

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO  
CIVIL BRASILEIRO**

Manoel Rodrigues de Oliveira Junior

Presidente Prudente/SP  
2013

**FACULDADES INTEGRADAS  
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO  
CIVIL BRASILEIRO**

Manoel Rodrigues de Oliveira Junior

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Especialista em Direito Civil e Processo Civil, sob orientação do Prof. Jefferson Fernandes Negri.

Presidente Prudente/SP  
2013

# **DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do Grau de Especialista em Direito Civil e Processo Civil.

---

Jefferson Fernandes Negri  
Orientador

---

Examinador

---

Examinador

Presidente Prudente, 01 de fevereiro de 2013.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus, fonte de toda ciência.

À minha família, pelo apoio moral e material.

Ao meu orientador Dr. Jefferson Fernandes Negri, mestre e amigo, pelas lições essenciais à conclusão deste trabalho.

Ao Dr. Marcio Ricardo da Silva Zago, que me conduz à ciência jurídica, assim como um pai conduz um filho à vida.

À Dra. Erica Hiroe Koumegawa, pela amizade.

## RESUMO

O presente trabalho investiga a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro. A regra estática de distribuição do ônus probatório, que norteia o atual modelo processual civil, revela-se insuficiente diante da denominada prova diabólica. A doutrina e jurisprudência, então, defendem a aplicação de uma regra dinâmica adequada à efetivação da justiça e à igualdade material entre as partes que compõem a relação jurídica processual civil. Entender os critérios e os limites para a aplicação desta teoria no Brasil é tornar efetivo os princípios constitucionais relacionados ao processo. A pesquisa tem como objetivo estudar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em três momentos: nas relações envolvendo o Código de Defesa do Consumidor; no atual modelo processual civil, fora das relações de consumo; e no próximo código de processo civil (Projeto de Lei no Senado nº 166/2010). Através da pesquisa bibliográfica, concluiu-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova revela-se mais adequada às exigências constitucionais do que a distribuição estática, desde que determinados limites sejam fixados: a existência de prova diabólica e a necessidade de fornecer à parte a possibilidade de se desincumbir de seu novo ônus.

**Palavras-chave:** Prova. Prova Diabólica. Ônus da Prova. Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.

## ABSTRACT

This paper investigates the theory of dynamic allocation of the burden of proof in civil proceedings in Brazil. The distribution of static rule evidential burden, which guides the current model of civil procedure, has proved inadequate in the face of denominated devil's proof. The doctrine and jurisprudence, then advocate the application of a dynamic rule to make effective the proper justice and substantive equality between the parties that make up the legal relationship of civil procedure. Understand the criteria and limits for the application of this theory in Brazil is to make effective the constitutional principles related to the process. The research aims to study the theory of dynamic allocation of the burden of proof on three occasions: in affairs involving the Code of Consumer Protection, in the current model of civil procedure, outside of consumer relations, and the next code of civil procedure (Project Senate Bill nº. 166/2010). Through research literature, it was concluded that the dynamic distribution of the burden of proof it is more appropriate to constitutional requirements of the static distribution, provided that certain limitations are fixed: the existence of devil's proof and the need to provide the party the possibility of discharging its new charge.

**Key words:** Proof. Devil's Proof. Burden of Proof. Dynamic Distribution of Burden of Proof. Theory of Dynamic Distribution of Burden of Proof.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>7</b>
<b>2 TEORIA GERAL DAS PROVAS</b> .....	<b>9</b>
2.1 Evolução do Sistema Probatório .....	9
2.2 Conceito de Prova.....	10
2.2.1 Definições.....	10
2.2.2 Sentido objetivo e sentido subjetivo .....	12
2.3 Objeto da Prova .....	13
2.3.1 Fatos que devem ser provados ( <i>thema probandum</i> ).....	14
2.3.2 Fatos que não necessitam de prova .....	16
2.4 Provas Diretas e Indiretas .....	18
2.4.1 Presunções e indícios .....	19
2.5 Prova de Fato Negativo.....	20
2.6 Finalidade e Destinatário da Prova .....	21
2.7 Ônus da Prova .....	22
2.7.1 Considerações iniciais.....	22
2.7.2 Conceito .....	24
2.7.2.1 Ônus objetivo e subjetivo .....	24
2.7.2.2 Ônus, obrigação e dever (sentido estrito).....	25
2.7.3 Regra legal de distribuição do ônus da prova .....	28
2.7.4 Regra convencional de distribuição do ônus da prova.....	29
2.7.5 Natureza jurídica da prova e do ônus da prova.....	30
<b>3 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA</b> .....	<b>32</b>
3.1 Conceito .....	32
3.2 Pressuposto de Aplicação: a prova diabólica .....	34
3.3 Inversão do Ônus Probatório ( <i>ope iudicis x ope legis</i> ) .....	36
3.4 Aplicação no Código de Defesa do Consumidor .....	38
3.4.1 Requisitos para aplicação no Código de Defesa do Consumidor.....	40
3.4.2 Regra de julgamento x regra de procedimento .....	45
3.5 Aplicação no Atual Modelo Processual Civil (Fora das Relações de Consumo) .	46
3.5.1 Definição de princípio .....	47
3.5.2 Princípio do devido processo legal.....	48
3.5.3 Princípio da igualdade nas relações processuais.....	51
3.5.4 Princípio do acesso (útil) à justiça .....	54
3.5.5 Princípio da lealdade e boa-fé processual.....	55
3.5.6 Princípio da adaptabilidade do procedimento.....	56
3.5.7 Princípio do (efetivo) contraditório .....	58
3.5.8 Requisitos para aplicação no atual Código de Processo Civil.....	59
3.6 Aplicação no Novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010) .....	62
3.6.1 Requisitos para aplicação no novo Código de Processo Civil.....	63
3.6.2 Consequências ou críticas .....	65
3.7 Repertórios Jurisprudenciais: aplicação do ônus dinâmico no Brasil .....	65
<b>4 CONCLUSÃO</b> .....	<b>68</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>73</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O processo judicial é um instrumento à realização de um direito material. E, para que o juiz possa dizer o direito, é preciso que a existência dos fatos alegados no processo seja provada, pois a verdade é sempre processual: se não está no processo, então não existe.

Por outro lado, a insuficiência de provas não pode ser utilizada como desculpa para que o juiz se abstenha de solucionar a lide, pois o *non liquet* é proibido. Por isto, criou-se uma incumbência às partes para que provem certos fatos, dependendo da posição que ocuparem no processo (se autor ou réu). Trata-se do ônus da prova.

Quando estático e apriorístico, a regra de distribuição do ônus probatório, contudo, pode tornar-se (algumas vezes) empecilho à concretização do direito invocado, pois a prova sobre a existência dos fatos que conduzem ao direito almejado pode ser extremamente difícil de ser produzida. É a denominada prova diabólica. Para evitá-la, a ciência processual civil desenvolveu uma teoria segundo a qual o ônus da prova pode ser distribuído de maneira dinâmica, ou seja, o ônus é imputado a quem tenha melhores condições de provar.

Uma das formas de aplicação desta teoria em um sistema de ônus estático dá-se mediante inversão do ônus probatório, embora os institutos não se confundam.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990) inovou o ordenamento jurídico pátrio ao prever legalmente a possibilidade de inverte-se o ônus da prova ante a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança das alegações feitas em juízo.

Fora das relações de consumo, contudo, o atual modelo processual civil está aparentemente engessado, ao menos no âmbito normativo, acerca da aplicação desta teoria, contrariando a realidade e a necessidade sociais.

Em vista disto, o legislador brasileiro apresenta a proposta de um Novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010), adotando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Com isto, o ônus de provar a existência dos fatos será imputado àquele que tiver melhores condições de fazê-lo.



Contudo, muitas dúvidas pairam sobre a aplicação desta teoria no atual modelo processual civil, principalmente fora das relações de consumo, bem como na perspectiva da nova legislação. Traduzir esta teoria, justificando sua aplicação no atual modelo processual civil (dentro e fora das relações de consumo) é um dos objetivos deste trabalho, que também visa estabelecer os requisitos e traçar os limites para aplicação desta teoria na futura legislação processual civil (PLS nº 166/2010).

Para tanto, o estudo vale-se do levantamento bibliográfico, fundamentando as teses com base na doutrina e na jurisprudência (nacionais e estrangeiras). Através do método dedutivo, parte-se da regra geral a fim de estabelecer os pressupostos para a aplicação desta teoria aos casos específicos (Código de Defesa do Consumidor, Atual Código de Processo Civil e Novo Código de Processo Civil).

A justificativa constitucional é sempre observada, pois o ordenamento jurídico brasileiro se respalda na Carta Maior.

No corpo do trabalho aborda-se, *ab initio*, a teoria geral das provas, apenas para o fim de estabelecer os conceitos preliminares que vão circundar a teoria dinâmica do ônus da prova, apresentando o conceito de prova, bem como seu objeto e finalidade.

Ainda no capítulo inicial, posiciona-se o ônus da prova dentro da teoria geral.

No capítulo seguinte, aborda-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, seu conceito e requisitos de aplicação.

No mesmo capítulo, a aplicação e implicação da teoria são apresentadas, respectivamente, no Código de Defesa do Consumidor, no atual Código Processual Civil e no Novo Código de Processo Civil.

Por fim, realiza-se uma análise da receptividade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pela jurisprudência brasileira.

## 2 TEORIA GERAL DAS PROVAS

### 2.1 Evolução do Sistema Probatório

O sistema probatório foi modificado pela ação cultural ao longo da história. A mudança de concepções filosóficas alterou a sistemática jurídica da prova.

Entre os povos ditos primitivos, vigorou um sistema probatório empírico, embasado na existência de um ser superior que assistia e protegia a parte cuja alegação sobre os fatos fosse verdadeira. Seguiam este sistema os métodos das ordálias, do juramento e do duelo (LOPES, 2002, p. 19).

As ordálias ou juízos de Deus consistiam em desafios, muitas vezes cruéis ou até mortais, que contrariavam a ação natural das coisas, empiricamente conhecidas. Nesta categoria estão: a prova da água fervendo, a prova do fogo, a prova das bebidas amargas e a prova do frio.

A prova da água fervendo era realizada mediante a injeção dos braços dos litigantes em um caldeirão de óleo fervente, durante determinado tempo. Após três dias com os braços enfaixados, sem tratamento, verificavam-se quem tinha melhor se recuperado da prova. Esta era a parte vencedora, pois a ação divina o tutelou por estar dizendo a verdade sobre os fatos controvertidos (LOPES, 2002, p. 20).

Na prova pelo fogo o acusado lidava com ferro quente, de tal sorte que o mesmo era obrigado a, por exemplo, tocar a língua no ferro quente ou carregá-lo a certa distância ou, ainda, caminhar, descalço, sobre ferros candentes (MERGULHÃO, 2010, p. 44).

A prova das bebidas amargas era dirigida às supostas adúlteras. Se após a ingestão de bebidas amargas a mulher aparentasse repúdio à bebida ou vermelhidão nos olhos, era culpada de adultério (MERGULHÃO, 2010, p. 44).

A prova do frio se dava com o mergulho da pessoa em um lago frio. Se boiasse, sua alegação era verdadeira; caso afogasse, suas alegações eram falsas.

Posteriormente, o juramento passou a ser considerado meio de prova. Segundo a crença, a divindade era chamada a assistir o testemunho da pessoa que, se estivesse mentindo, seria castigada pela divindade.

Ante o descrédito deste tipo de prova, passou-se ao duelo entre os litigantes. Aquele cuja alegação fosse verdadeira certamente venceria o duelo, pois a divindade o protegeria.

Com a transformação das concepções filosóficas e culturais, as provas eram somente admitidas nas modalidades que contemplassem ideais racionais, argumentativos. A prova testemunhal ganhou mais força no ordenamento jurídico ocidental; a prova escrita foi admitida e por fim, as provas periciais.

## 2.2 Conceito de Prova

### 2.2.1 Definições

João Batista Lopes (2002, p. 26) afirma que “o vocábulo *prova* provém do Latim (*probatio*), com o significado de verificação, exame, inspeção”.

A par da reminiscência do vocábulo, seu conceito jurídico é múltiplo, tomando, basicamente, três significados: ato de provar, meio de prova e resultado obtido com o meio de prova (GUILHERME, 2011, p. 118 e DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 43).

O ato de provar se consubstancia na atividade probatória, ou seja, fornecer os meios para demonstrar o alegado. Esta acepção é tomada na frase “protesta provar o alegado”, ou ainda, “a prova cabe a quem alega”, por exemplo.

O Código de Processo Civil toma esta conotação nos artigos 130 e 337<sup>1</sup> (GUILHERME, 2011, p. 118).

Os meios de prova “são as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra (ou seja, da fonte)” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA,

---

<sup>1</sup> Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

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

2010, p. 47). Esta acepção se refere à prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.

Este sentido é utilizado pelos artigos 131 e 332 do Código de Processo Civil<sup>2</sup> (GUILHERME, 2011, p. 118).

Por fim, o resultado obtido com o meio de prova nada mais é que a convicção criada no espírito do julgador. Em outras palavras, provar é convencer o julgador de que as alegações são verdadeiras. Neste sentido, diz-se que a parte “provou o alegado”.

Moacyr Amaral dos Santos (2009, p. 341), adota o conceito finalístico da prova, isto é, a prova enquanto resultado, pois, para ele, “provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa”.

João Carlos Pestana de Aguiar Silva (2003, p. 7), define prova como “todo o meio em condições de obter o resultado, assim como o próprio resultado, na pesquisa da verdade processual”. Tal definição, como se vê, atribui ao conceito de prova como meio e resultado, simultaneamente.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 57), prova “é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. Em outras palavras, os autores também adotam a prova, simultaneamente, como meio (técnica processual) e resultado (convencimento do juiz).

Os conceitos doutrinários aqui apresentados falham por não designar a prova como atividade probatória ou ato de provar, mas tão somente como meio e resultado.

Desta forma, a prova em um conceito mais completo pode ser designada como: toda atividade ou meio legalmente aptos e dirigidos a convencer o julgador acerca da existência ou inexistência dos fatos que lhe são apresentados.

---

<sup>2</sup> Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

## 2.2.2 Sentido objetivo e sentido subjetivo

A doutrina afirma que prova pode tomar um sentido objetivo e um sentido subjetivo, o que, na verdade, sintetiza as múltiplas acepções que o vocábulo possui.

Lecionam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 43):

Quando se utiliza o vocábulo para designar a atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que se está falando de prova num sentido objetivo. Quando ele é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que se está usando aí o termo prova num sentido subjetivo.

A mesma lição é apresentada por Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 38):

Sob o aspecto objetivo, deve-se entender como o conjunto de meios produtores, utilizados pelas partes ou impostos pela lei com o fim de demonstrar a existência de fatos relevantes no processo e formar a convicção no espírito do juiz.

Sob o aspecto subjetivo, entende-se como a convicção criada no espírito do juiz, seu convencimento interior acerca dos fatos apresentados à sua apreciação.

Conclui Moacyr Amaral dos Santos (2009, p. 343): “Esta, a prova no sentido subjetivo, se forma do conhecimento e ponderação das provas no sentido objetivo, que transplamam os fatos para o processo”.

Portanto, o vocábulo prova pode ser aplicado em seu sentido objetivo, quando se referir à atividade probatória ou ao meio de prova pretendido; e em seu sentido subjetivo, quando se referir à convicção no espírito do julgador acerca das alegações postas em juízo.

Vale dizer que a prova subjetiva (convicção) advém da análise e ponderação sobre a prova objetiva (atividade ou meio).

## 2.3 Objeto da Prova

João Batista Lopes (2002, p. 32) afirma que o objeto da prova são os fatos pertinentes, controversos e precisos. Porém, Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 44), criticam tal afirmação.

Segundo os autores, o que precisa ser provado não são os fatos, mas as alegações feitas pelas partes. Os fatos simplesmente ocorreram ou não; já as alegações sobre a existência de tais fatos é que devem ser demonstradas como verdadeiras.

Contudo, indaga e pondera Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 412):

Há quem afirme que a prova não versa sobre os fatos, mas sobre as alegações feitas pelas partes. Mas o que são tais alegações senão a afirmação de fatos dos quais se extrai a pretensão que se deseja atuar em juízo? Portanto, provar a alegação consiste justamente em demonstrar a ocorrência de tais fatos.

Por isso, para a lei processual, os meios legais de prova e os moralmente legítimos são empregados no processo “para provar a verdade dos *fatos* em que se funda a ação ou a defesa” (art. 322). São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova.

Esta também é a posição de Francesco Carnelutti (2002, p. 68): “neste sentido, é justo dizer que objeto da prova são os fatos e não as afirmações: *os fatos se provam, enquanto se conhecem, para comprovar as afirmações*”.

Esta corrente parece ser compartilhada por Moacyr Amaral Santos (2009, p. 349), pois, para o autor, “objeto da prova são os fatos sobre que versa a lide”.

Portanto, seguindo este pensamento, objeto da prova são os fatos alegados pelas partes em juízo, ou seja, os fatos litigiosos (e não a alegação sobre tais fatos).

Mas, nem todos os fatos litigiosos necessitam ser provados.

Não se pode confundir objeto da prova com necessidade da prova (*thema probandum*)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 48) apresenta a seguinte distinção criada por Devis Echandia (1970): “quando se fala em necessidade ou tema da prova está selecionando os fatos que devem ser provados e que interessam para cada processo, atribuindo a cada parte o ônus da prova. E quando se refere ao objeto da prova está se apontando uma vastíssima e quase ilimitada possibilidade do que pode ser seu objeto”.

Objeto da prova é qualquer coisa que se pode provar, mas nem todas necessitam ser provadas, como os fatos incontroversos, por exemplo (MERGULHÃO, p. 48).

Portanto, devem ser provados somente os fatos pertinentes, controversos e precisos (LOPES, 2002, p. 32). Estes fatos não constituem o objeto da prova, mas o seu tema (*thema probandum*).

Por outro lado, não necessitam de provas os fatos (i) notórios; (ii) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; (iii) admitidos, no processo, como incontroversos; (iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade. Essas são as hipóteses elencadas no artigo 334 do Código de Processo Civil<sup>4</sup>.

Excepcionalmente, o direito pode ser objeto de prova. Caso a parte alegue um direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, o juiz pode determinar que se prove o teor e a vigência do direito invocado, conforme redação do artigo 337 do Código de Processo Civil<sup>5</sup>.

### **2.3.1 Fatos que devem ser provados (*thema probandum*)**

Embora qualquer fato litigioso seja objeto de prova, os fatos que devem ser provados (*thema probandum*) são os fatos controvertidos, relevantes e determinados (SANTOS, 2009, p. 349). Ou, nos dizeres de João Batista Lopes (2002, p. 32), são os fatos pertinentes, controversos e precisos.

Os fatos ditos controvertidos ou controversos são aqueles afirmados por uma parte e negados pela outra.

Neste caso, os fatos já foram apresentados ao juiz, bastando, agora, que o mesmo diga qual o direito, sem necessidade de instrução probatória.

Moacyr Amaral Santos (2009, p. 349) ensina que “onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se traduz à mera aplicação do direito. Impõe-se a prova quando há questão de fato”.

---

<sup>4</sup> Vide item 2.3.2.

<sup>5</sup> Vide nota 1.

O autor, contudo, aponta exceções (SANTOS, 2009, p. 349): os fatos devem ser provados, ainda que incontroversos, quando: (i) o juiz reclamar maior produção probatória, a fim de formar com maior segurança a sua convicção; (ii) quando a lide tratar de direitos indisponíveis (ação de anulação de casamento, por exemplo); (iii) quando a lei exigir forma especial para provar determinado ato jurídico (prova do casamento, por exemplo).

Os fatos relevantes ou pertinentes são fatos que influenciam direta ou indiretamente na solução da lide. Ainda que tenha sido alegado, determinado fato não terá pertinência ou relevância se não se relacionar, ainda que indiretamente, com o direito material pretendido nos autos.

Moacyr Amaral Santos (2009, p. 349) explica:

Objeto da prova são os fatos sobre que versa a lide. Devem, portanto, ser provados os fatos que tenham relação ou conexão com a causa ajuizada. Daí a regra: *os fatos por provar devem ser relevantes, ou influentes*, isto é, em condições de poder influir na decisão da causa. Fatos que nenhuma relação tenham com a causa, e, assim, não influenciam na sua decisão, são inúteis, donde inútil sua prova: *frustra probatur quod probatum non revelat*.

Toda a atividade probatória tem por finalidade convencer o juiz acerca da existência ou inexistência dos fatos que possam conduzir ao direito almejado, de tal sorte que, se a prova não guarda relação com estes fatos, ainda indiretamente, então, tais fatos são inúteis e, conseqüentemente, não constituem objeto de prova.

Segundo Moacyr Amaral Santos (2009, p. 350), são irrelevantes os fatos impossíveis ou cuja prova é impossível. Esta impossibilidade pode decorrer da própria natureza do fato (por questões de ordem física ou moral) ou por disposição da lei (presunção de veracidade ou proibição legal de produção de determinada prova).

Por seu turno, os fatos precisos ou determinados são aqueles que podem ser individualizados, qualificados, ou melhor, discriminados dentro do universo factual. Nas palavras de Moacyr Amaral Santos (2009, p. 351), os fatos determinados são aqueles “apresentados com características que os distingam de outros que se lhe assemelhem”.

Por corolário lógico, se um fato não puder ser definido, então o mesmo é insuscetível de prova.



### 2.3.2 Fatos que não necessitam de prova

O artigo 334 do Código de Processo Civil estabelece o rol dos fatos que não necessitam de prova, com a seguinte redação:

Art. 334. Não dependem de prova os fatos:  
I - notórios;  
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;  
III - admitidos, no processo, como incontroversos;  
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Passa-se a análise minuciosa de cada um destes fatos e a explicação jurídica pela qual não necessitam de prova.

Não há consenso doutrinário sobre o que seja considerado notório. Há fatos que são notórios para determinados grupos ou círculos sociais, mas não o é para outros. Por exemplo, é notório entre os físicos que a temperatura de ebulição da água pura ocorre aos 100°C, ao nível do mar. Contudo, este fato não goza da mesma notoriedade entre os integrantes de outros seguimentos da sociedade, podendo até mesmo ser ignorado por muitos deles.

Conceituam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 112): “um fato pode ser considerado notório (em termos gerais) quando faz parte da cultura do “homem médio” situado no lugar e no momento em que a decisão é proferida, assim como, por exemplo, eventos da vida social, política e econômica”.

Portanto, os fatos notórios são aqueles de conhecimento do homem médio situado no local e no momento em que a decisão é proferida. Eles não carecem de prova, pois seu conhecimento é de domínio coletivo, podendo as partes fiscalizar sua existência (SANTOS, 2009, p. 353).

Cabe ressaltar que “os fatos notórios estão dispensados de prova, mas não de alegação pelas partes, pois o que não está nos autos não está no mundo” (MERGULHÃO, 2010, p. 52).

Os fatos confessados por uma das partes também não necessitam de prova, pois a parte reconhece a existência dos referidos fatos.

Confessar é admitir a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário, nos termos do artigo 348 do Código de Processo Civil<sup>6</sup>.

Importante ressaltar a diferença entre os institutos da confissão, da não contestação e do reconhecimento jurídico do pedido. Este diz respeito ao próprio pedido, enquanto aqueles recaem tão somente sobre os fatos<sup>7</sup>.

Veja-se, a propósito, a lição de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 116):

Na realidade, o instituto do reconhecimento jurídico do pedido – que possui origem no direito alemão – não se confunde com a confissão e com a não contestação, pois se refere a uma admissão mais ampla – *do próprio pedido e não de um fato* – chamada pela doutrina alemã de reconhecimento judicial (Gerichtliches Anerkenntnis).

Por seu turno, a não contestação se diferencia da confissão. Na não contestação, a existência dos fatos é presumida (presunção relativa)<sup>8</sup>, enquanto na confissão, a existência dos fatos é confirmada.

Os fatos incontroversos “são aqueles sobre os quais as partes não discutem” (WAMBIER e TALAMINI, 2010, p. 480). Eles não precisam de prova, pois, simplesmente, não há questão (controvérsia) a ser resolvida.

Ademais, o réu possui o ônus de impugnar especificamente os fatos articulados pelo autor na petição inicial (artigo 302, *caput*, do Código de Processo Civil)<sup>9</sup>. Caso não o faça, os fatos incontroversos são tidos como verdadeiros, não restando dúvida sobre sua existência.

Afinal, seria inócuo exigir que se desenvolvesse atividade probatória acerca de fato sobre o qual não resta dúvida, o que ofenderia até mesmo o princípio da economia processual (WAMBIER e TALAMINI, 2010, p. 480).

Por fim, os fatos presumidamente verdadeiros também não precisam de prova, pois a lei assim determina. Ainda que haja prova em contrário, a presunção prevalecerá. Trata-se da vontade emanada da lei.

---

<sup>6</sup> Art. 348. Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.

<sup>7</sup> No direito alemão, a confissão (Geständnis) é instituto equiparado ao da não contestação (Nichtbestreiten), no que diz respeito aos seus efeitos (MARINONI e ARENHART, 2009, p. 115).

<sup>8</sup> De fato, dispõe o artigo 319 do Código de Processo Civil que “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. Este é um efeitos da revelia, que surge com a não contestação.

<sup>9</sup> Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: [...].

## 2.4 Provas Diretas e Indiretas

Há dois tipos de fatos: os diretos e os indiretos.

Os fatos diretos são aqueles afirmados nos autos (seja na petição inicial, seja na contestação). Os fatos indiretos, no entanto, são indiciários, secundários, ou seja, levam ao esclarecimento dos fatos diretos por via oblíqua.

A partir desta classificação dos fatos, tem-se por prova direta aquela que demonstra os fatos diretos e por prova indireta aquela que demonstra os fatos indiretos.

Esta é a lição de Humberto Theodoro Júnior (2009, p. 413):

Com relação aos fatos, a prova pode ser *direta* ou *indireta*. *Direta* é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos, *Indireta*, que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos atos dos autos. É o que se denomina também *prova indiciária* ou por *presunção*.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 99), contudo, afirma que algumas vezes um fato direto só pode ser percebido indiretamente, ou seja, através de uma prova indireta. Exemplificam os autores (2009, p. 99):

A prova testemunhal e a prova pericial, ainda que tentem elucidar o fato principal, sempre constituirão as versões da testemunha e do perito, pelo que o juiz, diante delas, nunca terá percepção direta do fato, mas sim percepção por meio da prova testemunhal e da prova pericial. Nessa linha, tais provas, embora relacionadas ao fato direto, deveriam ser compreendidas como provas indiretas, exatamente porque o juiz, por meio delas, tem apenas uma percepção indireta do fato direto. Caberia catalogar como prova direta, nesse último sentido, apenas a inspeção judicial e o documento.

A classificação apresentada pelos autores parece confundir dois elementos: o tipo de fato e a percepção judicial.

As proposições apresentadas aqui de prova direta e indireta se relacionam respectivamente ao tipo de fato: direto e indireto.

Contudo, se classificadas de acordo com o tipo de percepção do juiz, então, as provas diretas seriam aquelas cuja percepção dos fatos pelo juiz se dá de maneira direta (inspeção judicial e documentos); as provas indiretas seriam aquelas

cuja percepção dos fatos pelo juiz ocorre de forma indireta (prova testemunhal e pericial). Esta é a classificação adotada por Francesco Carnelutti (2002, p. 82).

Independente do critério classificatório adotado (o tipo de fato ou a percepção do juiz) – uma vez que a questão não pode ser reduzida à certo ou errado – cabe estabelecer a diferença entre a presunção e o indício, que constituem espécies de prova indireta.

#### 2.4.1 Presunções e indícios

Indício “é o nome que se dá ao fato que já está provado e que, embora não sendo diretamente relevante para a causa, permite a formação de convencimento a respeito de um fato diretamente relevante” (WAMBIER e TALAMINI, 2010, p. 487).

Em outras palavras, o indício consiste em um fato secundário (indireto) que, através do raciocínio lógico pode se concluir pela existência do fato principal (direto). Note-se que só haverá indício se houver fato indireto já provado.

Por seu turno, a presunção é a relação lógica entre o fato conhecido (indício) e o fato que se quer provar (fato direto) (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 59).

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 60 e 61) estabelecem a seguinte classificação:

- (i) Presunção simples, comum, “de homem” ou “hominis”: quando a presunção resulta do raciocínio do próprio juiz, que as estabelece.
- (ii) Presunção legal: quando a presunção resultar do raciocínio do legislador, que as consagra em textos legais. Esta, por sua vez pode ser relativa (*juris tantum*) ou absoluta (*juris et de jure*).

A presunção relativa (*juris tantum*) admite prova em contrário. A presunção absoluta (*juris et de jure*) não admite prova em contrário. Neste caso, a lei não presume a existência do fato, mas impõe determinada consequência jurídica em certas circunstâncias, ou seja, uma situação A deve ser tratada como se B fosse. Não há investigação dos fatos, mas tratamento jurídico de determinado fato como se outro fosse (WAMBIER e TALAMINI, 2010, p. 488).

## 2.5 Prova de Fato Negativo

Durante muito tempo foi aplicado o brocardo jurídico *negativa non sunt probanda*, isto é, fatos negativos não precisam ser provados. Contudo, tal afirmativa vem perdendo o seu valor, ou melhor, tem sido aplicada conforme o caso concreto, pois “todo fato negativo corresponde a um fato positivo (afirmativo) e vice-versa. Se não é possível provar a negativa, nada impede que se prove a afirmativa correspondente” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 89).

Portanto, há duas formas de negativas: as absolutas e as relativas.

Explicam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 89):

A negativa absoluta é a afirmação pura de um não-fato, indefinida no tempo e/ou no espaço (ex.: jamais usou um “biquíni de lacinho”). Já a negativa relativa é afirmação de um não-fato, definida no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo – fácil perceber quando lembrarmos dos “álbis” (ex.: na noite de réveillon, não cometeu adultério no apartamento 501, do Hotel Copacabana, pois estava hospedada com amigas no Eco Resort, na Praia do Forte, Bahia).

Como se vê, somente os fatos absolutamente negativos são insusceptíveis de prova, mas não pela sua negatividade e, sim, pela sua indeterminação. Afinal, somente fatos determinados são passíveis de prova<sup>10</sup>.

Por outro lado, os fatos relativamente negativos são susceptíveis de prova, pois o não-fato é concluído pela demonstração do fato positivo correspondente.

Note-se que aqui há um detalhe de acepção. É tecnicamente correto dizer que os fatos relativamente negativos são susceptíveis de prova, pois, neste caso, o vocábulo prova toma um sentido subjetivo, isto é, a convicção do juiz. Portanto, é possível convencer o juiz sobre a inexistência de um fato relativamente negativo.

Contudo, a prova em seu sentido objetivo, isto é, como meio ou atividade probatória, não pode captar um não-fato, mas apenas seu fato positivo (afirmação) correspondente. Assim, é inadequado dizer que determinado meio de prova demonstrou inexistência de um não-fato.

---

<sup>10</sup> Vide item 2.3.1

Em outras palavras, um não-fato não pode ser objeto de prova em sentido objetivo (meio de prova), mas pode sê-lo em sentido subjetivo (convicção judicial)<sup>11</sup>.

## 2.6 Finalidade e Destinatário da Prova

A prova tem por finalidade o convencimento do magistrado; visa criar a convicção no espírito do julgador acerca da existência ou inexistência dos fatos alegados pelas partes em juízo, sendo esse inclusive um dos conceitos do vocábulo<sup>12</sup>.

Não à toa, Moacyr Amaral Santos (2009, p. 347) afirma que “a prova tem por finalidade convencer o juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos sobre que versa a lide”.

Desta forma, o destinatário da prova nada mais é que o próprio julgador a quem a prova visa convencer o espírito sobre a existência ou inexistência dos fatos alegados.

Explica e conclui Moacyr Amaral Santos (2009, p. 347):

*Destinatário da prova é o juiz. As afirmações de fatos, feitas pelos litigantes, se dirigem ao juiz, que precisa e quer saber a verdade quanto aos mesmos. Para esse fim é que se produz a prova, na qual o juiz irá formar a sua convicção.*

Ainda, Moacyr Amaral Santos (2009, p. 347) afirma que o juiz é o destinatário principal, mas não o único: as partes também precisam se convencer, a fim de acolher a decisão como justa, sendo, portanto, destinatários indiretos da prova.

Contudo, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI (2010, p. 478) discordam dessa posição:

O destinatário da prova é, sempre, o juiz. A prova não se destina ao seu autor nem à parte adversa, e uma vez produzida passa a integrar o processo, pouco importado quem teve a iniciativa de requerer sua produção.

---

<sup>11</sup> Sobre a acepção subjetiva e objetiva da prova, ver item 2.2.2.

<sup>12</sup> Conforme analisado no item 2.2.1.

Sandra Aparecida Sá dos Santos (2002, p. 63) goza do mesmo entendimento: “o destinatário da prova é o juiz que irá examiná-la, cotejá-la, avaliá-la, ainda que sobre ela as partes não tenham feito alegações ou qualquer referência”.

A autora aponta que, embora alguns doutrinadores afirmem que o destinatário da prova é o processo, tal entendimento não parece acertado. O artigo 132 do Código de Processo Civil, consagrando o princípio da identidade física do juiz, exige que “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

Ademais, o parágrafo único do artigo 132 determina que “em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas”.

Logo, se o destinatário da prova fosse o processo, seria desnecessário repetir a produção da prova, de tal sorte que o magistrado poderia proferir sentença no estado em que as provas se encontrassem no processo (SANTOS, 2002, p. 63).

Portanto, o destinatário da prova é o juiz, incluindo-se os Tribunais, na medida em que estes também re-analisam a matéria fática. Em outras palavras, “o destinatário da prova é o julgador, seja ele de primeira ou segunda instância” (MERGULHÃO, 2010, p. 60). Não há que se falar em outros destinatários, porquanto a finalidade da prova é convencer o julgador, logo, é somente a ele que a prova se destina.

## **2.7 Ônus da Prova**

### **2.7.1 Considerações iniciais**

A idéia central do ônus probatório é evitar o *non liquet*, isto é, a ausência de decisão judicial.

O Estado-juiz, detentor da tutela jurisdicional não pode se abster de julgar as demandas que lhe são apresentadas pelos jurisdicionados. Em outras

palavras, o Estado-juiz é obrigado a solucionar os conflitos judiciais. É o denominado princípio da proibição do *non liquet*.

A Constituição Federal fixa a referida proibição ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (artigo 5º, inciso XXXV).

O juiz não conhece os fatos; a ele só compete dizer o direito, mas desde que os fatos narrados estejam provados<sup>13</sup>.

Desta forma, se o processo carece de um conjunto fático-probatório, o juiz não consegue solucionar a questão contida nos autos, tampouco dizer o direito.

Isto poderia conduzir ao *non liquet* que, como já afirmado, é proibido no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive pelo Código de Processo Civil (artigo 126)<sup>14</sup>.

Portanto, a solução apresentada é a fixação de regras da atividade probatória que, se inobservadas, poderá conduzir ao desfecho decisório negativo àquele que não se desincumbiu deste ônus. É denominado ônus da prova.

Se não houver conjunto fático-probatório suficiente para o juiz decidir a causa, o mesmo se valerá da regra do ônus da prova para dizer o direito<sup>15</sup>.

No Brasil, compete ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor, conforme dispõe (expressamente) o artigo 333 do Código de Processo Civil.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Afirma o brocardo jurídico: *narra mi factum dabo tibi jus* (“narra-me os fatos que eu te dou o direito”).

<sup>14</sup> “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

<sup>15</sup> Novamente, ensina Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 132): “Justamente para poder proceder ao julgamento (aspecto objetivo do ônus da prova), ainda que lhe permaneça dúvidas acerca dos fatos, é que o julgador se utiliza dos critérios estabelecidos acerca da distribuição do ônus da prova. Tais regras determinam sobre qual dos litigantes pesa o encargo de produzir as provas e quais as conseqüências do não cumprimento destes mesmos encargos”.

<sup>16</sup> No direito alemão, não há regra expressa sobre a divisão do ônus da prova, mas a doutrina alemã desenvolveu a idéia de que a aplicação da norma pode girar em torno dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos, concluindo que compete ao autor provar os pressupostos para a aplicação da norma, e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Esta teoria ficou conhecida como *Normentheorie* (MARINONI, 2007, p. 12).



## 2.7.2 Conceito

O ônus da prova é o interesse-necessidade que a parte tem de provar os fatos alegados, conforme lição de Moacyr Amaral Santos (2009, p. 358):

*Ônus* – do latim *onus* – quer dizer carga, fardo, peso. *Onus probandi* traduz-se apropriadamente por *dever de provar*, no sentido de *necessidade de provar*. Trata-se apenas de *dever* no sentido de interesse, necessidade de formar a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes.

Sandra Aparecida Sá dos Santos (2002, p. 65) apresenta o mesmo conceito, traduzindo o “interesse-necessidade” por “encargo”.

*Onus probandi* tem como tradução o encargo de provar, no aspecto de necessidade de provar. Leia-se *encargo* no sentido de interesse de fornecer a prova destinada à formação da convicção do magistrado, no que tange aos fatos alegados.

Portanto, o ônus da prova é o encargo, ou seja, o interesse-necessidade que a parte tem em provar os fatos alegados.

Neste caso, o vocábulo provar toma o sentido de resultado, isto é, a convicção formada no espírito do julgador, conforme entendimento exalado pelos doutrinadores acima.

Em outras palavras, o ônus da prova é o encargo (interesse-necessidade) que a parte tem em formar a convicção do julgador quanto a existência ou inexistência dos fatos alegados.

### 2.7.2.1 Ônus objetivo e subjetivo

Diz-se que o ônus da prova possui um aspecto objetivo e outro subjetivo.

Em seu aspecto subjetivo, o ônus da prova é dirigido ao autor e ao réu. Ambos têm o encargo de provar determinados fatos, sob pena de sofrerem os efeitos nefastos de sua inércia: ao autor compete provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu compete provar os fatos impeditivos, modificativos ou

extintivos do direito do autor (artigo 333 do Código de Processo Civil)<sup>17</sup>. Trata-se de regra de conduta (GUILHERME, 2011, p. 136).

Quanto ao seu aspecto objetivo, o ônus da prova é regra dirigida ao juiz para evitar o *non liquet* e, portanto, é aplicado como último recurso para dirimir a questão fático-probatória. Desta feita, o ônus da prova é utilizado como regra de julgamento (GUILHERME, 2011, p. 139).

Rita Lynce Faria (2001, p. 10) afirma que, em sentido objetivo, o ônus da prova toma a noção de “risco processual”, pois a inércia processual da parte pode ser suprida pela atividade da parte adversa ou do próprio juiz (mediante poderes instrutórios). Por este motivo, diz-se que o aspecto objetivo do ônus da prova decorre do princípio inquisitório, em oposição ao princípio do dispositivo (caracterizado pela passividade do juiz).

A migração do domínio do princípio do dispositivo para o princípio inquisitório atinentes às normas processuais civis é um movimento que se verifica no Brasil, assim como em Portugal (FARIA, 2001, p. 11).

Portanto, o ônus da prova objetivo dirige-se ao juiz, enquanto o ônus subjetivo dirige-se às partes.

#### **2.7.2.2 Ônus, obrigação e dever (sentido estrito)**

A doutrina busca estabelecer as diferenças entre ônus e obrigação.

Eis o conceito de obrigação apresentado por Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf (2012, p. 20):

Obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.

Como se vê, a obrigação é uma relação jurídica formada por duas pessoas (devedor e credor), de cunho econômico e cuja prestação exigível em caso de inadimplemento.

---

<sup>17</sup> “O art. 333 do CPC estabelece a distribuição do ônus subjetivo da prova” (TUCCI, 1991, p. 35)

Por outro lado, o ônus nada mais é que um encargo ou interesse-necessidade que a parte tem em praticar determinado comportamento, como, por exemplo, provar os fatos alegados (no caso de ônus da prova).

A partir destes conceitos, é possível pontuar as distinções entre os institutos da obrigação e do ônus.

A primeira distinção entre as figuras está na licitude: para Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2000, p. 35), o não cumprimento de uma obrigação configura um ilícito, enquanto o descumprimento de ônus ainda será lícito<sup>18</sup>.

Em razão desta característica, o sujeito passivo de uma relação obrigacional está em constante estado de sujeição, podendo ser compelido a cumprir a obrigação pelo outro sujeito da relação jurídica.

Quanto ao ônus, ninguém pode exigir seu cumprimento pelo sujeito onerado, mas este sofrerá os efeitos negativos se não observar a norma. Portanto, a segunda distinção diz respeito ao estado de sujeição ou subordinação.

Novamente socorre-se à lição de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2000, p. 35):

No ônus, o sujeito se encontra livre para realizar ou não o ato contemplado pela norma, não obstante sua inobservância possa ensejar consequências desfavoráveis; ninguém pode exigir tal ou qual comportamento do onerado, cuja atividade se situa no âmbito de sua auto-responsabilidade. Na obrigação, inexistente liberdade de agir, encontrando-se o sujeito passivo em estado de sujeição jurídica e coerção: o titular do direito pode exigir o seu cumprimento, sob pena de aplicação de sanção jurídica, traduzida pela necessidade de reparar prejuízos, sem deslembrar a possibilidade do cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer.

Desta forma, o sujeito passivo pode ser coagido a cumprir determinada obrigação, enquanto tal característica não existe no ônus, vez que esta relação não se dá entre dois sujeitos.

Não à toa, João Batista Lopes (2002, p. 38) afirma que “entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse própria a outro, alheio”. Isto confirma a segunda distinção entre as figuras: o obrigado está sujeito ao cumprimento da obrigação, o onerado não está sujeito ao cumprimento do ônus (mas deverá arcar suas consequências).

---

<sup>18</sup> Por exemplo, o descumprimento de uma obrigação contratual gera um ilícito (contratual).

Arruda Alvim (2012, p. 969) aponta, ainda, para o fato de que, circunstancialmente, a obrigação pode ser convertida em pecúnia, o que não ocorre ao ônus. Assim, a terceira diferença diz respeito ao valor econômico correspondente: a obrigação tem; o ônus não.

Em síntese, o ônus se diferencia da obrigação por três características: (i) a licitude: o descumprimento da obrigação é ilícita, o descumprimento do ônus é lícito; (ii) o estado de sujeição: na obrigação há sujeição de um interesse próprio a um interesse alheio; no ônus há sujeição de um interesse próprio a outro interesse próprio; e (iii) a correspondência econômica: a obrigação descumprida pode ser convertida em pecúnia, o ônus descumprido não goza desta possibilidade.

Ademais, a doutrina também diferencia o ônus e a obrigação de uma terceira figura: o dever.

Inicialmente, deve-se atentar para o fato de que o ônus e a obrigação constituem espécies de dever em sentido amplo, mas se diferenciam do dever em sentido puramente estrito.

O dever (em sentido estrito) é caracterizado pela necessidade perpétua de cumprimento, ou seja, o cumprimento de um dever não desincumbe o sujeito de continuar observando-o (por exemplo, o dever de lealdade processual<sup>19</sup>). Ao contrário, o ônus e a obrigação não apresentam a característica de perpetuidade, de tal sorte que seus efeitos se encerram com o respectivo cumprimento (ALVIM, 2012, p. 970).

Vale dizer ainda que, diferente da obrigação, o dever (em sentido estrito) não possui uma correspondência econômica, isto é, não pode ser convertido em pecúnia (ALVIM, 2012, p. 970).

Portanto, ambas as figuras se diferenciam do dever (em sentido estrito) em detrimento de uma característica: a perpetuidade (a observância do dever é perpétua, enquanto a observância do ônus e da obrigação é imediata, ou seja, cessa após o seu respectivo cumprimento).

---

<sup>19</sup> O princípio da lealdade processual está estampado no artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil (modificado pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001), com a seguinte redação: “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: [...] II - proceder com lealdade e boa-fé”.

### 2.7.3 Regra legal de distribuição do ônus da prova

O artigo 333 do Código de Processo Civil estabelece a regra de distribuição do ônus probatório, com a seguinte redação:

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.

Como se vê, a norma legal considera a posição da parte em juízo (autor ou réu) e a espécie de fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo).

Fato constitutivo é aquele que dá origem ao direito invocado (fato gerador). Prelecionam Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 79):

O fato constitutivo é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. E como é o autor que pretende o reconhecimento deste seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento e existência.

Para Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2010, p. 485), “fato constitutivo é aquele que tem o condão de gerar o direito postulado pelo autor e que, se demonstrado, leva à procedência do pedido”.

Conforme Sandra Aparecida Sá dos Santos (2002, p. 68), “constitutivos são os fatos que fazem nascer a relação jurídica, decorrem do interesse material, por exemplo: venda e compra de imóvel”.

Em outras palavras, o fato constitutivo é aquele que se subsume à norma jurídica que será utilizada para fundamentar pedido do autor.

Por exemplo, se o autor alega que sofreu um prejuízo decorrente da prática de um ato ilícito, deve então provar a ocorrência do ato danoso (fato constitutivo), sem o qual não há que se falar em reparação civil (artigo 186 do Código Civil).

Por seu turno, o réu, ao defender-se, pode simplesmente alegar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor ou alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo deste direito.

Diferencia João Batista Lopes (2002, p. 43):

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

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

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

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2010, p. 485) também fixam conceitos semelhantes:

Impeditivo, porque obsta um ou alguns dos efeitos que naturalmente ocorreriam da relação jurídica. Modificativo, porque implica a alteração (diminuição ou mudança de natureza) do direito que deriva o fato constitutivo. Extintivo, porque fulminam no todo o direito invocado pelo autor, fazendo cessar a relação jurídica original.

Os fatos extintivos “têm o condão de causar a cessação da relação jurídica, como o pagamento, na ação de cobrança” (SANTOS, 2002, p. 68).

Os fatos impeditivos “obstam ao efeito que seria decorrência normal do fato constitutivo alegado” (SANTOS, 2002, p. 68). Por exemplo, o título executivo extrajudicial é inexigível, uma vez que seu vencimento ainda não ocorreu.

Por seu turno, os fatos modificativos “embora não fulminem a relação jurídica nem impeçam seus efeitos, revestem os fatos constitutivos com outra roupagem” (SANTOS, 2002, p. 68). Por exemplo, o pagamento parcial do débito não extingue nem impede a cobrança da dívida, mas amortiza a parte correspondente, obstando o credor de cobrar o todo.

Portanto, o fato impeditivo é aquele que obsta o exercício do direito do autor; o fato modificativo é aquele que, embora não obste, altera a forma de exercício do direito pretendido; e, por último, o fato extintivo é aquele que põe fim ao direito invocado pelo autor.

#### **2.7.4 Regra convencional de distribuição do ônus da prova**

Regra de distribuição do ônus da prova pode ser previamente convenionada de maneira diversa aos incisos I e II, do artigo 333, do Código de Processo Civil, exceto quando:

(i) “recair sobre direito indisponível da parte” (artigo 333, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil); ou

(ii) “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” (artigo 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil)<sup>20</sup>.

Quando a prova recai sobre direitos indisponíveis, a lei não admite convenção sobre a distribuição do ônus da prova, pois seria o equivalente, no âmbito processual, à disponibilidade do direito, uma vez que o mesmo não pode ser reconhecido sem a respectiva prova.

Quando o exercício do direito se tornar excessivamente difícil, a convenção também é nula, pois se está diante de um caso de prova diabólica, ou seja, uma prova extremamente difícil de fazer.

Em resumo, a distribuição do ônus probatório poderá ser convencionalizada, desde que o direito em discussão seja disponível e que não resulte em (excessiva) dificuldade probatória.

### **2.7.5 Natureza jurídica da prova e do ônus da prova**

Para adentrar o mérito da natureza jurídica do ônus probatório é necessário, antes, discorrer sobre a natureza jurídica da prova.

A doutrina não é unânime. Discute-se se a prova tem natureza jurídica de direito material ou processual.

A primeira corrente defende a natureza processual da prova, uma vez que sua finalidade é convencer o julgador sobre a existência ou inexistência de um fato.

Aos que defendem a natureza material da prova, a convicção do juiz não é a única finalidade da prova, que também deve garantir a segurança dos direitos em geral perante a autoridade, seja judiciária ou administrativa (FARIA, 2001, p. 22).

Ademais, há questões probatórias que envolvem o Direito Civil, tais como a capacidade da parte para confessar e os vícios de vontade na prestação da prova (FARIA, 2001, p. 22).

---

<sup>20</sup> Art. 333. [...] Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Alguns ainda defendem que a prova tem natureza mista, envolvendo tanto os institutos de direito material quanto de direito processual.

Esta síntese revela-se adequada na medida em a norma probatória regula tanto as questões procedimentais, quanto as substanciais. Portanto, a prova tem natureza jurídica mista.

Eduardo Cambi (2001, p. 81), seguindo o pensamento de Enrico Tullio Liebman (1969), apresenta a finalidade da norma probatória como critério para distinção de sua natureza jurídica. Assim, se as normas probatórias possuem finalidades processuais, trata-se de normas processuais; mas se as normas probatórias visam regular certa relação ou estado jurídico de direito material, então, trata-se de normas substanciais.

Neste sentido, Rita Lynce Faria (2001, p. 22) apresenta duas classificações: direito probatório material e direito probatório formal. O primeiro disciplina a admissibilidade dos meios de prova, sua valoração e o ônus da prova. Já o segundo envolve as regras procedimentais de produção da prova em juízo.

Tendo em vista que o ônus da prova é regra que auxilia o juiz na determinação do conteúdo da sentença, o mesmo tem natureza material e, portanto, insere-se no direito probatório material (FARIA, 2001, p. 23).

Enfim, a prova tem natureza jurídica mista de direito (probatório) material e de direito (probatório) processual, dependendo da finalidade da norma.

Por seu turno, o ônus da prova tem natureza jurídica de direito probatório material.



## 3 TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

### 3.1 Conceito

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova – também denominada teoria das cargas dinâmicas da prova – teve origem na Argentina e foi difundida, senão criada, pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano (DALL'AGNOL JUNIOR, 2001, p. 97).

Segundo esta teoria, o ônus da prova deve ser imputado àquele que tenha melhores condições de provar o fato.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 103), “a dinamização importa na atribuição do ônus de provar àquela parte que tem a maior facilidade probatória”.

A máxima “a prova incumbe a quem alega” não tem cabimento nesta teoria, cujo preceito nuclear estipula que “a prova incumbe a quem tenha melhores condições de produzi-la”.

A análise processual se afasta da lógica formal, própria do racionalismo liberal, para se aproximar da dialética do pensamento, “escorando-se na teoria dos valores e na rígida observação da materialidade dos direitos e nas relações sociais concretas” (GUILHERME, 2011, p. 163).

Antonio Janyr Dall'Agnol Junior (2001, p. 98) fixa os principais pontos desta teoria<sup>21</sup>:

Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; c) e desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc.

---

<sup>21</sup> Baseado na ideia do próprio Antonio Janyr Dall'Agnol Junior (2001, p. 98), Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2006, p. 96) também fixam as premissas que sintetiza a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova: “Enfim, de acordo com esta teoria: i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o interesse em prova-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidades de fazer a prova”.

Releva, isto sim, a) o caso em sua concretude e b) a “natureza” do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhores condições de fazê-lo.

Portanto, o preceito básico desta teoria afirma que o ônus da prova deverá ser imputado à parte que tenha melhor condições de produzi-la, independentemente do tipo de fato (constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo) ou da posição da parte no processo (se autor ou réu).

Embora pouco aplicada no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Código de Processo Civil adota um critério estático de distribuição (artigo 333), a teoria da distribuição dinâmica encontra adeptos na doutrina e até fundamento na legislação brasileira, a exemplo do que ocorre com o Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, inciso VIII)<sup>22</sup>.

Segundo Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 67), esta teoria se assenta sob duas ordens de fundamentação:

A primeira delas é o princípio da igualdade das partes no processo. Não a igualdade forma, mas a material ou substancial que deve permear as relações processuais. Se uma das partes se apresenta dominante, em relação ao poder de apresentação de provas, diante da outra que, sendo inferior, está impedida de produzi-la.

A segunda ordem de fundamentação baseia-se nos deveres de lealdade, colaboração entre as partes e de probidade processual. Desta forma, o ônus deve ser dinamizado quando a aplicação da regra inicial conduzir a uma *probatio diabolica*, inutilizando a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição.

Eduardo Cambi (2011, p. 677) também adota este pensamento:

A inversão do ônus da prova é uma técnica que visa proteger a parte que teria excessiva dificuldade na produção da prova ou para oferecer proteção à parte que, na relação jurídica substancial, está em posição de desigualdade, sendo a mais vulnerável.

Aliás, no direito português a inversão do ônus da prova (leia-se, aplicação da teoria da distribuição dinâmica), possui razões de natureza privada e particular (FARIA, 2001, p. 59).

---

<sup>22</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

As razões de ordem privada se assentam na dificuldade ou quase impossibilidade de produção probatória para uma das partes, sendo mais fácil para a outra parte no processo (FARIA, 2001, p. 60). Trata-se da prova diabólica.

Também, no que diz respeito às razões de natureza privada, a inversão do ônus probatório pode se assentar na “debilidade subjectiva” de uma das partes, de natureza econômica ou social, em relação a outra (por exemplo, o empregado em relação ao empregador); ou na “debilidade objectiva”, em virtude da relação jurídica que se encontra vinculada (por exemplo, consumidor em relação ao fornecedor) (FARIA, 2001, p. 61).

Por seu turno, as razões de ordem pública se assentam na indireta diminuição dos custos econômicos e temporais do processo, evitando-se que as partes realizem diligências probatórias inúteis e ineficazes (FARIA, 2001, p. 62).

Como se vê, no Direito Português a teoria do ônus dinâmico se assenta, também, no princípio da economia e celeridade processual, o que não ocorre no Brasil. Mas, em ambos os países a teoria se funda no princípio da igualdade material e nos princípios da lealdade e da solidariedade entre as partes no processo, no intuito de se evitar a prova diabólica.

Embora a igualdade material na relação jurídica processual seja o objetivo final (ou mediato) do ônus dinâmico, seu objetivo próximo (ou imediato) é evitar a prova diabólica, pois, ainda que a parte seja hipossuficiente (leia-se, desigual em relação à outra), o ônus da prova não deverá ser dinamizado se a aplicação do ônus estático não implicar em prova diabólica.

Portanto, a prova diabólica constitui pressuposto de aplicação da teoria do ônus dinâmico, seja com base no princípio da igualdade material, seja com base nos princípios de lealdade e solidariedade entre as partes.

### **3.2 Pressuposto de Aplicação: a prova diabólica**

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surge com o ímpeto de evitar certa injustiça: a parte que não pode provar os fatos que fundamentam seu direito material, muito embora a parte contrária possa fazê-lo facilmente. É a denominada prova diabólica.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 92) afirmam que “a prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida”.

A prova diabólica não corresponde, necessariamente, à prova de fato negativo. Pois a prova diabólica, como já dito, é aquela extremamente difícil (quando não impossível) de ser produzida, mas há prova de fato negativo que pode facilmente ser produzida pela parte, a exemplo do que ocorre com a emissão de certidão negativa emitida por autoridade fiscal<sup>23</sup> (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 92).

Diz-se que a prova é unilateralmente diabólica quando extremamente difícil ou até mesmo impossível de ser produzida por uma das partes, mas viável à outra (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 92).

Quando a prova do fato se apresenta impossível ou extremamente difícil para ambas as partes, diz-se que a prova é bilateralmente diabólica (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 92). Esta situação é denominada por Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 15) “de situação de inescclarecibilidade”.

De qualquer forma, Danilo Knijnik (2006, p. 946) afirma que a *probatio diabolica* é pressuposto para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus.

Para o autor, a prova diabólica pode decorrer de duas situações: (i) da hipossuficiência probatória da parte onerada; (ii) da inviabilização da prova, decorrente da conduta culposa ou desleal (violação ao dever de cooperação) praticada pelo adversário. É o que Danilo Knijnik (2006, p. 947) denomina de limites ou requisitos materiais.

A hipossuficiência probatória decorre da posição privilegiada que o litigante não onerado, segundo a regra estática, ocupa quanto ao episódio controvertido, seja por deter conhecimento especial, seja por deter as provas relevantes à solução da lide.

A inviabilização da prova, por seu turno, pode decorrer de uma prática culposa (por exemplo, esconder documentos) ou da violação ao dever de cooperação (por exemplo, recusa à perícia médica). Neste último caso, não basta que a violação ao dever de cooperação dificulte a produção da prova, é preciso que a conduta desleal impeça a produção de tal prova. Se a conduta desleal implicar em

---

<sup>23</sup> Vide item 2.5

dificuldade da prova, o comportamento deve ser punido; se a conduta resultar em impedimento da prova, então o ônus deve ser dinamizado (KNIJNIK, 2006, p. 947).

Aliás, o Código Civil Português (artigo 344.º, n.º 2) determina expressamente a inversão do ônus da prova “quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado”, para tanto, exige-se: (i) a impossibilidade probatória pelo onerado e (ii) que tal impossibilidade tenha decorrido de uma conduta culposa praticada pela parte contrária (FARIA, 2001, p. 50).

Contudo, Danilo Knijnik (2006, p. 947) ressalta que “a teoria tem por limite a configuração de uma *probatio diabolica reversa*”, ou seja, quando a inversão do ônus implicar em uma prova diabólica para a outra parte o que, em outras palavras, significa a prova diabólica bilateral (impossível ou extremamente difícil para ambas as partes).

Mas, se a prova diabólica reversa ou bilateral originar-se da conduta culposa ou desleal praticada pelo adversário (inviabilizando a prova), então este deverá assumir o ônus probatório, pois foi este quem criou a situação de inesclarecibilidade.

Portanto, o ônus deverá ser distribuído de maneira dinâmica se:

- (i) existir prova diabólica unilateral, independentemente do motivo gerador;
- (ii) existir prova diabólica bilateral decorrente da inviabilização da prova por conduta culposa ou desleal do adversário (gerando a denominada “situação de inesclarecibilidade”).

### **3.3 Inversão do Ônus Probatório (*ope iudicis x ope legis*)**

A distribuição do ônus de maneira dinâmica não significa a necessária inversão do ônus da prova. Distribuição dinâmica e inversão do ônus são institutos diferentes.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 104) explicam que a dinamização do ônus é modo originário de distribuição, portanto, não há que se falar que o ônus dinâmico distribui o ônus probatório de “modo diverso”. Só se pode distribuir de modo diverso aquilo que já está distribuído e, na distribuição dinâmica, o ônus ainda não foi distribuído.

Segundo os autores, também não se pode falar em inversão do ônus da prova com a dinamização. Explicam (MARINONI e MITIDIERO, 2010, p. 104):

Só se pode inverter o que está vertido – vale dizer, aquilo que já está estabelecido. A dinamização do ônus da prova ocorre mediante declaração judicial. A inversão, mediante constituição, porque há alteração de algo já instituído. É impróprio, portanto, falar em inversão do ônus da prova a propósito da dinamização.

Só haverá inversão do ônus de houver uma regra estática que possa ser invertida. Caso não exista uma regra estática e apriorística, então não se estará diante de uma inversão do ônus, mas de mera distribuição dinâmica.

Desta forma, pode haver distribuição dinâmica, sem, contudo, haver inversão do ônus. Por exemplo, a parte que tem melhores condições de produzir a prova é a mesma que, segundo a regra estática, tem o ônus de fazê-lo.

Ocorre que no atual modelo processual civil brasileiro existe uma regra apriorística e estática de distribuição do ônus probatório (artigo 333), de tal sorte que qualquer contrariedade a esta regra implicará em sua inversão.

Portanto, pode-se afirmar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a inversão do ônus probatório é uma faceta, ou seja, uma manifestação concreta, da distribuição dinâmica, uma vez que o magistrado modifica a regra estática e imputa o ônus probatório à parte que inicialmente não o tinha.

Consequentemente, as regras que definem o ônus de maneira diversa da estipulada pelo Código de Processo Civil (artigo 333) são consideradas manifestações da teoria do ônus dinâmico, muito embora o ônus possa ser dinamizado sem necessária inversão do ônus da prova (conforme o exemplo dado). É o caso do Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, inciso VIII) que, em sua redação vale-se do termo “inversão do ônus”.

A inversão do ônus probatório pode ser motivada pela lei ou pela vontade do juiz, o que a doutrina denomina de inversão *ope legis* e *ope iudicis*, respectivamente.

Para Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 81), a inversão *ope legis* não se trata, propriamente, de inversão, mas de aplicação de regra legal que excetua a regra geral, prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Os autores fornecem um exemplo de inversão *ope legis*: a prova de propaganda enganosa. Segundo o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor, “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Embora se diga que nestes casos há inversão (*ope legis*) do ônus probatório, não há inversão propriamente dita, mas um redimensionamento das regras do ônus da prova (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 83).

Para os autores, a inversão *ope iudicis* constitui verdadeira inversão do ônus da prova, uma vez que compete ao magistrado, analisando o caso concreto, redistribuir o ônus da prova de maneira diversa daquela já estabelecida pelo artigo 333 do código processual civil. Neste caso não há norma legal que autorize a inversão do ônus da prova, ao contrário do que ocorre com a inversão *ope legis*.

Um exemplo de inversão *ope iudicis* – como se verá no tópico a seguir – é aquela autorizada pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

### **3.4 Aplicação no Código de Defesa do Consumidor**

As relações de consumo se ampliaram na segunda metade do século XX, decorrente da economia capitalista mundial (GUILHERME, 2011, p. 172).

Esta relação tornou-se desequilibrada a partir do momento em que o poder de barganha de uma das partes superou o da outra. Com isto, a comunidade jurídica internacional se organizou a fim de criar regras orientadoras desta relação, criando-se mecanismos para equilibrá-la (GUILHERME, 2011, p. 174).

No Brasil, o resultado desta culminou com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.708 de 11.09.1990), que criou mecanismos mais condizentes com a realidade social, no intuito de concretizar uma igualdade substancial nas relações processuais, superando a mera igualdade formal, conforme leciona Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 176): “a legislação consumerista proclama o dever de efetivar a igualdade substancial nas relações processuais, elemento que fundamenta e legitima a previsão legislativa do ônus da prova”.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 6º, inciso VIII, autoriza a inversão do ônus da prova, com a seguinte redação:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Portanto, pode-se afirmar que a legislação brasileira adota, ao menos nas relações de consumo, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, uma vez que a regra contida no Código de Defesa do Consumidor contraria a regra estática do Código de Processo Civil (artigo 333).

Para Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 171), a inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor não é aplicação da teoria dinâmica, mas ambas são formas de tutela dos direitos materiais.

Contudo, ao inverter o ônus probatório, o Código de Defesa do Consumidor aplica uma regra dinâmica e não estática de distribuição. Desta forma, a inversão do ônus prevista no Código de Defesa do Consumidor nada mais é do que uma faceta, uma forma de aplicação concreta da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova<sup>24</sup>.

A doutrina discute se a inversão do ônus probatório decorrente do mencionado artigo se opera *ope iudicis* ou *ope legis*, ou seja, pela vontade do juiz ou pela vontade da lei, respectivamente.

Para Antonio Gidi (1995, p. 36), a inversão do ônus decorrente do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor se opera *ope legis*, uma vez que o papel do magistrado é meramente o de aferir a presença dos requisitos impostos pela lei, quais sejam: a verossimilhança do alegado e a hipossuficiência do consumidor. Presentes os requisitos, o juiz não pode se negar a inverter o ônus probatório. A expressão “a critério do juiz” contida no citado artigo diz respeito à verificação dos requisitos, limitando-se aí o poder de decisão do juiz.

Mas, para Antonio Janyr Dall’Agnol Junior (2001, p. 96), neste caso, a inversão do ônus é aplicada *ope iudicis*. Veja-se:

A inversão, nessas hipóteses, como se tem dito amiúde, opera-se *ope iudicis*, e não *ope legis*, motivo pelo qual indispensável o pronunciamento do Juiz, independentemente da circunstância de que se cuide de regra de julgamento a da distribuição do encargo de provar.

---

<sup>24</sup> Vide item 3.1.2.



Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 84) também afirmam que a inversão do ônus probatório contida no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor se opera *ope iudicis*, cabendo ao magistrado verificar se estão presentes os pressupostos legais necessários para que a determine.

A conclusão é acertada: a inversão prevista no Código de Defesa do Consumidor é *ope iudicis*. Isto porque, ao inverter o ônus probatório, o juiz o faz em seu aspecto subjetivo, isto é, inverte a regra de conduta das partes<sup>25</sup>. Para tanto, é necessário que o juiz declare tal inversão, verificando a existência dos requisitos autorizadores: é neste sentido que o artigo 6º, inciso VIII, daquele código se vale da expressão “a critério do juiz”. Isto não significa necessária a inversão objetiva do ônus probatório, ou seja, a regra de julgamento pode chegar a não ser utilizada, se na fase decisória houver elementos suficientes para formação da convicção judicial.

Se a inversão judicial fosse *ope legis*, o ônus subjetivo (regra de comportamento) já estaria invertido, bastando o juiz aplicar a regra de julgamento (ônus objetivo) no final da fase decisória, se necessário. É o caso do artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor (prova de propaganda enganosa).<sup>26</sup>

Portanto, a inversão do ônus probatório determinado pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor se opera *ope iudicis*.

### **3.4.1 Requisitos para aplicação no Código de Defesa do Consumidor**

Para a aplicação da inversão do ônus probatório, contudo, não basta a mera existência de uma relação de consumo, o próprio texto legal aponta dois outros requisitos, a saber: a verossimilhança do alegado e a hipossuficiência da parte (que pode ser de ordem econômica ou técnica).

A verossimilhança do alegado é o juízo de credibilidade que nasce das alegações da parte (consumidor). Se convincentes (e coerentes), diz-se que a alegação é verossímil.

---

<sup>25</sup> Sobre aspecto objetivo e subjetivo do ônus da prova, ver item 2.7.2.1

<sup>26</sup> Vide tópico anterior (3.2.1).

Para Sandra Aparecida Sá dos Santos (2002, p. 72), “o vocábulo verossímil significa semelhante à verdade ou que tem aparência de ser verdadeiro”. Ou seja, provavelmente verdadeiro.

Antonio Janyr Dall’Agnol Junior (2001, p. 96) leciona que:

A primeira das hipóteses – a verossimilhança da alegação do consumidor – termina por alimentar, por parte do Juiz, um juízo de probabilidade. As afirmações são de tal natureza que permitem, ainda na fase de alegações, a formação de convencimento judicial, provisório embora, de que verazes.

O mesmo entendimento é compartilhado por Humberto Teodoro Junior (2009, p. 216):

A verossimilhança é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feito indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor. Diz o CDC que esse juízo de verossimilhança haverá de ser feito “segundo as regras ordinárias da experiência” (art. 6º, VIII). Deve o raciocínio, portanto, partir de dados concretos que, como indícios, autorizem ser muito provável a veracidade da versão do consumidor.

Neste sentido, a verossimilhança nada mais é do que um juízo de probabilidade sobre a veracidade das alegações feitas pelo consumidor e criado no espírito do julgador de maneira provisória (pois este juízo será confirmado ou refutado após o término da instrução probatória)<sup>27</sup>.

Note-se que o juiz deverá se valer dos fatos indiretos (indícios) apresentados pelo consumidor para, mediante raciocínio lógico (presunções simples), concluir por uma provável verdade acerca dos fatos diretos<sup>28</sup>.

A hipossuficiência é a posição desvantajosa do consumidor em relação ao fornecedor (parte adversa). Tal hipossuficiência pode ser de ordem econômica ou técnica<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Antonio Gidi (1995, p 35) faz uma analogia entre a verossimilhança das alegações do consumidor com o *fumus boni iuris* das ações cautelares, classificando-a como espécie de *fumus boni facti*. Veja-se: “Poder-se-ia fazer, ainda que sem um certo rigor, uma aproximação entre verossimilhança das alegações do consumidor e o *fumus boni iuris* do processo cautelar: seria, por assim dizer, uma espécie de *fumus boni facti*”.

<sup>28</sup> Sobre indícios (fatos indiretos) e fatos diretos, ver item 2.4.

<sup>29</sup> Para Antonio Janyr Dall’Agnol Junior (2001, p. 96) a hipossuficiência do consumidor diz respeito tão somente à ordem técnica ou científica. Para o autor, não se trata de deficiência econômico-financeira, muito embora isto por vezes ocorra. A lei protege o consumidor porque este está em desvantagem, sob o ponto de vista da ciência, em relação ao fornecedor.

Antonio Gidi (1995, p. 35 e 36) adota o mesmo pensamento e conclui: “Há de ser observado, portanto, que o principal aspecto que desponta no contexto da inferioridade do consumidor em

Ensina Humberto Teodoro Junior (2009, p. 216):

Quanto à hipossuficiência, trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica, seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor de desincumbir-se de seu natural *onus probandi*, estando o fornecedor em melhores condições para elucidar o evento danoso.

A hipossuficiência econômica se caracteriza pela diferença financeira do consumidor em relação ao fornecedor no intuito de se produzir as provas adequadas à demonstração do direito alegado.

Sandra Aparecida Sá dos Santos (2002, p. 78) aponta que a parte economicamente hipossuficiente pode valer-se dos benefícios da Lei nº 1.060/50, o que não autorizaria a inversão do ônus probatório. Contudo, o alcance dos benefícios da assistência judiciária gratuita limita-se às taxas judiciárias, emolumentos e custas, despesas com publicações, indenizações às testemunhas, honorários de advogado e peritos, despesas com a realização do exame de código genético (DNA) e depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ações e afins (artigo 3º, incisos I a VII)<sup>30</sup>.

Embora o rol seja exemplificativo, os necessitados enfrentam inúmeras dificuldades para providências fora do processo (busca de certidões, por exemplo), não raro recorrendo-se ao judiciário, o que torna razoável sustentar que a

---

relação ao fornecedor, no que diz com a produção probatória, está na desigualdade que existe quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerentes à atividade deste”.

Na mesma linha, José Rogério Cruz e Tucci (1991, p. 35): “É evidente que o consumidor, em muitas hipóteses, não tem acesso às informações sobre as quais recairia todo o seu esforço para a proa dos fatos alegados.

Ora, informação, na atual conjuntura social moderna, é sinônimo de poder. Daí porque, por simples questão de lógica é que o autor fica, em princípio, *dispensado* de provar, carregando-se tal ônus ao produtor, que é quem possui o monopólio dos dados atinentes ao processo de fabricação”.

<sup>30</sup> Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: I - das taxas judiciárias e dos selos; II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; V - dos honorários de advogado e peritos. VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade. (Incluído pela Lei nº 10.317, de 2001). VII – dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009).

hipossuficiência econômica autoriza a inversão do ônus da prova (SANTOS, 2002, p. 79).

A conclusão é acertada, mas desde que a hipossuficiência econômica seja empecilho à atividade probatória do consumidor, pois esta é a idéia que permeia a inversão do ônus probatório nas relações de consumo.

Por seu turno, a hipossuficiência técnica diz respeito ao desconhecimento técnico do consumidor no manejo do contrato consumerista, ou seja, o consumidor desconhece todos os aspectos técnicos do produto ou serviço adquirido ou não domina os meios técnicos necessários à demonstração de seu direito em juízo.

Vale dizer que a hipossuficiência não se confunde com a vulnerabilidade. O consumidor já é vulnerável por força do artigo 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor<sup>31</sup>. A hipossuficiência constitui um *plus* à vulnerabilidade (GIDI, 1995, p. 35).

Há discussão doutrinária se os requisitos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor são cumulativos ou alternativos.

Sandra Aparecida Sá dos Santos (2002, p. 72), afirma que o texto legal não utiliza a partícula “e”, de tal sorte que onde o legislador restringe não é permitido ao intérprete ampliar. Ademais, na dúvida, decide-se favoravelmente à parte mais fraca, aplicando-se o princípio do *in dubio pro consumidor* – uma analogia ao princípio do *in dubio pro misero*, aplicado ao campo da infortunística.

Para Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 790), contudo, os requisitos são cumulativos. O texto legal não pode ser aplicado em sua literalidade, impondo-se a leitura do dispositivo como se ele contivesse a conjunção aditiva e. O motivo é simples: a inexigência da verossimilhança autorizaria a inversão do ônus da prova a casos destituídos de bom senso, dir-se-ia até mesmo absurdos, sob o pretexto da hipossuficiência.

Antonio Gidi (1995, p. 34) goza da mesma posição e exemplifica:

A ser assim, qualquer mendigo do centro da cidade poderia acionar um *shopping center* luxuoso requerendo preliminarmente, em face de sua

---

<sup>31</sup> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

incontestável extrema hipossuficiência, a inversão do ônus da prova para que o réu prove que o seu carro (do mendigo) estava estacionado nas dependências do *shopping* e que nele não estavam guardadas todas as suas compras de Natal.

A conclusão que se chega é que basta apenas um dos requisitos para autorizar a inversão do *onus probandi*, mas desde que haja um requisito implícito: a prova diabólica.

Em outras palavras, a hipossuficiência (econômica ou técnica) do consumidor ou a verossimilhança do alegado só devem autorizar a inversão do ônus se a prova for de difícil produção para o consumidor e mais fácil para o fornecedor.

Afinal, a inversão não é admitida a todo e qualquer caso, mas somente ao fato específico sobre o qual há dificuldade na produção probatória para o consumidor, conforme lição de Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 177):

Somente se inverte o ônus da prova do fato específico em relação ao qual há dificuldade na produção probatória. Os demais fatos, em relação aos quais não há dificuldade probatória para o consumidor, não ficam abrangidos pela referida inversão do ônus.

Conclui o autor (GUILHERME, 2011, p. 178): “pretender que toda e qualquer prova seja trazida pelo fornecedor é deturpar o instituto, além de possibilitar a exigência da prova diabólica do fornecedor”.

Portanto, se o consumidor detiver os meios de produção probatória, então o ônus não deverá ser invertido, ainda que tal consumidor seja hipossuficiente e que suas alegações sejam verossímeis.

Desta forma, não há dúvidas: a prova diabólica é requisito implícito à inversão do ônus da prova decorrente do Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, inciso VIII)<sup>32</sup>.

Ademais, isto demonstra, mais uma vez, que a inversão do ônus, neste caso, nada mais é que uma faceta da distribuição dinâmica da carga probatória, uma vez que esta teoria exige também a *probatio diabolica* como pressuposto de aplicação.

---

<sup>32</sup> Aliás, é possível postar aqui a seguinte tese: quando a prova diabólica decorrer da natureza do próprio fato a ser provado (que é essencialmente difícil de ser captado pelos meios probatório), então, basta à verossimilhança do alegado. Quando a prova diabólica decorrer da ausência ou da insuficiência dos meios probatórios (seja por motivos técnicos ou econômicos), então, basta à hipossuficiência do consumidor (técnica ou econômica, respectivamente).

Vale dizer, ainda, que o ônus não deverá ser invertido se isto configurar prova diabólica reversa ou bilateral, exceto se o próprio fornecedor deu causa à situação de inesclarecibilidade, mediante conduta culposa ou comportamento desleal<sup>33</sup>.

### **3.4.2 Regra de julgamento x regra de procedimento**

A doutrina discute se a regra contida no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor é uma regra de julgamento ou uma regra de procedimento.

Regra de julgamento é aquela em que o magistrado aplica na fase decisória, a fim de dirimir a lide. Esta regra é aplicada subsidiariamente, como último recurso do juiz para decidir o caso.

Regra de procedimento é aquela que deve ser aplicada como parte do procedimento adotado e, portanto, sua aplicação deve ser declarada pelo juiz até final da fase saneadora.

Para aqueles que defendem que a regra contida no Código de Defesa do Consumidor é regra de julgamento, o juiz pode determinar a inversão do ônus da prova na sentença, sem a necessidade de comunicar antecipadamente as partes, pois a lei é clara ao prever esta possibilidade<sup>34</sup>.

Àqueles que defendem que a regra do Código de Defesa do Consumidor é regra de procedimento, o juiz deve declarar que inverterá o ônus da prova antes de iniciar a fase instrutória, permitindo que as partes tomem as providências que acharem cabíveis a fim de se desincumbir de tal ônus<sup>35</sup>.

Defende Antonio Gidi (1995, p. 39), para quem a inversão do ônus probatório é regra de atividade, ou seja, de procedimento:

Se fosse lícito ao magistrado operara inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia.

---

<sup>33</sup> Conforme abordado no item 3.1.1.

<sup>34</sup> Neste sentido: Recurso Especial nº 1.125.621 - MG (2009/0132377-8).

<sup>35</sup> Neste sentido, a Súmula 91 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”.

Também para Sandra Aparecida Sá dos Santos (2002, p. 81) a regra contida do Código de Defesa do Consumidor é procedimental, de tal sorte que a inversão não poderá ser aplicada na sentença.

Segundo a autora, o momento processual adequado dependerá do tipo de procedimento adotado.

Se o procedimento adotado for o ordinário, então, a inversão deverá ser declarada no final da fase saneadora, mediante despacho saneador. Caso contrário, estar-se-ia suprimindo o contraditório e a ampla defesa, pois não se permitiria ao fornecedor se desincumbir de seu novo ônus. Também não é adequado fazê-lo no despacho inicial, antes de apresentada a contestação, pois os pontos controvertidos ainda não estariam fixados (SANTOS, 2002, p. 85).

Se o procedimento adotado for o sumário, em detrimento da concentração dos atos processuais, a inversão deverá ser feita após a apresentação da contestação (SANTOS, 2002, p. 86).

Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 179), embora admitida tratar-se de regra de julgamento, defende que ao menos a possibilidade de inversão seja informada às partes em audiência preliminar (rito sumário) ou mediante despacho saneador (rito ordinário), dando-se ao fornecedor a possibilidade de suprir tal omissão no decorrer do processo. Caso contrário, estar-se-ia obstando o direito ao contraditório efetivo e à ampla defesa.

Analisando as correntes doutrinárias, aquele que melhor se coaduna com os preceitos constitucionais é a corrente adota a regra do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor como regra de procedimento, pois permite o melhor exercício do contraditório, dando oportunidade ao fornecedor de se desincumbir de seu novo ônus.

### **3.5 Aplicação no Atual Modelo Processual Civil (Fora das Relações de Consumo)**

O texto do atual Código de Processo Civil não prevê a possibilidade da inversão do ônus da prova. Aliás, o código adotou a teoria estática do ônus probatório ao fixar a regra contida no artigo 333, qual seja: compete ao autor provar

os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor.

Contudo, ainda assim é defensável a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (mediante a inversão do ônus probatório) no atual modelo processual civil, ainda que fora das relações de consumo.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2010, p. 97) elencam os princípios que justificam a aplicação da dita teoria no atual modelo processual civil, quais sejam: (i) princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF e art. 125, I, CPC), (ii) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (art. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), (iii) princípio da solidariedade com o órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345 e 355, CPC), (iv) princípio do devido processo legal (art. 5º, XIV, CF), (v) princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), (vi) princípio da adaptabilidade do procedimento.

A mera aplicação de uma norma não pode contrariar o sistema normativo como um todo, principalmente a Constituição Federal. Aliás, apropriada a crítica de Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 150) de que falta à doutrina nacional uma análise hermenêutica do ônus da prova em conformidade com os ditames constitucionais.

Para tanto, faz-se necessário recorrer a preceitos constitucionais e infraconstitucionais, realizando uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

### **3.5.1 Definição de princípio**

Etimologicamente, princípio significa origem, começo, base (SANTOS, 2002, p. 27).

No direito, pode ser definido como “mandamento nuclear de um sistema”, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 53):

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.



Desta forma, o sistema jurídico encontra seu mandamento central nos princípios de direito, que define a lógica e a racionalidade do respectivo sistema jurídico.

Importante salientar que os princípios se diferenciam das normas e das regras.

Princípios e regras são espécies de comando normativo, isto é, são dotados de normatividade, porquanto ambos são formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição, ou seja, ambos dizem o que deve ser (ALEXY, 2008, p. 87). Em outras palavras, a norma é gênero do qual princípio e regra são espécies.

Por seu turno, os princípios diferem-se das regras na medida em que os princípios são dotados de maior generalidade e abstração, enquanto as regras são aplicáveis a casos mais concretos e específicos (BONAVIDES, 2006, p. 277).

A incidência de um princípio não afasta a incidência de outro, mas a aplicação de uma regra exclui a aplicação de outra no mesmo caso concreto.

Para Robert Alexy (2008, p. 90), os princípios não têm um mandamento definitivo, mas exigem que algo seja realizado na máxima medida das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, enquanto as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam.

Portanto, princípios e regras são espécies de norma. Os princípios se diferenciam das regras pela generalidade, abstração e exigência (os princípios são gerais, abstratos e exigidos na medida do possível; as regras são específicas, mais concretas e exigíveis em todo seu conteúdo).

### **3.5.2 Princípio do devido processo legal**

A doutrina aponta que o princípio do devido processo legal originou-se na Inglaterra, em 1215, durante o reinado de João “Sem-Terra”. A Carta Magna prescrevia em seu Capítulo 39 (SANTOS, 2002, p. 45):

Nenhum homem livre será detido ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer maneira destruído, nem lhe imporemos nossa

autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra<sup>36</sup>.

Embora a expressão “devido processo legal” não tenha sido utilizada, a *Magna Charta* prevê que determinadas contendas fossem dirimidas observando o procedimento previsto em lei.

A expressão foi estabelecida em lei, pela primeira vez, em lei inglesa de 1354, no reinado de Eduardo III, denominada *Statute of Westminster of the Liberties of London*, de autoria desconhecida (*some unknown draftsman*) (NERY JUNIOR, 2009, p. 78).

Posteriormente, a expressão *due process of Law* foi introduzida na Constituição americana, pela V Emenda, em 1787 (SANTOS, 2002, p. 45). Contudo, a expressão já constava em algumas constituições estaduais como, por exemplo, as de Maryland, Pensilvânia e Massachusetts (NERY JUNIOR, 2009, p. 78)

No direito brasileiro, a expressão foi utilizada pela primeira vez pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LIV, com a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal assume um sentido genérico, um sentido substancial e um sentido processual.

Em sentido genérico, o devido processo legal consiste no trinômio vida-liberdade-propriedade, conforme lição de Nelson Nery Junior (2009, p. 79):

Genericamente, o princípio do *due process of law* caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob a proteção da *due process clause*.

Este parece ser o sentido adotado pela Constituição Federal, pois o inciso LIV do artigo 5º impede a privação da liberdade ou dos bens sem o devido processo legal.

Em sentido material, o devido processo legal se relaciona ao direito material, manifestando-se em seu aspecto substancial (*substantive due process*). O exercício de determinados direitos materiais devem observar o devido processo,

---

<sup>36</sup> No original: “*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super cum ibimus, nec super cum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*”. Disponível em: <<http://www.magnacartaplus.org/magnacarta/latin.htm#.UOcQDeTWJOI>>. Acesso em: 04 Jan. 2012.

como, por exemplo, o princípio da legalidade em sede de direito administrativo (SANTOS, 2002, p. 51).

A Administração Pública só pode atuar *secundum legem*, ou seja, em conformidade com a lei e nos limites fixados por ela, ao contrário do que ocorre no campo privado, onde é permitido tudo aquilo que não é proibido (princípio da autonomia da vontade) (NERY JUNIOR, 2009, p. 82).

Desta forma, os poderes estatais devem ser exercidos na forma e nos limites fixados pela lei (*substantive due process*).

Por fim, o devido processo legal, em sentido processual, trata do processo propriamente dito e se manifesta através do princípio do juiz natural, da investidura, da igualdade das partes, do contraditório, da publicidade dos atos processuais e da fundamentação das decisões (SANTOS, 2002, p. 51).

Sob a denominação de *procedural due process of law*, Nelson Nery Junior (2009, p. 85) resume o conteúdo desta cláusula:

Resumindo o que foi dito sobre esse importante princípio, verifica-se que a cláusula *procedural due process of law* nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo sua pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his Day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Portanto, em seu sentido processual, o devido processo legal se consubstancia no acesso efetivo à justiça, seja para postular, seja para defender-se, com todas as armas processuais disponíveis.

Mas não é só: o devido processo legal é também uma garantia de justiça que assegura o direito ao processo justo – o que a jurisprudência americana chama de *fundamental principle of justice* (“princípio fundamental de justiça”), conforme lição de Eduardo Cambi (2001, p. 111):

Portanto, pode-se considerar a garantia do devido processo legal como uma *garantia de justiça* que assegura o *direito ao processo justo*, o qual consiste no direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e a todas as oportunidades que a Constituição juntamente com as leis processuais oferecem para a concretização da defesa judicial dos direitos lesados ou ameaçados de lesão.

Desta forma, se a norma probatória não permite a condução de um processo justo, nem conduz a um resultado justo, então, ela é inconstitucional por ofensa ao princípio do devido processo legal.

A aplicação do artigo 333 do Código de Processo Civil, em dadas situações concretas, pode conduzir à injustiça ao exigir uma prova muito difícil, senão impossível, de umas partes. Desta forma, sua aplicação, nestes casos, seria inconstitucional.

Note-se que não se trata da inconstitucionalidade da norma, mas de sua aplicação em determinados casos concretos.

São estes casos que exigem a aplicação de um ônus dinâmico, a fim de que o processo seja conduzido de maneira justa e, portanto, compatível com o devido processo legal.

O princípio do devido processo legal fundamenta, *per si*, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no atual modelo processual civil. Não obstante, os princípios que dele decorrem também fundamentam a aplicação de tal teoria, como é o caso do princípio da igualdade nas relações jurídicas processuais, como se verá a seguir.

### **3.5.3 Princípio da igualdade nas relações processuais**

A igualdade, enquanto princípio, está positivada no artigo 5º, *caput*, e inciso I, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Nas palavras de Sandra Aparecida Sá dos Santos (2002, p. 35), “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, nos termos da conhecida afirmação Aristotélica, para que se possa atingir o justo”.

Portanto, é constitucional tratar desigualmente as partes que se encontram em situação jurídica diversa, na exata proporção desta desigualdade.

É o que ocorre com o tratamento desigual estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, a fim de equilibrar a relação jurídica e processual entre o

consumidor e o fornecedor. A própria lei reconhece a existência deste desequilíbrio, apontando o consumidor como a parte mais fraca da relação (artigo 4º, inciso I)<sup>37</sup>.

Desta forma, não há dúvidas que a inversão do ônus da prova, estatuída pelo artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor obedece o princípio da igualdade (NERY JUNIOR, 2009, p. 97).

Afinal, a igualdade é um fim e não um meio, pois se deve buscar a igualdade entre os desiguais, mas não se deve tratá-los de maneira igual.

A doutrina distingue o conceito formal e material da igualdade.

A igualdade formal abrange: (i) a igualdade na lei e (ii) a igualdade perante a lei.

A igualdade na lei significa dizer que as normas jurídicas não podem criar distinções não autorizadas pela Constituição Federal. Seu destinatário é o legislador, que não pode estabelecer fatores discriminatórios na elaboração da lei (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 638).

A igualdade perante a lei exige que a norma legal seja igualmente aplicada àqueles que se encontram na mesma situação jurídica. Seu destinatário, neste caso, é o aplicador da lei, que não pode subordinar a aplicação da norma jurídica discriminadamente (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 638).

No sentido material, a igualdade se dá pela efetivação do comando normativo, traduzindo em igualdade substancial ou concreta a todos os destinatários.

Processualmente, a igualdade deve ser alcançada também em seu sentido material, garantindo-se efetiva isonomia entre as partes que compõem a relação jurídica processual.

Não basta a aplicação formal do artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil<sup>38</sup> – que, aliás, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 – é preciso que a igualdade seja concreta.

Uma das formas da igualdade ser concretamente alcançada no processo é dinamizar o ônus probatório sempre que a aplicação da regra estática privilegiar somente uma das partes.

Neste sentido, leciona Rossana Curioni Mergulhão (2010, p. 70):

---

<sup>37</sup> Vide nota 2.3

<sup>38</sup> Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:  
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

A justificativa para a admissão desta teoria, embora silente a lei, está em que há muito se reconhecem ao juiz as iniciativas probatórias para garantir a igualdade substancial entre as partes, não havendo razão para que essa igualdade não se reflita no plano do ônus probatório.

Segundo Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 167): “a teoria dinâmica do ônus da prova admite a isonomia, enquanto elemento de legitimidade da decisão por aplicação do ônus de provar”.

Nos autos do Recurso Especial nº 1.125.621 - MG (2009/0132377-8), a Ministra Relatora Nancy Andrichi também se posicionou pela aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova como meio de se atingir a igualdade material entre as partes que compõe a relação jurídica processual. Veja-se:

Dentro dessa perspectiva, as regras quanto ao ônus da prova, na medida do possível, devem ser aplicadas apenas em regime de exceção, ou seja, predominantemente nas hipóteses em que, ao sentenciar, o juízo não disponha, por impossibilidade material, de elementos suficientes para decidir em favor de um, ou de outro litigante. Nos processos em que seja possível a comprovação do direito da parte, todos devem atuar para tal comprovação. O processo, assim, torna-se instrumento de justiça, não de punição; torna-se um campo para o exercício e a defesa de direitos, não um campo repleto de armadilhas para as partes; torna-se um terreno no qual se exercita o princípio da igualdade substancial, e não meramente formal.

Como se vê, a igualdade material é uma exigência também nas relações jurídicas processuais.

A paridade de armas conduz a um processo justo, inclusive no que diz respeito à produção probatória.

Se uma das partes não consegue fazer prova dos fatos que conduzem ao direito almejado em razão de certo obstáculo, então há uma desigualdade nesta relação que não pode prevalecer. Caso o obstáculo não seja removido, o processo será conduzido de maneira injusta e a decisão não será diferente, o que ofende o princípio da igualdade.

Para que este obstáculo seja removido, em determinados casos, é preciso que a regra estática do ônus probatório deixe de ser aplicada (art. 333 do CPC). Nestes casos, o ônus da prova deverá ser dinamizado, isto é, imputado àquele que tenha melhores condições de provar.

### 3.5.4 Princípio do acesso (útil) à justiça

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Seu conteúdo normativo atinge principalmente o legislador, que não pode impedir o jurisdicionado de deduzir sua pretensão em juízo (NERY JUNIOR, 2009, p. 170).

O conceito de acesso a justiça vem-se transformando com o passar dos tempos. No estado liberal burguês, entre os séculos XVIII e XIX, significava tão somente o direito formal de dirigir-se o Poder Judiciário, para acionar ou contestar uma ação (SANTOS, 2002, p. 38). A efetividade do provimento judicial era posta de lado.

As transformações sociais, contudo, culminaram em legislações e instrumentos capazes de concretizar o acesso à Justiça, não compreendida somente como acesso ao Poder Judiciário, mas ao recebimento de um provimento útil e eficaz do Estado-Juiz.

Portanto, não basta ao Estado-juiz solucionar a lide; é preciso que tal solução, através da tutela estatal, seja efetiva. Caso contrário, o preceito constitucional contido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, seria ofendido.

Desta forma, os jurisdicionados que se deparam com a prova diabólica (cuja produção é extremamente difícil ou até impossível) jamais receberão uma tutela efetiva do Estado, na medida em que não poderão demonstrar e, portanto, concretizar o direito material invocado, por mero empecilho legal (impossibilidade de inversão do ônus da prova), muito embora essa prova possa facilmente ser produzida pela parte contrária. Daí a justificativa para a dinamização do ônus probatório.

Ademais, não é exigível o sacrifício de uma garantia legal (recebimento de uma tutela efetiva do Estado) em detrimento de um empecilho probatório imposto pela aplicação da regra estática de distribuição do ônus da prova, contida no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Em outras palavras o ônus da prova deverá ser dinamizado sempre que a aplicação da regra estática se mostrar um empecilho ao recebimento de uma

tutela útil e efetiva do Estado, na medida em que seu direito material não puder ser demonstrado e concretizado.

### 3.5.5 Princípio da lealdade e boa-fé processual

De natureza infraconstitucional, o princípio da lealdade encontra respaldo no artigo 14, inciso II, do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:  
[...]  
II - proceder com lealdade e boa-fé;

Ademais, o códex estabelece outros dispositivos que prezam pela boa-fé processual, condenando aquele que age ou se omite de forma arditosa no intuito de prejudicar outra parte. São exemplos destes dispositivos os artigos 16, 17, 18 e 125, inciso III, do Código Processual Civil.

O princípio da lealdade impõe deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participam do processo (partes; juízes e auxiliares da justiça; advogados e membros do Ministério Público) (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2012, p. 80).

Este princípio visa criar no campo processual um ambiente propício ao exercício da dialética.

Se uma das partes age ou se omite, deliberadamente, no que diz respeito à produção probatória, então o dever de lealdade é violado.

Desta forma, o ônus da prova pode ser dinamizado a fim de se evitar que a parte deliberadamente deixe de produzir as provas esclarecedoras ao caso concreto (SOUZA *apud* DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2010, p. 97)

Enquanto princípio, a lealdade autoriza o magistrado a inverter o ônus probatório a fim de se evitar a prova diabólica.

Aliás, o julgador pode até mesmo inverter o ônus da prova em caso de prova diabólica bilateral se a parte inicialmente não onerada foi que deu causa a



esta situação, mediante conduta culposa ou pela prática de comportamento desleal (destruindo provas, por exemplo)<sup>39</sup>.

Note-se que se a parte gerar dificuldade probatória à outra, então ela deverá ser punida, pois o desrespeito ao dever de lealdade caracteriza um ilícito, ao qual corresponde a sanções de cunho processual (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2012, p. 81).

Mas, se a mesma parte gerar uma impossibilidade probatória, então o julgador poderá inverter o ônus sobre os fatos sobre os quais a prova impossibilitada se prestava a provar.

### **3.5.6 Princípio da adaptabilidade do procedimento**

O processo é um instrumento na realização dos direitos materiais. Portanto, não se pode perder de vista o caráter instrumental das normas de natureza processual. Assim, o direito processual deve ser dirigido às necessidades do direito material envolvido, visando sempre sua concretização, como forma de pacificação social.

É o que ensina José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 16):

A natureza instrumental do direito processual impõe sejam seus instrumentos concebidos em conformidade com as necessidades do direito substancial. Isto é, a eficácia do sistema processual será medida em função de sua utilidade para o ordenamento jurídico material e para a pacificação social. Não interessa, portanto, uma ciência processual conceitualmente perfeita, mas que não consiga atingir os resultados a que se propõe. Menos tecnicismo e mais justiça, é o que se pretende.

Aplicar a mera disposição normativa sem compreender sua finalidade significa abrir mão da racionalidade material em prol da racionalidade formal (BEDAQUE, 2001, p. 15). Em outras palavras, o formalismo processual não pode prevalecer sobre a efetivação do direito.

Esta é a posição de Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 103):

O formalismo processual acaba, sob a desculpa de garantir a segurança dos jurisdicionados, dificultando a efetivação dos direitos e posições jurídicas privilegiadas sob a escusa, muitas vezes, de um respeito a formas

---

<sup>39</sup> Conforme conclusão do item 3.1.1

processuais que já não encontram na realidade as causas de sua formalidade. Não por outro motivo é que se deve apontar na direção da adaptabilidade do procedimento na busca da efetividade do direito material.

Com isto, abre-se mão do formalismo processual (meio), a fim de se efetivar o direito material envolvido (resultado). É o denominado princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, também conhecido como princípio da elasticidade processual (BEDAQUE, 2001, p. 51).

Sobre o princípio da adaptabilidade do procedimento, ensina José Roberto dos Santos Bedaque (2001, p. 51):

Trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial. Não se admite mais o procedimento único, rígido, sem possibilidade de adaptação ao caso concreto. Muitas vezes a maior ou menor complexidade do litígio exige sejam tomadas providências diferentes, a fim de se obter o resultado do processo.

Portanto, o princípio da adaptabilidade do procedimento visa abrir mão do formalismo processual em prol da efetivação do direito material envolvido, tendo em vista o caráter instrumental do processo (cuja finalidade não é outra senão efetivar o direito material).

Isto significa dizer que a disposição normativa do artigo 333 do Código de Processo Civil deve ser adaptada aos casos em que sua aplicação redundar em dificuldade probatória para uma das partes (prova diabólica), impedindo a efetivação do direito material envolvido.

Ou seja, o ônus da prova pode ser distribuído segundo as necessidades do direito material envolvido. É o que defende Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 17), segundo o qual “o ônus da prova não é exclusividade de uma específica de direito material, mas sim necessidade para o seu adequado tratamento”.

Desta forma, a inversão do ônus probatório (leia-se, aplicação dinâmica do ônus) não está adstrita às relações de consumo, mas a todas em que as peculiaridades do direito material exigirem.

Em última análise, esta exigência não é outra senão de ordem probatória: uma vez presente a *pobatio diabolica*, o ônus deverá ser invertido, ainda que não haja disposição legal para tanto.

Portanto, se determinado direito material exigir prova de difícil produção a uma das partes, a outra deverá arcar com tal ônus. Com isto, o procedimento é adaptado, e o direito material envolvido tende a ser concretizado.

A fim de que as partes não sejam surpreendidas pela modificação do procedimento, a respectiva adaptação deverá ser previamente comunicada pelo juiz, em respeito ao princípio do contraditório, que será estudado a seguir.

### **3.5.7 Princípio do (efetivo) contraditório**

O processo dito democrático se desenvolve mediante debate dialético: o autor deduz sua pretensão (tese), o réu apresenta defesa (antítese) e o magistrado decide, após formar a sua convicção (síntese) (CAMBI, 2001, p. 125).

Em termos processuais, a dialética traduz-se pelo contraditório, que significa a oportunidade das partes dialogarem com o juiz na condução de um processo justo para a obtenção de um resultado justo (sentença).

Para tanto, deve ser concedido às partes a oportunidade de participarem do processo de maneira efetiva e serem tratadas de maneira equânime.

Eduardo Cambi (2001, p. 134) sintetiza a eficácia do contraditório a três atributos: (i) igualdade substancial das partes no processo, inclusive com a remoção de obstáculos endo e exoprocessuais; (ii) garantia de defesa técnica; (iii) adequação qualitativa das possibilidades de se fazer ouvir pelo juiz.

Ainda, segundo Eduardo Cambi (2001, p. 137), quando relacionada ao direito à prova, o princípio do contraditório assegura:

- i) a admissão e produção dos meios de prova, típicos ou atípicos, desde que moralmente legítimos, pertinentes e relevantes; ii) a proibição das limitações probatórias que imponham obstáculos que tornem praticamente impossível ou restrinjam de modo não razoável a prova dos fatos controvertidos; iii) o direito à prova contrária; iv) tutela contra o perigo das surpresas; v) o direito à valoração da prova produzida.

Desta forma, os obstáculos probatórios devem ser retirados a fim de que o contraditório seja efetivo. Isto significa que, em caso de dificuldade probatória a uma das partes, cabe ao juiz dinamizar o ônus da prova, invertendo-o, a fim de que o obstáculo probatório não ofenda o contraditório.

Isto significa também que a inversão do ônus da prova (fora das relações de consumo) não ofende o princípio do contraditório, uma vez que a tal inversão deve ser declarada pelo magistrado em decisão fundamentada, antes de iniciada a instrução probatória, permitindo que a parte forneça as provas necessárias para se desincumbir do novo ônus, ou seja, deve ser aplicada como regra de procedimento.

Esta é lição de Thiago Azevedo Guilherme (2011, p. 171):

Não por outro motivo, deve o magistrado, quando da possibilidade de aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, informar às partes, seja na audiência preliminar, prevista no art. 331 do Código de Processo Civil, seja mediante despacho saneador. A inexistência de tal informação obsta o direito de defesa da parte onerada, o que não se pode admitir

Portanto, a dinamização do ônus (mediante inversão do ônus probatório) no atual modelo processual civil fora das relações de consumo, não ofende o princípio do contraditório, se utilizada como regra de procedimento. Pelo contrário, sua aplicação visa garantir um contraditório efetivo.

### **3.5.8 Requisitos para aplicação no atual Código de Processo Civil**

Aqueles que defendem a possibilidade de inversão do ônus da prova fora das relações de consumo não o fazem indiscriminadamente, mas apontam requisitos para sua aplicação.

Danilo Knijnik (2006, p. 947) defende a aplicação de três requisitos ou limites: material, formal e negativo.

O requisito material diz respeito à existência da prova diabólica, seja em decorrência da hipossuficiência probatória, seja em decorrência de uma conduta culposa ou desleal praticada pela parte adversa.

O requisito formal exige que o encargo probatório seja redistribuindo mediante decisão prévia e fundamentada, possibilitando que a parte se desincumba de seu novo ônus.

Há também um requisito negativo: a não configuração da prova diabólica reversa, ou seja, a redistribuição do ônus não pode configurar prova diabólica ao novo onerado.

Para Humberto Theodoro Junior (2011, p. 437), a aplicação da teoria dinâmica deve observar os seguintes requisitos: (i) a parte que suporta o redirecionamento deve esclarecer o fato controvertido apontado pelo juiz e não provar o fato constitutivo do direito do adversário; (ii) a prova redirecionada deve ser possível, ou seja, o redirecionamento não pode implicar em prova diabólica à parte adversa; (iii) a redistribuição não pode representar surpresa à parte, devendo ser lhe proporcionada oportunidade para se desincumbir de seu ônus, mediante intimação.

Como se vê, a doutrina apresenta alguns requisitos em comum para aplicação do ônus dinâmico, quais sejam: a) existência de prova diabólica; b) oportunidade do contraditório ao novo onerado; c) não configuração de prova diabólica reversa ou bilateral.

Contudo, algumas observações devem ser feitas sobre os referidos requisitos, analisando-se cada um de forma pormenorizada.

Como descrito anteriormente, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova originou-se do empecilho probatório que a parte tinha em demonstrar a existência dos fatos nos quais se funda seu direito: a prova diabólica.

Assim, o primeiro requisito para a aplicação da distribuição do ônus da prova no atual modelo processual civil<sup>40</sup> é a existência da prova diabólica, ou seja, a existência de uma prova extremamente difícil de fazer em juízo para uma das partes e desde que seja mais fácil à parte adversa<sup>41</sup>.

*A priori*, a distribuição dinâmica do ônus está limitada à existência de uma prova diabólica unilateral, ou seja, aquela difícil somente para uma das partes. Contudo, caberá a redistribuição do ônus em casos de prova diabólica bilateral ou reversa se esta situação foi criada pela parte inicialmente não onerada, mediante conduta culposa ou por comportamento desleal<sup>42</sup>.

O último requisito diz respeito a uma exigência de ordem constitucional. Trata-se do momento adequado em que o juiz exercita a inversão do ônus da prova.

---

<sup>40</sup> Nas relações cujo direito material em discussão não seja a relação de consumo, caso contrário, a inversão do ônus da prova se aplica por força do disposto no Código de Defesa do Consumidor, conforme abordado no item 3.1.

<sup>41</sup> Note-se que aqui se utiliza o conceito de prova enquanto atividade probatória ou ato de provar, conforme suscitado no item 2.2.1.

<sup>42</sup> Conforme item 3.1.1.

No Código de Defesa do Consumidor, a inversão do ônus da prova acontece na fase decisória. O juiz declara a inversão do ônus probatório, justificando-a, na sentença. Trata-se, portanto, de regra de julgamento<sup>43</sup>.

Nas relações de direito material não consumeristas, no entanto, tal entendimento não prevalece. Isto porque nestes casos a inversão do ônus da prova não está legalmente prevista, de tal sorte que sua aplicação no momento decisório causaria surpresa à parte que não detinha inicialmente o ônus probatório, o que não é permitido pela Constituição Federal<sup>44</sup>. Ademais, não é dada chance à parte de se desincumbir de seu novo ônus, o que ofende os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, inciso LV)<sup>45</sup>.

Danilo Knijnik (2006, p. 948) aduz que “de fato, caso dinamizado o ônus após o encerramento da instrução, sem oportunizar aos litigantes a produção de prova, complementar ou não, ter-se-ia ofensa ao princípio do contraditório”.

Portanto, o tratamento constitucionalmente mais adequado exige que a inversão do ônus da prova seja declarada no final da fase saneadora, mediante despacho saneador, se o procedimento for ordinário; ou, após a apresentação da contestação, se o procedimento for sumário, o que torna esta inversão uma regra de procedimento<sup>46</sup>.

Como se vê, a inversão ocorre *ope judicis*, uma vez que o magistrado deve declarar e fundamentar a redistribuição.

Em síntese, são 3 (três) requisitos necessários à aplicação da inversão do ônus da prova, a saber: (i) a prova deve ser extremamente difícil de ser produzida por uma das partes e mais fácil para a outra (existência de prova diabólica unilateral); (ii) o magistrado deve declarar a inversão antes da instrução probatória, seja mediante despacho saneador (se rito ordinário) ou após a entrega da contestação (se rito sumário), sempre fundamentando sua decisão; (iii) se a prova diabólica for bilateral, a parte que receberá o ônus deve ter dado causa à esta situação, mediante comportamento culposos ou conduta desleal.

---

<sup>43</sup> Conforme discutido no item 3.2.2. Este é o entendimento majoritário, embora este autor discorde desta posição.

<sup>44</sup> A idéia constitucional que permeia o atual modelo processual civil não permite que se gera surpresa entre as partes, garantindo-se paridade de armas dentro do processo. Nas palavras de Sandra Aparecida Sá dos Santos (2002, p. 82): “o fator surpresa não pode existir no processo, seja qual for a natureza do objeto, bem como no que concerne ao reconhecimento do direito, porque processo e surpresa são incompatíveis entre si”.

<sup>45</sup> Vide item 3.3.7.

<sup>46</sup> Vide o conceito de regra de procedimento no item 3.2.2.

### 3.6 Aplicação no Novo Código de Processo Civil (PLS nº 166/2010)

O Projeto de Lei do Senado 166 de 2010, de autoria do senador José Sarney, trouxe o anteprojeto do novo código de processo civil, com redação proveniente do trabalho da Comissão de Juristas, instituída pela ato nº 379, de 2009, do Presidente do Senado Federal.

No tocante ao ônus da prova, o artigo 261 do novo código de processo civil estabelece o mesmo preceito que o artigo 333 do atual códex (Lei 5.869/73), ou seja, compete ao autor provar os atos constitutivos de seu direito e ao réu os atos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Veja-se:

Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, incumbe:  
I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;  
II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Contudo, a inovação legislativa que o citado projeto de lei traz é a possibilidade expressa de inversão do ônus da prova. O artigo 262 do texto elaborado traz a seguinte redação:

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

Como se vê, a regra contida no artigo 261 do novo código poderá ser modificada, impondo o ônus da prova “à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”.

Isto nada mais é que a aplicação pura da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, cujo pensamento será adotado pelo novo código de processo civil, se a redação supracitada permanecer intocada até a aprovação do projeto de lei.

### 3.6.1 Requisitos para aplicação no novo Código de Processo Civil

A inversão do ônus probatório no novo código de processo civil também não ocorre de forma indiscriminada, a própria redação do artigo 262 estabelece os requisitos para sua aplicação.

Passa-se a analisar pormenorizadamente o citado texto legal, a fim de deduzir os requisitos de aplicação.

- “Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado”: nota-se que a inversão do ônus da prova não pode ser automática, mas depende de prévia análise judicial (CAMBI, 2011, p. 677).

- “o juiz poderá”: a faculdade dada ao juiz significa que a inversão do ônus da prova se processa *ope judicis* (pela vontade do juiz) e não *ope legis* (por força da lei). Desta forma, ainda que os requisitos legais sejam atendidos, a inversão do ônus da prova dependerá sempre da vontade do juiz.

Poder-se-ia argumentar que, uma vez preenchidos os requisitos, o juiz seria obrigado a dinamizar o ônus probatório. Contudo, não parece ser esta a intenção descrita na norma. Desta forma, a dinamização do ônus constitui faculdade do juiz.

- “em decisão fundamentada, observado o contraditório”: a redação infraconstitucional obedece aos preceitos da Carta Magna e exige que o magistrado declare a inversão do ônus prova antes de iniciada a fase instrutória, a fim de se permitir o contraditório e evitar surpresas de cunho processual. Portanto, o juiz deverá declarar a inversão do ônus probatório mediante despacho saneador (se rito ordinário) ou em audiência preliminar (se rito sumário), fundamentando sua decisão.

Segundo Eduardo Cambi (2011, p. 677), a decisão precisa ser fundamentada, “a fim de que a parte contrária possa impugnar as razões que convenceram o juiz a distribuir de modo diverso o ônus da prova”.

A redação do § 1º confirma esta tese, uma vez que exige dar à parte a oportunidade para se desincumbir do ônus que inicialmente não era seu. Logo, o novo código de processo civil trata a inversão do ônus probatório como regra de procedimento.

Esta é lição de Eduardo Cambi (2011, p. 677):



Em quarto lugar, a distribuição dinâmica do ônus da prova não pode ser utilizada como *regra de julgamento*, para não causar surpresas e, assim, comprometer as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

- “impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”: percebe-se que o legislador admite a inversão do ônus probatório somente aos casos de prova diabólica, ou seja, em que a prova seja difícil de ser produzida por uma das partes, mas facilmente produzida pela outra. Afinal, como aduzido em tópicos anteriores, este é o pressuposto de aplicação do ônus dinâmico.

Nota-se, portanto, que os requisitos exigidos pelo novo código de processo civil são os mesmos exigidos pelo atual códex para a inversão do ônus da prova, a saber: (i) a prova deve ser extremamente difícil de ser produzida por uma das partes e mais fácil para a outra (existência de prova diabólica unilateral); (ii) o magistrado deve declarar a inversão antes da instrução probatória, seja mediante despacho saneador (se rito ordinário) ou após a entrega da contestação (se rito sumário), sempre fundamentando sua decisão; (iii) se a prova diabólica for bilateral, a parte que receberá o ônus deve ter dado causa à esta situação, mediante comportamento culposos ou conduta desleal.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 103 e 104), a dinamização do ônus da prova no novo código de processo civil só pode ocorrer se atendidas duas condições, uma de ordem material e outra de ordem processual.

Segundo os autores, a condição de ordem material diz respeito ao caso concreto. A dinamização só pode ocorrer se o caso concreto não puder ser solucionado com igualdade de armas à luz da regra estática do ônus probatório, podendo a parte contrária, inicialmente não onerada, produzir as provas com maior facilidade.

Por outro lado, a condição processual exige que a distribuição dinâmica seja especificamente fundamentada e aberta oportunidade ao diálogo e à defesa.

Como se vê, ambos os requisitos estão embutidos na conclusão supra, o que confirma a assertiva.

### 3.6.2 Consequências ou críticas

A redação do artigo 262 do Novo Código de Processo Civil mostra-se adequada aos ditames do processo civil moderno, pois dinamiza o ônus da prova aos casos em que uma das partes vê seu direito material obstado pela dificuldade probatória (prova diabólica). Em outras palavras, o artigo 262 visa à igualdade substancial das partes nas relações processuais.

As exigências do citado artigo atendem à sistemática constitucional, observando-se os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Contudo, revela-se inadequada a redação do § 2º, segundo o qual “a inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção”.

Isto significa que, mesmo com a inversão do ônus, o beneficiado continuará a arcar a produção da prova que originalmente lhe competia. Adequado seria se a inversão alcançasse, também, os encargos da produção probatória, a fim de que a igualdade substancial das partes dentro do processo seja atingida.

Esta também é a crítica apresentada por Eduardo Cambi (2011, p. 678):

Afinal, se o instituto é promover o princípio da igualdade em sentido material, possibilitando que a prova seja trazida aos autos, para melhor proteção do direito substancial e com vistas à obtenção de decisões mais justas, a inversão do ônus da prova deveria ser integral, incluindo os seus custos econômicos.

Portanto, a redação do § 2º do artigo 262 ofende o princípio da igualdade (material) que deve permear as relações jurídicas processuais e, por isto, deve ser alterada para que a inversão inclua os encargos da produção probatória.

### 3.7 Repertórios Jurisprudenciais: aplicação do ônus dinâmico no Brasil

Segundo Rossana Teresa Curioni Mergulhão (2010, p. 68 e 69), a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus no direito brasileiro não chega a

ser uma novidade, embora ainda não se tenha norma expressa no Código de Processo Civil. A autora afirma que, no direito brasileiro, a teoria tem sido acolhida pela doutrina e jurisprudência em matéria de responsabilidade civil do médico e em relação aos contratos bancários.

De fato, encontra-se decisão emitida nos autos do Recurso Especial 69309 SC 1995/0033341-4, pelo Superior Tribunal de Justiça, datada de 1996, sobre a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova (denominada “princípio da carga dinâmica da prova”) aos casos de responsabilidade civil pelo erro médico. Veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Clínica. Culpa. Prova.

1. Não viola regra sobre a prova o acórdão que, além de aceitar implicitamente o princípio da carga dinâmica da prova, examina o conjunto probatório e conclui pela comprovação da culpa dos réus.
2. Legitimidade passiva da clínica, inicialmente procurada pelo paciente.
3. Juntada de textos científicos determinada de ofício pelo juiz. Regularidade.
4. Responsabilização da clínica e do médico que atendeu o paciente submetido a uma operação cirúrgica da qual resultou a secção da medula.
5. Inexistência de ofensa à lei e divergência não demonstrada. Recurso especial não conhecido.

Igualmente, a teoria foi aplicada aos casos envolvendo contratos bancários (Agravo de Instrumento nº 0062559- 76.2012.8.26.0000, Tribunal de Justiça de São Paulo):

AGRAVO DE INSTRUMENTO REVISÃO DE CONTRATO BANCÁRIO EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA ÔNUS DA PROVA TEORIA DA CARGA DINÂMICA.

Não se trata de inversão irregular do ônus da prova, mas de determinar que a parte que tem mais meios de complementar a instrução o faça, a bem de contribuir para a correta solução do litígio. A teoria da carga dinâmica da prova não se aplica somente no âmbito do microsistema do consumidor, mas sim no processo civil comum. Assim, seja em razão da inversão do ônus prevista no CDC, seja em razão da aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da Prova, o Banco deve apresentar a documentação necessária para realização da perícia, uma vez que sua guarda é ônus de sua própria atividade.

RECURSO PROVIDO.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também dinamiza a distribuição do ônus nos casos de ação civil pública ambiental, conforme se vê no julgado a seguir (Agravo de Instrumento nº 778.663-5/2-00):

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação civil pública ambiental - Decisão que impôs à ré o adiantamento dos honorários periciais – Ônus da prova a cargo da requerida - Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas que está lastrada na simples idéia de que se pode incumbir a carga probatória a quem, pelas circunstâncias do caso e sem interessar se é autor ou réu na ação, se encontre em melhor condição para produzi-la - Recurso provido em parte apenas para reduzir o valor fixado.

Aliás, o mesmo Tribunal de Justiça tem aplicado a teoria nos casos de responsabilidade civil fora das relações de consumo (Apelação n° 994.06.034672-3):

RESPONSABILIDADE CIVIL - Indenização por danos morais - Lei de Imprensa - Ausência de notificação a que alude o artigo 58, parágrafo 3º da Lei n° 5.250/67 irrelevante, pois perdeu a norma fundamento de validade, diante de sua inconstitucionalidade - Emissora que não nega de modo peremptório a veiculação da matéria - Possibilidade da prova ser feita por meio diverso, segundo entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça - Princípio da carga dinâmica da prova, de que incumbe o ônus a quem dispõe dos meios para produzi-la - Falta de verossimilhança de que a emissora não dispõe de cópia da matéria em seus arquivos – Sentença improcedente - Recurso provido para anular a sentença e determinar o prosseguimento da instrução processual.

Como se vê, há uma tendência jurisprudencial em aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nos casos de dificuldade probatória (prova diabólica).

Esta tendência se iniciou nos casos de erro médico, em que o desconhecimento técnico do paciente se torna evidente.

Atualmente, esta relação está abarcada pelo Código de Defesa do Consumidor, assim como ocorre às relações de contrato bancário, de tal sorte que a inversão do ônus da prova (leia-se, aplicação do ônus dinâmico) tem previsão normativa.

Contudo, a jurisprudência tem aplicado a inversão do *onus probandi* aos casos não consumeristas, o que revela a possibilidade de dinamização do ônus no atual modelo processual civil.

Com esta teoria, a jurisprudência pretende (ao superar a dificuldade probatória na concretização do direito) alcançar a justiça, o que sem dúvida revela uma evolução do sistema probatório.

## 4 CONCLUSÃO

Ante as discussões e os preceitos apresentados, chega-se às seguintes conclusões:

1. O sistema probatório evoluiu em detrimento dos ideais racionais.
2. Juridicamente, a prova pode tomar, basicamente, três acepções: ato, meio e resultado. Portanto, a prova pode ser definida como toda atividade ou meio legalmente aptos e dirigidos a convencer o julgador acerca da existência ou inexistência dos fatos que lhe são apresentados.
3. O objeto da prova é a existência ou inexistência dos fatos alegados pelas partes perante o juízo (quaisquer que sejam a natureza destes fatos).
4. Devem ser provados os fatos pertinentes, controversos e precisos (ou relevantes, controvertidos e determinados). Estes fatos constituem o tema da prova (*thema probandum*), o que não se confunde com o objeto da prova.
5. Não precisam ser provados (embora possam) os fatos: (i) notórios; (ii) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; (iii) admitidos, no processo, como incontroversos; (iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Este rol está elencado no artigo 334 do Código de Processo Civil.
6. As provas podem ser classificadas de acordo com o tipo de fato: direito ou indireto. Fato direito é aquele que se relaciona diretamente com o direito almejado. Fato indireto é aquele que, através da análise cognitiva, pode-se chegar ao fato direito. Se a prova recair sobre fato direto, diz-se que a prova é direta. Se a prova recair sobre fato indireto, diz-se que a prova é indireta.
7. A prova indireta pode recair sobre presunções ou sobre indícios.
8. Os fatos relativamente negativos são susceptíveis de prova em sentido subjetivo, isto é, no que diz respeito à convicção judicial.
9. A prova tem por finalidade o convencimento do magistrado sobre a existência ou inexistência dos fatos alegados pelas partes, de tal sorte que o julgador constitui seu destinatário, seja ele de primeiro ou de segundo grau.

10. O ônus da prova é instrumento para se evitar o *non liquet*. Ele é o encargo que as partes têm de provar determinados fatos, sob pena de sofrerem os efeitos negativos de seu descumprimento.

11. O ônus da prova tem dois aspectos: objetivo e subjetivo. Em seu aspecto subjetivo o ônus da prova é a conduta de cada parte para se desincumbirem de seu respectivo encargo. O ônus objetivo da prova é regra de julgamento, utilizada pelo juiz a fim de dirimir a lide em caso de insuficiência probatória.

12. Ônus e obrigação são institutos jurídicos diferentes. O ônus é a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio, enquanto a obrigação é a subordinação de um interesse próprio ao interesse alheio. Em síntese, o ônus se diferencia da obrigação por três características: (i) a licitude: o descumprimento da obrigação é ilícito, o descumprimento do ônus é lícito; (ii) o estado de sujeição: na obrigação há sujeição de um interesse próprio a um interesse alheio; no ônus há sujeição de um interesse próprio a outro interesse próprio; e (iii) a correspondência econômica: a obrigação descumprida pode ser convertida em pecúnia, o ônus descumprido não goza desta possibilidade.

13. O ônus e a obrigação são diferentes do dever (em sentido estrito), em razão de uma característica: a perpetuidade. A observância do dever é perpétua, enquanto a observância do ônus e da obrigação é imediata, ou seja, cessa após o seu respectivo cumprimento.

14. O Código de Processo Civil adotou uma regra estática e apriorística de distribuição dinâmica do ônus probatório. Segundo o artigo 333 do referido código, compete ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do autor.

15. É possível convencionar a distribuição do ônus probatório de maneira diversa, mas deste que não recaia sobre direito indisponível da parte ou torne excessivamente difícil a uma parte o exercício de seu direito (artigo 333, parágrafo único, incisos I e II, do Código de Processo Civil).

16. A prova tem natureza jurídica mista de direito material e de direito processual, dependendo da finalidade da norma. Por seu turno, o ônus da prova tem natureza jurídica de direito probatório material.

17. O contraponto da distribuição estática do ônus da prova é a teoria da distribuição dinâmica, segundo a qual o ônus da prova deverá ser imputado à parte que tenha melhor condições de produzi-la, independentemente do tipo de fato

(constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo) ou da posição da parte no processo (se autor ou réu).

18. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surgiu com o ímpeto de evitar a prova diabólica: aquela que é impossível, senão muito difícil de ser produzida. Quando esta dificuldade ou impossibilidade recai sobre uma só das partes (revelando-se viável à outra), diz-se que a prova é unilateralmente diabólica. Se a dificuldade ou impossibilidade probatória recai sobre ambas as partes, então se trata de prova diabólica bilateral.

19. O ônus probatório deverá ser distribuído de maneira dinâmica se: (i) existir prova diabólica unilateral decorrente da hipossuficiência probatória ou da inviabilização da prova por conduta culposa ou desleal do adversário; (ii) existir prova diabólica bilateral decorrente da inviabilização da prova por conduta culposa ou desleal do adversário (situação de inescclarecibilidade). Enfim, a prova diabólica constitui pressuposto de aplicação da teoria da distribuição dinâmica.

20. Distribuição dinâmica e inversão do ônus são institutos diferentes. O ônus pode ser aplicado de maneira dinâmica sem necessariamente ser invertido. Contudo, a inversão do ônus probatório é uma forma de se aplicar o ônus dinâmico, na medida em que há uma regra prévia e estática que, ao se dinamizar o ônus, é invertida. A inversão pode se operar por força da lei ou por determinação judicial (*ope judicis* ou *ope legis*, respectivamente).

21. A inversão do ônus da prova determinada pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII) é uma forma de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório.

22. Para sua aplicação é exigida a verossimilhança do alegado ou a hipossuficiência (econômica ou técnica), mas desde que haja prova diabólica, ou seja, dificuldade probatória ao consumidor. Esta inversão se opera *ope judicis* e, segundo entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, trata-se de regra de julgamento a ser aplicada na fase decisória. Contudo, o mais adequado seria tratá-la como regra de procedimento a ser aplicada no final da fase saneadora, em respeito ao princípio do contraditório.

23. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova não encontra respaldo legal no atual Código de Processo Civil, que estabelece uma regra de distribuição estática em seu artigo 333 (cabe ao autor provar os fatos constitutivos

de seu direito e ao réu provar os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos deste direito).

24. A aplicação do ônus dinâmico no atual modelo processual civil (fora das relações de consumo) se funda em uma série de princípios constitucionais e infraconstitucionais relacionados ao processo, quais sejam: (i) princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, CF e art. 125, I, CPC), (ii) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (art. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), (iii) princípio da solidariedade com o órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345 e 355, CPC), (iv) princípio do devido processo legal (art. 5º, XIV, CF), (v) princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), (vi) princípio da adaptabilidade do procedimento.

25. Princípios são mandamentos nucleares de um sistema. Os princípios se diferenciam das regras pela generalidade, abstração e exigência (os princípios são gerais, abstratos e exigidos na medida do possível; as regras são específicas, mais concretas e exigíveis em todo seu conteúdo).

26. A aplicação do ônus dinâmico fora das relações de consumo não ofende o princípio do contraditório, desde que seja aberta oportunidade à parte se desincumbir de seu novo ônus, o que se dá mediante decisão fundamentada em despacho saneador (se procedimento ordinário) ou após o recebimento da contestação (se procedimento sumário). Aliás, o ônus dinâmico permite um contraditório efetivo na medida em que a dificuldade probatória é eliminada.

27. Para tanto, a dinamização deve ser aplicada sob os seguintes requisitos: (i) a prova deve ser extremamente difícil de ser produzida por uma das partes e mais fácil para a outra (existência de prova diabólica unilateral); (ii) o magistrado deve declarar a inversão antes da instrução probatória, seja mediante despacho saneador (se rito ordinário) ou após a entrega da contestação (se rito sumário), sempre fundamentando sua decisão; (iii) se a prova diabólica for bilateral, a parte que receberá o ônus deve ter dado causa à esta situação, mediante comportamento culposo ou conduta desleal.

28. O novo código de processo civil, de acordo com a redação dada pelo Projeto de Lei no Senado 166/2010, adota a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório em seu artigo 262, ao estabelecer que o ônus da prova possa ser dirigido àquele que tenha melhores condições de produzi-la.



29. Os requisitos exigidos para a dinamização do ônus são os mesmos exigidos para sua dinamização no atual modelo processual civil (fora das relações de consumo).

30. O artigo 262 do novo código processual civil se revela adequado às exigências constitucionais. Contudo, seu § 2º deve ser alterado, a fim de que a inversão também alcance os encargos da produção probatória.

31. A jurisprudência brasileira aplica a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, principalmente nos casos de responsabilidade civil do médico, contratos bancários, ação civil pública ambiental e até mesmo nos casos de responsabilidade civil não consumerista. Sua aplicação tem-se ampliado e revela-se socialmente exigível, a fim de se evitar a prova diabólica.

32. A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova revela-se uma evolução do sistema probatório, na medida em que visa atender às necessidades jurídicas e os anseios sociais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Lei de assistência judiciária aos necessitados. **Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950**. Brasília: Senado, 1950. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1060compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm)>. Acesso em: 03 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Código de processo civil (1973). **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Brasília: Senado, 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 10 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília: Senado, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RESPONSABILIDADE CIVIL. Médico. Clínica. Culpa. Prova. Recurso Especial nº 60.309-SC (Registro nº 1995/0033341-4). Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Clínica Neurológica e Neurocirúrgica de Joinville e outro. Recorrido: Getulio Rafael Bittencourt Machado. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 18 de junho de 1996. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%28responsabilidade+civil+medico%29+E+%28%22RUY+ROSADO+DE+AGUIAR%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28responsabilidade+civil+medico%29+E+%28%22RUY+ROSADO+DE+AGUIAR%22%29.min.&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=11)>. Acesso em: 02 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. AGRAVO DE INSTRUMENTO. Agravo de Instrumento nº 778.663-5/2-00 (Registro nº 02017522). Agravante: CCL Construtora Camillo Ltda. Câmara Especial do Meio Ambiente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravado: Ministério Público. Relator: Desembargador Samuel Júnior. São Paulo, 23 de outubro de 2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3317290&vlCaptcha=wuskv>>. Acesso em: 04 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Direito do Consumidor. Inversão do Ônus da Prova. Momento. Sentença. Possibilidade. Regra de Julgamento. Ofensa ao Princípio do Contraditório. Inexistência. Recurso Especial nº 1.125.621 - MG (2009/0132377-8). Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente : Banco do Brasil S/A. Recorrido : Robério Oliveira Silva. Relatora : Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 19 de Agosto de 2010. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1125621&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1125621&b=ACOR)>. Acesso em: 02 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. RESPONSABILIDADE CIVIL. Apelação nº 994.06.034672-3 (Registro nº 03262556). 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelante: Luiz Antônio Braz. Apelado: Paty Eventos e Reportagens s c Ltda. Relator: Desembargador José Carlos Ferreira Alves. São Paulo, 26 de outubro de 2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=4777779>>. Acesso em: 04 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de instrumento. Revisão de contrato bancário. Exibição de documentos para realização de perícia. Ônus da prova. Teoria da carga dinâmica. Agravo de Instrumento nº 0062559-76.2012.8.26.0000 (Registro nº 2012.0000327468). 20ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravante: Ellos Academia Ltda e outros. Agravado: Banco Do Brasil S.A. Relatora: Desembargadora Maria Lúcia Pizzotti. São Paulo, 18 de junho de 2012. Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6022294>>. Acesso em: 04 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Súmula nº 91. A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença. Disponível em: <<http://cgj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-91>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. Bahia: JusPODIVM, 2008.

\_\_\_\_\_. Prova: nova dinâmica da distribuição do ônus. In: ROSSI, Fernando *et al.* (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 675-679.

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 2001, n. 788, p. 92-107.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel; RULLI NETO, Antônio. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 2 t.

FARIA, Rita Lynce de. **A inversão do ônus da prova no direito civil português**. Lisboa: LEX, 2001.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no código do consumidor. In: **Revista de direito do consumidor**. São Paulo: Instituto Brasileiro De Política E Direito Do Consumidor, 1995, n. 13, p. 33-41.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Regras de distribuição do ônus da prova e de efetivação do acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2011.

KNIJNIK, Danilo. "As (perigosíssimas) doutrinas do 'ônus dinâmico da prova' e da 'situação de senso comum' como instrumentos para assegurarem o acesso à justiça

e superar a *probatio diabolica*". In: **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

MAGNA CARTA (1215). Redação original (em latim). Disponível em: <<http://www.magnacartaplus.org/magnacarta/latin.htm#.UOcQDeTWJOI>>. Acesso em: 04 Jan. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 2007, n. 862, p. 11-21.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

MONTEIRO, Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil**: direito das obrigações, 1ª parte. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 4 v.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

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

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. V. 2. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. **As provas no cível**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, Gen, 2011. v.1.

\_\_\_\_\_. **Direitos do consumidor**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do consumidor e processo civil: aspectos polêmicos. *In*: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 1991, n. 671, p. 32-39.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 11. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.