁵⁵.

De acordo com o artigo 398 do Projeto do Novo CPC⁴⁵⁶, caso o documento ou a coisa esteja em poder de terceiro – e não do requerido – o juiz determinará a citação do terceiro para responder no prazo de 15 (quinze) dias.

Na hipótese de o terceiro negar a obrigação de exhibir o documento ou a coisa ou negar a sua posse, conforme o artigo 399 do Projeto do Novo CPC, o juiz designará audiência especial a fim de tomar o depoimento do terceiro, das partes e, se for o caso, de

⁴⁵² Art. 395. O requerido dará a sua resposta nos cinco dias subsequentes a sua intimação. Se afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade.

⁴⁵³ Art. 396. O juiz não admitirá a recusa se: I – o requerido tiver obrigação legal de exhibir; II – o requerido aludiu ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; III – o documento, por seu conteúdo, for comum às partes.

⁴⁵⁴ (...)

Parágrafo único. Sendo necessário, pode o juiz adotar medidas coercitivas ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

⁴⁵⁵ Art. 397. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I – o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 395; II – a recusa for havida por ilegítima.

⁴⁵⁶ Art. 398. Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz ordenará sua citação para responder no prazo de quinze dias.

testemunhas, para posteriormente proferir decisão⁴⁵⁷. Vale salientar que, diferentemente do atual CPC, o juiz proferirá decisão, não sentença.

Por outro lado, se o terceiro se recusar a exhibir o documento ou a coisa sem justo motivo, o juiz determinará o seu depósito em cartório ou outro lugar designado pelo juiz, no prazo de cinco dias, sob pena de expedição de mandado de apreensão requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência. Além disso, o Projeto do Novo CPC estabelece, ainda, que o juiz poderá determinar o pagamento de multa e outras medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão. Por fim, o juiz imporá ao requerente o ressarcimento das despesas⁴⁵⁸.

O artigo 401 do Projeto do Novo CPC dispõe, ainda, que a parte e o terceiro podem se escusar de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa, se **(i)** for relacionado a negócios da própria vida da família; **(ii)** houver risco de violação do dever de honra; **(iii)** a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, ou a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal; **(iv)** acarretar a divulgação de fatos protegidos, por estado ou profissão, por segredo; **(v)** subsistirem outros motivos graves que, segundo o arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição; **(vi)** houver disposição legal que justifique a recusa da exibição⁴⁵⁹. Importante mencionar que o Projeto do Novo CPC acrescentou essa última hipótese de escusa da exibição do documento ou da coisa. Saliente-se que a escusa na exibição do documento ou

⁴⁵⁷ Art. 399. Se o terceiro negar a obrigação de exhibir ou a posse do documento ou da coisa, o juiz designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, de testemunhas; em seguida proferirá decisão.

⁴⁵⁸ Art. 400. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de cinco dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver; se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, tudo sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas coercitivas ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

⁴⁵⁹ Art. 401. A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa, se: I – concernente a negócios da própria vida da família; II – sua apresentação puder violar dever de honra; III – a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal; IV – a exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo; V – subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição; VI – houver disposição legal que justifique a recusa da exibição.

Parágrafo único. Se os motivos de que tratam os incisos I a VI do caput disserem respeito só a um item do documento, a parte ou terceiro exhibirá a outra em cartório, para dela ser extraída cópia reprográfica, de tudo sendo lavrado auto circunstanciado.

da coisa poderá ser parcial ou total, de modo que, se for parcial, a parte ou o terceiro exhibirá a outra em cartório, para dela ser extraída cópia reprográfica, de tudo sendo lavrado auto circunstanciado.

Vale mencionar que essas situações de exibição de documento em juízo gera algumas polêmicas no Poder Judiciário principalmente no que tange à exibição de contrato que possua cláusula de confidencialidade.

O TJ-SP, em recente precedente, entendeu pela impossibilidade da exibição de contrato que contenha cláusula de confidencialidade, por ser o processo um instrumento público de solução de litígios⁴⁶⁰.

Todavia, já restou decidido pelo TJ-SP que a alegação da existência de cláusula de confidencialidade em determinado contrato é insuficiente para inviabilizar a exibição do referido contrato em Juízo⁴⁶¹. Em outro precedente, no mesmo sentido, o TJ-SP proferiu precedente, com o qual esse trabalho concorda, que nada obsta a exibição de documentos

⁴⁶⁰ “Ação cautelar de exibição de documentos intermediação de contrato - contrato firmado entre as rés com cláusula de confidencialidade impossibilidade de admitir-se exibição para terceiro, como é o caso da autora sentença de improcedência mantida - apelação não provida.

(..)

Mas, o problema que se apresenta, no caso concreto, é a cláusula de confidencialidade inserida no contrato entre as duas empresas. Não tem sentido, com todo o respeito pela posição da autora, obrigar as rés a exibirem, em processo público contrato a que se obrigaram a não divulgar.

A autora é, até que demonstre em contrário por meio do devido processo legal, terceira. O Poder Judiciário não pode atender a pedido de terceiro, que não participou diretamente do negócio jurídico, e obrigar os contratantes à exibição de contrato com cláusula de confidencialidade.

Nem se pode questionar se é regular ou justa a cláusula, porque escapa ao juiz tal valoração do contrato. A questão é meramente objetiva: contrato com cláusula de confidencialidade não pode ser exibido à terceiro. (...)” (Apelação nº 00540-03.209.8.26.041, 33ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel Des. Eros Piceli, j. 10.12.2012)

⁴⁶¹ “Ação cautelar. Uso do nome. Determinação de exibição de documento. Contrato de patrocínio de evento esportivo. Alegação de confidencialidade insuficiente. Provimento negado.

(...)

As razões recursais não trouxeram argumentos que inviabilizem a apresentação do documento mencionado, sendo insuficiente a alegações de cláusula de confidencialidade ou impedimento de que sejam expostas suas relações comerciais desnecessariamente e unicamente por capricho da agravada.

Se há cláusula de confidencialidade, esta não obstaculiza cumprimento de ordem judicial. Por outro lado, a agravada pleiteou o documento, sustentando sua necessidade, que foi acatada pelo i. magistrado, sendo, ao que tudo indica, prova essencial à lide.

Não há razão para se impedir o conhecimento total da controvérsia por parte do magistrado, através do contraditório, sem argumento plausível para a não apresentação do documento.” (Agravado de Instrumento nº 401.121-4/0-00, 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Des. Rel. Caetano Lagrasta, j. 30.8.2005)

que contenham cláusula de confidencialidade em Juízo, conquanto seja conferido segredo de justiça ao feito⁴⁶².

Tais polêmicas sobre as escusas das partes em exhibir documentos ou coisas em Juízo são relevantes do ponto de vista da aferição pelo juiz das condições de “dificuldade” ou “impossibilidade” das partes de cumprirem seus ônus probatórios previstos, *a priori*, no artigo 370, incisos I e II do Projeto do Novo CPC.

Vale frisar que, se o requerido não exhibir o documento ou a coisa, não apresentar resposta ou, ainda, a sua recusa for considerada ilegítima, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que o requerente pretendia provar com o documento ou a coisa, conforme o artigo 397 do Projeto do Novo CPC⁴⁶³. Ou seja, a consequência negativa imputada à parte que não exhibe documento ou coisa, que não apresenta ao Juízo as razões para não exhibir documento ou coisa, bem como que manifesta recusa ilegítima em apresentar documento ou coisa em juízo, é semelhante à consequência negativa atribuída pelo juiz à parte que descumpre seu ônus probatório (os fatos que a parte contrária alega são dados por verdadeiros).

⁴⁶² “MEDIDA CAUTELAR. Exibição de documentos – Liminar – Caráter preparatório para eventual ação principal – Existência de contrato de autorização de produção, exibição e exploração da segunda temporada da série de TV denominada “Ídolos” no Brasil, com cláusula de preferência na aquisição dos direitos de produção da série subsequente – Exibição do contrato firmado entre a requerida e terceiros, para se verificar a violação desse direito de preferência – Urgência da medida – Presença dos requisitos para a concessão da liminar – Agravo de instrumento provido, com observação.

(...)

Trata-se de ação cautelar de exibição de documentos de caráter preparatório para eventual ação principal, fundada no direito de preferência.

A agravante pretende a exibição judicial do contrato de licença de programa de TV, juntamente com os respectivos anexos, aditivos, firmado entre as agravadas, tendo por objeto a produção, exploração e exibição do programa “Ídolos”. Argumenta a necessidade da medida, para o fim de verificar se o seu direito de preferência fora violado, o que foi indeferida pela decisão ora guerreada.

(...)

No caso em tela, o pedido de exibição não é principal, pois não esgotada em si mesmo. É preparatório, visto que se destina a produzir prova em futura ação principal.

(...)

Desse modo, defiro a liminar, para o fim de que as agravadas apresente em juízo referido contrato no prazo de cinco dias.

Tal documento, cujas cláusulas podem conter teor de confidencialidade, deverá ser utilizado apenas para os fins especificados, sob as penas da lei, ou seja, somente para a verificação e prova de eventual direito de preferência da agravante. Juntado o documento, fica instituído o segredo de justiça.

Com tal observação, dou provimento ao recurso.” (Agravo de Instrumento nº 569.421-4/6-00, 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 26.8.2008)

⁴⁶³ “Art. 397. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I – o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 395; II – a recusa for havida por ilegítima.”

Neste sentido, vale citar a lição de Heitor Vitor Mendonça Sica, ao interpretar os artigos 355 a 359 do atual CPC, no sentido de que, se aquele que recebeu a ordem de exibição do documento “não exibir o documento, nem justificar adequadamente a recusa, os fatos que a parte adversa queria provar dão-se presumivelmente por verdadeiros, a teor do art. 359 do mesmo diploma legal”. Assim, conclui Heitor Vitor Mendonça Sica que os artigos 355 a 359 do atual CPC “cumprem um papel similar ao da regra de inversão do ônus probatório”, prevista no artigo 6º, inciso VIII do CDC, com base na hipossuficiência informacional de uma das partes⁴⁶⁴.

Segundo Heitor Vitor Mendonça Sica, por intermédio dos artigos 355 a 359 do CPC (relativos à exibição de documentos), seria aplicável a qualquer processo, individual ou coletivo “a inversão do ônus probatório em decorrência na detenção da informação por uma das partes”⁴⁶⁵.

Por essas razões, existe na doutrina quem critique a incorporação da técnica da dinamização do ônus da prova no Projeto do Novo CPC, por gerar maior insegurança jurídica para as partes, pelo fato de que as regras relativas à exibição de documento ou coisa, já cumpririam função semelhante⁴⁶⁶.

Neste sentido ainda, Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa sustenta que o sistema processual brasileiro “não deixa a parte onerada ao desamparo, caso a aquisição da fonte de prova pelo processo dependa da colaboração do adversário”. Isso porque, o sistema processual brasileiro contém outras regras que impõe ao adversário, ante o direito fundamental de provar do onerado, “o dever de não criar obstáculo à produção da prova, inclusive sancionando eventual conduta ilícita com presunções legais que suprem a falta da

⁴⁶⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça, Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 146, abril. 2007, p. 54.

⁴⁶⁵ SICA, Heitor Vitor Mendonça, Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 146, abril. 2007, p. 66.

⁴⁶⁶ “À luz do que foi exposto nos itens anteriores, entendemos que utilidade da proposta de alteração legislativa é bem menor do que se costuma apregoar, considerando-se que o sistema já dispõe de meios para vencer as dificuldades da parte em trazer a prova ao processo (sem criar regra geral que obrigue a parte a produzir prova contra si mesma), como a determinação da exibição de documento ou coisa (sob a pena do art. 359 do CPC (LGL 1973\5), bem como a possibilidade de dispensa da prova com fundamento nas máximas de experiência. Igualmente ponderável é o risco de que o novel instituto resulte em (ainda) maior insegurança jurídica para as partes, aumentando, sob este ponto de vista, o grau de entropia do sistema processual.” YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, Considerações Sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 37, n. 205, Mar/2012, p. 150.

prova frustrada pela conduta de uma das partes, evitando que o resistente obtenha da sua omissão qualquer proveito processual”⁴⁶⁷.

Neste sentido, além do artigo 359 do CPC acima mencionado, o referido autor cita o artigo 343, parágrafo 2º do CPC⁴⁶⁸, que estabelece para a parte cujo depoimento pessoal for determinado pelo juiz, em caso de não comparecimento ou de recusa a depor, a pena de confissão. Tal regra continua constando no artigo 382, parágrafo 1º do Projeto do Novo CPC⁴⁶⁹.

Além disso, menciona os artigos 231 e 232, ambos do Código Civil⁴⁷⁰, que estabelecem que a parte que se recusa a submeter-se a exame médico não se beneficia da ausência da prova, podendo ser presumida a ocorrência do fato que a perícia poderia demonstrar.

Ademais, cumpre frisar que o artigo 458 do Projeto do Novo CPC continuou a prever a possibilidade de o juiz ordenar de ofício a inquirição da testemunha referida nas declarações da parte ou de testemunhas⁴⁷¹, praticamente repetindo a disposição do artigo 418, inciso I do atual CPC.

No que tange à eventual prova pericial, o juiz também tem o poder de determinar a sua produção de ofício. Nessas situações, nos termos do artigo 95, *caput*, do Projeto do Novo CPC, a remuneração do perito será rateada por ambas as partes. Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser custeada com recursos alocados ao orçamento do ente público e realizada por

⁴⁶⁷ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, Considerações Sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 37, n. 205, Mar/2012, p. 141-142.

⁴⁶⁸ “Art. 343. (...)”

§ 2º Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz lhe aplicará a pena de confissão.”

⁴⁶⁹ Art. 382. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de ser interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

§ 1.º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confissão, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicará-lhe a pena.

⁴⁷⁰ “Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa.

Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.”

⁴⁷¹ Art. 458. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I – a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas.

servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado, segundo o artigo 95, parágrafo 3º do Projeto do Novo CPC⁴⁷².

Assim, no caso de uma perícia cuja realização foi determinada de ofício pelo Poder Judiciário, deveria haver um rateio do pagamento da remuneração do perito entre a parte que não é beneficiária da justiça gratuita e a Fazenda Pública? Este trabalho entende que não. Havendo uma parte beneficiária da Justiça gratuita no processo (hipótese específica prevista no artigo 95, parágrafo 3º do Projeto do Novo CPC), qualquer prova pericial cuja produção seja determinada de ofício pelo Poder Judiciário deverá ser custeada integralmente pela Fazenda Pública.

Vale frisar ainda que não há qualquer dispositivo no Projeto do Novo CPC que preveja a alteração na responsabilidade pelo custo da produção da prova, quando da aplicação da técnica da dinamização do ônus da prova, prevalecendo a regra de que a prova é custeada pela parte que pleiteia (artigo 95, caput do Projeto do Novo CPC).

Por todo o exposto, resta evidente que o Projeto do Novo CPC, tal qual o atual CPC, contempla uma série de dispositivos regulamentadores do exercício dos poderes instrutórios do juiz em relação aos determinados meios de prova existentes no sistema processual brasileiro (prova documental, pericial, testemunhal e depoimento pessoal).

Para alguns autores, a existência desses poderes instrutórios do magistrado e das presunções de veracidade de fatos contrários às partes inertes em relação à apresentação dos meios de prova (nos casos que a produção de provas foi determinada de ofício pelo juiz), já evitariam que a parte resistente e inerte obtivesse qualquer proveito processual da sua omissão.

Todavia, conforme se verá abaixo, existem limites materiais, de cunho prático, ao exercício dos poderes instrutórios do magistrado e à utilização das presunções acima mencionadas, razão pela qual a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova se mostra útil e eficaz ao sistema processual brasileiro.

⁴⁷² Ver item 7.4.4.

10.5. Do acesso aos meios de prova como critério de utilização da técnica

Há um limite material, de cunho prático, para o exercício desses poderes instrutórios do magistrado, quando o acesso ao material probatório torna-se impossível ou quando o bem objeto da prova não é preservado e/ou encontra-se destruído.

Verifica-se claramente que a facilidade de acesso ao material probatório relativo à relação jurídica discutida em juízo tem justificado a aplicação da teoria da carga dinâmica da prova pela jurisprudência dos Tribunais Pátrios no bojo das ações que versem sobre contratos – sua existência, condições e execução – sob um enfoque simples: quem tem maior facilidade de acesso aos elementos de prova terá, sem dúvida, maior facilidade de trazê-los ao processo, justificando a aplicação da teoria da carga dinâmica das provas⁴⁷³.

Ademais, devemos ressaltar que o sistema processual civil brasileiro projetado pelo Novo CPC continua a contemplar o princípio da colaboração das partes com o Poder Judiciário na busca da verdade real⁴⁷⁴. O dever das partes de produzir provas que comprovem as suas alegações corresponde aos princípios processuais de boa-fé (artigo 5º do Novo CPC)⁴⁷⁵, lealdade e ao dever de colaboração para a descoberta da verdade (art. 375 do Projeto do Novo CPC)⁴⁷⁶.

Essa questão da valoração do comportamento processual e pré-processual das partes, ao se analisar as possibilidades de cumprimento dos ônus probatórios pelas partes, deve ser levado em consideração em alguns tipos de casos concretos. Como exemplo, podemos citar os casos de ações de indenização propostas por condutores de veículos automotores contra as montadoras, por acidentes decorrentes de supostos defeitos em itens dos referidos veículos (p. ex.: defeitos de funcionamento dos sistemas de freios, *air bag*, direção, etc.).

⁴⁷³ Ver item 9.3.

⁴⁷⁴ Art. 375. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

⁴⁷⁵ Art. 5.º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁴⁷⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. Revista Forense, volume 344, ano 1998, p. 43-65.

Nesses casos em que se alega defeito do veículo, o ônus da prova da inexistência do defeito no veículo e da inexistência do nexo de causalidade entre o referido defeito e os danos causados ao consumidor pelo acidente, em razão de culpa exclusiva do condutor ou de terceiro pelo referido acidente, deve ser cumprido pelo fornecedor, segundo o artigo 12, parágrafo 3º, incisos II e III, do CDC (regra especial de distribuição do ônus da prova⁴⁷⁷).

Ao consumidor incumbiria apresentar elementos probatórios mínimos a justificar o nexo de causalidade entre o acidente e o defeito alegado, mediante, por exemplo, a juntada do Boletim de Ocorrência ou do relatório policial (com a descrição do acidente), bem como a juntada de algum laudo médico, a fim de demonstrar eventuais danos materiais e morais que tenha sofrido em razão do acidente.

Todavia, caso o consumidor deliberadamente, por desídia, opte por entregar seu veículo danificado à alguma seguradora ou oficina, para o conserto do carro, não preservando o bem objeto da prova, tal conduta realizada na fase pré-processual ou ainda durante a tramitação do processo, deverá ser valorada pelo Poder Judiciário ao ser avaliar as condições de dificuldade ou impossibilidade de cumprimento dos ônus probatórios pelo fornecedor. Isso porque, essa conduta pré-processual ou processual do consumidor certamente criará dificuldades para a montadora, ré da referida ação judicial, cumprir seu ônus de provar **(i)** a inexistência de defeito no veículo e **(ii)** a inexistência do nexo de causalidade entre o referido defeito e o acidente, em razão de culpa exclusiva do condutor ou de terceiro.

Nessa situação, pode-se indagar se não seria dever da montadora, em qualquer situação de acidente de trânsito que envolva veículo por ela fabricado, no intuito de cumprir um ônus probatório de uma futura ação judicial, propor ação cautelar de produção antecipada de provas para evidenciar a ausência de defeito no veículo. Esse trabalho entende que seria completamente desarrozaoda e injusta tal posição, diante da elevação exponencial dos custos para as montadoras, uma vez que acidentes automobilísticos ocorrem diariamente.

Por óbvio, é o consumidor, que possui as melhores condições de preservar o bem objeto da prova ou ainda propor ação cautelar de produção antecipada de provas no sentido

⁴⁷⁷ Ver Capítulo 6.

de demonstrar a existência de (i) defeito no veículo e/ou (ii) do nexo de causalidade entre o referido defeito e o acidente.

Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa afirma a necessidade de “excluir a possibilidade de distribuição dinâmica se a dificuldade ou impossibilidade de produção da prova tiver sido causada pela parte que dela busca se beneficiar”. Segundo o referido autor, “se a parte, por dolo ou culpa, por malícia ou desídia, contribuiu antes ou no curso do processo para que a produção da prova tenha se tornado impossível ou muito difícil, não se pode admitir que ela venha perante o juiz pleitear a alteração da regra sobre o onus probandi prevista na lei, tirando proveito da própria torpeza ou incúria”⁴⁷⁸.

Segundo o doutrinador português Fernando Luso Soares, o dolo material refere-se ao conteúdo do ato e “consiste no corromper dos próprios fins do processo e representa a consciência de se degenerar os elementos de facto da relação substantiva (o que vulgarmente se chama dolo material ou substancial)”. O referido autor, ainda define a noção de dolo processual, que seria “o degenerado uso dos meios processuais (dolo instrumental), tudo com o fim de o juiz compor defeituosamente o conflito de interesses”⁴⁷⁹.

Já a temeridade, segundo Fábio Milman, “é uma manifestação do dolo substancial, ou seja, é ir a juízo sabendo não ter razão”⁴⁸⁰.

Dessa forma, nas ações em que os consumidores pleiteiam indenização contra montadoras de automóveis, por supostos acidentes decorrentes de defeito do veículo, a conduta deliberada do consumidor que opta por entregar seu veículo danificado à seguradora, não preservando o bem objeto da prova, deverá ser valorada pelo juiz ao se analisar a forma pela qual deverão ser distribuídos os ônus probatórios das partes.

Após essa valoração, o juiz deverá aplicar a dinamização das cargas probatórias e dessa forma avaliar sobre qual das partes deverão recair as vantagens e as desvantagens do cumprimento ao não de um ônus e as razões pelo seu não cumprimento. Vislumbrando a

⁴⁷⁸ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, Considerações Sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 37, n. 205, Mar/2012, p. 153.

⁴⁷⁹ SOARES, Fernando Luso. *A Responsabilidade Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 189.

⁴⁸⁰ MILMAN, Fábio. *Improbidade Processual*. Comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 38. Segundo Chiovenda, a temeridade seria "la coscienza dell'ingiusto, dell'aver torto". CHIOVENDA, Giuseppe. *La Condanna nelle Spese Giudiziali* (ristampa anastatica). Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, p. 321.

conduta temerária ou dolosa do consumidor que entregou deliberadamente o veículo à seguradora, por exemplo, caberá ao juiz aplicar a técnica da dinamização do ônus da prova em desfavor da parte que deu causa à “dificuldade ou impossibilidade de produção da prova” e que dessa dificuldade ou impossibilidade “busca se beneficiar”. Após a aplicação da técnica da dinamização em desfavor do consumidor, o juiz dará a oportunidade de o consumidor exibir o veículo acidentado, caso este ainda não tenha sido destruído e ainda apresente estado de conservação que permita a realização de perícia direta.

Todavia, caso o consumidor não exiba o veículo e torne evidente que não houve a preservação do bem objeto da prova, entende-se que o juiz poderá valer-se dos seus poderes instrutórios e determinar a realização de uma prova pericial indireta, na qual os documentos juntados aos autos seriam analisados por perito judicial.

Por restar evidente a desídia do consumidor que optou por deliberadamente não preservar o bem objeto da prova, qual seja, o veículo acidentado, eventual laudo pericial inconclusivo somente poderá ser interpretado contrariamente ao consumidor, que optou por não preservar o bem objeto da prova. Ou seja, deve o consumidor sofrer as consequências negativas do seu ato de tornar impossível a prova pericial direta do veículo acidentado. Isso porque, o consumidor que optou por, deliberadamente, inviabilizar o correto cumprimento do ônus probatório pelo fornecedor, deve ser responsabilizado e arcar com o ônus de ter prejudicado a realização da prova pericial direta de engenharia no veículo, em razão do perecimento do seu objeto.

Assim, ao proferir a sentença, o juiz deverá valorar o comportamento dos sujeitos processuais, para verificar quem deverá arcar com as vantagens e desvantagens do cumprimento ou não de um ônus e as razões pelo seu não cumprimento. Não é cabível permitir a uma das partes adotar conduta material (na fase pré-processual ou durante a tramitação do processo) que impossibilite o cumprimento do ônus probatório atribuído *a priori* à sua parte adversária.

Assim, na hipótese acima verificada, deverá o juiz julgar a ação improcedente, uma vez que o consumidor, agindo de forma temerária, ajuizou uma ação, decidindo previamente por inviabilizar o direito de defesa da ré, montadora de veículos, deixando de preservar o bem que seria objeto da prova.

Ou seja, caberá ao juiz se valer na sentença da técnica da dinamização do ônus da prova em desfavor da parte que deu causa, por sua desídia ou má-fé, à “dificuldade ou impossibilidade de produção da prova” e que dessa dificuldade ou impossibilidade “busca se beneficiar”.

Conforme ensina Flávio Luiz Yarshell, a busca pela verdade deve ser o objetivo das partes como um elemento ético⁴⁸¹. Afinal, a violação desse dever de cooperação, do dever de dizer a verdade e dos demais preceitos éticos⁴⁸² nos atos processuais resultará na aplicação da sanção, ainda que brandamente, da litigância de má-fé e do abuso de direito.

Nesse contexto, é possível concluir que, para que as partes contribuam com o descobrimento da verdade, é imprescindível que produzam as devidas provas em juízo.

Verifica-se, ainda, que o modelo processual civil projetado, preocupado com a conduta ética das partes no processo, estendeu esses deveres a todos aqueles que intervêm no processo⁴⁸³, enumerando, por exemplo, no artigo 80 do Projeto do Novo CPC as condutas que representam a litigância de má-fé⁴⁸⁴.

Com a adoção da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo nosso sistema processual, todas as partes processuais e seus procuradores já estarão cientes de que, no caso concreto, poderão recair sobre si as consequências da não produção de determinada prova sobre certo fato, cuja produção seria essencial para o descobrimento da verdade.

A adoção da dinamização do ônus da prova tem por finalidade, portanto, reduzir o número de demandas oportunistas, considerando que o ônus da produção de determinada prova poderá recair sobre o sujeito processual imbuído de má-fé, que inclusive sabe ser

⁴⁸¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 194.

⁴⁸² YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 193.

⁴⁸³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, volume 344, ano 1998, p. 43-65.

⁴⁸⁴ Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

impossível a sua produção, arcando com as consequências de eventual descumprimento desse ônus processual.

Dessa forma, é possível afirmar que a parte que, tendo condições, não produz determinada prova em razão de estratégia processual não está agindo com lealdade e boa-fé, e está violando o seu dever de cooperar com a busca pela verdade. Por essa razão de caráter ético, o juiz deverá se valer na sentença da técnica da dinamização do ônus da prova em desfavor da parte que deu causa à “dificuldade ou impossibilidade de produção da prova”, inviabilizando o acesso a determinado meio de prova e que dessa dificuldade ou impossibilidade “busca se beneficiar”.

11. CONCLUSÃO

Os ônus processuais são uma das mais fundamentais categorias da ciência processual, sendo dotada de plena autonomia conceitual em relação a outras situações jurídicas e diferindo, por exemplo, das noções de obrigação e de direito subjetivo. Por essa razão, os mais consagrados processualistas elaboraram teorias próprias sobre o conceito de ônus e, especificamente, sobre a questão da distribuição do ônus da prova.

Renomados autores como Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Leo Rosenberg e Gian Antonio Micheli elaboraram verdadeiras teorias que sustentam uma visão ligada à distribuição estática do ônus da prova. Elas buscam sustentar a necessidade do estabelecimento *a priori* de regras legais de distribuição dos ônus probatórios entre as partes litigantes. As teorias de Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti são relevantes do ponto de vista da influência que tiveram sobre as legislações de países como Itália, Portugal, França, Espanha e Brasil. As teorias de Leo Rosenberg e de Gian Antonio Micheli também merecem destaque diante de suas peculiaridades se comparadas às doutrinas tradicionais e influentes de Chiovenda e Carnelutti.

Paralelamente, as ideias dos juristas Jeremy Bentham e René Demogue contribuíram para o desenvolvimento das bases que deram origem à técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova. Isso porque, suas ideias acerca da distribuição dos ônus probatórios levam em consideração as particularidades e especificidades de cada caso concreto, bem como a questão da maior facilidade na produção das provas.

Do ponto de vista histórico, segundo fontes do período clássico do direito romano (Digesto e Código Theodosiano), desde a fase da *lex actiones*, os romanos já conhecem o preceito segundo o qual o *onus probandi incumbit ei qui dicit non qui negat*, que era interpretado como se o ônus da prova incumbe ao autor e que não se provam as negativas. Ou seja, desde os antecedentes remotos do processo romano, verifica-se a origem da noção de que o fundamento principal da distribuição do ônus da prova entre as partes é a posição ocupada por cada parte na relação processual.

Durante o período formular de evolução do processo romano, origina-se a regra do “*reus in excipiendo fit actor*”, que acabou por abrandar e complementar a regra de que o ônus da prova incumbiria ao autor. Por meio dessa regra estabelecia-se que, com a oposição de exceção por parte do demandado, este se equipararia ao demandante quanto aos fatos declinados na sua defesa, tendo, portanto, a partir de então, a responsabilidade de prová-los, sob pena de ver desacolhida a exceção.

Adentrando à Idade Média, essas ideias oriundas do processo romano foram misturadas com noções sobre ônus da prova oriundas do direito germânico, por exemplo, com a ideia de que o ônus da prova competia ao réu. Assim, continuava a predominar no Direito Medieval a ideia de que o ônus da prova incumbe ao autor e, quanto à exceção, ao réu. Essas noções foram posteriormente absorvidas pelo Direito Português, desde o Direito Foraleiro, passando pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas, até chegar nas Ordenações Filipinas.

No que tange ao processo civil brasileiro, as disposições das Ordenações Filipinas acerca da distribuição dos ônus probatórios às partes vigoraram no país até o século XIX. O Regulamento 737 de 1850 e a Consolidação de Ribas foram os primeiros monumentos jurídicos brasileiros que buscaram estabelecer a regra de que seria imposta ao Autor a prova dos fatos relativos à sua pretensão e ao réu a prova dos fatos referentes à sua exceção. Tais ideias foram incorporadas ao CPC de 1939 e, posteriormente, ao CPC atual, demonstrando que as regras atuais previstas no sistema processual brasileiro acerca da distribuição estática do ônus da prova possuem raízes históricas.

Ao tratar da regra geral estática de distribuição do ônus da prova, foram abordadas as diferenciações entre os aspectos relativos ao ônus subjetivo e objetivo da prova e as perspectivas de análise do instituto do ônus da prova como regra de julgamento ou como regra de conduta das partes no processo. Restou claro naquelas linhas que a análise do ônus da prova exclusivamente como uma regra de julgamento não parece ser suficiente e que o aspecto subjetivo da regra do ônus da prova, como regra direcionadora do comportamento das partes, tanto antes quanto durante o processo, é essencial para o estudo da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Analisadas as regras específicas sobre o ônus da prova já previstas no ordenamento jurídico brasileiro, buscou-se demonstrar que, apesar de o artigo 333, incisos I e II, do CPC, contemplar disposição de caráter genérico sobre a distribuição deste encargo entre as partes processuais, cabe aos operadores do direito atentar para as normas especiais existentes no ordenamento jurídico nacional que disciplinam de forma particular a distribuição do ônus da prova de fatos relativos a certos negócios ou relações jurídicas específicas.

Posteriormente, esse trabalho expôs as hipóteses previstas em lei de inversões autorizadas do ônus da prova, quais sejam, a hipótese da inversão convencional do ônus da prova (artigo 333, parágrafo único, incisos I e II, do CPC) e a hipótese da inversão judicial do ônus da prova (artigo 6º, inciso VIII do CDC). Foram abordados os aspectos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais polêmicos ligados à inversão judicial do ônus da prova, como os requisitos para sua incidência, o momento processual adequado para a aplicação da técnica da inversão, o não cabimento da inversão do ônus da prova em ação que não envolve relação de consumo e a impossibilidade da inversão do ônus da prova em função da inversão do custeio da prova. Essa abordagem buscou ainda se valer de normas contidas em leis projetadas, que ainda não foram aprovadas pelo Congresso Nacional, como o Projeto de Nova Lei da Ação Civil Pública, o PLS nº 282/2012 (Projeto de Lei que altera o CDC para aperfeiçoar a disciplina das ações coletivas), bem como o Projeto do Novo CPC.

Vislumbramos que o modelo rígido de distribuição do ônus da prova às partes seria insuficiente, pois nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído, como, por exemplo, nos casos de prova diabólica (prova excessivamente difícil), fatos negativos absolutos, fatos notórios.

Dessa forma, foram expostas as bases principiológicas da dinamização dos ônus probatórios, bem como os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que já sustentam a possibilidade da dinamização do ônus da prova com base no ordenamento jurídico atualmente vigente. Sustentamos, todavia, que a adoção da técnica da dinamização do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro seria cabível somente de *lege ferenda*, com a aprovação do Projeto do Novo CPC pelo Congresso Nacional.

Por fim, no intuito de estabelecer os melhores critérios para utilização da técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, foram analisados os dispositivos contidos no Projeto do Novo CPC, para vislumbramos que a aplicação da técnica, na forma como projetada, deverá ser excepcional.

Analizamos ainda que o magistrado brasileiro deverá aprimorar a sua função de organizador da fase instrutória do processo, buscando delimitar com a máxima precisão os pontos controvertidos da demanda no despacho saneador, oportunidade na qual deverá informar sobre quais fatos recairá a dinamização dos ônus probatórios. Esse trabalho vislumbrou ainda a existência de dois momentos processuais nos quais o Juiz poderá aplicar a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova no procedimento de conhecimento: **(i)** na decisão de saneamento do feito, ou **(ii)** no encerramento da audiência de instrução e julgamento.

Sustentou-se ainda o cabimento de agravo de instrumento contra a decisão que deferir ou indeferir a dinamização dos ônus probatórios. Além disso, sustentou-se que a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova, em sua acepção objetiva, ou seja, do ponto de vista do julgamento da ação e da atribuição das consequências negativas à parte que eventualmente não tenha cumprido seu ônus probatório, é técnica complementar aos poderes instrutórios do juiz.

Além disso, sustentou-se que o exercício do poder instrutório do magistrado no intuito de garantir o quadro probatório mais consistente possível é fundamental para a correta utilização da técnica da distribuição do ônus da prova. Aliás, demonstrou-se que a existência desses poderes instrutórios do magistrado e das presunções de veracidade de fatos contrários às partes inertes em relação à apresentação dos meios de prova (nos casos que a produção de provas foi determinada de ofício pelo juiz), já evitariam que a parte resistente e inerte obtivesse qualquer proveito processual da sua omissão.

Todavia, como existem limites materiais, de cunho prático, ao exercício dos poderes instrutórios do magistrado e à utilização das presunções acima mencionadas, a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova se mostra útil e eficaz ao sistema processual brasileiro.

Assim, o juiz deverá se valer na sentença da técnica da dinamização do ônus da prova em desfavor da parte que deu causa à dificuldade ou impossibilidade de produção da prova, inviabilizando o acesso a determinado meio de prova e que dessa dificuldade ou impossibilidade busca se beneficiar.

A aceitação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nesses hipóteses traria consequências favoráveis ao sistema processual civil brasileiro, porque dificultaria às partes utilizarem-se das regras processuais como estratégia jurídica em detrimento da justiça.

Não resta dúvida de que a distribuição rígida, *a priori*, e abstrata do ônus da prova facilita manobras processuais fraudulentas, eivadas de má-fé e marcadas por comportamentos processuais antiéticos e contrários ao descobrimento da verdade dos fatos. Além disso, as regras de distribuição rígida do ônus da prova dificultam a produção de prova de quem, no caso concreto, tem menores condições de fazê-lo.

Com a adoção da técnica da dinamização do ônus da prova no sistema processual brasileiro, abre-se caminho para uma mudança de mentalidade do jurisdicionado quanto ao uso do processo, dado que todo sujeito processual terá ciência de que, no caso concreto, poderão pesar sobre si as consequências da não produção de provas de um determinado fato, cuja produção estava ao seu alcance.

Possivelmente, desse modo, o ajuizamento de demandas temerárias será reduzido, pois a regra de distribuição dinâmica do ônus da prova possibilitará ao juiz facultar a produção de determinada prova ao sujeito processual imbuído de má-fé.

Assim, na esfera prática, a técnica da dinamização do ônus da prova é, indubitavelmente, um instrumento processual efetivo no combate ao uso indevido do processo e da própria jurisdição. Em virtude disso, essa técnica contribui de forma efetiva para a resolução do congestionamento das atividades do Poder Judiciário, a partir do momento em que demandas desnecessárias e temerárias deixarão de ser ajuizadas.

12. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Dimas R. de; ALCKMIN, José G. R.; NILSSON, Jurandyr. *Jurisprudência de Processo Civil (1957-58)*: Arts. 1º a 279. São Paulo: Max Limonad, 1959, v. 1.

ALONSO, Carlos Miguel y. Los Principios de la Carga de la Prueba. *Boletim da Faculdade de Direito de Lisboa*, 1957.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v.4.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Provas: Aspectos Atuais do Direito Probatório*. São Paulo: Método, 2009.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Lições de História do Processo Civil Lusitano*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Lições de Processo Civil Canônico*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.86, abr-jun. 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual*: Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Temas de Direito Processual*: Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BAUDRY LACANTINERIE, Gabriel; BARDE, Louis. *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil, Des Obligations, III (Première Partie)*. 2 ed. Paris: L. Larose, 1905.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da Amplitude de Produção Probatória. In: TUCCI, José Rogério Cruz. *Garantias Constitucionais do Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Poderes Instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Direito e Processo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos et al. In: MARCATTO, Antônio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Tradução de Manuel Ossorio Florit da obra original *Traité des Preuves Judiciaires*. Buenos Aires: EJE, 1971, v.2.

BETTI, Emilio. *Diritto Processuale Civile Italiano*. 2 ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

BOTELHO DE MESQUITA, José Ignacio. *Limites ao Poder do Juiz nas Cautelares Antecipatórias*: Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v.3.

BUONCRISTIANI, Dino. *L'allegazione dei fatti nel processo civile*: Profili Sistemati. Torino: G. Giappichelli, 2001.

BUZAID, Alfredo. O Ônus da Prova. *Revista Forense*, v. 204, ano 60, out-nov-dez, 1963.

CALAMANDREI, Piero. *Verità e Verosimiglianza nel Processo Civile*. Opere Giuridiche. Napoli: Morano, 1972, v.5.

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

CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil*: Admissibilidade e Relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Inversão do Ônus da Prova e Tutela dos Direitos Transindividuais: alcance exegético do art.6º, VIII, do CDC. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM,

Bruno (org.). *Direito do Consumidor: Tutela das relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v.5.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Padova-Milano: CEDAM, 1936, v.1.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Ainda a Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, v. 807, ano 92, jan. 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile: le azioni, il processo di cognizione*. 4 ed. Inalterata. Napoli: Jovene, 1928.

_____. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. 2 ed. Napoli: Jovene, 1935-1936, v.2.

_____. *Principii di Diritto Processuale Civile: Le Azioni, il Processo di Cognitione*. Napoli: Jovene, 1980.

_____. *La Condanna nelle Spese Giudiziali (Ristampa Anastatica)*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINVOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 2 ed. Torino: UTET, 2003.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1974, nº 153.

CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e Poder: Contribuição para a História dos Recursos Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Técnica Processual Civil no Código de Defesa do Consumidor: Devido Processo legal e Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Garantias Constitucionais da Publicidade dos Atos Processuais e da Motivação das Decisões no Projeto do CPC: Análise e proposta*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 190, 2010.

DEMOGUE, René; HERMAN, Fuzier. *Code Civil: Annoté.* (art.1315 a 1.386). Paris: Contant-Laguerre, 1935, v.4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo.* 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.1.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.2.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil.* 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.3.

_____. *Vocabulário do Processo Civil.* São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno.* 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, t.I.

GIDI, Antônio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* nº 13, jan.-mar 1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRANDA, Piedad Gonzáles. *Carga de la Prueba Y Responsabilidad Civil.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro.* 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

EBERLIN, Fernando Buscher von Teschenhausen. A Inversão do Ônus da Prova nos Processos que Envolvem Relações de Consumo: Regra de Comportamento ou Critério de Julgamento? *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 45, dez. 2006.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial.* 6 ed. Buenos Aires: Zavalia, 1988, v.2, t. I.

_____. *Teoría General de la Prueba Judicial.* 5 ed. Bogotá: Temis, 2002, t.I.

- FARIA, Sebastião Soares de. *Principaes Theorias Relativas ao Onus Probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.
- FORNACIARI, Fernando Hellmeister Clito. *Ônus da prova no processo civil*. São Paulo: FDUSP, 2005. Dissertação de Mestrado.
- FUENTES, Fernando Toribios. *Comentarios a La Ley de Enjuiciamiento*. Valladolid: Lex Nova, 2012.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de HESPANHA, A. M; MALHEIROS, L.M. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- GIVERDON, Claude. The Problem of proof in French Civil Law. *Tulane Law Review*, v.31, 1956-1957.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v.2.
- IRUZUBIETA, Carlos Vázquez. *Comentario a La Ley de Enjuiciamiento Civil*. 2 ed. Madrid: Difusión Jurídica, 2012.
- KARAM, Munir. Ônus da prova: noções fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n.17, jan-mar 1980.
- KNIJNIK, Danilo. As Perigosíssimas Doutrinas do "Ônus Dinâmico da Prova" e da "Situação de Senso Comum" como Instrumentos para Assegurar o Acesso a Justiça e Superar a *Probatio Diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Imposição e Inversão do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Causa de pedir e pedido nos processos coletivos: uma nova equação para a estabilização da demanda. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; WATANABE, Kazuo (org.). *Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 01.

_____. *Anotações a Respeito do Ônus da Prova, Processo Civil: Homenagem a José Inácio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro, com Notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LOBÃO, Manoel de Almeida e Souza, *Segundas linhas sobre o processo civil ou antes Adições às primeiras* do bacharel Joaquim José Caetano Pereira e Sousa, parte I, Lisboa: Imprensa Nacional, 1855.

LOBO DA COSTA, Moacyr. *Breve Notícia Histórica do Direito Processual Civil Brasileiro e de sua literatura*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

LOPES, João Batista. *O Ônus da Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 435, janeiro 1972.

_____. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Contraditório, Paridade de Armas e Motivação da Sentença. In: GARCIA MEDINA, José Miguel; FIGUEIREDO CRUZ, Luana Pedrosa de; SEQUEIRA DE CERQUEIRA, Luís Otávio; GOMES JR., Luiz Manoel (coords.). *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v.2.

MACHADO, Marcelo Pacheco, Ônus Estático, Ônus Dinâmico e Inversão do Ônus da Prova: Análise Crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil, *Revista de Processo*, Ano 37, Volume 208, Jun/2012, p. 295-316.

MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Comentários ao Código Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, v.5.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Projeto do CPC: Críticas e Propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Instituição de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v.3.

_____. *Manual de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1974, v.2.

MATOS, Cecília. *O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1993. Dissertação de mestrado defendida na FDUSP.

_____. *O Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, jul-set/1994.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHEL, Gian Antonio. *L'Onere della Prova*. 2 ed. Padova: Cedam, 1966.

MILHOMENS, Jonatas. *A Prova no Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MILMAN, Fábio. *Improbidade Processual: Comportamento das Partes e de seus Procuradores no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, José Rubens de. *Sociedade e Verdade – Evolução Histórica da Prova*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008. Tese de doutorado defendida na FDUSP.

MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, jul./set. 1999.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MORENO, Juan Damián. *Carga de la Prueba Y Responsabilidad Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MURRAY, Peter; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. North Carolina: Carolina Academic Press, 2004.

NERY JR., Nelson, Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 1, 1992.

NEVES E CASTRO, Francisco Augusto das. *Theoria das Provas e sua Aplicação aos Actos Cíveis*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1917.

NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O Ônus da Prova*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo civil, accomodadas ao fôro do Brasil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nova edição, Rio de Janeiro, H. Garnier, 1906.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos Lineamientos de las Cargas Probatorias Dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W. (coord.). *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

PISANI, Andrea Proto. Le'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: CEDAM, n. 30, 1975, p. 620-634.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil: Arts. 282 a 443*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t.IV.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. *O Ônus da Prova no Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 2000.

RAU, MM. Aubry et al. *Courts de Droit Civil Français: D'après la méthode de Zachariae*. Paris: Marchal et Billard, 1935, v. XII.

REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova: Breves Apontamentos. *Revista Dialética de Direito Processual* n. 93, dez 2010.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das Leis do Processo Civil*: Commentada pelo Conselheiro Dr. Antônio Joaquim Ribas com a Colaboração de seu filho Dr. Julio A. Ribas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Typographo, 1880, v.1. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/220533?mode=full>. Acesso em: 30 jun. 2013.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tradução espanhola de Vera Angela Romera da obra original Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts (5 ed. München und Berlin: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung). Buenos Aires: EJE, 1955.

_____. *La Carga de la Prueba*. 2 ed. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

_____. *La Carga de la Prueba*. Tradução de KROTOSCHIN, Ernesto. Buenos Aires: EJE, 1956.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial*: Parte Geral. São Paulo: Max Limonad, 1940, v.1.

SCALAMOGNA, Margherita. La Ripartizione dell'Onere Probatorio nella Responsabilità Medica: L'ultimo (?) "Revirement" Giurisprudenziale. *Rivista Critica del Diritto Privato*. Jovene: n. 2, v. 23, 2005, p. 361-373.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões velhas e novas sobre a inversão do ônus da prova (CDC, art. 6.º, VIII). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 146, abr. 2007, p.49-68.

SOARES, Fernando Luso. *A Responsabilidade Processual Civil*. Coimbra: Almedina, 1987.

TARUFFO, Michele. *La Prova nel Processo Civile*. In: TARUFFO, Michele (a cura di). Trattato di Diritto Civile e Commerciale. Milano: Dott. A. Giuffrè, 2012.

TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre o Ônus da Prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*: Em Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v.1.

_____. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Forense*, volume 344, ano 1998, p. 43-65.

_____. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 1989, v.2.

VERDE, Giovanni. La Regola di Giudizio fondata sull'Onere della Prova. In: *L'Onere della Prova nel Processo Civile*. Napoli: Jovene, 1974.

_____. *Profili del Processo Civile: Parte generale*. 4. ed. Napoli: Jovene, 1994.

_____. L'Inversione degli Onere Probatori nel Processo. *Rivista Trimestrale di diritto e procedure civile*, Milano, giu.set. 1992.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

WHITE, Inés Lépori. *Cargas Probatorias Dinámicas*. In: PEYRANO, Jorge W. *Cargas (coord.). Cargas Probatorias Dinámicas*. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, págs. 35-74.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, Considerações Sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 37, n. 205, Mar/2012, p. 115-159.

ZANETTI, Paulo Rogério. *Flexibilização das Regras sobre Ônus da Prova*. São Paulo: Malheiros, 2011.