



LETRAS Jurídicas

Apresenta:

Artigos Jurídicos

Autor: Carlos Janilson Rego de
Freitas

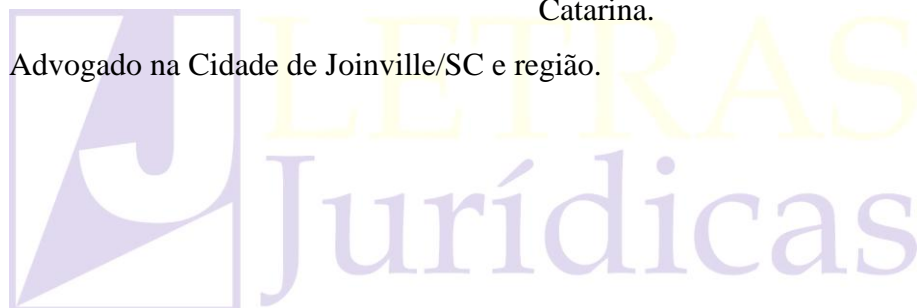
Este texto é de responsabilidade do autor e não reflete necessariamente a linha programática e ideológica da Editora Letras Jurídicas.

A Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil

Carlos Janilson Rego de Freitas

Graduado em Direito pela
Faculdade Cenecista de
Joinville, Estado de Santa
Catarina.

Advogado na Cidade de Joinville/SC e região.



Sumário: *1. Posicionamento do tema. 2. Origem da Prova: brevíssima análise da evolução histórica. 2.1 A relação do objeto e da função da prova com a inversão do ônus da prova. 3. Valoração da prova. 3.1 A presunção e a prova. 4. A prova e a sua inversão do ônus no processo civil contemporâneo: ônus de afirmar e provar. 4.1 Distribuição do ônus – o interesse. 4.1.1 Normas específicas. 4.1.2 Convenção das partes. 4.2 Dimensão do ônus – a prova suficiente. 5. A inversão do ônus da prova: convencional, legal, e judicial. 5.1*

Inversão convencional. 5.2 Inversão legal. 5.3 Inversão judicial. 6. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor. 7. Distribuição dinâmica da carga probatória – projeto do novo Código de Processo Civil. 8. Síntese conclusiva.

Resumo: O presente ensaio tem como base a monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sendo que neste, analisa-se, objetivamente, o instituto jurídico da Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil, abordando-se, à luz do Código de Processo Civil, do Código de Defesa do Consumidor e, por fim, sob a ótica do projeto de lei do novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Processo Civil, Prova, e Inversão do Ônus de Prova.

Abstract: This essay is based in monograph presented as partial requirement for obtaining degrees in law, but in this case, we analyze objectively the legal institution of Inversion of Burden of Proof in Civil Procedure, approaching, in the light Code of Civil Procedure, Code of Consumer Protection, and finally, from the perspective of the new Code of Civil Procedure stiiil not approved by the brazilian Parliament.

Key words: Civil Procedure, Evidence, and Inversion of Burden of Proof.

1. *Posicionamento do tema*[\[1\]](#).

O presente escrito busca, de forma concisa, uma investigação do instituto jurídico da Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil, tomando-se por base, sua distribuição e aplicação no âmbito do processo civil, bem como nas relações regidas pelo CDC.

O ônus *probandi*, sendo encargo que pesa sobre a parte em produzir provas, é o referente inicial. Esta análise perpassa uma investigação do instituto jurídico da Inversão do Ônus da Prova no Processo Civil, em cotejo com uma nova realidade processual completamente distinta daquela que inspirou a promulgação do CPC de 1973.

A análise procura demonstrar a importância do Ônus da Prova, tanto o de afirmar quanto o de provar. Ultrapassando esse ponto, apresentar-se-á a Inversão do Ônus da Prova nas formas pelas quais deve ser distribuída, tanto no CPC¹, quanto no CDC². Destaque-se, que o objetivo do presente ensaio é contribuir para o debate acadêmico, sempre de forma franca, respeitosa e leal, ciente de que

¹ Código de Processo Civil – Lei nº. 5.869/1973.

² Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8.078/1990.

também estamos sujeitos às devidas críticas por parte daqueles que militam em favor de suas aplicabilidades tão somente divididas a cada parte litigante.

Por último, será analisado sob o enfoque da distribuição dinâmica do ônus probatório a luz do Projeto do NCPC³. Encerra o compêndio uma brevíssima síntese conclusiva, resumindo as conclusões resultantes em toda a exposição desenvolvida.

2. Origem da Prova: brevíssima análise da evolução histórica.

A prova judicial sempre esteve presente, com o fim que justiça fosse feita. Nesse contexto, é possível apontar cinco importantes fases na evolução da prova processual: a fase pós Império Romano, onde se acreditava na divindade influenciada pela Religião, invocando-se a proteção divina ou a devoção em busca da verdade⁴; a fase da Idade Antiga, onde o Código de Hamurabi admitia a prova testemunhal⁵; a fase do advento das Universidades, no século XI, trazendo a feição pelo estudo do direito romano⁶; a fase de fusão de

³ Projeto de Lei nº. 8.046/2010.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. V. I. 51ª. ed. Rio de Janeiro Forense, 2010, p. 14.

⁵ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria Geral do Processo – Direito Probatório**. 2ª. ed. São Paulo: De Direito, 2001, p. 11.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. V. I. 51ª. ed. Rio de Janeiro Forense, 2010, p. 14.

normas e institutos do direito romano, germânico e canônico, surgindo o direito comum e o processo comum, entre o século XI até o século XVI⁷; a última, pós Revolução Francesa, onde no processo se passou a adotar princípios atuais como o livre convencimento do Juiz⁸, e daí em diante, no Brasil, sobrevieram outras mudanças que nos propiciaram chegar até o Código de Processo Civil de 11 de Janeiro de 1973.

2.1 A relação do objeto e da função da prova com a inversão do ônus da prova.

Partindo do conhecimento que o objeto da prova funda-se exclusivamente os fatos, visível se torna a sua relação com a função da prova. Sim, pois a função é provar todo o alegado pelas partes e, ainda, buscar o convencimento do Juiz, para que o mesmo julgue de acordo com o que está demonstrado no processo, confirmando assim, o direito postulado.

O juiz, quando toma a iniciativa de mandar seja produzida determinada prova, não realiza, em substituição, aquilo que à parte caberia promover, sendo que, em nada compromete ou impede sua imparcialidade, desde que respeitados os limites que lhe são postos pelo pedido do autor e pela sua respectiva causa⁹. E é nesse contexto,

⁷ *Idem*, p. 14.

⁸ *Idem*, p. 15.

⁹ AMORIM, José Roberto Neves. **Fundamentos atuais do processo civil: processo de conhecimento**. V. I. São Paulo: Manole, 2004, p. 38.

que em determinadas demandas processuais, poderá haver necessidade da inversão do ônus de prova¹⁰.

De fato, no atual sistema processual civil o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional.

Assim, inegável é a intensa relação entre o objeto e a função da prova, ao passo que, tal relação está diretamente ligada à finalidade, onde, *in casu* determinado, a inversão do ônus ligado à prática de certo ato, produzirá um determinado resultado dentro do processo, podendo gerar um benefício ao interessado, ou evitar uma situação de desvantagem, p. ex. *“o réu não é obrigado a se defender, mas se não o fizer, as conseqüências, se reverterão contra ele”*¹¹.

Destarte, acrescente-se ainda, que tal relação, alegação-ônus de prova, em momento algum poderá ser desvinculada, eis que, este, via de regra, cabe a quem alega.

3. Valoração da prova.

¹⁰ Em relação à inversão de ônus, vide art. 333 do CPC.

¹¹ AMORIM, José Roberto Neves. **Fundamentos atuais do processo civil: processo de conhecimento**. V. I. São Paulo: Manole, 2004, p. 283.

Como já mencionado anteriormente, a prova está destinada a convencer o Juiz, esta terá seu valor e influenciará na hora do julgamento, sendo analisadas e valoradas em sua individualidade¹².

O TJSC[2] se manifesta no nesse sentido, de que a valoração da prova, em caso específico, poderá fazer toda diferença para o deslinde final da demanda. O STJ[3] confirma que é possível mesmo em sede de recurso, a análise jurídica probatória para melhor aferir a demanda, diferenciando-se totalmente do reexame de prova, este último vedado em sede de recursos cuja competência é daquele Tribunal (Súmula 7 – STJ).

Todavia, no direito processual são conhecidos três sistemas para que o juiz possa atribuir valor a prova, são eles: critério legal; da livre convicção; e o da persuasão racional.

O critério legal é aquele pelo qual a própria lei atribui à prova o seu valor, não permitindo que o juiz o faça. É um sistema tido como primitivo e o CPC não o adota, embora haja hipóteses semelhantes, como p. ex., *“a impossibilidade de dívidas superiores a 10 salários mínimos serem provadas exclusivamente por testemunhas”*.

O segundo critério, o da livre convicção, também tido como convicção íntima, é aquele que o juiz não necessita fundamentar sua decisão, julgando apenas com base no seu convencimento. Este também não é aceito pelo nosso sistema. E o terceiro critério, o da

¹² *Idem*, p. 283.

persuasão racional, é o adotado pelo sistema brasileiro¹³, inclusive como exigência constitucional, porque o juiz deverá sempre fundamentar suas decisões¹⁴.

Desse modo, vê-se que o critério da persuasão racional adotado pela lei brasileira parece ser a mais justa e adequada, pois nela o Juiz deve, com base na prova contida nos autos, fundamentar ao prolatar uma sentença ou decisão.

3.1 *A presunção e a prova.*

A presunção é um processo racional do intelecto, ou um processo mental¹⁵, forma de raciocinar por meio da qual o juiz parte da prova de um fato indiciário.

Não obstante, o tema é de difícil abordagem, na medida em que existem grandes divergências terminológicas e o CPC não trata expressamente de presunções, dispondo apenas sobre as máximas de experiência¹⁶. Nesse sentido, grande e boa parte da doutrina¹⁷ entende e gradua as presunções como: absolutas, relativas e mistas.

¹³ O Sistema da Persuasão Racional encontra-se inserido nos arts. 130 e 131 do CPC.

¹⁴ Veja-se art. 93, inciso IX, da CF/88.

¹⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 232.

¹⁶ Dispõe o art. 335 do CPC: “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 de experiência técnica, ressalvando, quanto a esta, o exame pericial”.

A presunção absoluta (*iuris et de iure*) “a qual a Lei estabelece uma relação unívoca entre um fato ocorrido e outro fato que é presumido, destituindo de qualquer efeito eventual prova que negue essa relação inferencial”¹⁸. São exemplos os arts. 163 e 1.238, ambos do CC, sendo todas legais¹⁹ (*proesumptiones legis*).

Já as presunções relativas (*iuris tantum*), “são aquelas que admitem prova em contrário”²⁰. Ou seja, aquela que a Lei estabelece uma relação provisória entre o fato provado e o fato presumido. É o caso do art. 943²¹ do CC.

A contrário daquela, as relativas²² podem ser fixadas pelo juiz em casos específicos que desdenhem melhores provas, ou provas

¹⁷ Veja-se: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009., LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004., SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008., THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. V. I. 51ª. ed. Rio de Janeiro Forense, 2010., WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. V. I. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

¹⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 236.

¹⁹ Outras presunções absolutas, vide CC de 2002, arts. 6º, 133, 191, 323, 574, 658, 1.282, 1.324 etc.

²⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 439/440.

²¹ Veja-se art. 943 do CC de 2002.

²² Vide arts. 8º, 322, 324, 1.253, 1.662, do CC de 2002. Arts. 368, 375, 750, do CPC etc.

mais relevantes e específicas (p. ex. prova pericial), quando passarão a serem judiciais²³.

Por último as presunções mistas, são as que admitem determinada prova em contrário, prova essa também prevista em lei. A exemplo, temos os arts. 338 e 340 do CC.

Assim, as presunções correspondem sim a um tipo de raciocínio, sendo que mesmo as leis naturais consideradas hoje absolutas ficam sujeitas a uma nova revelação da ciência, que pode impor uma revisão ou nova interpretação de suas proposições, ou seja, o que era, há alguns anos, dado como cientificamente certo, pode hoje não ser.

4. *A prova e a sua inversão do ônus no processo civil contemporâneo: ônus de afirmar e provar.*

O CPC contém somente uma disposição de caráter geral sobre o complexo tema do ônus da prova²⁴, a qual consta no art. 333²⁵,

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

²⁴ De forma geral apresenta-se algumas definições: 1. “Ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 70.; 2. “Ônus da prova são aquelas atividades que a parte realiza no processo em seu próprio benefício”. GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 432.; 3. “Ônus da prova pode ser conceituado como a atribuição, à parte, da

destinada a fixar regras sobre a distribuição desse encargo entre as partes²⁶. Esse ônus consiste, segundo entende o STJ[4], na conduta processual exigida da parte para que os fatos por ela alegados sejam admitidos pelo juiz, ou seja, da prova *in casu*.

Nesse sentido, a parte não apenas possui somente o ônus de alegar, mas também o de provar, sendo que os dois encargos se encontram coligados e muito embora não pareça, há uma distinção entre ambos, sendo plenamente visível quando da inversão do ônus *probandi*. E é sob esse aspecto bifronte que a matéria deve ser analisada.

Em recente decisão, o STJ[5] retratou os dois encargos de forma que a parte deveria ter trazido na inicial (ônus de afirmar) os fatos que embasavam seu direito. Do mesmo modo, deveria, quando da oportunidade de produzir provas (ônus de provar), requerer quais provas, o que assim não agiu.

incumbência de comprovar determinados fatos que lhe são favoráveis no processo”. WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. V. I. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 415.

²⁵ “O art. 333 do CPC reparte o ônus da seguinte forma: I – ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito; e. II – ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. A exegese do referido artigo se dar de forma que a cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio. Ou seja, o autor deve provar a veracidade do fato constitutivo do seu direito. Já o réu, na constatação, se contestar apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre o este.

²⁶ Adiante, do item 4.1 Distribuição do Ônus – O interesse. Tratar-se-á como pode ser direcionado dependendo de cada caso.

O ônus de afirmar e o de provar, não raras vezes passa despercebido, ao passo que nem mesmo a doutrina clássica²⁷ não traz sua distinção. Não obstante, há notória distinção entre os referidos ônus (encargos), porquanto que o legislador indica a parte a quem compete o ônus de produzir a prova.

Nesse sentido, Leonardo distingue da seguinte forma: ônus da afirmação como o poder conferido às partes de afirmar todos os fatos embaixadores de suas pretensões ou defesas. Já o ônus da prova é o poder das partes na relação jurídica para prova dos fatos alegados²⁸.

Daí notória a distinção entre os dois ônus. Ainda de outra forma, as alegações feitas pela parte autora não contestadas pela parte requerida tornam-se incontroversas, não podendo representar objeto de prova, ressaltando a fundamental importância do ônus de afirmação de ambas as partes litigantes.

Assim, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz²⁹. Ou seja, sempre que ao tempo da

²⁷ Entre as clássicas, encontramos relatos apenas com Marcus Vinicius Rios Gonçalves, e este não diferencia ao tratar da matéria. *In* GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 432/433.

²⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 123.

²⁹ “O juiz somente utilizará as normas de distribuição dos ônus da prova, quando o produto da atividade de instrução se revela insuficiente para formar no espírito do julgador uma convicção razoavelmente sólida a respeito dos fatos” TJRS, 13ª CC., Ap. Civ., 70003044039, Rel. Des. Sérgio Luiz Grassi Beck, ac. 20.12.2005, DJ 04.01.2006. ECHANDÍA. Hernando Devis, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito**

sentença, se deparar com a falta ou insuficiência de provas para retratar a veracidade dos fatos controvertidos, o juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, p. ex. *“contra o autor, se foi o fato constitutivo de seu direito o não provado, ou contra o réu, se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na defesa”*.

4.1 Distribuição do ônus – o interesse.

Somente quanto aos fatos que integram o objeto da prova pode existir o ônus de provar. Desse modo, a regra expressamente prevista na lei³⁰, confere a ambas as partes, de forma absolutamente igualitária, o direito de produzir as provas que entendem necessárias a confirmar a veracidade dos fatos afirmados em juízo (Princípio do Interesse).

Nesse sentido, não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há sim, um

Processual Civil: Teoria do Direito Processual Civil e o Processo de Conhecimento. V. I. 51^a. ed. Rio de Janeiro Forense, 2010, p. 430.

³⁰ “O art. 333 do CPC reparte o ônus da seguinte forma: I – ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito; e. II – ao réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. A exegese do referido artigo se dá de forma que a cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio.

simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados³¹.

Nesse sentido, o STJ[6] já se manifestou e entende que a falta de provas dentre aquelas a serem produzidas pela parte ré refleti, de forma preponderante no resultado da demanda.

Assim, de quem quer que seja o ônus *probandi*, a prova, para ser eficaz, há de apresentar-se como completa e convincente a respeito do fato de que deriva o direito discutido no processo, porquanto, a falta de prova ou prova incompleta equivalem-se na sistemática processual do ônus de prova.

4.1.1 Normas específicas.

Com as regras gerais instituídas pelo art. 333 do CPC convivem outras³², de caráter especiais e substancialmente harmoniosas e ordinariamente relevantes ao princípio do interesse em provar. Esse tem sido o entendimento do STJ[7].

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme, 1999, apud LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 178/179.

³² São as que regem a distribuição do ônus da prova entre os sujeitos dos negócios ou das específicas relações jurídicas, sendo algumas delas constantes no próprio CPC (art. 337 e 389, I) e outras, fora dele.

Ademais disso, o Código Civil de 2002 apresenta vários dispositivos³³ que disciplinam particularmente a distribuição do ônus da prova de fatos relativos a certos negócios ou relações jurídicas.

Outrossim, o CDC, sensível à hipossuficiência³⁴ do consumidor, destinatário final de produtos e serviços³⁵, impõe normas especiais sobre a distribuição do ônus da prova em determinadas situações, fazendo-o sempre com o declarado objetivo de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores.

4.1.2 *Convenção das partes.*

Ultrapassando a legalidade prevista no CPC, CC e CDC, importante ressaltar quanto à faculdade de as partes poderem convencionar a distribuição ou inversão do ônus da prova e se lhes é lícito por contrato ou acordo nos autos dispor diversamente do que estabelece a lei sobre o tema³⁶.

³³ Veja-se arts. 332, 353, 461, 613, 644, 667, 936, 1.588, 1.965, todos do CC. de 2002.

³⁴ A hipossuficiência é condição extremada de vulnerabilidade relativa à pessoa do consumidor. Portanto, consumidor hipossuficiente é aquele que em função de acentuada deficiência, não reúne condições pessoais para entender o conteúdo de determinada avença contratual de fornecimento de produto ou de prestação de serviço. GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 106 e ss.

³⁵ Vide art. 2º do CDC.

³⁶ Art. 333 do CPC.

Cedição é que em relação à regra³⁷, as partes dispõem de determinados direitos no processo que litigam, assim, é lícito que estipulem em cláusula contratual critérios próprios a respeito do ônus da prova, para a eventualidade de litígios, desde que não se trate de direito indisponível ou se torne excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito³⁸.

Esse entendimento o STJ[8] mantém, o qual podem a partes disporem sobre a distribuição do ônus probatório, observando-se quanto ao parágrafo único, do art. 333, do CPC.

Ademais, importante ressaltar quanto aos direitos indisponíveis, que se o réu não contestar a ação, não serão considerados como verdadeiros os fatos alegados pelo autor, isto é, não se aplicará o instituto da revelia³⁹.

Assim, só não poderá haver manifestação de distribuição ou inversão do ônus pelas partes, quanto das duas hipóteses demonstradas acima, sendo plenamente cabível acerca dos direitos disponíveis, submetendo-o (convenção ou acordo) a homologação do juiz.

³⁷ Art. 333, § único do CPC: “Art. 333. *Omissis*. 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”.

³⁸ AMORIM, José Roberto Neves. **Fundamentos atuais do processo civil: processo de conhecimento**. V. I. São Paulo: Manole, 2004, p. 285.

³⁹ Veja-se arts. 319, 320, inciso II, do CPC.

4.2 Dimensão do ônus – a prova suficiente.

De acordo com a regra insculpida sobre o ônus da prova⁴⁰, dispondo que incumbe a autor e ao réu, a distribuição tem o objetivo de ligar a produção da prova a um resultado favorável, formado segundo o poder de convencimento racional e segundo o que está nos autos⁴¹. É sob esse foco de racionalidade que deverão se pautar as dimensões do ônus probatório, na medida em que dado o caso concreto, concluída a instrução processual, não há motivos para delonga ou dilação para produção de provas. No sentido literal, é a prova *suficiente*.

Desta forma, verifica-se que os encargos probatórios não devem ser tão pesados para as partes, de forma a dificultar excessivamente a busca ou defesa de direitos⁴². Nesse sentido, tem-se que a dimensão do ônus probatório é dividida de forma racional ao caso concreto, porquanto que na instrução processual se chegue à demonstração razoável da existência do fato alegado pela parte – a prova suficiente, sem os extremos da exigência de certeza absoluta.

⁴⁰ Art. 333 do CPC.

⁴¹ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁴² Na Alemanha, não há norma similar à do art. 333, a idéia de distribuição do ônus da prova segue a mesma lógica. Argumenta-se que a parte que pretende ser beneficiada pelos efeitos de uma norma deve provar os pressupostos fáticos para a sua aplicação. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processual Civil – Processo de Conhecimento**. V. II. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 267.

Nesse sentido, em recente julgado, o STJ^[9] retratou que é em homenagem ao princípio do livre convencimento do juiz, economia processual e celeridade, que admite-se a não necessidade de produção de provas, devendo o juiz proceder com o prosseguimento da demanda.

5. A inversão do ônus da prova: convencional, legal, e judicial.

São inversões do ônus da prova as alterações de regras legais sobre a distribuição desde que autorizadas por lei. Ou seja, o mesmo poder⁴³ que legitima a edição de normas destinadas à distribuição do ônus da prova legitima também as exceções quando expressamente permitidas pelo legislador⁴⁴. Esta regra da inversão do ônus da prova não infringe o princípio da isonomia processual⁴⁵, visto

⁴³ “Por meio da inversão do ônus da prova – pelo menos no que diz respeito à inversão não convencional da carga probatória –, o legislador trouxe ao Processo Civil um mecanismo que aproxima o direito material do direito processual, na medida em que se deixa de aplicar o procedimento especial amoldado ao determinado direito substancial debatido no processo. As hipóteses legais de inversão do ônus da prova costumam ser construídas pelo legislador a partir do reconhecimento de que, em certos casos, imputar a integralidade da prova dos fatos constitutivos ao autor é o mesmo que negar, na prática, a tutela de seu direito.” LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 218.

⁴⁴ Análogo a esse tem-se à prorrogação de competência, que também abre caminho a exceções na aplicação das normas estabelecidas em lei. Vide arts. 128 e 460, do CPC.

⁴⁵ O princípio constitucional da isonomia exige o tratamento igualitário de pessoas igualmente situadas na relação processual.

que trata desigualmente pessoas que se encontram em situações técnicas ou financeiras também desiguais.

Assim sendo, ocorrerá inversão quando houver uma alteração da regra natural de distribuição do ônus da prova. Dessa forma a inversão poderá se dar de três formas distintas: a convencional, a legal ou a judicial⁴⁶. No entanto, o fenômeno da inversão do ônus da prova é mais complexo do que se pode imaginar ou seu próprio nome insinua, conforme se demonstrará adiante.

5.1 *Inversão convencional.*

Inversão convencional do ônus da prova é a alteração do disposto em regras legais responsáveis pela distribuição deste, mediante ato concertado entre as partes⁴⁷. O CPC, no art. 333, parágrafo único⁴⁸, permite que as partes, por convenção modifiquem a

⁴⁶ Nas três hipóteses o resultado será o mesmo, a alteração da distribuição legal do ônus.

⁴⁷ “Esse não é em substância um ato processual, embora projete efeitos sobre o processo.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 76.

⁴⁸ “No mesmo sentido, dispõe o artigo 2698 do Código Civil Italiano: Sono nulli i patti i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione há per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto”. Ver nota de rodapé 344 in LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 225.

distribuição do ônus da prova⁴⁹. Pode ser realizado por qualquer forma idônea, como em instrumento público ou particular, por ocasião dirigida ao juiz, na audiência preliminar, ou ainda vir incluída como cláusula contratual, não tendo relevância alguma o fato de ser convencionada antes da instauração do processo⁵⁰.

No entanto, em algumas relações contratuais, o ônus não poderá ser invertido⁵¹, como p. ex. no caso de relações jurídicas de consumo (art. 51, VI, do CDC) e também nos casos regidos pela MP nº. 2.172-32/2001⁵².

No que tange as duas limitações previstas no parágrafo único, do art. 333, do CPC, que não podem ser transigidas, a primeira é de direito, e a segunda puramente processual. Na primeira, quando o

⁴⁹ Art. 333, § único do CPC: “Art. 333. *Omissis*. 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”.

⁵⁰ Ver art. 333, § único do CPC, c/c art. 104, inciso III, do CC.

⁵¹ O art. 51, inciso VI, do CDC, estabelece que serão nulas de pleno direito todas as cláusulas que invertam o ônus da prova em prejuízo do consumidor. Isso significaria, colocar o consumidor numa posição de total cerceamento de defesa. Veja-se: “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;”. No mesmo sentido, a Medida Provisória nº. 2.172-32 de 2001, estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações onde haja indícios suficientes da prática de agiotagem.

⁵² Esclarece-se que a MP 2.172-32 de 2001 ainda está em vigor por força da Emenda Constitucional nº. 32, que alterou o § 11 do art. 62 da CF/88, passando a dispor o seguinte: “Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas”.

direito for indisponível, não é sujeito à transação, nem à confissão, e a inversão do ônus da prova permitiria uma burla indireta a essas proibições. Em outras palavras, seria pôr em risco o próprio direito. Na segunda, de caráter processual, se a inversão resultasse para uma das partes produzir prova impossível ou diabólica, a oneraria excessivamente⁵³, fadando em insucesso a pretensão que ela (a parte) defende.

Assim, em suma, a convenção sobre o ônus da prova merece um especial cuidado, a fim de se evitar situações ilícitas, visando impedir lesão ou ameaça de lesão a direito, o direito à prova⁵⁴, igualdade e ao contraditório⁵⁵.

5.2 *Inversão legal.*

A inversão legal é aquela que ocorre por uma presunção. Nesse sentido, esclarece-se de pronto, que a inversão legal não deriva

⁵³ “A negociação contratual, distribuindo o ônus da prova em sentido diverso ao daquele determinado em lei – sobretudo em contratos formados por adesão –, possibilita a criação de vantagens processuais para os contratantes que podem impor cláusulas dessa espécie, ferindo duramente a igualdade que deve permear o processo”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 226.

⁵⁴ Sobre o assunto, ver CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil**. V. III. São Paulo: ed. Revistas dos Tribunais, 2001, p. 48/49.

⁵⁵ Veja-se art. 5º, inciso LV, da CF/88.

tão só puramente da presunção relativa, na qual não necessita provar a parte que alega, do contrário, à outra parte é permitida à prova.

Nesta forma de inversão, note-se que ocorre de maneira implícita, vez que, aquela parte que se favorece de fato por presunção, desponta automaticamente, e se exclui da responsabilidade probatória daquele determinado fato. Ou seja, somente quando a presunção for relativa, pode-se ter a inversão legal.

Assim, na medida em que a existência de parcela dos fatos necessária para a constituição de um direito é presumida, no processo, a prova deixaria de ser imputada ao autor, sendo destinado o ônus de sua prova ao réu⁵⁶.

5.3 *Inversão judicial.*

A inversão judicial⁵⁷ ocorre sempre quando a lei permite que o juiz altere as regras legais de distribuição do ônus da prova⁵⁸.

Tomada essa delimitação, basta que um dos requisitos esteja presente (verossimilhança ou hipossuficiência). Na verossimilhança, existe a inversão, de acordo com uma consideração

⁵⁶ Sobre o assunto, ver art. 38 do CDC, que será abordado no item 6. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

⁵⁷ É o que se dá no Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 6º, VIII, permite inverter o ônus da prova em favor do consumidor sempre que, a critério do juiz for verossímil a alegação ou quando ele for hipossuficiente.

⁵⁸ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 437.

de prova produzida, ou com base nas máximas de experiências⁵⁹. Já quando da hipossuficiência, a inversão judicial ocorre de plano, quando o juiz considerar que há aquela que alude à lei, seja econômica ou técnica.

De outro vértice, não há qualquer limitação aos efeitos da inversão judicial do ônus da prova, ou seja, não se vê qualquer veto explícito às inversões que ponham o fornecedor diante da necessidade de uma prova impossível ou diabólica, tanto no CPC, quão pouco no CDC⁶⁰.

6. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor.

O mecanismo do ônus da prova previsto pelo art. 333 do CPC⁶¹ foi substancialmente alterado pela legislação relativa aos direitos do consumidor⁶².

⁵⁹ *Idem*, p. 437.

⁶⁰ “No entanto, será ineficaz a inversão exagerada mesmo quando resultante de ato voluntário de pessoas maiores e capazes (CPC, art. 333, par., inc. II). Também aquela que por decisão do juiz for além do razoável e chagar ao ponto de tornar excessivamente difícil ao fornecedor o exercício de sua defesa.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 79.

⁶¹ “O CPC parte da premissa que incumbe a cada litigante fazer valer, porque em condições iguais segundo as regras processuais, o seu direito sem conferir ao juiz a faculdade de proporcionar a uma das partes a facilitação na defesa de seus interesses.” CRUZ, Paulo Márcio. GOMES, Rogério Zuel. **Princípios Constitucionais e direitos fundamentais – Contribuições ao Debate**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 54.

⁶² Vide Código de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90.

Em contrapartida a essa regra, o CDC diferenciou o instituto da inversão do ônus de prova, sob o enfoque de diversos âmbitos das relações de consumo⁶³, autorizando o juiz a proceder à inversão do ônus da prova, quando na direção do processo verificar a “verossimilhança”⁶⁴ da alegação ou a “hipossuficiência”⁶⁵ do consumidor.

Não se pode, todavia, entender que o consumidor seja totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre e de maneira automática nas ações de consumo⁶⁶.

⁶³ “Sobre a inversão do ônus nas relações de consumo, coexistem quatro âmbitos diferentes para aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: a) o âmbito pertinente à relação entre o consumidor padrão (*standard*) e o fornecedor padrão, estabelecido no artigo 2º, *caput*, e no artigo 3º; b) o âmbito pertinente à coletividade que haja intervindo nas relações de consumo, determinado no parágrafo único do artigo 2º; c) o âmbito pertinente às vítimas de danos causados pelo fato do produto e do serviço, estabelecido no artigo 17; d) o âmbito proveniente da exposição às práticas abusivas determinadas, nos termos do artigo 29”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 258/259.

⁶⁴ “A verossimilhança significa a plausibilidade da alegação das partes, independentemente da existência de prova sobre o caso concreto”. *Idem*, p. 275.

⁶⁵ “A hipossuficiência é condição extremada de vulnerabilidade relativa à pessoa do consumidor. Portanto, consumidor hipossuficiente é aquele que em função de acentuada deficiência, não reúne condições pessoais para entender o conteúdo de determinada avença contratual de fornecimento de produto ou de prestação de serviço”. GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 106 e ss. É o que desponta a premissa de que todo consumidor é vulnerável, no entanto, nem todo é hipossuficiente.

⁶⁶ “Mesmo quando caracterizada a relação de consumo, continuam os ônus da prova submetidos, em regra, ao art. 333 do CPC. A inversão só pode

O CDC prevê duas hipóteses de inversão do ônus da prova, previstas em setores diferentes. A primeira delas, prevista no art. 6º, VIII⁶⁷, do CDC, dispõe de aplicação em sentido amplo. Ou seja, como já se referenciou anteriormente, são as relações entre o consumidor padrão (*standard*) e o fornecedor padrão, estabelecido no artigo 2º, *caput*, e no artigo 3º. E nas relações da coletividade determinado no parágrafo único do artigo 2º, ambos do CDC.

Elucidando de forma ampliada, Leonardo traz à tona pela lição de Emilio Betti, o que se pode chamar de sempre *risco* do consumidor, ao relatar que “*existe uma permanente correlação entre ônus e risco, e deixar todo o risco de produção probatória ao*

ocorrer, durante a marcha do processo, quando o juiz verificar a dificuldade em que se encontra o consumidor para provar o fato constitutivo de seu direito. Esse fato, todavia, tem de revestir-se de verossimilhança diante dos elementos disponíveis no processo e ao consumidor deve faltar condições técnicas para prová-lo adequadamente. Se o juiz não se basear na verossimilhança nem na hipossuficiência para fundamentar o decreto de inversão, esta não subsistirá, e o que haverá de prevalecer será a regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil.” (STJ, 4ª T., REsp. 437.425/RS, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 15.08.2002, DJU 24.03.2003), *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria do Direito Processual Civil e o Processo de Conhecimento**. V. I. 51ª ed. Rio de Janeiro Forense, 2010, p. 434.

⁶⁷ 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;

consumidor, muitas vezes, pode significar imputar-lhe uma sucumbência antecipada”⁶⁸.

Ou seja, nesse esteio, a técnica da inversão do ônus da prova em benefício do consumidor é manifestação inequívoca do princípio constitucional da isonomia⁶⁹. No mesmo sentido, Gomes corrobora esse entendimento ao manifestar que *“a diferenciação resulta, em clara homenagem aos princípios da dignidade humana, do acesso à justiça e da isonomia, em conceder a uma das partes, reconhecidamente aquela posta em situação de hipossuficiência ou que alegue os fatos de forma verossímil, condições de reequilíbrio, na relação jurídico-processual estabelecida no bojo do processo judicial”*⁷⁰.

⁶⁸ BETTI, Emilio, *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 261.

⁶⁹ 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;

⁷⁰ “Há autores que associam o beneplácito da inversão do ônus da prova unicamente ao inciso XXXII, do art. 5º da Constituição, que impõe ao Estado a promoção da defesa do consumidor. Com efeito, partindo do princípio de que o Legislativo é órgão que compõe o Estado, a conclusão é correta, conquanto não se perca da vista a lembrança que mais de um dos direitos fundamentais poderá incidir numa mesma hipótese, afetando a sua divisão estanque”. CRUZ, Paulo Márcio. GOMES, Rogério Zuel. **Princípios Constitucionais e direitos fundamentais – Contribuições ao Debate**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 55.

O art. 38⁷¹ do CDC é o segundo dispositivo que trata a despeito da inversão do ônus da prova. Este, por sua vez, aplica-se momentaneamente a um universo maior de relações de consumo, são aquelas cujas relações abrangem as vítimas de danos causados pelo fato do produto e do serviço, estabelecido no art. 17⁷², bem como aquelas provenientes da exposição às práticas abusivas determinadas, nos termos do art. 29⁷³ do CDC. Outras existem no mesmo diploma legal⁷⁴.

Para além disso, Leonardo expõe que *“a inversão do ônus da prova, com base no artigo 38, diversamente da hipótese prevista no artigo 6º, inciso VIII, ocorre independentemente de qualquer verificação judicial quanto a verossimilhança ou hipossuficiência. Trata-se de modificação legal do ônus da prova, de forma que sempre caberá àquele que patrocina a comunicação ou publicação o ônus da prova relativo à veracidade da mesma”*⁷⁵.

Ainda sim, importante salientar, que a inversão do ônus da prova prevista no art. 38 pode ser aplicada conjuntamente com a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC,

⁷¹ Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação publicitária a quem as patrocina.

⁷² Veja-se art. 17 do CDC.

⁷³ Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

⁷⁴ Veja-se art. 51, 87 do CDC, etc.

⁷⁵ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 296/297.

promovendo-se em dupla inversão do ônus da prova⁷⁶, desde que no litígio haja discussão para além da veracidade da mensagem publicitária veiculada.

7. Distribuição dinâmica da carga probatória – (novo código de processo civil).

Como tratado anteriormente⁷⁷, a clássica distribuição do ônus da prova adotada pelo atual CPC desconsidera, não raras vezes, as particularidades do caso concreto, e das partes em litígio, não se encaixando no modelo constitucional brasileiro do processo civil, comprometido com a justiça processual⁷⁸.

Por conta dessa premissa, vem-se destacando a Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova (Carga Probatória)⁷⁹, que se inclina a um modelo de distribuição pautado na dinâmica da própria relação jurídica processual em análise, podendo-se a ela se

⁷⁶ *Idem*, p. 298.

⁷⁷ Vide itens 5., 5.1, 5.2, e 5.3.

⁷⁸ A respeito dessa linha de raciocínio: "Hoje os direitos já não podem mais ser medidos tão somente pelo metro da pecúnia. Existem direitos, os chamados novos direitos, que só podem ser tutelados na forma específica. Muitos deles inclusive só podem ser realmente protegidos preventivamente. Os direitos de personalidade, o direito ao meio ambiente, o direito à saúde, o direito ao ensino são exemplos vivos." MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

⁷⁹ Destacada por muitos pesquisadores como: Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

adequar/ajustar, melhor atendendo às especificidades da causa em apreço.

Com base na Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, o ônus deve ser encargo da parte, que conforme as particularidades do caso em concreto possui as melhores condições de provar os fatos⁸⁰, de trazer aos autos a verdade sobre os fatos narrados⁸¹. Nesse esteio, a análise a respeito de a quem incumbe o ônus de produzir a prova fica a cargo do magistrado, enquanto gestor da prestação jurisdicional⁸² e destinatário final da prova. Contudo, não se pretende por meio da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova revogar o atual modelo, mas sim complementá-lo, adaptá-lo aos princípios informadores do ideal de justiça processual-constitucional⁸³. Entende-se como sendo essa teoria a mais acertada⁸⁴.

⁸⁰ SANTOS, Igor Raatz dos. **PROCESSO, IGUALDADE E COLABORAÇÃO. Os deveres de esclarecimentos, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil.** In Revista de Processo. V. 192. Fev / 2011. p. 47.

⁸¹ Essa regra de distribuição já é aplicada pelo CDC, onde o ônus da prova será da parte que possuir melhores condições de esclarecer o fato.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 102/103.

⁸³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria do Direito Processual Civil e o Processo de Conhecimento.** V. I. 51ª ed. Rio de Janeiro Forense, 2010, p. 488.

⁸⁴ “Tendo-se como norte o sistema processual civil contemporâneo, que se direciona para a perspectiva de que a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva.** V. I. 5ª ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2005, p. 93/94.

Assim, de acordo com aspectos da distribuição dinâmica do ônus da prova, o o Novo Código de Processo Civil, trará defendida a possibilidade de dinamizar o ônus da prova, especificamente nos arts. 261 e 262⁸⁵.

Analisando estes dispositivos, depreende-se que o magistrado terá o poder de dinamizar o ônus da prova, determinando a sua inversão, quando presentes os requisitos⁸⁶ autorizadores da medida/técnica de proteção. E nesse sentido, o STJ^[10] mesmo que implicitamente, já decidiu confirmando tal modelo.

No entanto, deve-se ressaltar que a distribuição dinâmica do ônus da prova não deve ficar reservada às hipóteses de insuficiência técnica, eis que em algumas situações específicas, pode-se necessitar de “equalização da posição das partes em juízo”⁸⁷. Assim, tem-se essa disposição como um dos princípios gerais do

⁸⁵ Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, 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.

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. § 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 103/104.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74/75.

NCPC⁸⁸. Ou seja, é importante que o Juiz valora as circunstâncias particulares de cada caso, apreciando quem se encontra em melhores condições para comprovar o fato controvertido.

Logo, as disposições previstas no NCPC, a respeito da distribuição dinâmica do ônus da prova, infere-se, que o legislador proporcionará ao ordenamento jurídico brasileiro um sistema processual civil, no tocante ao ônus da prova, mais propenso à “paridade de armas”, com o contraditório, com o direito fundamental de acesso à justiça, e com a busca incansável por um processo de resultados essencialmente justos.

Em outras palavras, redimensiona-se a distribuição do ônus da prova, com a intenção de insistentemente adaptar a técnica processual às particularidades do direito material, com o fito de se alcançar a justiça em cada caso concreto. Sem dúvida, a sua adoção consagra e concretiza os princípios processuais e constitucionais que dão sustentação ao sistema processual infraconstitucional, em especial, a real igualdade (isonomia), amplo e mais justo contraditório e devido processo legal, cujos valores, de forma mais abrangente estão sob o princípio da dignidade da pessoa humana.

8. *Síntese conclusiva.*

⁸⁸ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, **aos ônus**, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica. NCPC – Projeto de Lei nº. 8.046/2010.

Diante de toda exposição, observou-se que desde a pré-história a Prova já existia. Com o passar dos séculos, o sistema se modificou, por influência do direito romano e canônico. Após a Revolução Francesa, é que se iniciou uma nova fase no direito probatório, evoluindo-se para os dias atuais.

Nesse esteio, no processo civil moderno, a prova é plurisignificante, ultrapassando o referendado no CPC, e o ônus da prova, por sua vez, encargo atribuído pela lei a cada uma das partes, serve para demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo.

Quanto à regra geral que dispõe sobre a inversão do ônus da prova esta prevista no art. 333 do CPC, está diretamente distribuído sob duas primeiras e principais formas diferentes e em momentos distintos, sendo eles: o de afirmar e o de provar. Tal distribuição, atribui para o autor o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito, e para o réu, o de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. No entanto, há outras formas de distribuição.

A inversão do ônus da prova ocorre de modo geral quando as alterações de regras legais sobre a distribuição deste são impostas ou autorizadas pela lei. Nesse passo, se verificou as formas de inversão do ônus que podem ocorrer de maneira convencional, legal e judicial. Referido instituto, investigado nas hipóteses aplicadas pelo CDC, ocorrerá, via de regra, quando na direção do processo verificar a

verossimilhança da alegação ou a hipossuficiência do consumidor. Nesta seara, a investigação demonstra que a lei consumerista é de vital importância para as relações de consumo.

Para além daquelas formas, constatou-se que a Distribuição Dinâmica da Carga Probatória à luz do NCPC, traduz de forma diversa o instituto da inversão do ônus da prova do Código atual. Neste modelo, com base na Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, o ônus deve ser desempenhado pela parte que, conforme as particularidades do caso em concreto, possuir as melhores condições de provar, tornando um modelo de distribuição pautado na dinâmica da própria relação jurídica processual em análise, podendo-se a ela se adequar/ajustar, atendendo às especificidades da causa em apreço, proporcionando equalização da posição das partes em juízo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, José Roberto Neves. **Fundamentos atuais do processo civil: processo de conhecimento**. V. I. São Paulo: Manole, 2004.

BETTI, Emilio, *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. **Código Civil. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

Institui o código civil.

_____. **Código de Processo Civil. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o código de processo civil.

_____. **Código de Defesa do Consumidor. Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Institui o código de defesa do consumidor.

_____. **Medida Provisória nº. 2.172-32 de 23 de agosto de 2001.**

Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração.

_____. **Projeto de Lei nº. 8.046 de 2010.** Instituirá o Novo Código de Processo Civil Brasileiro.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à prova no processo civil** (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil), V. 3. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2001.

CRUZ, Paulo Márcio. GOMES, Rogério Zuel. **Princípios Constitucionais e direitos fundamentais – Contribuições ao Debate.** Curitiba: Juruá, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 6ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva**. V. I. 5ª. ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2005.

ECHANDÍA. Hernando Devis, *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria do Direito Processual Civil e o Processo de Conhecimento**. V. I. 51ª. ed. Rio de Janeiro Forense, 2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. V. I. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Rogério Zuel. **Teoria Contratual Contemporânea: função social do contrato e boa-fé**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JÚNIOR, Antônio Janyr Dall'Agnol. **DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DOS ÔNUS PROBATÓRIOS**. *In* Revista dos Tribunais. V. 788. Jun / 2001.

KINIJINIK, Danilo. **Prova Judiciária:** estudos sobre o Novo Direito Probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processual Civil – Processo de Conhecimento.** V. II. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme, 1999, *apud* LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **Teoria Geral do Processo – Direito Probatório.** 2ª ed. São Paulo: De Direito, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da.; GOMES, Rogério Zuel. **Código de Processo Civil Anotado: Segundo a Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.** 3ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SANTOS, Igor Raatz dos. **PROCESSO, IGUALDADE E COLABORAÇÃO. Os deveres de esclarecimentos, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil.** In Revista de Processo. V. 192. Fev / 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.** 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** V. I. 51ª. ed. Rio de Janeiro Forense, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento.** V. I. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

[1] Agradeço ao colega Prof. MSc. Dr. Rogério Zuel Gomes pelas orientações e reflexões passadas.

[2] Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. OUTORGA DE ESCRITURA DEFINITIVA. REQUERIMENTO EXPRESSO DE REALIZAÇÃO DE **PROVA**

PERICIAL (EXAME GRAFOTÉCNICO). IMPRESCINDIBILIDADE DA PRODUÇÃO DE TAL PROVA PARA MELHOR AFERIR A REALIDADE DOS FATOS. CERCEAMENTO DE DEFESA EVIDENCIADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE DO PROCESSO A PARTIR DA SENTENÇA, INCLUSIVE. RECURSO DOS RÉUS CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DOS AUTORES PREJUDICADO. Evidenciando-se a necessidade de produção de provas pelas quais as partes protestaram, é imprescindível a dilação probatória, sobretudo tendo em mente o premente interesse acerca da verdade dos fatos para melhor distribuição da Justiça. (TJSC. Apelação Cível n. 2011.042595-2, da Capital. Rel. Saul Steil. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil. Data: 06/10/2011). (grifos do autor).

[3] Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DIVERGÊNCIA NOTÓRIA. CONCURSO PÚBLICO. **VALORAÇÃO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRITÉRIO DE CORREÇÃO. REVISÃO. AFERIR ILEGALIDADE E CUMPRIMENTO DAS REGRAS DO EDITAL. POSSIBILIDADE. 1. [...]. 2. Em sede de recurso especial é possível a valoração jurídica do conjunto fático-probatório, de forma a melhor aplicar**

o direito à espécie, o que afasta a incidência da Súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça. 3. [...]. 4. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ. REsp 730934 / DF REsp. 2005/0037139-8, Ministra LAURITA VAZ. Órgão Julgador: T5 - Quinta turma. DJe: 22/08/2011). (grifos do autor).

[4] Ementa: **PROCESSUAL CIVIL. ÔNUS PROCESSUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ATIVIDADE INSTRUTÓRIA DO JUIZ. DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. I - Ônus processual pode ser entendido como uma faculdade cujo exercício configura implemento de condição apta a colocar a parte em situação processual mais vantajosa.** Transportando essa noção para o campo probatório é possível afirmar que o ônus da prova exorta a parte que o suporta a produzir determinada prova, sob pena de, não o fazendo, ver constituída em seu desfavor, uma situação gravosa. Assim, se a parte não se desincumbe do ônus de provar determinado fato, resta ao juiz interpretar o non liquet que daí pode se originar em desfavor dessa mesma parte. II - Considerando o princípio da inafastabilidade da Jurisdição, as regras relativas ao ônus da prova se apresentam, portanto, como um instrumento que permite ao juiz proferir sentença nas hipóteses em que ele não conseguiu formar uma convicção (motivada) a respeito dos fatos. Precedentes. [...]. Precedentes.

Recurso especial improvido. (STJ. REsp 696816 / RJ RECURSO ESPECIAL 2004/0147235-7, Min. SIDNEI BENETI. Órgão Julgador: T3 – Terceira turma. DJe: 29/10/2009). (grifos do autor).

[5] Ementa: **PROCESSUAL CIVIL. DIREITO PROBATÓRIO. DISTRIBUIÇÃO DA CARGA DA PROVA. PARTE AUTORA QUE INSTRUI MAL A INICIAL. OPORTUNIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVAS PROVAS. SILÊNCIO. SENTENÇA. ANULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. [...]. 4. Ainda acerca do direito probatório, convém ressaltar que, via de regra, a oportunidade adequada para que a parte autora produza seu caderno probatório é a inicial (art. 282, inc. I, do CPC). Para o réu, este momento é a contestação (art. 300 do CPC). Qualquer outro momento processual que possa eventualmente ser destinado à produção probatória deve ser encarado como exceção. [...]. 9. Por tudo isso, se o autor não demonstra (ou não se interessa em demonstrar), de plano ou durante o processo, os fatos constitutivos de seu direito, mesmo tendo-lhe sido oportunizados momentos para tanto, compete ao magistrado encerrar o processo com resolução de mérito, pela improcedência do pedido, mesmo que, por sua íntima convicção, também o réu não tenha conseguido demonstrar de forma cabal os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do alegado direito do autor. [...]. 14. Sendo caso de direitos disponíveis (em relação à**

autora) e tendo ela permanecido silente em réplica e quando chamada a se manifestar pela produção de outras provas, na verdade, é caso puro e simples de sentença de improcedência. [...].

16. Recurso especial provido a fim de julgar o processo extinto com resolução de mérito pela improcedência do pedido”. (STJ. REsp 840690 / DF RECURSO ESPECIAL 2006/0085253-8, Min. MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão Julgador: T2 – Segunda turma. DJe: 28/09/2010). (grifos do autor).

[6] Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – VEÍCULO AUTOMOTOR APREENDIDO POR IRREGULARIDADE – INSTRUÇÃO PROCESSUAL QUE CONFIRMA A EXISTÊNCIA DOS FATOS ALEGADOS PELO AUTOR – OMISSÃO DA FAZENDA EM DESCONSTITUIR AS PROVAS APRESENTADAS – ART. 333, II, DO CPC – SÚMULA 7 DO STJ – ART. 283 DO CPC. 1. [...]. **2. Restou consignado, ainda, que "a União Federal não contestou o feito, tampouco apresentou o procedimento administrativo determinado pelo Juízo, tendo o feito sido julgado, consoante provas que o instruíam".** (fl 146). **3. Conforme o art. 333, inciso II, do CPC, caberia à Fazenda provar que o veículo automotor apreendido não foi arrematado em leilão.** [...]. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no Ag 1111381 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

2008/0234172-9, Min. HUMBERTO MARTINS. Órgão Julgador: T2 – Segunda turma. DJe: 23/10/2010). (grifos do autor).

[7] Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - SERVIÇOS TELEFÔNICOS SUPOSTAMENTE NÃO CONTRATADOS - **INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MEDIDA A SER DEFERIDA À LUZ DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO - PRECEDENTES - ARGÜIÇÃO DE FALSIDADE DOCUMENTAL - ÔNUS PROBANDI - ARTIGO 389, I, DO CPC - RECURSO IMPROVIDO.** (STJ. AgRg no REsp 1197521 / ES AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2010/0107126-2, Min. MASSAMI UYEDA. Órgão Julgador: T3 – Terceira turma. DJe: 04/10/2010). (grifos do autor).

[8] Ementa: DIREITO CIVIL. A LEI DO PARCELAMENTO DE SOLO URBANO (LEI N.º 6.766/79) NÃO VEDA O AJUSTE ENTRE AS PARTES NO TOCANTE Á OBRIGAÇÃO DE CUSTEAR DESPESAS COM INFRA-ESTRUTURA, SENDO, PORTANTO, VÁLIDA CLÁUSULA CONTRATUAL NESSE SENTIDO. [...]. 3. "[...]. **Em outras palavras, além das indicações que a lei prescreve como referências obrigatórias nos contratos, podem as partes, dentro das possibilidades outorgadas pela lei de pactuar o lícito, razoável e possível, convencionar outras regras**

que as abriguem". RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (STJ. REsp 205901 / SP RECURSO ESPECIAL 1999/0018682-6, Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão Julgador: T4 – Quarta turma. DJe: 08/09/2008). (grifos do autor).

[9] Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESOLUÇÃO DE CONTRATO. INEXECUÇÃO NÃO DEMONSTRADA. **PROVA NÃO PRODUZIDA. DESNECESSIDADE. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. CERCEAMENTO DE DEFESA. SÚMULA 07/STJ. 1. Não configura o cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção de prova testemunhal ou pericial requerida. Hão de ser levados em consideração o princípio da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, que, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, bem como o indeferimento daquelas que considerar inúteis ou protelatórias.** Revisão vedada pela Súmula 7 do STJ. [...]. 3. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no Ag 1350955 / DF AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0173827-7, Min. LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão Julgador: T4 – Quarta turma. DJe: 04/11/2011). (grifos do autor).

[10] Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CLÍNICA. CULPA. PROVA. **1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova**, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus. [...]. (STJ. REsp 69.309/SC, Min. RUY ROSADO DE AGUIAR. Órgão Julgador: T4 – Quarta turma. DJe: 18/06/2006). (grifos do autor).

