

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

JAQUELINE GARBERO CYPRIANO

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015 E A INVERSÃO DO ENCARGO
PROBATÓRIO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: o
momento processual adequado para suas aplicações.**

**Juiz de Fora
2016**

JAQUELINE GARBERO CYPRIANO

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015 E A INVERSÃO DO ENCARGO
PROBATÓRIO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: o
momento processual adequado para suas aplicações.**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito
da Universidade Federal de Juiz de Fora, como
requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

**Juiz de Fora
2016**

FOLHA DE APROVAÇÃO

JAQUELINE GARBERO CYPRIANO

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015 E A INVERSÃO DO ENCARGO
PROBATÓRIO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: o
momento processual adequado para suas aplicações.**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Prof. Dr. Márcio Carvalho Faria (Orientador)

Prof. Dr. Bruno Stigert

Profa. Dra. Natália Cristina Castro Santos

PARECER DA BANCA

() APROVADO

() REPROVADO

Juiz de Fora, 03 de agosto de 2016

Aos meus pais, exemplos de vida e de amor.

Primeiramente, sou grata a Deus, a quem devo toda honra, toda glória e todo o louvor; à minha amada família, que sempre me apoiou em todos os momentos, me encorajando rumo à vitória; ao meu orientador, por seu apoio, sua paciência e por seus sábios conselhos; aos mestres desta Faculdade, grandes construtores do meu aprendizado jurídico; e aos amigos, que encheram a minha vida de brilho e alegria.

“Ainda que eu consiga revolucionar o mundo e torná-lo melhor, se a glória e o mérito total não forem atribuído ao verdadeiro autor (Deus), de nada valerá.”

Clinton Ramachotte

RESUMO

Este trabalho tem como finalidade analisar o momento processual adequado para que o juiz, diante do caso concreto, inverta o ônus da prova quando se tratar de relação de consumo, assim como distribua dinamicamente o encargo probatório nos moldes do Código de Processo Civil de 2015, a fim de que sejam efetivados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Para tanto, torna-se necessário examinar o modo pelo qual ocorre a distribuição do ônus da prova, tanto no diploma processual vigente, quanto no Código de Defesa do Consumidor. Além disso, imprescindível se faz também averiguar o que são as técnicas da distribuição dinâmica do *onus probandi* no Código de Processo Civil de 2015 e da inversão do encargo probatório no Código consumerista, apresentando o modo pelo qual elas são aplicadas pelo magistrado em uma situação concreta. Por fim, serão apresentadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca do momento processual mais oportuno para que o julgador inverta o ônus da prova, bem como a solução trazida pelo novo código processual civil, à luz dos princípios constitucionais que norteiam o processo civil, identificando, ainda, a possibilidade de sua aplicação às demandas que envolvem relação de consumo.

Palavras-chave: Ônus. Prova. Inversão. Consumidor. Fornecedor. Vulnerabilidade. Hipossuficiência. Distribuição. Momento.

ABSTRACT

This current monograph aims to analyze the appropriate procedural time for the judge to reverse the burden of proof, particularly when it comes to consumer relationship, as well as dynamically distribute the evidential burden which the new Civil Procedure Code templates so that take effect the principles of legal defense and contradictory. Therefore, it becomes necessary to examine the way in which there is a distribution of the burden of proof, both in the current procedural law, as in the Consumer Protection Code. In addition, essential we do also find out what are the techniques of dynamic distribution of *onus probandi* on the Civil Procedure Code of 2015 and the reversal of the evidentiary burden on consumerist Code, with the way they are applied by the judge in a concrete situation. Eventually, there will be presented the doctrinal and jurisprudential positions on the most appropriate time for the judge to reverse the burden of proof and the solution brought by the new civil procedure code, in the light of constitutional principles that guide the civil process, identifying, moreover, the possibility of its application to the demands involving consumer relationship.

Keywords: Burden of Proof. Inversion. Consumer. Provider. Vulnerability. Socioeconomic Lack. Distribution. Time.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	13
3. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	21
3.1. A carga dinâmica da prova no código de processo civil brasileiro	23
3.2. A inversão do ônus da prova no código de defesa do consumidor.....	26
3.2.1 Os pressupostos da inversão do ônus da prova: verossimilhança das alegações e hipossuficiência	28
3.2.2 Momentos de inversão do ônus da prova	30
3.3 A carga dinâmica da prova e a inversão do <i>onus probandi</i> : semelhanças e diferenças .	33
4. O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PARA A INVERSÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	36
CONCLUSÃO	43
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a proteção do consumidor representa um dos temas mais desafiadores e relevantes no direito, frente à crescente sociedade de consumo caracterizada pelo aumento progressivo de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, bem como pelas dificuldades de acesso à justiça¹.

Em que pesem os benefícios trazidos pela sociedade de consumo aos seus atores, houve, paralelamente, uma considerável piora em relação a posição do consumidor, tendo em vista a situação de vulnerabilidade que passou a ocupar perante o fornecedor, o que desencadeou, portanto, desequilíbrio entre os polos. Se anteriormente havia relativo equilíbrio no tocante ao poder de barganha entre eles, atualmente é o fornecedor que ocupa a posição de força na relação de consumo, uma vez que detém todos os meios de produção, além de possuir todas as informações e todos os elementos técnicos dos produtos ou dos serviços.²

Após o advento da Constituição Federal de 1988, a qual em seu artigo 5º, XXXII dispõe que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, criou-se a Lei 8.078/90 de modo a efetivar a proteção e a defesa do consumidor, prevendo mecanismos que visam a garantir o equilíbrio processual entre as partes da relação consumerista, haja vista a condição de desigualdade na qual se encontram. Com efeito, o referido código proporciona benesses processuais ao polo mais vulnerável do vínculo jurídico consumerista, dentre elas a possibilidade de inversão do ônus da prova, a critério do magistrado, quando presente a verossimilhança das alegações ou a situação de fragilidade ou hipossuficiência do consumidor. De acordo com Sandra Aparecida Sá dos Santos:³

A figura da inversão do ônus da prova no código de Defesa do Consumidor surgiu da necessidade de superação das desigualdades, uma vez que, de um modo geral, à evidência, consumidores e fornecedores estão em patamares diversos.

Com a inversão do ônus da prova ocorre uma facilitação da defesa do consumidor em juízo, em razão de ser a parte mais fraca ou, quase sempre, hipossuficiente.

Essa técnica do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, trata-se de exceção à norma insculpida do art. 373, *caput*, do atual Código de Processo Civil, que determina que ao autor cabe provar fato constitutivo do seu direito e, ao réu, fato impeditivo, modificativo

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 6-7.

² *Idem*, *Ibidem*.

³ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002.

ou extintivo do direito autoral. Com efeito, sendo constatada pelo magistrado a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, poderá a seu favor determinar a inversão do ônus da prova.

Entretanto, questão processual relevante está relacionada ao momento em que deve ser aplicada a técnica em comento, uma vez preenchidos um de seus dois requisitos, ou até mesmo, ambos simultaneamente⁴. Com efeito, existem três correntes a respeito do momento próprio para a inversão: a primeira afirma ser o despacho inicial, ao passo que a segunda e a terceira correntes advogam ser a sentença e o despacho saneador os momentos mais oportunos para o deferimento desse instituto, respectivamente⁵.

Essa discussão, portanto, está intimamente relacionada ao debate acerca do duplo aspecto do ônus da prova, qual seja, o objetivo, atrelado à regra de julgamento dirigido ao juiz, e o subjetivo, que diz respeito ao comportamento das partes na atividade probatória. Com efeito, para os defensores da corrente⁶ que afirma ser a sentença o momento ideal para a aplicação da inversão do encargo probatório, privilegia-se apenas o aspecto objetivo do *onus probandi*, já que se trata de regra de julgamento, a qual direciona o magistrado, quando se tem a presença de um *non liquet* em conteúdo fático, no tocante à solução a ser dada na lide,⁷ ao passo que outra vertente⁸ destaca o aspecto subjetivo do ônus da prova, asseverando que as regras que repartem tal encargo se tratam de normas de comportamento direcionadas às partes, pois, através delas, os jurisdicionados conheceriam de antemão os fatos que competiriam a cada um provar. Assim, o momento propício para inversão do *onus probandi* deveria ser anterior à fase de instrução probatória⁹.

Não obstante decisão do Supremo Tribunal de Justiça¹⁰, na qual houve o reconhecimento da inversão do ônus da prova como regra de procedimento, determinando que

⁴ 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. vol. 31. Julho-setembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 68.

⁵ Sobre a existência das correntes ver: MARTINS, Plínio Lacerda. A inversão do ônus da prova na ação civil pública proposta pelo ministério público em defesa dos consumidores. Revista de Direito do Consumidor. vol. 31. Julho-setembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 73; 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. vol. 31. Julho-setembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 68-69.

⁶ Dentre os defensores da vertente que afirma ser a sentença o momento ideal para a inversão do ônus da prova temos, à título de exemplo, Kazuo Watanabe e Luiz Eduardo pacífico, cujos posicionamentos ainda serão citados neste trabalho.

⁷ *Idem*. Op. cit., p. 170-171.

⁸ Dentre os defensores da vertente que entende ser viável a aplicação da inversão do encargo probatório em momento anterior à sentença, temos, à título de exemplo, Luiz Antônio Rizzato Nunes, Voltaire de Lima Moraes e Sandra Aparecida Sá dos Santos, cujos posicionamentos ainda serão mencionados neste trabalho.

⁹ *Idem*. Op. cit., p. 171-172.

¹⁰ REsp nº 802832/MG, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. 13/04/2011, DJ de 21/09/2011.

a técnica em comento ocorresse preferencialmente no despacho saneador, o Código de Processo Civil de 2015, ao prever a distribuição dinâmica do ônus da prova nos termos do §1º do art. 373, abraçou o tema, incorporando-o no art. 357, III.

Nesse sentido, o presente trabalho averiguará o momento processual adequado para que o juiz distribua o ônus dinâmico da prova trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, assim como em relação à inversão do encargo probatório previsto no Código de Defesa do Consumidor, à luz dos princípios constitucionais que norteiam o processo civil, bem como à nova sistemática trazida pelo diploma processual civil brasileiro vigente, cujas regras, sem dúvida, influenciarão a técnica prevista no art. 6º, VIII do diploma consumerista, mormente no que tange ao momento em que as partes devem ser cientificadas da ocorrência da inversão.

Com efeito, para atingirmos esse objetivo, mostraremos, no primeiro capítulo, como se dá a distribuição do ônus da prova no Código Processual Civil de 2015 e no Código de Defesa do Consumidor. No segundo capítulo analisaremos detalhadamente como ocorrem os dois institutos: a distribuição dinâmica do ônus da prova e a inversão do encargo probatório, bem como as diferenças e semelhanças existentes entre eles. Além disso, apresentaremos as vertentes controvertidas acerca do momento processual adequado para a aplicação do instituto da inversão. Por fim, no terceiro e último capítulo definiremos o momento processual em que o juiz deve aplicar as duas técnicas, de modo a efetivar as garantias constitucionais do devido processo legal, dentro qual se encontram a ampla defesa e o contraditório.

2. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ao comandar a atividade processual, o juiz, investido da função jurisdicional, atuará com vistas a eliminar conflitos e fazer justiça de acordo com a vontade concreta da lei. Dessa forma, ao se deparar com as pretensões trazidas pelas partes no bojo do processo, deverá promover a correta adequação dos fatos suscitados às normas jurídicas pertinentes, de modo a construir sua conclusão e, por conseguinte, dirimir a lide.

Assim, ao se deparar com as afirmações trazidas pelo autor e pelo réu na demanda processual, não raramente encontra versões controvertidas em relação a um mesmo fato ocorrido, na medida em que são relatadas de maneira totalmente divergente por ambos.

Desta feita, para que o magistrado possa formar o seu convencimento e proferir decisão no tocante ao objeto do processo de modo a eliminar a controvérsia instaurada, não basta a mera afirmação dos fatos pelos litigantes, e sim a demonstração da sua existência ou inexistência, o que se dá através da produção de provas.

A prova, portanto, desempenha papel primordial para o deslinde do conflito de interesses, pois ela fornecerá ao julgador os meios idôneos para a formação do seu convencimento, ao passo que para as partes servirá de mecanismo para demonstrar em juízo a veracidade das suas alegações de modo a convencerem o juiz em torno de ambas. Logo, a distribuição do ônus da prova possui extrema relevância dentro da relação processual, haja vista que propiciará, não somente o convencimento do juiz, mas informará as partes acerca das condutas que deverão adotar no meio processual, de modo que o resultado lhes seja favorável.

Em primeiro lugar, é necessário ser aclarado o significado de *onus probandi*. Na verdade, trata-se de um encargo atribuído a um determinado sujeito para demonstração de certas alegações de fato¹¹, cuja inobservância poderá ocasionar-lhe, somente, consequências desvantajosas. Entretanto, essa situação jurídica distingue-se da noção de dever, uma vez que não está associada a nenhum vínculo de sujeição que visa a compelir o indivíduo ao cumprimento obrigatório de uma conduta¹².

Nesse sentido, também assevera Eduardo Cambi¹³:

¹¹DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: JusPodivm, Vol.2, 2016, p. 110.

¹²CREMASCO, Suzana Santi. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009, p. 25.

¹³CAMBI, Eduardo. *A Prova Civil: admissibilidade e relevância*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 315.

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

Assim, a parte incumbida do ônus probatório terá a faculdade para o cumprimento de tal encargo, de modo a demonstrar os fatos de seu próprio interesse para a formação da convicção do magistrado no momento em que ele decidirá a lide. Lado outro, na hipótese de descumprimento, o indivíduo cairá numa posição de desvantagem processual, uma vez que poderá ser ampliado o risco de um julgamento contrário, tendo em vista que menor será a possibilidade de influenciar o convencimento do juiz mediante a ausência das provas.

É notório afirmar, ainda, que embora suceda o cumprimento efetivo do ônus probatório pela parte, nem sempre a tutela jurisdicional lhe será favorável, isto é, a sua observância não resultará automaticamente no acolhimento da pretensão, uma vez que o julgador poderá restar convencido acerca de outros elementos contidos no processo, como das provas apresentadas pela parte contrária, ou, até mesmo, daquelas determinadas de ofício pelo magistrado, por exemplo. Além disso, é importante mencionar a possibilidade de o juiz rejeitar o pedido do jurisdicionado quando o direito alegado por ele não se mostra apropriado, embora tenha produzido todas as provas em relação a ele.

Apesar de ser uma noção unitária, o *onus probandi*, dada a sua complexidade, pode ser analisado sob duplo enfoque¹⁴: como *regra de conduta para as partes, ônus subjetivo*, na medida em que é distribuído entre autor e réu o encargo de produzir as provas dos fatos necessários ao julgamento da demanda, indicando a responsabilidade de cada um acerca das afirmações que devem provar a fim de obter uma decisão favorável, e, *regra de julgamento para o órgão julgador – ônus objetivo* – por meio do qual se veda o pronunciamento do *non liquet*¹⁵, “autorizando o pronunciamento judicial sobre o mérito, mesmo diante de um resultado instrutório insuficiente para a formação da convicção do juiz.”¹⁶

¹⁴ Sobre o duplo aspecto do ônus da prova ver: CARPES, Artur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre ônus (dinâmico) da prova no novo código de processo civil. Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório. Salvador: JusPodivm, v.5. p. 138-140; CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. cit., p. 28-33; DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. *Curso de direito processual civil*. cit., p.112; PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. cit. p. 131-135; SILVEIRA, Bruna Braga da. *A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015*. Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório. Salvador: JusPodivm, v.5. p. 155-159.

¹⁵ O Princípio do *non liquet* é previsto no art. 140 do atual Código de Processo Civil, o qual determina que o juiz não se exima de proferir decisão sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

¹⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: RT, 2000, p. 131.

Em outras palavras, o ônus objetivo apontará qual dos demandantes deverá arcar com as consequências negativas oriundas da ausência de provas ao fim da atividade instrutória, ao passo que o subjetivo é dirigido aos sujeitos parciais, aos quais caberá o encargo de comprovarem os fatos por eles suscitados.

Quanto ao modo de atribuição do encargo probatório, ocorre de três formas: pelo legislador – *ope legis* – que o determinará de forma abstrata e estática, estabelecendo, via de regra, competência para cada um dos litigantes fornecerem os elementos de prova das alegações de fato que aduzirem; em segundo lugar, pelo juiz – *ope judicis* - que fará a redistribuição dinâmica do ônus da prova, de ofício ou a requerimento das partes, mediante o preenchimento de requisitos determinados¹⁷, levando-se em conta, ainda, as peculiaridades de cada caso concreto. Por fim, existe a hipótese concernente à distribuição convencional do ônus da prova, na qual os próprios demandantes definem, convencionalmente, o modo pelo qual ela deverá ser exercitada, podendo ser estabelecida, até mesmo, antes do curso do processo¹⁸.

Tomando por base o aspecto subjetivo da prova, o Código de Processo Civil de 1973 estabelecia, estaticamente, a partilha do *onus probandi* no art. 333 da seguinte forma: 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.

Segundo os ensinamentos de Fredie Didier Jr, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁹:

O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato (...). O fato constitutivo é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo (...). O fato extintivo é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito (...). O fato impeditivo é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça (...). O fato modificativo, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo.

Ante o exposto, depreende-se da sistemática do CPC/73, no tocante à distribuição do ônus probatório, que cabia aos próprios litigantes a prova dos fatos por eles alegados em juízo.

¹⁷ Conforme previsão do § 1º do art. 373 do CPC/15, para que o juiz atribua o ônus de modo diverso, deverá observar nos casos previstos em lei, assim como diante de peculiaridades da causa, se há impossibilidade ou excessiva dificuldade no tocante ao cumprimento do encargo probatório nos termos do *caput*, ou diante da facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Outro exemplo no ordenamento jurídico brasileiro diz respeito à possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova nos termos do art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, desde que seja constatada no caso concreto a verossimilhança das alegações do consumidor ou haja a sua hipossuficiência.

¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie, *et al. Curso de Direito Processual Civil*. Op. cit., p. 110-133.

¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie, *et al. Curso de Direito Processual Civil*, Salvador: Jus Podivm, Vol.2, 2014, p.78-81.

Segundo o entendimento de Humberto Theodoro Júnior, tratava-se de uma modalidade de distribuição estática e rígida do encargo probatório, embora na experiência da vida, havia, em certos casos, uma percepção de separação insatisfatória de fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques. Assim, o acesso à verdade real por parte do magistrado ficaria prejudicado se a demanda fosse apreciada rigorosamente segundo a fria aplicação do modelo estático de distribuição do ônus da prova²⁰.

Além do mais, essa regra criava obstáculo à tutela judicial adequada, uma vez que ocorria o julgamento do litígio com resultado desfavorável ao jurisdicionado onerado, sem que ele tivesse qualquer possibilidade para o cumprimento efetivo do encargo probatório. O juiz, com base na insuficiência de provas, valia-se da regra de julgamento – ônus subjetivo – a fim de formar sua convicção, proferindo sentença meritória desvantajosa para o litigante que não se desincumbiu do seu ônus, não significando que houve desinteresse processual da sua parte, mas pelo fato de ele estar diante de uma prova diabólica²¹. Isto posto, o sistema da distribuição do ônus da prova previsto no art. 333 do CPC revogado se preocupava mais com a decisão judicial que a tutela do direito lesado ou ameaçado de lesão, tendo em vista a vedação do *non liquet*²².

Por fim, dispunha o parágrafo único desse mesmo artigo a nulidade da convenção que distribuía diversamente o ônus da prova quando recaísse sobre direito indisponível da parte ou que tornasse excessivamente difícil a um jurisdicionado o exercício do direito. Portanto, as convenções referentes ao ônus da prova eram aceitáveis e legítimas, salvo se ocorressem as vedações contidas nesse dispositivo.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foi mantida pelo legislador no art. 373, *caput*, a distribuição legal-estática do diploma processual de 1973 como regra geral, ao determinar a competência para o autor produzir prova em relação ao fato constitutivo do seu direito, e, ao réu, a prova dos fatos modificativos, extintivos do direito do autor,²³ nos seguintes termos: Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

²⁰THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, Vol.I, 2012, p. 448.

²¹OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 231, maio/2014. p. 19-20.

²²CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 340-341.

²³ARDITO, Gianvito. O ônus da prova no novo código de processo civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, v.5. p. 215-217.

Entretanto, o novo diploma processual inovou ao admitir a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no § 1º do mesmo artigo, segundo a qual o juiz, diante do caso concreto, poderá atribuir, através de decisão fundamentada, o encargo probatório de modo diverso, desde que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, houver impossibilidade ou extrema dificuldade de cumprir tal ônus nos termos da regra geral do art. 373, ou, mediante a facilidade da parte adversa na obtenção da prova do fato contrário. Vejamos:

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

Ressalta-se, entretanto, que a decisão modificadora do encargo probatório não pode gerar uma situação em que a sua desincumbência pelo jurisdicionado seja impossível ou extremamente difícil, conforme a dicção do § 2º do artigo supracitado²⁴ que dispõe da seguinte forma: “A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”.

Além disso, a dificuldade que enseje a alteração do ônus deve ser grave e real, a ponto de prejudicar o direito constitucional à prova do litigante²⁵.

Afirma Bruna Braga da Silveira²⁶:

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nasceu da necessidade de conformar a legislação processual aos mandamentos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais, o que também deve alcançar o direito à prova – entendido como um dos eixos do devido processo legal, tanto na sua feição processual como na sua moderna configuração substancial.

Nesse mesmo sentido, Fernando Adrián Heñin assevera que essa teoria possui o olhar voltado à natureza instrumental do processo civil, ao direito material e à solução adequada do conflito, uma vez que o *onus probandi* reincidirá sobre a parte detentora das melhores condições fáticas, econômicas, técnicas e jurídicas em demonstrar as alegações fáticas durante o andamento da atividade processual, não importando o lugar ocupado pelo demandante, a natureza dos fatos, muito menos qual das partes aduz tais circunstâncias como substrato de sua

²⁴ CARPES, Artur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre ônus (dinâmico) da prova no novo código de processo civil. Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório. Salvador: JusPodivm, v.5. p. 143-144.

²⁵ SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório. Salvador: JusPodivm, v.5. p. 177.

²⁶ SILVEIRA, Bruna Braga da. Op. cit., p. 154.

pretensão, defesa ou exceção²⁷. Assim, passa a ser concretizada a igualdade substancial das partes na demanda processual instaurada.

Afirma-se, portanto, que o instituto dinâmico de distribuição do ônus da prova possui como fundamento o devido processo legal, no qual estão compreendidos os princípios do acesso à justiça, do direito à prova, do direito à igualdade e dos deveres de cooperação, sendo dever do Estado garantir a efetivação dos direitos materiais de seus subordinados, tutelando da forma mais adequada os interesses trazidos em juízo.

Por fim, o § 3º do artigo 373 do CPC/15 manteve a regra do parágrafo único do art. 333 do CPC/73, no que tange à possibilidade de distribuição convencional do ônus da prova nos seguintes termos: § 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.

Em suma, a regra da dinamização do ônus probatório vem disposta no § 1º do art. 373 do CPC/15, tratando-se de exceção à regra geral da distribuição legal estática prevista no *caput* do mesmo artigo, sendo tal distribuição feita pelo julgador à luz dos critérios ditos alhures.

A Lei nº 8.078 de 1990 introduziu o Código de Defesa do Consumidor no sistema legislativo brasileiro, contendo um arcabouço dogmático próprio que visa a disciplinar, propriamente, questões que envolvem consumidores e fornecedores dentro da relação jurídica. Além disso, foi palco de grandes inovações ao direito, trazendo algumas disposições de ordem processual, principalmente no que se refere à prova²⁸.

Em relação ao Código de Processo Civil de 1973, o Código de Defesa do Consumidor se apresentou como um avanço na seara processual, tendo em vista a expressa previsão feita pelo legislador a respeito da dinamização do ônus da prova, ao determinar no art. 6º, inciso VIII, a possibilidade de ser feita a inversão do encargo probatório em favor do consumidor, a critério do magistrado, quando for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência²⁹. Trata-se, portanto, de inversão judicial – *ope judicis*, correspondente à mutação de previsão contida em regras legais

²⁷ HEÑIN, Fernando Adrián. *Las pruebas difíciles apud CAMBI*, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório. Salvador: JusPodivm, v.5. p. 190.

²⁸ SANTOS, Ernane Fidelis dos. O ônus da prova no código do consumidor. Revista de direito do consumidor. vol 47. ano 12. São Paulo: RT, julho-setembro de 2003. p. 269.

²⁹ CARPES, Artur Thompsen. Op. cit., p. 143.

responsáveis pela repartição do *onus probandi* e determinada por decisão do julgador, com respaldo no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor³⁰.

Ademais, o diploma consumerista apresenta três modalidades distintas acerca do ônus da prova, quais sejam, *ope judicis*, *ope legis* e *a convencional*. A inversão legal decorre de previsão expressa em lei, independentemente do caso concreto, ou até mesmo de decisão prolatada pelo magistrado, uma vez que nesse caso específico, ele não possui autonomia, devendo aplicar a inversão do ônus da prova como decorrência da ordem legal³¹. Trata-se, portanto, do art. 12, §3º, relativo a defeitos de produtos; do art. 14, §3º, I, relativo a situações em que a lei protetiva do consumidor estabeleceu a presunção de vício; e, por fim, do art. 38, decorrente dos princípios da veracidade e da não abusividade da publicidade.

A inversão convencional, por sua vez, pode ser observada mediante a aplicação do art. 51, inciso VI do CDC, segundo o qual se torna nula de pleno direito a cláusula contratual que determine a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.

A inversão judicial, prevista no art. 6º, inciso VIII, diz respeito a um ato de discricionariedade conferida pelo legislador ao juiz para deferir a inversão do *onus probandi*, quando constatar a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.

Embora louvável o fato de o legislador prever expressamente a possibilidade de o julgador inverter o ônus da prova em favor do consumidor, inserindo-a como um de seus direitos básicos, foi omissivo quanto ao momento processual no qual deveria ser autorizada a inversão, gerando grande incerteza quanto a este fato. Por conseguinte, passou o tema a ser alvo de controvérsia nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial acerca do momento processual mais adequado para aplicação do disposto no art. 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor.

Não obstante essa discussão, o Código de Processo Civil de 2015, ao trazer a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova no §1º do art. 373, contempla o momento no qual ela deverá ser aplicada pelo magistrado (art. 357, III), de modo que as partes tenham ampla oportunidade de participação na fase instrutória e contribuam efetivamente na formação do convencimento do julgador, evitando-se a prolação de decisões surpresas, conforme prezam os arts. 9º, *caput*, e 10, ambos do novo diploma processual civil.

Logo, consiste o presente trabalho promover um estudo detalhado acerca dos dispositivos supramencionados e seus efeitos no processo civil, mormente no que se refere ao momento processual de suas aplicações na situação concreta, à luz dos princípios

³⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Breve reflexões sobre o ônus da prova no CPC/2015. Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório. Salvador: JusPodivm, v.5. p. 284.

³¹ OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Curso: direito do consumidor completo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014. p. 88.

constitucionais que orientam a processualística civil, bem como à nova sistemática trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, cujas regras influenciarão, indubitavelmente, a técnica da inversão do ônus da prova prevista no Código do Consumidor, principalmente no que pertine à fase processual adequada para sua aplicação.

3. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA E A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A teoria da carga probatória dinâmica, delineada e sistematizada no final do século XX por juristas argentinos sob a coordenação de Jorge. W. Peyrano, procura se desviar do sistema clássico e estático de distribuição do ônus da prova com base na repartição dinâmica de tal encargo, isto é, a partir da observância das circunstâncias particulares do caso concreto, o *onus probandi* será determinado ao litigante que possuir melhores condições de produzir a prova atinente à situação fática discutida³².

Nos dizeres de Eduardo Cambi³³:

Portanto, a distribuição do ônus (ou da carga) da prova se dá de forma *dinâmica*, posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica – fática, axiológica e normativa – presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos (intérpretes).

Dessa forma, a dinamização do encargo probatório, ao contrário do modo de distribuição estático e rígido, não leva em conta a posição ocupada pelos demandantes no processo, muito menos a natureza do fato, mas propicia facilidade e acessibilidade quanto à produção probatória de modo a auxiliar no deslinde da controvérsia e solucioná-la da forma mais justa³⁴. Contudo, é importante ressaltar que essa nova teoria não despreza e nem elimina a forma tradicional de partilhamento do ônus da prova, mas revela-se como um instrumento aprimorador do modo de repartição estático.

Conforme assevera Suzana Santi Cremasco³⁵:

O que se apresenta é uma teoria voltada aos escopos modernos do direito processual, mormente à efetividade, à verdade e à obtenção de resultados justos, e que parte dos princípios da boa-fé, da cooperação e da solidariedade – princípios que são uma das grandes fontes do Direito. O que se propõe é uma teoria que, naqueles casos em que o litigante ao qual incumbe a produção de uma dada prova não tem condições de fazê-lo, ao passo que o outro litigante inicialmente desincumbido o tem, autoriza o magistrado, atento às peculiaridades do caso e valendo-se das regras de experiência, deslocar o ônus da prova, colocando-o nas mãos daquele que tem melhores condições para cumpri-lo.

Assim, o juiz analisará a situação fática com maior grau de subjetividade, uma vez que adentrará no litígio, tomará conhecimento dos aspectos mais relevantes do direito material,

³² CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 71-72.

³³ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. Op. cit., p. 342.

³⁴ OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig de. Op. cit., p. 21.

³⁵ CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 73-74.

bem como as características das partes e decidirá a incumbência da prova ao litigante que detém maior facilidade para produzi-la³⁶.

A teoria em comento fundamenta-se no princípio da cooperação, uma vez que os demandantes possuem a obrigação de colaborar reciprocamente e harmonicamente com o órgão julgador para que a verdade real seja alcançada, sem haver, contudo, guarida no seu próprio interesse particular³⁷. O juiz, por sua vez, deverá, não somente, conduzir a atividade processual possibilitando a interação entre as partes e velando pelo equilíbrio da relação, mas, consoante afirma Suzana Santi Cremasco³⁸:

Esclarecer a elas as dúvidas eventualmente existentes quanto às suas alegações, pedidos e posições, (...) consultar necessariamente as partes quanto às questões que serão decididas, assegurando, pois, o contraditório, (...) prevenir, apontando às partes as suas deficiências, franqueando a possibilidade de seu suprimento, de modo a proporcionar o alcance da decisão final.

Um segundo princípio basilar da carga dinâmica diz respeito à igualdade, por meio da qual se garante o efetivo acesso à jurisdição com base na recepção pelas partes de um tratamento diferenciado para apartar as desigualdades que lhes são próprias, de modo a alcançar a igualdade substancial e a justiça, uma vez que são levadas em conta as particularidades dos sujeitos envolvidos no processo. Em outras palavras, a dinamização do ônus probatório procura superar a igualdade formal existente na distribuição estática e reduz a desigualdade entre os litigantes, repartindo o encargo à parte que possui real possibilidade de dele se desincumbir³⁹.

O direito à prova, corolário do devido processo legal, é constituído como fundamento da dinamização do *onus probandi*, tendo em vista que a participação concreta das partes no processo acarreta sua efetividade. Dessa forma, procura-se viabilizar a possibilidade de influência dos demandantes sobre o desenvolvimento do processo, de maneira a contribuir para a construção das decisões, sem, contudo, haver risco de surpresa aos jurisdicionados. Assim, a distribuição dinâmica propicia a participação apropriada das partes na instrução probatória e o alcance de uma tutela jurisdicional efetiva⁴⁰, uma vez que terão ampla oportunidade para o fornecimento das provas nos autos e o órgão julgador, por conseguinte, terá acesso a elas, o que possibilitará a formação do seu convencimento e a prolação de uma decisão justa.

³⁶ 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. São Paulo: RT, v. 208, junho/2012. p. 302-303

³⁷ THAMAY, Rennan Faria Krüger, *et al.* Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. Coleção novo CPC, doutrina selecionada. Processo de conhecimento – Provas. Salvador: JusPodivm, v.3. p. 172.

³⁸ CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 85-86.

³⁹ SILVEIRA, Bruna Braga da. Op. cit. p. 159-162.

⁴⁰ *Idem, Ibidem.*

Um terceiro fundamento importante na carga dinâmica do *onus probandi* se refere aos poderes instrutórios do magistrado, haja vista a sua responsabilidade de julgamento do caso com base no acervo probatório existente nos autos. Assim, o juiz atuará mais diretamente e efetivamente na instrução para ordenar a produção de determinada prova ou, apoiando-se na distribuição dinâmica do encargo probatório, para trazer a prova do fato ao processo de modo que seja reunido um contingente de provas mais apropriado ao deslinde da controvérsia, o que enseja um resultado justo às partes⁴¹.

Quanto aos critérios para a aplicação desse instituto, o juiz atentará à dificuldade ou impossibilidade de cumprimento pela parte do encargo probatório por motivos distintos, quais sejam, social, econômico, cultural, informação, acesso, técnico ou hierárquico, ao passo que o outro litigante se encontra em uma posição de maior facilidade ou na melhor condição para produzir a prova⁴².

Em suma, a distribuição dinâmica se trata de critério *ope judicis*, por meio da qual o juiz irá atribuir o ônus da prova ao litigante detentor da melhor condição no tocante à produção probatória. Para isso, ele partirá da análise minuciosa do caso concreto e das características dos demandantes envolvidos na relação processual a fim de concluir o grau de facilidade e dificuldade que eles eventualmente teriam ao confeccionar determinada prova. Portanto, da mesma maneira que o autor nem sempre precisará provar o fato constitutivo do seu direito, assim também ocorrerá com relação a parte ré em no que tange aos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do autor.

Conforme conclui Marcelo Pacheco Machado⁴³:

A partir do desenvolvimento do ônus dinâmico da prova, supera-se a ideia de que eventual hipossuficiência – técnica ou econômica – de uma das partes, ou, ainda, mera dificuldade na comprovação de determinado fato, figure como empecilho à concessão da tutela jurisdicional. Sendo hipótese de insuficiência probatória e evidenciando maior facilidade de uma das partes, o juiz estará livre para proferir sentença desfavorável a este sujeito processual.

3.1. A carga dinâmica da prova no código de processo civil brasileiro

Como dito no capítulo anterior, o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/73 era rígido ou estático, isto é, o próprio legislador brasileiro estabeleceu, abstratamente, competência a cada uma das partes em provar os fatos suscitados por ambas em juízo. Assim, na fase decisória, o magistrado se valia da regra estática, de modo a constatar qual litigante se

⁴¹ CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit. p. 81-84.

⁴² *Idem*. Op. cit. p. 86-88.

⁴³ MACHADO, Marcelo Pacheco. Op. cit. p. 303.

desincumbia do encargo probatório, proferindo, por conseguinte, decisão que importava um risco desfavorável a ele, uma vez baseada na insuficiência de provas.

Embora o objetivo da regra fixa do *onus probandi* fosse conferir maior segurança jurídica, dada a previsibilidade de um encargo predeterminado, ocorria, em certas situações, que a parte onerada se via impossibilitada de produzir a prova – prova diabólica - ou, até mesmo, encontrava-se em extrema dificuldade para viabilizar sua confecção. Assim, no momento decisivo, o magistrado, observando a repartição estática, apenas levaria em conta a posição do demandante na relação processual, bem como a natureza do fato que deveria ser demonstrado por ele e decidiria em seu desfavor, passando o jurisdicionado a suportar as consequências negativas oriundas da ausência probatória.

Dessa forma, ante à incapacidade de o sistema legal-estático ensejar soluções mais justas em alguns casos e, ainda, considerando o grande desequilíbrio de forças dos sujeitos processuais decorrente da exigência no tocante à produção probatória para uma delas, cuja realização se daria melhor ao outro, o legislador brasileiro adotou a teoria dinâmica do ônus probatório, a qual se encontra prevista no §1º do art. 373 do CPC/15.

Frise-se que a previsão desse dispositivo normativo se trata de exceção à regra geral do *caput* do art. 373 do novo diploma processual. Contudo, o magistrado poderá conferir o encargo probatório distintamente nos casos dispostos em lei ou diante de peculiaridades da causa ligadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprimento do *onus probandi* nos moldes da regra legal-estática, ou mediante à maior facilidade na obtenção da prova do fato contrário.

Consoante aduz Bruna Braga da Silveira⁴⁴:

Sendo o principal objetivo da dinamização do ônus da prova a busca por uma melhor instrução processual, facilitando a vinda aos autos de prova do fato objeto da controvérsia, a dinamização serve como instrumento para evitar a *probatio diabólica*, mitigando a desigualdade eventualmente existente entre as partes, desonerando a parte a quem o ônus de produção de prova difícil ou impossível incumbiria pelas regras clássicas, carreado o ônus à parte contrária, detentora de maior facilidade na produção.

Dessa forma, inferem-se da leitura do §1º três hipóteses legais por meio das quais o julgador irá aplicar a carga dinâmica do encargo probatório, a saber: a) nos casos previstos em lei; b) diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo; e c) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário⁴⁵.

⁴⁴ SILVEIRA, Bruna Braga da. Op. cit. p. 177.

⁴⁵ THAMAY, Rennan Faria Krüger, *et al.* Op. cit. p. 173.

A primeira hipótese pode ser ilustrada pelo art. 396 do CPC atual, que assim dispõe: “o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder”. Logo, poderá o magistrado excepcionar a regra estática determinando que a parte contrária àquela que suscitou o fato apresente a prova documental ou a coisa que esteja em seu domínio⁴⁶.

A segunda e a terceira hipóteses dizem respeito à impossibilidade, à excessiva dificuldade ou à facilidade de obtenção da prova. Assim, para que o ônus seja atribuído dinamicamente pelo juiz, deve a parte estar diante de uma prova diabólica ou tenha dificuldade grave e concreta em produzir a prova, a ponto de inviabilizar seriamente a instrução e violar o direito à prova, garantido constitucionalmente.⁴⁷ Dessa forma, tal dificuldade, advinda de diversos fatores como profissional, técnico, científico, internacional, deve ser demonstrada nos autos pelo próprio jurisdicionado.⁴⁸ Daí surge a importância em ser observado o contraditório, possibilitando que o onerado seja ouvido, podendo, inclusive, se manifestar contrariamente à distribuição do ônus, ao afirmar, p.ex., que não se encontra na melhor condição de produzir a prova⁴⁹.

No tocante à facilidade para confecção da prova, será identificada pelo magistrado, no caso concreto, a parte que detém a melhor condição técnica, informacional, científica ou de acesso aos elementos probatórios, de modo que a ela será atribuído o encargo. Contudo, é necessário ressaltar que essa parte também deverá ter reais condições de produzir a prova, uma vez que a redistribuição judicial do *onus probandi* não poderá ocorrer se implicar prova diabólica para esse litigante que agora passou a ter o ônus, consoante o §2º do art. 373 do CPC/15⁵⁰.

Todavia, ressaltam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira⁵¹:

Nas hipóteses em que identificada hipótese de prova diabólica para ambas as partes, não deve haver a utilização da dinamização probatória. Em tal situação, deve ser utilizada a regra da inescurecibilidade, de forma a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, devendo esta ser submetida à decisão desfavorável.

Outrossim, ao expor sobre as características da dinamização do ônus probatório no novo diploma processual civil, Bruna Braga da Silveira⁵² adverte que a técnica contida na regra no §1º do art. 373 deve recair sobre fato controvertido, específico e determinado e não sobre a

⁴⁶ THAMAY, Rennan Faria Krüger, *et al.* Op. cit., p.173-174.

⁴⁷ SILVEIRA, Bruna Braga da. Op. cit. p. 177.

⁴⁸ THAMAY, Rennan Faria Krüger, *et al.* Op. cit. p. 174.

⁴⁹ SILVEIRA, Bruna Braga da. Op. cit. 180.

⁵⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie *et al.* Op. cit. p. 128-129. Trata-se da proibição da prova diabólica reversa.

⁵¹ *Idem. Ibidem.*

⁵² SILVEIRA, Bruna Braga da. Op. cit. p. 181.

integralidade deles, de modo genérico, tendo em vista que em relação aos outros episódios controvertidos pode ser possível a obtenção da prova pela parte onerada segundo às regras clássicas de repartição probatória.

No que diz respeito à decisão que o julgador irá se valer para atribuir o ônus da prova de modo distinto, deverá ser fundamentada, à luz do art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988 e do §1º do art. 373. A motivação da decisão não só obriga o juiz apreciar todos os pontos trazidos pelas partes em juízo, mas também expor as circunstâncias pelas quais se convenceu da distribuição dinâmica no caso concreto face à inviabilidade de utilização da regra geral estática ou rígida⁵³. Quanto ao momento processual oportuno para a prolação desta decisão, será objeto de discussão no capítulo seguinte.

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

A Lei 8.078/90 inseriu entre os direitos básicos do consumidor a inversão do ônus da prova no processo civil, à critério do magistrado, quando constatada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência, segundo as regras ordinárias de experiência.

Cumprе ressaltar, primeiramente, que o Código de Defesa do Consumidor é um sistema autônomo e próprio, sendo fonte primária para o intérprete. Entretanto, as normas do referido diploma devem ser interpretadas de acordo com a Constituição Federal, havendo, por conseguinte, possibilidade de aplicação complementar do Código de Processo Civil⁵⁴.

No mesmo sentido aduz Voltaire de Lima Moraes⁵⁵:

Às relações litigiosas regidas pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) são aplicáveis as normas do Código de Processo Civil (CPC), por ser norma processual geral, exceção feita às situações em que aquele diploma estabelece uma disciplina própria, v.g., a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC).

Com efeito, no que tange à produção probatória em litígios que envolvam relação de consumo, o demandante irá se valer, em primeiro lugar, das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se, posteriormente, de forma subsidiária, as disposições do Código de Processo Civil⁵⁶.

A princípio, as demandas consumeristas submetem-se ao preceito normativo previsto no art. 373, *caput*, do CPC/15, cabendo ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito, e, ao réu, os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito autoral. No

⁵³ ARDITO, Gianvito. Op. cit. p. 218-219.

⁵⁴ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 849.

⁵⁵ 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*. vol. 31. Julho-setembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 66.

⁵⁶ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Op. cit., p. 849.

entanto, o art. 6º, VIII do CDC, confere ao juiz o poder-dever para inverter o ônus da prova em favor do consumidor, nos seguintes termos⁵⁷:

Conforme assevera Vivian Von Hertwig Fernandes de Oliveira, essa regra, à luz do princípio da isonomia, tem como objetivo reequilibrar as forças das partes no processo, facilitando ao consumidor a defesa de seus interesses em juízo, uma vez que ocupa posição de inferioridade processual, transferindo para o outro demandante esse encargo probatório somado aos demais previstos no art. 373 do novo diploma processual civil⁵⁸. Essa medida, portanto, traz uma vantagem processual ao consumidor, tendo em vista que ele terá verdadeira isenção do ônus da prova em relação ao fato constitutivo do seu direito, competindo ao fornecedor a sua demonstração em juízo, uma vez que, na maioria dos casos, encontra-se em melhor condição para fornecer as provas ao julgador.

Da mesma forma aduz José Carlos Maldonado de Carvalho⁵⁹:

De fato, ao adunar que, em geral, o consumidor é a parte mais fraca no mercado de consumo (art 4º), inclui o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, dentre as medidas protetivas previstas no art. 6º, a possibilidade de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII). Pressupõe-se determinada dificuldade ou impossibilidade de ser, concretamente, provado o fato alegado por aquele a quem, de acordo com a regra geral, o ônus fora dirigido.

Cumprido ressaltar, entretanto, que a inversão do ônus probatório não é automática, isto é, não ocorre pelo simples fato de se ter em destaque uma relação de consumo, devendo-se dar a “critério do juiz” ao verificar na situação fática a presença dos requisitos legais autorizadores de sua aplicação, os quais se apresentam como condicionantes para a ocorrência da técnica em comento. Rizzato Nunes⁶⁰ chama a atenção para o fato de que agir com critério não diz respeito a uma ação de cunho subjetivo e sim objetivo, uma vez que o juiz não atua com discricionariedade no processo civil, mas se pauta à legalidade, fundando sua decisão em bases objetivas. A lei processual, na verdade, apenas lhe outorga determinadas concessões. Assim, na hipótese do art. 6º, VIII, do CDC, caberá ao magistrado deferir a inversão do *onus probandi* se for verossímil a alegação ou hipossuficiente o consumidor.

Ademais, não há que se exigir a configuração simultânea das condições autorizadas da inversão, haja vista a presença da conjunção alternativa *ou*, e não da aditiva *e*.

⁵⁷ “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 experiência.” (OLIVEIRA, Vívian Von Hertwig de. Op. cit., p. 17-18).

⁵⁸ *Idem, ibidem*.

⁵⁹ CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 46-52.

⁶⁰ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Op. cit., p. 850-851.

Assim, sendo constatada pelo magistrado a presença de apenas um dos requisitos, deverá inverter tal encargo ⁶¹.

A decisão judicial que inverte o ônus probatório deverá estar devidamente motivada pelo juiz, conforme ordena o art. 93, inciso IX da Constituição Federal de 1988, a partir da exposição clara e fundamentada de todos os elementos que levaram à formação da sua convicção ⁶².

3.2.1 Os pressupostos da inversão do ônus da prova: verossimilhança das alegações e hipossuficiência

Embora o termo “verossímil” seja indeterminado, não obstaculiza a aferição de verossimilhança na análise do caso concreto ⁶³.

O requisito da *verossimilhança das alegações* diz respeito ao convencimento do juiz acerca da plausibilidade de que o fato suscitado pelo autor realmente tenha acontecido. Entretanto, não é exigível a presença de elementos probatórios para sua verificação, bastando apenas que os fatos relatados estejam enquadrados entre aqueles conhecidos pelo julgador, os quais sabe que ocorrem normalmente ou ordinariamente, observando com muita atenção os indícios que mostram ser a afirmação do consumidor uma possível verdade ⁶⁴.

Na perspectiva de Rizzato Nunes, para a avaliação da verossimilhança, não é suficiente que a petição inicial tenha uma boa redação e faça bom uso da técnica argumentativa. É necessário que o requisito seja constatado na própria narrativa, a qual necessitará ser dotada de forte conteúdo persuasivo, devendo o julgador, em seguida, aguardar a juntada da defesa nos autos para ser averiguado o grau de verossimilhança na relação dos elementos trazidos pela resposta do réu ao compará-los com aqueles aduzidos pelo autor ⁶⁵.

Também em relação ao requisito em comento, afirma Voltaire de Lima Moraes ⁶⁶:

Uma alegação torna-se verossímil quando adquire foros de veracidade, quer porque se torna aceitável diante da modalidade de relação de consumo posta em juízo, quer porque, de antemão, em sede de cognição sumária, não enseja o convencimento de que possa ser tida como descabida.

Em sentido contrário, há o entendimento perfilhado por Kazuo Watanabe ⁶⁷ no sentido de não ser a verossimilhança das alegações uma autêntica hipótese de inversão do *onus*

⁶¹ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: Admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006. p. 412-413.

⁶² SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 80.

⁶³ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Op. cit., p. 851.

⁶⁴ CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p.65.

⁶⁵ NUNES, Luiz Antônio Rizzato. Op. cit., p. 851-852.

⁶⁶ MORAES, Voltaire de Lima. Op. cit., 67.

⁶⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. Op. cit., p. 812.

probandi, uma vez que o juiz, amparado pelas máximas de experiência e das regras da vida, entende que restou produzida a prova encarregada a um dos demandantes. Desta feita, a partir do exame dos fatos com base em máximas de experiência, o julgador tem como ponto de partida a marcha normal dos acontecimentos, e, ainda, sendo o fato ordinário consequência ou pressuposto de um outro fato, na hipótese de ocorrência deste, afirma-se também que aconteceu aquele, salvo se a parte contrária desconstituí-lo.

Lado outro, Antônio Gidi entende que toda a alegação deve ser verossímil. A hipossuficiência, por si só, não justificaria uma atitude tão drástica como a inversão do ônus da prova se o fato suscitado é destituído de um mínimo de racionalidade⁶⁸.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno⁶⁹, um dos autores do anteprojeto do CDC, o inciso VIII do art. 6º estava intimamente ligado a norma do art. 335 do CPC que dispunha da seguinte forma: “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 pericial⁷⁰.” Além disso, a previsão expressa da verossimilhança no Código de Defesa do Consumidor se motiva na circunstância da vulnerabilidade do consumidor, a qual não deverá ser confundida com a noção de hipossuficiência.

Outra condição para a ocorrência da inversão do ônus da prova, diz respeito ao princípio da *hipossuficiência*. Esse critério, por seu turno, diz respeito ao desconhecimento técnico e informativo do objeto de uma relação de consumo e não da simples acepção de proteção ao mais “pobre”⁷¹.

Atrelada à condição de inferioridade do consumidor frente ao fornecedor, tanto na relação jurídica de direito material, quanto na relação jurídica de direito processual, a hipossuficiência decorre não somente de aspectos econômicos, mas da incapacidade técnica da parte vulnerável no que diz respeito ao objeto litigioso trazido em juízo⁷².

A respeito do critério em comento, assevera Eduardo Cambi⁷³:

⁶⁸ GIDI, Antônio. *Defesa do Consumidor – aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor apud SANTOS, Sandra Aparecida de Sá dos. A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002. p. 72.

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. Op. cit., p. 152-156.

⁷⁰ O art. 335 do diploma processual revogado possui como correspondente o art. 375 do atual Código de Processo Civil, o qual dispõe da seguinte forma: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.”

⁷¹ NUNES, Luiz Antônio. Op. cit., p. 852-853.

⁷² CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 66-67.

⁷³ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 415-416

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

Com efeito, a ideia de hipossuficiência está ligada à concepção de facilitação da defesa do consumidor nos moldes do inciso VIII do art. 6º do CDC, referindo-se tanto à sua dificuldade econômica quanto às suas deficiências técnicas em poder se desincumbir do encargo probatório dos fatos que constituem o seu direito.

Vale ressaltar, ainda, que esse critério possui unicamente informação jurídica processual, haja vista que, em determinados casos, poderá o fornecedor cair em situação de fragilidade ou hipossuficiência diante da maior facilidade de produção probatória pelo próprio consumidor⁷⁴.

Por derradeiro, a expressão “segundo as regras ordinárias de experiência”, que é trazida pelo dispositivo supramencionado, significa que a formação da convicção judicial será facilitada pelas regras de experiência, das quais será extraída a prova necessária dos princípios práticos da vida e da experiência daquilo que geralmente acontece, de acordo com o normal andamento das coisas. Em outras palavras, trata-se da formação probatória baseada em circunstâncias evidentes, facilmente perceptíveis a todos, em geral⁷⁵.

A regra de experiência pela sistemática do CDC autoriza o magistrado a aplicar distintamente a norma geral do *onus probandi*, ao entender que um fato, apesar de não comprovado, possui alta dose de probabilidade, se não existir prova da parte contrária que conteste a presunção. Assim, ainda que o litigante não tenha se desincumbido do seu encargo probatório, não sofrerá a desvantagem da incerteza do juiz, tendo em vista a presença de uma regra de experiência a seu favor.

3.2.2 Momentos de inversão do ônus da prova

Existe no âmbito doutrinário⁷⁶ a formação de três correntes acerca do momento processual oportuno para que o juiz determine a inversão do ônus da prova a favor do consumidor quando atendidos um dos pressupostos legais, já que a lei consumerista foi omissa neste aspecto. A primeira afirma que a medida deverá ser deferida *ab initio*, quando o

⁷⁴ SANTOS, Ernane Fidelis dos. O ônus da prova no código do consumidor. Revista de Direito do Consumidor. vol. 47. ano 12. julho-setembro de 2003. São Paulo: Revista dos tribunais. p. 274.

⁷⁵ Idem, p. 269-272.

⁷⁶ MARTINS, Plínio Lacerda. A inversão do ônus da prova na ação civil pública proposta pelo ministério público em defesa dos consumidores. Revista de Direito do Consumidor. vol. 31. Julho-setembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 73; 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. vol. 31. Julho-setembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 68-69.

magistrado analisa a petição inicial. A segunda, por seu turno, defende que a inversão deverá ocorrer na prolação da sentença, tendo em vista que esse instituto se trata de regra de julgamento. Por fim, a terceira corrente advoga que o momento processual mais adequado para a inversão do *onus probandi* é por meio do despacho saneador, onde o magistrado fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes, dentre elas, o cabimento ou o não cabimento da inversão do ônus probatório. Passemos, adiante, à exposição detalhada de cada tese supracitada.

3.2.2.1 Despacho Inicial

Para os defensores dessa corrente, da qual faz parte Tania Lis Tizzoni Nogueira, a inversão do *onus probandi* deveria ocorrer no despacho inicial juntamente à citação do réu, tendo em vista que ele, ao ser citado, tomaria ciência do ônus que lhe fora imposto, o que possibilitaria fazer a adequação de sua defesa à futura produção probatória.⁷⁷

Todavia, tal assertiva não prevalece, uma vez que nessa fase processual não houve manifestação do réu e muito menos a viabilidade de fixação dos pontos controvertidos na demanda consumerista. Além disso, pode ocorrer de a parte ré não contestar a totalidade dos pontos suscitados pelo autor, ao passo que, em outra situação, poderá se opor somente a parte deles⁷⁸.

3.2.2.2 Na sentença

Outra parte relevante da doutrina advoga ser por ocasião da sentença a oportunidade mais propícia para que o magistrado inverta o ônus da prova. Dentre os defensores dessa teoria estão Kazuo Watanabe e Luiz Eduardo Boaventura Pacífico.

Segundo afirmam os adeptos dessa corrente, as regras da inversão do *onus probandi* são de julgamento da causa. Logo, somente após a fase instrutória, no momento de valoração das provas, estará o julgador apto a afirmar se a situação discutida nos autos comporta ou não hipótese de inversão do ônus da prova.

⁷⁷ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006. p. 417, e nota de rodapé nº 18.

⁷⁸ Coaduna com esta posição Voltaire de Lima Moraes: “A inversão do ônus da prova, com a devida vênia, não deve ser decretada *ab initio*, quando o juiz analisa a petição inicial, pois sequer houve manifestação do demandado, não se podendo precisar, inclusive a dimensão da sua resposta, muito menos os pontos controvertidos. Assim, mostra-se prematura e indevida a decretação do ônus da inversão do ônus da prova nessa fase do procedimento.” (MORAES, Voltaire de Lima. Op. cit. p. 68).

Além disso, asseveram, ainda, que acaso o magistrado defira a inversão do encargo probatório em momento anterior à prolação da sentença, seria o mesmo que proceder ao prejulgamento ou em julgamento parcial e prematuro da demanda.

Nesse sentido afirma Kazuo Watanabe⁷⁹:

Quanto ao momento para 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, quando há um *non liquet* em matéria de fato, a respeito da solução a ser dada à causa.

Da mesma forma aduz Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:⁸⁰

A garantia do devido processo legal deve ser, sem dúvida, assegurada a qualquer custo. Contudo, não nos parece constituir ofensa aos cânones constitucionais a inversão no momento da decisão. A partir do conteúdo da petição inicial – com a exposição da causa de pedir e do pedido – às partes envolvidas no processo é perfeitamente possível avaliar se há a possibilidade de aplicação das normas do Código do Consumidor ao caso concreto. Se a pretensão estiver fundada em relação de consumo, protagonizada por consumidor e fornecedor, expressamente conceituados pelo Código (arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90), este pode merecer incidência. Logicamente, a inversão do ônus da prova igualmente pode ser prevista, não implicando surpresa ou afronta aos citados princípios, caso efetivada.

Por derradeiro, declaram que a legalidade e a constitucionalidade da inversão do ônus probatório na sentença são reconhecidas com base na isonomia constitucional, segundo a qual se deve conferir tratamento igualitário aos iguais e tratamento desigual aos desiguais. Assim, sendo o consumidor o polo frágil e hipossuficiente da relação consumerista, faz jus ao amparo da lei, de modo a ser alcançado um equilíbrio de forças entre ele e o fornecedor.

2.2.2.3 Despacho Saneador

Por fim, a terceira e última corrente admite a inversão do ônus da prova por ocasião da instrução, na qual o magistrado fará a fixação dos pontos controvertidos da lide para o deferimento da prova. Dessa forma, ocorrendo a técnica nesse momento processual, não haveria prejuízo à defesa das partes, tendo em vista que cada uma chegaria na instrução ciente do ônus probatório que a elas foi incumbido.

Portanto, consoante afirmam os defensores dessa tese, será no despacho saneador que a inversão do encargo probatório será operada, uma vez que os jurisdicionados não serão surpreendidos com o ato da inversão no bojo da decisão, mas, irão para a fase de instrução probatória conscientes dos fatos que cada um deverá demonstrar.

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. Op. cit., p. 814-815.

⁸⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. Op. cit., p. 160.

Entre os doutrinadores adeptos a essa corrente estão, por exemplo, Luiz Antônio Rizzato Nunes, Voltaire de Lima Moraes⁸¹ e Sandra Aparecida Sá dos Santos. Ademais, afirma Luiz Rizzato Nunes⁸²:

(...) o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador. Na maior parte dos casos a fase processual posterior à contestação e na qual se prepara a fase instrutória, indo até o saneador, ou neste, será o melhor momento⁸³.

Desta feita, segundo esses autores, a determinação da inversão do *onus probandi* previamente à sentença, não acarreta violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, uma vez que se trata de regra de procedimento e não de julgamento.

3.3 A carga dinâmica da prova e a inversão do *onus probandi*: semelhanças e diferenças

Há, contudo, quem afirme haver diferença entre a técnica da inversão do encargo probatório trazida pelo art. 6º, VIII, do CDC e a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova trazida pelo §1º do art. 373 do CPC/15, tendo em vista que na tese das cargas probatórias dinâmicas, a facilitação da prova para a tutela do bem jurídico não exige que o magistrado analise previamente os critérios pré-fixados para a inversão do ônus probatório, ao contrário do que ocorre no art. 6º, VIII do diploma consumerista⁸⁴. Assim, para fins de distribuição dinâmica do encargo probatório, não há que se falar no estabelecimento prévio e abstrato do ônus, já que a distribuição do *onus probandi* ocorrerá no caso concreto, propriamente, entre os demandantes, a partir da verificação pelo juiz de quem está em melhores condições de produzir a prova. Lado outro, no tocante a inversão, o julgador partiria do modelo estático-legal de repartição do ônus da prova para depois invertê-lo⁸⁵.

⁸¹ MORAES, Voltaire de Lima. Op. cit., p. 69.

⁸² NUNES, Luiz Rizzato. Op. cit. p. 855.

⁸³ Nesse mesmo sentido assevera Sabrina Aparecida de Sá dos Santos: “(...) cabível a inversão do ônus da prova após a apresentação da contestação, vale dizer, no despacho saneador, momento em que o magistrado apreciará a tese do autor e a antítese do réu, podendo decidir sobre a necessidade, ou não, da utilização do instituto.” (SANTOS, Sabrina Aparecida de Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: RT, 2002., p. 85).

⁸⁴ Os autores que afirmam a distinção entre a distribuição dinâmica do ônus da prova e a inversão do encargo probatório são: Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 340- 341; Eduardo Cambi, Teorias das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§1º e 2º do NCPC., p. 190-191; Suzana Santi Cremasco, *A distribuição dinâmica do ônus da prova*, p. 75-76; Daniel Colnago Rodrigues e João Pereira Monteiro Neto, Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório., p. 420-422; Marcelo Machado Pacheco, Ônus estático, ônus dinâmico e inversão do ônus da prova: análise crítica do novo código de processo civil., p. 304-305; Gianvito Ardito, O ônus da prova no novo código de processo civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova., p. 221-223.

⁸⁵ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§1º e 2º do NCPC. Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório. Salvador: JusPodivm, v.5. p. 190-191.

Entendimento semelhante é o de Gianvito Ardito ⁸⁶:

(...) somente há que se falar em inversão do ônus da prova quando esse ônus já está previamente delimitado pela lei (regra geral), sendo que, na distribuição dinâmica o ônus probatório é fixado pelo juiz quando da decisão saneadora⁸⁷.

Uma outra justificativa para a diferenciação dos institutos diz respeito à hipótese de cabimento, já que a inversão do ônus da prova por ser contemplada como um dos direitos básicos do consumidor, será determinada estritamente em relações que envolvam matéria consumerista⁸⁸. Lado outro, a carga dinâmica não possui limitação oriunda de lei, sendo aplicada, entretanto, em todo e qualquer tipo de demanda processual na qual a distribuição estática seja insatisfatória e desde que uma das partes se encontre em melhor condição para fornecer os elementos probatórios⁸⁹.

Ademais, ao que nos parece, a distribuição dinâmica do encargo probatório é mais adequada para o equilíbrio das partes e para o bom resultado da lide se comparada à inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, uma vez que no caso da dinamização do *onus probandi*, tanto o autor quanto o réu produzirão as provas atinentes aos fatos que cada qual tiverem reais condições de assim o fazer, o que não as exime de responsabilidade na instrução, ao passo que na sistemática do diploma consumerista, somente o consumidor será beneficiado com a inversão, uma vez que será isento da demonstração dos fatos constitutivos do seu direito, sendo tal ônus transferido integralmente para o fornecedor que, em alguns casos, pode se ver diante de uma situação probatória excessivamente gravosa, já que seria difícil ou até mesmo impossível fazer prova contrária às alegações do consumidor.

Contudo, apesar das diferenças existentes entre as técnicas em comento, tanto a distribuição dinâmica quanto a inversão do encargo probatório visam a dinamizar a repartição do *onus probandi*, evitando-se, em ambos os casos, que as dificuldades econômicas ou conjunturais de um dos jurisdicionados em relação à produção probatória, desencadeiam a prolação de uma decisão desfavorável⁹⁰. Assim, o que se busca com essas medidas é o atingimento de soluções justas.

⁸⁶ ARDITO, Gianvito. O ônus da prova no novo código de processo civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Op. cit.*, p. 222.

⁸⁷ E ainda acrescenta: “(...) na distribuição dinâmica não recai sobre a parte o ônus da prova de todos os fatos controvertidos, mas somente daquele que ela puder provar de forma mais fácil. Ao passo que, na inversão do ônus da prova, a maior parte do encargo probatório é do fornecedor, uma vez que, na verdade, a inversão do ônus probatório acaba por reconhecer uma presunção de veracidade do fato constitutivo do direito do consumidor, mantendo-se o ônus do fornecedor de comprovar os fatos modificativos, extintivos e impeditivos da parte contrária.” (ARDITO, Gianvito. *O ônus da prova no novo código de processo civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. *Op. cit.*, p. 222).

⁸⁸ CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 192.

⁸⁹ CREMASCO, Suzana Santi. *Op. cit.*, p. 76.

⁹⁰ PACHECO, Marcelo Machado. *Op. cit.*, p. 304.

No capítulo seguinte, definiremos qual será o momento processual adequado para que o juiz distribua o ônus dinâmico da prova com base no Código de Processo Civil de 2015, assim como em relação à inversão do encargo probatório no Código de Defesa do Consumidor, à luz dos princípios constitucionais que norteiam o processo civil, bem como à nova sistemática trazida pelo diploma processual civil brasileiro vigente, cujas regras, sem dúvida, influenciarão a técnica prevista no art. 6º, VIII do diploma consumerista, mormente no que tange ao momento em que as partes devem ser cientificadas da ocorrência da inversão.

4. O MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO PARA A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E PARA A INVERSÃO DO ENCARGO PROBATÓRIO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, conforme visto no primeiro capítulo, havia, como regra geral, a distribuição legal estática do ônus da prova, no qual as partes já iam para o processo cientes do encargo probatório que iriam assumir, dada a clareza da regra constante no art. 333. Dessa forma, no momento final do julgamento, o magistrado averiguava a quem incumbia o encargo de produzir a prova quando se deparava com a ausência ou com a insuficiência dela, proferindo decisão desfavorável ao litigante que não se desincumbiu do seu ônus probatório.

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, tratava-se de exceção à regra do diploma revogado, uma vez que o juiz poderia inverter tal encargo em favor do consumidor se no caso concreto fosse constatada a presença da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência. Assim, os jurisdicionados apenas teriam conhecimento de seus respectivos ônus probatórios no momento em que o julgador se manifestasse nos autos.

Contudo, gerou-se grande polêmica a respeito do momento oportuno para que o juiz aplicasse a regra do art. 6º, VIII do diploma consumerista, já que o legislador foi omissivo no tocante a esse aspecto.

Conforme aduz Bruna Braga da Silveira⁹¹:

A discussão afluente na doutrina brasileira em razão da “inversão” do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor. E está intimamente relacionada ao debate, (...), que privilegia o aspecto objetivo do ônus da prova, afirmando tratar-se de regra de julgamento; ou privilegia o aspecto subjetivo do ônus da prova, afirmando tratar-se de regra de atividade.

Assim, para os defensores da corrente que afirma ser a sentença o momento ideal para a aplicação da inversão do encargo probatório no código consumerista, privilegia-se apenas o aspecto objetivo do *onus probandi*, já que se trata de regra de julgamento, a qual direciona o magistrado, quando se tem a presença de um *non liquet* em conteúdo fático, no tocante à solução a ser dada na lide. Logo, se a inversão for declarada em momento anterior à decisão, ocorrerá um prejulgamento da causa, o que é inviável, pois somente após a fase de instrução, o julgador, ao valorar as provas, estaria apto a dizer se há ou não caso de *non liquet*,

⁹¹ SILVEIRA, Bruna Braga da. Op. cit., p. 170.

podendo, por conseguinte, deferir ou não a inversão do encargo probatório.⁹² Nesse sentido, encontramos decisões prolatadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que coadunam com esse entendimento. Vejamos:

EMENTA: Processo Civil. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade. Parte que, ademais, não justificou a pertinência da produção das provas requeridas. Cerceamento de defesa não caracterizado. Momento para inversão do ônus da prova. Regra de julgamento. Desconsideração da personalidade jurídica. Encerramento súbito e irregular da atividade empresarial. Art. 28, CDC. Sentença mantida. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (Apelação com Revisão nº 1026593001/ SP, rel. des. Walter Cesar Exner, 32ª Câmara de direito privado, j. 29/01/2009, Publicação 13/02/2009).

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - Ação de indenização por danos materiais e morais, fundada em alegado erro médico, movida em face do hospital, prestador de serviço - Substituição de próteses de silicone nos seios - Retirada de material para biópsia - Deformação dos seios - Dano estético - Afastamento da preliminar de nulidade - Momento para inversão do ônus da prova é a sentença - No mérito, para que o réu seja responsabilizado, mister se faz a comprovação do nexo causai entre o procedimento médico e o dano experimentado pela paciente, o que representa o fato constitutivo do direito da autora ao pedido de indenização - Não ocorrência de erro médico - Ausência de nexo causai entre o procedimento realizado e o dano experimentado pela autora, afastando a responsabilidade do réu e o consequente dever de indenizar - Improcedência dos pedidos - Inversão do ônus da sucumbência - Recurso do réu provido, prejudicado o da autora V. (Apelação com Revisão nº 1746974000/ SP, rel. des. Paulo Razuk, 1ª Câmara de direito privado, j. 07/10/2008, Publicação 24/10/2008).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO EM PLANO DE EXPANSÃO DE REDE DE TELEFONIA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA REGRA DE JULGAMENTO, A SER APLICADA EM MOMENTO OPORTUNO DETERMINAÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVAS A RESPEITO DA AQUISIÇÃO E TRANSFERÊNCIA DA LINHA TELEFÔNICA DESCABIMENTO QUESTÕES A SEREM ELUCIDADAS AO LONGO DO TRÂMITE PROCESSUAL DESNECESSIDADE, PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO, DO ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA ART. 5º, XXXV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Recurso provido. (Agravo de Instrumento nº 00395444420138260000/SP, rel. des. Edgard Rosa, 25ª Câmara de direito privado, j. 19/09/2013, Publicação 20/09/2013).

Em sentido contrário, outra vertente destaca o aspecto subjetivo do ônus da prova, asseverando que as regras que repartem tal encargo se tratam de normas de comportamento direcionadas às partes, pois, através delas, os jurisdicionados conheceriam de antemão os fatos que competiriam a cada um provar. Assim, o momento propício para inversão do *onus probandi*

⁹² SILVEIRA, Bruna Braga da. Op. cit., p. 170-171.

deveria ser anterior à fase de instrução probatória.⁹³ Nesse diapasão, encontramos decisões prolatadas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal que coadunam com esse entendimento. Vejamos:

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVAÇÃO NO SPC. PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. NÃO APRECIÇÃO. MOMENTO OPORTUNO PARA APRECIÇÃO DA INVERSÃO. FASE DE INSTRUÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL. - O momento oportuno para o juiz determinar a inversão probatória é o que antecede a instrução do feito, sob pena de ferir os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Logo, o julgamento do feito sem a análise do pedido de inversão do ônus da prova impõe a nulidade dos atos processuais praticados a partir da instrução. (TJMG nº 101450843503570011/MG, rel. des. Generoso Filho, j. 09/02/2010, Publicação 15/03/2010).

EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO - DANOS MORAIS - PEDIDO DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO PARA APRECIÇÃO. O momento oportuno e tecnicamente correto para o juiz determinar a inversão probatória é o que antecede a instrução do feito, sob pena de ferir os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como do devido processo legal. (Apelação Cível nº 10433093061318001/MG, rel. des. Mota e Silva, 18ª Câmara Cível, j. 05/03/2013, Publicação 07/03/2013).

EMENTA: MONITÓRIA-APELAÇÃO CÍVEL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA MOMENTO INADEQUADO PARA APRESENTAÇÃO INÉDITA DA PRETENSÃO - DUPLICATAS SEM ACEITE - POSSIBILIDADE DE INSTRUIR MONITÓRIA - PROVA DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - SENTENÇA MANTIDA. 1. NA IDENTIFICAÇÃO DO MOMENTO ADEQUADO PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, DEVE-SE CONSIDERAR QUE SE MOSTRA DE BOM ALVITRE AO JULGADOR EXPOR ÀS PARTES AS REGRAS DE EXAME DAS PROVAS ANTES MESMO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, ISTO É, NO INSTANTE DE SANEAMENTO DO FEITO E FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS NA CAUSA, POIS SOMENTE COM ESSA CAUTELA SERÁ POSSÍVEL AO JURISDICIONADO DAR CONCRETUDE A SEUS DIREITOS DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. 2. APRESENTADAS AS DUPLICATAS, COM OS RESPECTIVOS PROTESTOS, NOTAS FISCAIS E RECIBOS DOS SERVIÇOS A QUE SE REFEREM, NÃO HÁ RAZÃO PARA AFASTAR A CONCLUSÃO EXPOSTA NA SENTENÇA RECORRIDA, UMA VEZ QUE A PARTE REQUERIDA NÃO APRESENTOU PROVA DE NENHUM FATO EXTINTIVO, MODIFICATIVO OU IMPEDITIVO DO DIREITO DO AUTOR (INCISO II DO ARTIGO 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). 3. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. (Apelação Cível nº 732294320088070001/DF, rel. des. J.J. Costa Carvalho, 2ª Turma Cível, j. 20/10/2010, Publicação 05/11/2010)

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1125621/MG⁹⁴, cuja relatora foi a Ministra Nancy Andrichi, julgou, por unanimidade, que a regra disposta no art.

⁹³ SILVEIRA, Bruna Braga da. Op. cit., p. 171-172.

⁹⁴ RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO. SENTENÇA. POSSIBILIDADE. REGRA DE JULGAMENTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o

6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor deve ser aplicada pelo magistrado no momento da sentença por se tratar de regra de julgamento e não de procedimento. Afirmou a relatora, ainda, que a regra de distribuição do ônus probatório deveria ser aplicada em último caso, isto é, mediante à presença de um *non liquet*, sendo portanto, a inversão regra de julgamento. Não obstante, a Quarta Turma do STJ, por meio do REsp nº 720930/RS⁹⁵, cujo relator fora o Ministro Luis Felipe Salomão, entendeu que embora a inversão do ônus da prova seja regra de julgamento, é recomendável que ela seja aplicada em momento anterior à sentença, de modo que a parte onerada possa se desincumbir do encargo a ela atribuído.

juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo. 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 favorável 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. 7. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp nº 1125621/MG, rel. min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, j. 19/08/2010, DJ de 07/02/2011).

⁹⁵ RECURSO ESPECIAL. GRAVIDEZ ALEGADAMENTE DECORRENTE DE CONSUMO DE PÍLULAS ANTICONCEPCIONAIS SEM PRINCÍPIO ATIVO ("PÍLULAS DE FARINHA"). INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ENCARGO IMPOSSÍVEL. ADEMAIS, MOMENTO PROCESSUAL INADEQUADO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A GRAVIDEZ E O AGIR CULPOSO DA RECORRENTE. 1. O Tribunal a quo, muito embora reconhecendo ser a prova "franciscana", entendeu que bastava à condenação o fato de ser a autora consumidora do anticoncepcional "Microvlar" e ter esta apresentado cartelas que diziam respeito a período posterior à concepção, cujo medicamento continha o princípio ativo contraceptivo. 2. A inversão do ônus da prova regida pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, está ancorada na assimetria técnica e informacional existente entre as partes em litígio. Ou seja, somente pelo fato de ser o consumidor vulnerável, constituindo tal circunstância um obstáculo à comprovação dos fatos por ele narrados, e que a parte contrária possui informação e os meios técnicos aptos à produção da prova, é que se excepciona a distribuição ordinária do ônus. 3. Com efeito, ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não-comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora - quando lhe era, em tese, possível provar -, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido. 4. Por outro lado, entre a gravidez da autora e o extravio das "pílulas de farinha", mostra-se patente a ausência de demonstração do nexo causal, o qual passaria, necessariamente, pela demonstração ao menos da aquisição dos indigitados placebos, o que não ocorreu. 5. 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 prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (REsp nº 720930/RS, rel. min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 20/10/2009, DJ de 09/11/2009).

Constatando a divergência entre as 3ª e 4ª Turmas sobre o tema, foi demandada a manifestação da Segunda Seção que, através do REsp nº 802832/MG⁹⁶, consolidou entendimento no sentido de ser a inversão do *onus probandi* regra de julgamento, dirigida ao juiz, e regra de procedimento, uma vez que influi, também, no comportamento das partes. Por essa razão, a inversão deve ocorrer, preferencialmente, no despacho saneador. Tal posicionamento foi reiterado pela Segunda Seção no REsp 422778/SP⁹⁷.

Posteriormente a essas questões, o Código de Processo Civil de 2015 contemplou expressamente o tema, definindo que a distribuição do ônus da prova deve ser deferida na decisão de saneamento e organização do processo, ressaltando, portanto, o aspecto subjetivo do encargo probatório. Vejamos:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
 I – resolver as questões processuais pendentes, se houver;
 II – delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

⁹⁶ RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. I. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). II. Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. III. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. IV. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). V. Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. VI. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. (REsp nº 802832/MG, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, j. 13/04/2011, DJ de 21/09/2011).

⁹⁷ EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA. 1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso. 2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada. 3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame. 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexos causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade" (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). 5. Embargos de divergência a que se dá provimento. (EREsp nº 422778/SP, rel. min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, j. 29/02/2012, DJ de 21/06/2012).

III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV – delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V – designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento. (destacamos).

No atual código, a decisão de saneamento possui a função de declarar saneado o feito, impedindo a permanência de vícios que obstem o prosseguimento regular do processo, preparando-o para a fase de instrução. Dessa forma, o magistrado irá se valer desse momento para delimitar os fatos controvertidos, definir os meios probatórios a serem realizados e ainda, caso se mostre necessário, a designação de audiência de instrução e julgamento. Assim, dentre as novidades trazidas pelo novo diploma processual, destaca-se o dever de redistribuição, se for o caso, do encargo probatório⁹⁸.

Portanto, pode-se depreender que o Código de Processo Civil de 2015 visa à facilitação da atividade probatória por meio da decisão saneadora, evitando-se surpresas às partes, porque, sendo conhecido por cada uma o ônus que deverão se desincumbir, confere-se mais segurança e clareza quanto aos procedimentos processuais vindouros. Tal afirmação, portanto, pode ser contemplada na parte final do §1º do art. 373 do diploma supramencionado, nos seguintes termos:

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

Vale ressaltar, por fim, que o novo código busca evitar a prolação de decisões surpresas, as quais se mostram violadoras das garantias constitucionais, como da ampla defesa e do contraditório. Vejamos:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Assim, à luz dos princípios constitucionais que norteiam o processo civil, entendemos que as regras adotadas pelo Código de Processo Civil de 2015, em relação à aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no §1º do art. 373, devem ser estendidas às relações consumeristas no que tange à regra do art. 6º, VIII, CDC, mormente em relação ao

⁹⁸ NUNES, Guilherme de Paula Nascente. Notas sobre o saneamento compartilhado. Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório. Salvador: JusPodivm, v.5. p. 557.

momento processual para a ocorrência da inversão do encargo probatório, de modo que seja oportunizado ao fornecedor o exercício do seu direito de defesa.

CONCLUSÃO

É de curial sabença que o processo é um instrumento pelo qual são realizados uma série de atos coordenados e regulados pelas normas jurídicas processuais, de modo que seja concretizado o exercício da função jurisdicional. Desta feita, revela-se como um meio propagador da atividade intelectual do juiz que, à luz das normas e princípios componentes do ordenamento jurídico, buscará a solução do conflito de interesses instaurado entre as partes.

Mais do que isso, o processo no Estado Democrático de Direito é garantia fundamental do cidadão, devendo a jurisdição estar à serviço dele, de modo que seja garantido às partes a efetividade dos direitos fundamentais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. Portanto, deve ser assegurado aos jurisdicionados o direito de interferir no convencimento do magistrado através do exercício desses princípios, uma vez que os demandantes são os maiores interessados no deslinde da controvérsia, já que sofrerão os efeitos da decisão.

Assim, levando-se em conta essas considerações, não coadunamos com o entendimento de ser a sentença o momento processual adequado para a inversão do encargo probatório. Afirmamos, sem dúvida, que as normas referentes ao ônus da prova são regras de julgamento, uma vez que orientará o juiz a julgar a causa quando não houver a presença de elementos probatórios atinentes à controvérsia instaurada entre autor e réu. Todavia, isso não significa que deve ser desprezado o seu aspecto subjetivo, a regra de procedimento, sob pena de pôr em xeque o devido processo legal

Dessa forma, os aspectos subjetivo e objetivo do ônus probatório não são excludentes, mas complementares, isto é, será ao mesmo tempo apresentado como regra de julgamento para o juiz e regra de atividade para os demandantes, uma vez que estes serão incentivados à produção probatória de modo a evitar um julgamento desfavorável em razão da ausência de provas. Assim, essa perspectiva do *onus probandi* estimula a postura cooperativa e participativa entre as partes de maneira a otimizar o debate processual e, por conseguinte, a fase de instrução.

Nesse diapasão, a importância das normas referentes ao encargo probatório transcende a instrumentalização do julgador ao proferir sua decisão, configurando-se também como estruturante do exercício probatório dos litigantes. Desta feita, as regras modificadoras do ônus da prova devem ocorrer em momento que proporcione ao demandado onerado oportunidade de se desincumbir do ônus que não lhe dizia respeito consoante a regra estática.

Outro motivo para que não seja modificado o encargo probatório na decisão diz respeito ao dever de informar os jurisdicionados sobre a aplicação de uma exceção à regra geral prevista. É que a técnica de inversão do ônus da prova excepciona a distribuição legal estática, devendo o magistrado avisar as partes, em momento oportuno, quanto à sua aplicação, de modo que os litigantes tenham a oportunidade de se prepararem e adequarem a sua atividade probatória à nova distribuição.

Se, por outro lado, a inversão for aplicada na sentença, a parte será surpreendida com um ônus em relação ao qual não terá oportunidade de se desincumbir, o que acarreta flagrante violação à ampla defesa e ao contraditório, haja vista que obstaculiza a possibilidade de o onerado influenciar o convencimento do juiz através da apresentação probatória atinente ao ônus que lhe fora atribuído. Além disso, prejudica não somente o interesse da parte no tocante ao resultado do processo, mas o próprio interesse público na prestação jurisdicional mais consentânea.

É importante frisar ainda que o princípio do contraditório abarca a garantia de proibição à decisão surpresa aos demandantes (arts. 9º e 10º do Código de Processo Civil de 2015), devendo-se, ao contrário, haver uma colaboração entre os sujeitos integrantes do processo, devendo o magistrado observar a prevenção e a prestação de auxílio aos jurisdicionados, de maneira a esclarecê-los quanto aos rumos da instrução, incitando-os ao diálogo, além de aconselhá-los a produzirem prova que seja imprescindível à obtenção de uma tutela jurisdicional favorável.

Ademais, também não compactuamos com o entendimento de ser o despacho inicial o momento adequado para a aplicação da inversão, uma vez que não houve a apresentação de contestação nesta fase, inviabilizando a fixação dos pontos controvertidos a serem submetidos à instrução probatória. Além disso, não será possível avaliar inicialmente se a parte teria condições efetivas de produzir determinada prova se o ônus probatório fosse transferido a ela pela inversão.

Por todas as razões expostas, infere-se que o momento propício para a modificação do encargo probatório é aquele anterior à instrução probatória ou, até mesmo, durante ela, uma vez que as partes tomarão conhecimento do objeto de prova, tendo ciência prévia acerca da atribuição do encargo probatório, além da oportunidade de sua desincumbência, efetivando as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF/88).

Em suma, quando as técnicas de inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, e da distribuição dinâmica do encargo probatório disposta no art. 373, §1º do Código de Processo Civil de 2015, forem aplicadas no caso concreto, não

deverá ser levado em conta apenas o aspecto objetivo do *onus probandi* como regra relacionada ao juiz, mas também o aspecto subjetivo atinente à atividade das partes na fase de instrução probatória, uma vez que são as maiores interessadas no resultado da lide e também são aquelas que sofrerão os efeitos da decisão prolatada pelo magistrado.

Dessa forma, com base no art. 357, III do novo diploma processual civil, deverá o magistrado modificar o encargo probatório na decisão saneadora, de modo que as partes tenham ciência prévia do novo ônus a elas atribuído, e dele possam se desincumbirem, havendo, até mesmo, a chance de se manifestarem acerca da impossibilidade ou da extrema dificuldade de produzirem a prova relacionada ao fato que ficaram responsáveis em demonstrar por intermédio da inversão, uma vez que o ordenamento jurídico veda surpresa às partes. Essas regras, portanto, deverão ser igualmente aplicadas nas demandas consumeristas que ensejarem a aplicação da inversão do *onus probandi*.

REFERÊNCIAS

ARDITO, Gianvito. O ônus da prova no novo código de processo civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *Direito probatório. Grandes temas do novo CPC*. vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 211-226.

BRASIL. Código de Processo Civil. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 de junho de 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 de junho de 2016.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 23 de junho de 2016.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, §§1º e 2º do NCPC. *Direito probatório. Grandes temas do novo CPC*. vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 187-210.

CARPES, Artur Thompsen. Notas sobre a interpretação do texto e aplicação das normas sobre o ônus (dinâmico) da prova no Novo Código de Processo Civil. *Direito probatório. Grandes temas do novo CPC*. vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 137-149.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do Consumidor: Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da Prova*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, et al. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2014. vol. 2.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. vol. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

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*. São Paulo: RT, v. 208, junho/2012. p. 295-316.

MARTINS, Plínio Lacerda. A inversão do ônus da prova na ação civil pública proposta pelo ministério público em defesa dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 31. Julho-setembro de 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 70-79.

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*. vol. 31. Julho-setembro de 1999. São Paulo: Revista dos tribunais. p. 65-69.

NUNES, Guilherme de Paula Nascente. Notas sobre o saneamento compartilhado. *Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório*. Salvador: JusPodivm, v.5. p. 553-566.

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

OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Curso: Direito do Consumidor Completo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*. vol 231. ano 39. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2014. p. 13-36.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman. vol. 44. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Breves reflexos sobre o ônus da prova no CPC/2015. *Direito probatório. Grandes temas do novo CPC*. vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 279-293.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. O ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol 47. ano 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro de 2003. p. 269-279.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. *Direito probatório. Grandes temas do novo CPC*. vol. 5. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 151-186.

THAMAY, Rennan Faria Krüger, *et al.* Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. *Coleção novo CPC, doutrina selecionada. Processo de conhecimento – Provas*. Salvador: JusPodivm, v.3. p. 159-177.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro: Forense, Vol.I, 2012.