

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC E O PRINCÍPIO DA
HIPOSSUFICIÊNCIA DO CDC**

Mariana Regina Souza Silva

Presidente Prudente/SP

2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CENTRO DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO

**A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC E O PRINCÍPIO DA
HIPOSSUFICIÊNCIA DO CDC**

Mariana Regina Souza Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso de Pós Graduação em Processo Civil, sob a orientação do Prof. Sandro Marcos Godoy.

Presidente Prudente/SP

2018

**A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC E O PRINCÍPIO DA
HIPOSSUFICIÊNCIA DO CDC**

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Especialista em
Direito Processual Civil

SANDRO MARCOS GODOY

Orientador

CARLA ROBERTA FERREIRA DESTRO

Examinador

GILBERTO NOTÁRIO LIGERO

Examinador

Presidente Prudente/SP, 28 de março de 2018.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolvermos os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”. Albert Einstein

*À Helena Dalpério da Silva, com muito
amor e saudades.*

AGRADECIMENTOS

Por primeiro e sempre a Deus, por ter me confiado o curso de pós-graduação no Novo Código de Processo Civil e me iluminado durante a minha caminhada até a realização deste trabalho, me confortando nas horas mais difíceis.

Aos meus pais, Vitor e Regina, pelo amor incondicional e apoio ao longo da minha trajetória acadêmica e profissional, inclusive.

Ao meu noivo, William Yuri, por todo amor, carinho, compreensão e dedicação, especialmente na conclusão deste trabalho.

Aos meus queridos, Vitor Hugo e Leticia, pelo amor, amizade e descontração nas horas vagas.

Às minhas queridas Amanda, Bárbara e Luiza, por terem tornado o aprendizado durante o curso de pós-graduação em verdadeiro compartilhamento não só de ensinamentos, mas também de muito companheirismo, amizade e dedicação.

Ao meu orientador, Dr. Sandro Marcos Godoy, por não medir esforços na orientação do meu estudo e por compartilhar comigo seus sábios ensinamentos.

Por fim, aos meus queridos familiares e amigos que de alguma forma contribuíram para a realização do presente trabalho.

RESUMO

O estudo em apreço tem por escopo analisar a teoria dinâmica do ônus da prova no CPC e o princípio da hipossuficiência do CDC. O principal foco de questionamento sobre o tema é a relação, de identidade ou não, da teoria disposta no Código de Processo Civil de 2015 para com a inversão do ônus da prova, há muito, prevista no Código de Defesa do Consumidor. Assim, para melhor compreensão e elucidação do tema proposto, por primeiro teceu-se breves considerações sobre a prova, consistentes em seu objeto e produção pelo juiz; o ônus de provar, e ainda, a sua valoração, eis que primordial para o deslinde da tutela posta *sub judice*. Ademais, um dos fatores primordiais para o entendimento e clareza deste trabalho, foi estudar os princípios correlatos ao tema, que resultou na análise da isonomia de partes (art. 7º, CPC) e a hipossuficiência do consumidor (art. 6º, VIII, CDC), visto que estes de nenhum modo confundem ou podem vir a se confundir. Em seguida, tendo em vista que, em que pese o estudo em tela argumente sobre o Código de Defesa do Consumidor, é certo e inequívoco que sobre este não se debruçou de maneira extensa, ou seja, somente se abordou as questões correlatas à teoria da dinamização do ônus da prova, foco principal do tema em comento. Neste sentido, importante definição foi tratar sobre as regras do *onus probandi* no CPC, que deflagram desde a sua essência, qual seja, em subjetivo e objetivo, sua aplicação no CPC de 1973, para melhor compreensão de sua evolução, e ainda, suas implicações no negócio jurídico processual, de grande valia para o Estado democrático de direito e de certa maneira, inovação processual advinda pelo Código de Processo Civil de 2015. Ademais, o trabalho em comento trouxe, a respeito da teoria retro citada, ensinamentos sobre sua origem e conceito, requisitos autorizadores de aplicação e o recurso cabível para o caso de deferimento ou não da teoria. Ou seja, estudou-se não só o cabimento da teoria, mas as suas consequências no processo. Por fim, após a competente explicação sobre o conceito de prova e o seu ônus, e ainda, os princípios correlatos ao tema, finalmente se abordou o questionamento do tema central, ou seja, da não identidade da teoria dinâmica do ônus da prova do CPC para com o princípio da hipossuficiência do CDC e qual a razão de ser da não igualdade vista de modo diverso por alguns operadores do direito e até mesmo pela coletividade, leiga no assunto. Além disto, para o fim de demonstrar no presente estudo a aplicação, definição e fundamento da teoria dinâmica do ônus da prova, inclusive a sua diferença para com a inversão do ônus da prova no CDC, abordou-se e comprovou-se, além dos reflexos positivos no Direito Processual Civil, o entendimento já firmado na jurisprudência brasileira sobre o tema.

Palavras-Chave: Processo civil. Direito do consumidor. Princípio da isonomia. Hipossuficiência. Teoria dinâmica do ônus da prova.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the dynamic theory of the burden of proof in the Code of Civil Procedure and the hypersufficiency principle of the Code of Consumer Protection. The main focus of questioning on this subject is the relationship, of identity or not, of the theory disposed in the Code of Civil Procedure of 2015 to the reversal of the burden of proof, long anticipated in the Code of Consumer Protection. Thus, for a better understanding and elucidation of the proposed theme, we first made brief considerations about the proof, consistent in its object and production by the judge; the burden of proving, and still, their valuation, is fundamental for the demarcation of the tutelage *postea sub judice*. In addition, one of the fundamental factors for the understanding and clarity of this work was to study the principles related to the subject, which resulted in the analysis of the isonomy of parts (article 7, CPC) and consumer hyposufficiency (article 6, VIII, CDC), since these in no way confuse or can be confused. In view of the fact that, despite the on-line study on the Consumer Defense Code, it is true and unequivocal that it has not dealt with this issue extensively, that is, only the issues related to the theory of consumer dynamization of the burden of proof, main focus of the theme in comment. In this sense, an important definition was to deal with the rules of the *onus probandi* in the CPC, which deflagrate from its essence, that is, in subjective and objective, its application in the Code of Civil Procedure of 1973, for a better understanding of its evolution, and also, its implications in the procedural legal business, of great value for the democratic State of law and in a certain way, procedural innovation derived by the Code of Civil Procedure of 2015. Moreover, the work in question has brought about, with respect to the retro-cited theory, teachings about its origin and concept, authorization requirements of application and the appropriate resource for the case of deferment or not of theory. That is, we studied not only the theory, but its consequences in the process. Finally, after the competent explanation of the concept of proof and its burden, and also the principles related to the subject, finally the questioning of the central theme, that is, of the non-identity of the dynamic theory of the burden of proof of the Code of Civil Procedure to the Code of Consumer Protection principle of hypersufficiency and the *raison d'etre* of non-equality viewed differently by some operators of the law and even by the collective, lay in the matter. Furthermore, in order to demonstrate, in the present study, the application, definition and foundation of the dynamic theory of burden of proof, including its difference to the reversal of the burden of proof in the Code of Consumer Protection, was approached and proved, in addition to the positive reflexes in Civil Procedural Law, the understanding already established in the Brazilian jurisprudence on the subject.

Key words: Civil lawsuit. Consumer law. Principle of isonomy. Hypnosis. Dynamic theory of the burden of proof.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 BREVES CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PROVA	12
2.1 Objeto da Prova e a sua Produção pelo Juiz	13
2.2 Ônus de Provar	20
2.3 Valoração da Prova	22
3 PRINCÍPIOS CORRELATOS.....	27
3.1 A Isonomia no Processo Civil (artigo 7º, CPC)	27
3.2 A Hipossuficiência do Consumidor e a Inversão do Ônus da Prova no CDC (artigo 6º, VIII, CDC).....	29
4 REGRAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	35
4.1 Ônus Subjetivo e Objetivo	35
4.2 Regras de Distribuição do Ônus da Prova no CPC/73	37
4.3 A Prova no Negócio Processual	39
5 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15 .	43
5.1 Origem e Conceito.....	43
5.2 Requisitos.....	46
5.2.1 Impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo	46
5.2.2 Facilidade de obtenção da prova do fato contrário.....	49
5.3 Recurso Cabível em Face da Decisão que Redistribui o Ônus da Prova.....	51
6 TEORIA DINÂMICA NO CPC E A HIPOSSUFICIÊNCIA DO CDC: IDENTIDADE?	54
6.1 A Teoria Dinâmica e seus Reflexos Positivos no Direito Processual Civil.....	55
6.2 A Teoria Dinâmica na Jurisprudência Brasileira	58
7 CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67
ANEXOS DE JURISPRUDÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 13.105/2015, com as modificações realizadas pela Lei 13.256/2016, trouxe grandes inovações para o processo civil, que doravante passou a adotar um modelo constitucional, consoante se denota dos artigos 1º ao 12, que consagram as “normas fundamentais do processo civil”, que, a rigor, estabelecem clara sintonia do diploma processual civil com a Constituição Federal de 1988.

E referidas modificações alcançaram os mais diversos temas processuais, dentre eles, a prova, para o fim de, *s.m.j.*, trazer ao jurisdicionado uma decisão mais célere por meio de um processo mais coerente e justo, com fundamento no princípio processual da isonomia, que garante a todos os litigantes a paridade de tratamentos em relação ao exercício de seus direitos e faculdades processuais, inclusive aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais (art. 7º, CPC).

E a teoria dinâmica do ônus da prova nada mais é do que uma inovação trazida por aquele diploma processual para consagrar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da cooperação, da boa-fé e da viabilização de um melhor acesso à justiça.

Isto porque, é por meio desta teoria que o magistrado poderá, de ofício ou a requerimento, por decisão fundamentada, inverter o ônus processual para o fim de garantir a ampla defesa e a verdade real no processo.

E a razão que motiva referida inversão é desincumbir a parte que está acometida pela impossibilidade na produção da prova em face do outro sujeito que tem melhor condições de fazê-la, sem implicar em ofensa ao princípio da imparcialidade do juiz, mas sim, trazer ao processo todos os elementos probatórios indispensáveis para a solução do litígio.

Desta feita, consoante se abordará, com fulcro no princípio da comunhão das provas e da regra de julgamento, a teoria em apreço proporcionará aos litigantes em tempo razoável, uma decisão justa e satisfativa, posto que a lide não poderá ficar sem solução ou ainda, improcedente, sob o argumento da ausência

de provas dos fatos postos *sub judice* em detrimento da parte que restou impossibilitada de assim proceder, face à outra que teria condições de produzi-la.

No entanto, cumpre esclarecer que esta inovação (a teoria dinâmica) não é fruto do Código de Defesa do Consumidor em virtude da vulnerabilidade deste último, há muito já consagrada na seara consumerista. Assim, o questionamento central deste trabalho é dispor sobre a não identidade da teoria dinâmica do ônus da prova para com as disposições consumeristas.

Isto porque, em que pese os institutos acima possam eventualmente assemelhar-se em uma análise sumária, posto que resultam na inversão do ônus probatório, seus requisitos autorizadores e consequências se distinguem, corroborando, assim, a ausência de identidade entre eles.

Neste sentido, para melhor elucidação e exposição sobre o tema, com enfoque principal na teoria dinâmica da prova, se abordará a sua origem, conceito, requisitos autorizadores e ainda, sua grande importância frente à regra estática do ônus probatório até então vigente no Código de Processo Civil de 1973.

Por fim, para melhor compreensão deste estudo, se argumentará e comprovará os reflexos positivos da teoria no Direito Processual Civil e o entendimento da jurisprudência brasileira a respeito, inclusive antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, que também reporta à sua distinção para com o Código de Defesa do Consumidor.

Outrossim, registra-se que a metodologia adotada para a realização do presente trabalho seguiu os métodos dedutivo, histórico, pesquisa documental e bibliográfica.

Isto porque, por primeiro – método dedutivo – partiu-se de uma premissa maior para uma mais específica, ou seja, analisou-se o conceito de prova, o seu objeto e valoração e ainda, as regras de distribuição do ônus da prova, seja para o Código de Processo Civil, seja para o Direito do Consumidor, para posteriormente analisar e compreender a teoria dinâmica do ônus da prova e sua não semelhança com as disposições consumeristas.

Assim, ao discorrer sobre a teoria propriamente dita, foi necessário abordar sua análise histórica, que resultou na explicação do seu conceito e origem.

Após, com o fito de melhor elucidar a pesquisa em apreço, trouxe-se citações de artigos, fóruns, doutrinas e jurisprudenciais, que retratam o objeto deste estudo.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PROVA

Consoante brevemente exposto, o cerne do estudo em apreço é a prova, objeto este de extrema importância para os sujeitos do processo e operadores do direito, visto que influência direta e necessariamente no provimento judicial perseguido pelos litigantes.

À vista disso, por primeiro cumpre esclarecer que todos os pretendidos direitos subjetivos que podem ser resolvidos por meio de um processo, derivam de fatos. Assim, quando o autor propõe uma demanda e o réu a contesta, invocam fatos com que procuram fundamentar suas arguições. De igual modo, da análise dos fatos e de sua adequação ao direito objetivo, ou seja, a lei, o juiz resolverá a lide, que é exteriorizada por meio da prolação de sua sentença.

Todo processo de execução resulta sobre os bens, ao passo que o processo de conhecimento, das provas dos fatos alegados pelas partes.

No entanto, não é conferido aos litigantes apenas aduzir os fatos que lhes aproveitam.

É necessário, para que haja um processo justo e coerente para com o direito invocado, a produção de provas destinadas a tal fim, que serão analisadas pelo juízo em busca da verdade do fato deduzido.

Theodoro Júnior (2015, p. 859), ao tecer algumas considerações acerca do conceito de prova, argumenta que há dois sentidos em que se pode conceituá-la no processo, a saber:

- (a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc.);
- (b) e o outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.

Neste sentido, conclui-se que a prova é um direito fundamental garantido a todos os litigantes no acesso à justiça, por meio dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, visto que é indispensável à solução justa do litígio posto *sub judice*.

Tanto é verdade, que a Constituição Federal, em consagração a tais princípios, registra em seu artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV, o direito à produção de

provas, visto que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, e que, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e ainda, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Posto isto, feita tais considerações, passa-se doravante a expor os principais reflexos da prova no presente trabalho.

2.1 Objeto da Prova e a sua Produção pelo Juiz

Em análise às considerações iniciais sobre a prova, extraiu-se que esta, essencialmente, consiste na comprovação da verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, bem como que influi, significativamente, na convicção do magistrado ao sentenciar a lide (CPC, art. 369).

A lei processual civil estabelece que somente os meios lícitos e os moralmente legítimos são passíveis de servirem como prova no processo. Ressalva-se, *ab initio*, que o direito ordinariamente não se prova, pois *jura novit cúria*. Contudo, ao juízo é garantido o direito à prova quanto a fatos que versarem sobre direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, nos termos do artigo 376 do Código de Processo Civil.

De igual forma, o legislador brasileiro pontua que somente os fatos relevantes à solução do litígio devem ser provados; os impertinentes e inconsequentes não serão objetos de prova. Assim, compete ao magistrado, quando da prolação do despacho saneador, delimitar os fatos a serem provados nos autos (CPC, art. 357, II).

Haroldo Lourenço (2015, p. 40-41) elucida em sua obra imprescindível diferença entre o objeto da prova e os meios de prova.

E tal diferença reflete na necessidade processual de produção de provas sobre fatos imorais, ou seja, realização de prova sobre um fato imoral, através de um meio moral, bem como, a utilização de meios probatórios imorais, de maneira excepcional, quando em colidência direitos fundamentais em razão da necessária ponderação de interesses.

Neste sentido, o citado jurista explica (2015, p. 40-41):

O CPC/2015 consagra dispositivo muito interessante, prevendo a aplicação de tal ponderação, não na produção probatória, mas na fundamentação da decisão. Vejamos a redação:

“Art. 489, §2º, do CPC/2015: No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentaram a conclusão”.

O STJ, por exemplo, já admitiu interceptação telefônica em processo civil, não obstante a Constituição restringir ao processo penal, pois se tratava de proteção de um bem maior, qual seja descobrir-se o paradeiro de um menor, pois não havia outra medida que resguardasse o direito violado”. (STJ, 3ª T., HC 203.405/MS, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 28.06.2011).

Em relação aos fatos, Theodoro Júnior (2015, p. 1106) esclarece que a prova pode ser “*direta* ou *indireta*. *Direta* é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. *Indireta*, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos”.

Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2012, p. 409-410) ensina ainda que a prova pode ser classificada de 03 (três) formas: de acordo com o sujeito, pessoal ou real. “Será pessoal quando consistente em declaração ou afirmação prestada por alguém a respeito da veracidade de um fato”. E acrescenta: “quanto à forma, a prova pode ser oral (depoimentos) ou escrita (laudos e a prova documental)”.

Imperioso se toma dizer que não obstante alguns fatos arguidos pelas partes sejam relevantes para o processo, prescindem de prova para serem tidos como demonstrados.

Com efeito, o artigo 374 do Código de Processo Civil elenca que não dependem 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 de veracidade.

Os fatos notórios, segundo Aroca apud Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 46), são “aqueles fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de um determinado grupo social no momento em que se produz a decisão judicial”.

Os juristas brasileiros supracitados clarificam que a notoriedade de um fato deve ser revelada segundo a apreciação do juiz e não, necessariamente, em face da parte contra quem ele é alegado (p. 46).

Em conclusão, explicam ainda que o fato notório não precisa ser conhecido por todas as pessoas; é conhecido ou de acordo com a cultura média do homem poderia ser conhecido e não precisa ter com ele uma relação direta (p. 46).

Quanto aos fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, se equivooca o legislador em qualificá-los como independentes de prova. Isto porque, a confissão, nos termos do artigo 389 do CPC, nada mais é do que um meio probatório.

Neste sentido, ensina William Santos Ferreira (2016, p.1136-1137):

No art. 374, II o objetivo é deixar claro que se uma parte afirma algo sobre um fato e a parte contrária admite, sendo contrário ao seu interesse e favorável a quem afirmou (seu adversário), deve se concluir que o fato está admitido, não precisa mais de dilação probatória. Em suma, não há controvérsia sobre o fato, não se justificando dilação probatória.

Incontroverso, ou seja, indiscutível, são os fatos cuja divergência é ausente. Tais fatos independem de prova posto que sobre eles não paira controvérsia, que nada mais é do que uma das principais características do fato *probando* (DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael, 2008, p. 47).

Por último, não dependem de prova os fatos em cujo favor opera presunção legal de existência ou veracidade. Nestes, o legislador se antecipa às partes e faz presumir a existência de determinados fatos.

A título de exemplo, o ordenamento jurídico elenca o artigo 1.597 do Código Civil, que estabelece a presunção de concebidos na constância do casamento os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal ou nos trezentos dias após o seu fim; no artigo 8º do mesmo *códex* a simultaneidade da morte quanto às pessoas falecidas em uma mesma ocasião, entre outros.

Assim, concluem Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 47-48) no tocante a referidos fatos:

Nesses casos, aquele que alega a ocorrência de algum desses fatos está dispensado de prová-lo. Quando a presunção legal for *iuris tantum*, poderá a parte contrária produzir prova de que a afirmação é falsa; na presunção absoluta, não é permitido sequer discutir a ocorrência do fato presumido.

Ainda a respeito da necessidade de provar o fato alegado, Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2012, p. 412) esclarece que não obstante prevaleça de certo modo no cotidiano probatório forense de que inexistente prova de fato negativo, eis que somente poderia se demonstrar a existência ou ocorrência de um fato, e não o contrário (*negativa non sunt probanda*), essa concepção não é de todo verdadeira. Isto porque, explica:

Mas, como ensina João Batista Lopes, essa regra não é inteiramente verdadeira: “Costuma-se dizer que as negativas não precisam ser provadas. A assertiva contém meia verdade: só não podem ser provadas as negativas absolutas, não as relativas (ex.: não posso provar que jamais estive em Piripipi (PI), mas posso provar que lá não estive no dia 31.12.95, à meia-noite, porque, nesse dia e horário, participava de confraternização de fim de ano em São Paulo). Como agudamente observa Lessona “a impossibilidade da prova do fato negativo indefinido não deriva do seu caráter negativo, mas do seu caráter indefinido”.

Em verdade, clarifica o jurista Humberto Theodoro Júnior (2015, p. 1108) que “tanto a demanda do autor como a defesa do réu estão sujeitas ao princípio da substanciação, ou seja, devem se fundar em *factos concretos* adequados ao acolhimento da pretensão ou da resistência a ela oposta”.

Neste sentido, aos litigantes é vedada afirmações genéricas quanto aos fatos alegados. Não basta aduzir que determinada cobrança é excessiva, é preciso demonstrar, em concreto, em que se constituiu o excesso (arts. 917, III, §§ 2º, 3º e 4º, CPC), sob pena de ser esta arguição considerada vazia, ou seja, ausente de prova.

E tal justificativa – ausência de prova – é admitida e justa no processo, para que não haja violação à garantia do contraditório e da ampla defesa, posto que a parte contrária encontraria dificuldade em argumentar sua defesa e contraprova.

E consoante já estudado, o direito fundamental à prova deriva dos princípios supracitados, constitucionalmente assegurados e recepcionados, também, de forma expressa pelo Código de Processo Civil, por meio dos artigos 1º e 7º.

Em razão do exposto, tem-se, salvo melhor juízo e sem a profunda análise sobre o tema, que o objeto da prova nada mais é do que as questões de fato relevantes e precisas a serem enfrentadas no julgamento do litígio, eis que influem significativamente no resultado da lide. Em outras palavras, é “o que o magistrado

deve adquirir para ter o conhecimento necessário para resolver o litígio processual” (LOURENÇO, 2015, p. 39).

Tradicionalmente, o nosso ordenamento jurídico contempla que o campo das provas é destinado de forma primária às partes, e subsidiária ou complementar, ao magistrado julgador.

Neste sentido, inclusive, manifesta-se parte da doutrina processual, eis que, conforme observa LOURENÇO (2015, p. 42) em citação direta do jurista GRECO FILHO (1997):

“... o juiz tem poderes investigatórios, mas limitados em face do princípio dispositivo. A atividade do juiz não pode substituir ou suprimir a atividade das partes, inclusive a fim de que se mantenha equidistante das partes para a decisão”.

No entanto, no cenário atual de Estado democrático de direito, brilhantemente recepcionado pelo Código de Processo Civil de 2015, o juiz não pode mais ser mero expectador da “batalha judicial”.

Isto porque, sua visão processual e conduta devem, necessariamente, refletirem ativamente no processo, em busca da verdade real e da prolação de uma decisão justa e razoável.

Todavia, imperioso esclarecer que o magistrado não pode eternizar a busca pela verdade real, sob pena de inutilizar o processo e sonegar a justiça requerida pelos litigantes (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1109).

Assim, salvo melhor juízo, a realização de provas pelo magistrado não pode ser concebida em caráter subsidiário.

Com efeito, em virtude da necessidade do juiz em deter o conhecimento necessário para solucionar o litígio posto em suas mãos, à aquele não pode pairar dúvidas na cognição de seu convencimento, sob pena de proferir uma decisão injusta, contrária aos preceitos constitucionais e processuais legais.

No entanto, os poderes atribuídos ao magistrado, especialmente pelo Novo Código Processual Civil, devem, necessariamente, ser estritos à proporcionalidade, razoabilidade e fundamentação.

Não obstante não seja o mérito deste estudo os poderes instrutórios do juiz, é preciso focar seus limites para que não seja desvirtuado o objeto daquele, qual seja, de que as provas ainda é e sempre será atividade, competência e

obrigação das partes que alegam seus fatos no processo. Contudo, tendo estas se desincumbido do ônus de suas provas, ao magistrado não é justo uma cognição vazia para a solução da lide.

Nesta acepção, justifica o jurista LOURENÇO (2015, p. 42-43):

Parece-me intuitivo que a parte, por vontade própria, não irá colaborar espontaneamente, justamente porque o juízo de valor que será feito sobre sua conduta pode lhe ser prejudicial, justamente por o ônus de provar ser improprio, sendo preferível a omissão.

Um litigante omitir provas necessárias à elucidação de fatos atinentes à causa, para com isso obter uma vantagem, sempre me pareceu algo torpe, um verdadeiro abuso de direito, violador da boa-fé objetiva.

De tal ensinamento comunga THEODORO JÚNIOR (2015, p. 1123):

Não comete, portanto, o NCPC, pecado algum contra a democracia brasileira, quando confere amplo poder de iniciativa da prova ao juiz. Isto porque, na sempre lembrada lição de Alexandre Freitas Câmara, no modelo de Estado Democrático de Direito adotado por nossa Constituição (que é o de um Estado democrático *ativo*), “a busca da verdade é absolutamente essencial para que o processo possa atingir seus fins, entre os quais a correta atuação da vontade do direito objetivo nos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário”.

Em verdade, visto que se um dos princípios basilares do Código de Processo Civil Brasileiro é conferir aos litigantes, em tempo razoável, uma decisão justa e efetiva, é coerente afirmar que o juiz deve caminhar no sentido de requerer todas as provas cabíveis para a aferição da verdade real do objeto litigioso, sem que isto implique qualquer ofensa à sua imparcialidade.

Isto porque, se a missão social do Estado democrático de direito é garantir a não ameaça ou lesão a um direito e assim promover a justiça, é verdadeiro admitir a perseguição, inclusive pelo magistrado, quando às partes assim não procederem, a todos os meios probatórios legais possíveis para o fim de alcançar a verdade.

Assim, pode-se dizer que haverá parcialidade do juiz em sentido contrário, ou seja, quando, ciente da ausência de provas sobre determinado fato ou a sua insuficiência, não se ativa no sentido de requerer a produção de provas pertinentes ao deslinde da demanda.

Deveras, ao concluir o tema em sua obra, rebate o jurista THEODORO JÚNIOR (2015, p. 1120):

A orientação preconizada pelo art. 370 do novo Código, que corresponde à postura tradicional presente em nosso direito positivo desde o CPC de 1939 (art. 117), afina-se com a doutrina largamente dominante. Com efeito, o que hoje se tem como certo é que o juiz do Estado Democrático de Direito tem, no processo justo, o dever não é só de admitir a participação dos litigantes, mas também de atuar, ele próprio, para realizar o contraditório dinâmico, que não prescinde do clima de ativismo judicial e de cooperação efetiva entre todos os sujeitos do processo.

(...)

Em pleno século XXI, não se pode, de fato, aceitar que o objeto da prova se restrinja às afirmações das partes de maneira absoluta, pois, “se bem cada uma delas estará interessada em demonstrar a sua verdade, também o juiz, procurando alcançar uma *justa decisão* (g.n.), tem a obrigação de *descobrir a verdade* – assim, sem adjetivos -, sustentada sobre os acontecimentos e não, cega e estritamente, em respeito das afirmações questionadas, pois corre o risco de que [sem suas diligências investigatórias] a convicção judicial tenha sua origem numa comprovação apenas formal de um silogismo”.

Salvo melhor juízo, a abolição dos poderes instrutórios do magistrado seria um descabido retrocesso para um atual Estado democrático de direito.

Nesta mesma esteira, de forma brilhante e sem ofender as garantias processuais atinentes, explica GONÇALVES (2012, p. 413):

O tradicional princípio dispositivo, que imputa às partes, em caráter exclusivo, a atividade probatória, manietando o juiz, deve ser mitigado. A jurisdição é uma atividade pública, e a boa solução dos conflitos de interesse é um objetivo a ser buscado de forma incessante. Se o juiz permanecesse omissivo, contentando-se com a verdade formal, quando há meios para tentar a apuração da verdade real, haveria grave risco ao desempenho da função jurisdicional, e a ameaça de eventuais injustiças se faria presente com muito mais frequência do que se poderia desejar.

Sendo assim, ao que se conclui com o estudo realizado e em consonância com o artigo 139, especialmente os incisos IV e VIII do CPC, ao juiz, quando de maneira motivada, compete determinar as provas que entender necessárias ao deslinde e solução da demanda, sem que isto implique em presunção de benefício de uma parte em detrimento da outra e ofensa ao princípio da imparcialidade do juiz, consoante acima exposto.

Isto porque, o que deve sempre ser observado e prestigiado é o direito invocado em claro e justo respeito aos meios de defesa.

A exigência da motivação das decisões, principal atividade para justificar o devido processo legal, é de ordem constitucional, eis que prevista nos artigos 93, IX e 95 da Constituição, também recepcionada pelo Código de Processo Civil em busca de um processo mais justo, harmonioso e célere.

Posto isto, compreendidos o objeto da prova e a sua produção pelo juiz, importante se faz estudar a obrigação da prova, ou seja, o ônus de provar para maior compreensão sobre o enfoque deste trabalho.

2.2 Ônus de Provar

O ônus de provar, consoante será exposto, é um dos principais reflexos do mérito desse estudo, eis que influencia diretamente nas regras de sua distribuição e principalmente no julgamento a ser proferido.

Portanto, ao longo deste trabalho se verificará a menção deste em diversos assuntos, para que haja uma completa e entendível explicação sobre o tema em apreço.

Assim, *ab initio*, neste tópico serão tratados os relevantes aspectos do instituto e sua qualificação doutrinária.

O vocábulo ônus deriva do latim *onus/éris* e contempla o entendimento de carga, fardo ou peso (LOURENÇO, 2015, p. 27).

O jurista William Santos Ferreira (2016, p. 1127) esclarece em sua obra que “O ônus difere do dever em que não há escolha e sua inobservância leva a uma sanção. Também não se confunde com a obrigação, em que a realização de um ato, que beneficia outrem, caso não seja realizado, admite a sua exigibilidade”.

Assim, é possível afirmar que a terminologia ônus é imperativa do próprio interesse do indivíduo, e que no aspecto processual reproduz a ideia de que em determinada situação é necessário realizar determinado ato para evitar que sobrevenha um prejuízo processual. É uma opção com consequências.

Deveras, a título de exemplo, tem-se que o requerido não tem o dever de contestar o pedido formulado pelo autor da demanda; se não o fizer não terá uma penalidade, porém perderá a oportunidade de se defender, arcando, assim, com os prejuízos inerentes à sua conduta omissiva.

Em outras palavras, a inobservância do ônus acarreta malefício exclusivo ao sujeito omitente do ato, cujo benefício e/ou aproveitamento somente lhe assistia.

A respeito da natureza jurídica, a doutrina diverge. Ora admite-se ser puramente processual, eis que ativo, operado, somente no processo, ora material,

pois é do direito material que se originam os fatos jurídicos a serem provados e solucionados no processo.

O doutrinador Theodoro Júnior (2015, p. 1128) ao discorrer sobre a natureza do ônus da prova, conclui que:

(...) embora cogitado no direito processual de forma expressa e direta, é que suas regras não são exclusivas nem do direito material nem do direito processual. Trata-se de normas de natureza mista, uma vez que, embora sua aplicação ocorra no processo, têm vínculo indissociável com o direito substancial. Afinal, a prova reclamada pelo processo refere-se a *fatos jurídicos*, cuja regulação pertence ao direito material.

Consoante já exposto, e por uma questão de ordem cronológica, antes do ônus de provar, os sujeitos do processo têm o de alegar.

Com efeito, na peça inicial, ao autor incumbe arguir os fatos constitutivos do seu direito, ao passo que ao requerido, em sua defesa, invocar eventuais fatos extintivos, modificativos ou impeditivos ao direito do autor.

Isto porque, ao juiz não é conferido tomar considerações que não tenham sido deduzidas pelas partes no processo. Logo, é patente afirmar que o juiz fica adstrito, ao sentenciar o feito, aos fatos arguidos pelos litigantes.

De igual modo, afirma-se que não serão objetos de instrução processual os fatos outrora não invocados pelas partes quando de suas falas no processo.

Mas não é só. O ônus da prova não é só destinado às partes do processo (aspecto subjetivo), posto que surge como forma de garantir o julgamento, ainda que não haja convicção judicial acerca da ocorrência ou inoocorrência dos fatos necessários ao veredito – previsão para evitar o *non liquet* instrutório.

Isto porque, no caso concreto, diante de provas que não permitem ao julgador a solução do litígio por julgamento acerca dos fatos, a lei previamente dispõe para qual das partes incumbirá o ônus da prova, bem como as consequências da não demonstração.

O jurista William Santos Ferreira em seus breves comentários a respeito do instituto na obra “Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil” com demais autores renomados, esclarece que parte considerável da doutrina denomina este “fenômeno” de aspecto objetivo da prova e sob este prisma, o *onus probandi* é uma regra de julgamento. Ademais, acrescenta que “o ônus da prova é

de aplicação subsidiária quando não é possível ao juiz decidir com base no seu convencimento motivado” (FERREIRA, 2016, p. 1128).

A respeito dos aspectos subjetivo e objetivo do ônus da prova, estes serão tratados pormenorizadamente adiante, posto que influem nas regras sobre o ônus da provar, ou seja, em sua distribuição.

Não obstante, a doutrina ainda divide o ônus processual em perfeito e imperfeito para o fim de explicar seus reflexos.

O primeiro ocorre quando a consequência jurídica prejudicial advém de uma atividade processual inevitável, *v.g.*, quando o sujeito sucumbente deixa de recorrer e há a consolidação dos efeitos da coisa julgada. Portanto, a não observância do ônus pela parte gera consequências negativas para ela mesma (LOURENÇO, 2015, p. 28).

O segundo, por sua vez, ocorrerá quando o dano for provável, embora não necessário. E para a doutrina, o ônus da prova é imperfeito na medida em que não obstante o sujeito não se desincumba do ônus, não necessariamente perderá. Isto porque, um dos princípios que regem a prova cível é o chamado princípio da comunhão da prova, que estabelece que independentemente de quem a produziu, uma prova acostada nos autos deve ser considerada pelo juiz (LOURENÇO, 2015, p. 28). Neste sentido é o que dispõe o artigo 371 do CPC.

Em conclusão à divisão mencionada, tem-se que o não cumprimento do ônus de provar ou o seu cumprimento não ocasiona, de forma automática, um resultado desfavorável ou favorável ao sujeito do processo.

Diante de todo o exposto, entende-se que o ônus de provar recairá, a princípio, a todo litigante que arguir no processo, a seu benefício, fatos jurídicos.

Assim, excetuadas as normas de sua inversão e distribuição adiante refletidas, não obstante não seja o ônus uma obrigação, seu cumprimento e inobservância acarretam ao provimento jurisdicional perseguido pelos litigantes grandes interferências, a depender, positivas e negativas.

2.3 Valoração da Prova

“Valoração da prova é a *avaliação da capacidade de convencer, de que sejam dotados os elementos de prova contidos no processo*” (DINAMARCO, 2004, p. 101).

Embora de uma forma pragmática seja o magistrado o destinatário das provas, o que se atribui por mero amor ao debate e sem juízo de valor, neste momento, é certo que aquele – o julgador – não é livre para valorar as provas acostadas aos autos segundo o seu livre arbítrio.

Deveras, ao longo de toda a história do direito processual, o juiz ficava e ainda fica adstrito a determinados sistemas para o fim de justificar o acolhimento ou não de determinada prova produzida, ou ainda, a sua eficácia no processo.

Theodoro Júnior (2015, p. 1111-1112) esclarece que os sistemas conhecidos para a valoração da são: o critério legal, o da livre convicção e o da persuasão racional. E em suas explicações sobre estes, esclarece:

O critério legal está totalmente superado. Nele, o juiz é quase um autômato, apenas afere as provas seguindo uma hierarquia legal e o resultado surge automaticamente. Representa a supremacia do formalismo sobre o ideal da verdadeira justiça. Era o sistema do direito romano primitivo e do direito medieval, ao tempo em que prevaleciam as *ordálias* ou *juízos de Deus*, os *juramentos*. Da rigorosa hierarquia legal do valor das diversas provas, o processo produzia simplesmente uma *verdade formal*, que, na maioria dos casos, nenhum vínculo tinha com a realidade.

O sistema da *livre convicção* é o oposto da prova legal. O que deve prevalecer é a *íntima convicção* do juiz, que é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas. Não há nenhuma regra que condicione essa pesquisa, tanto quanto aos meios de prova como ao método de avaliação. Vai ao extremo de permitir o convencimento extra-autos e contrário à prova das partes. Peca o sistema, que encontrou defensores entre os povos germânicos, portanto, por excessos, que chegam mesmo a conflitar com o princípio básico do contraditório, que nenhum direito processual moderno pode desprezar.

O sistema de *persuasão racional* é fruto da mais atualizada compreensão da atividade jurisdicional. Mereceu consagração nos Códigos napoleônicos e prevalece entre nós, como orientação doutrinária e legislativa.

Enquanto no *livre convencimento* o juiz pode julgar sem se atentar, necessariamente, para a prova dos autos, recorrendo a métodos que escapam ao controle das partes, no sistema da *persuasão racional*, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.

Conclui o citado autor, que a convicção do magistrado ficará condicionada, segundo as lições do jurista Amaral Santos, as seguintes hipóteses (2015, p. 1112): “(a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; (b)

às provas desses fatos, colhidas no processo; (c) às regras legais e máximas de experiência; (d) e o julgamento deverá sempre ser motivado”.

Tanto é verdade, ou seja, de que o sistema probatório atual é o da persuasão racional do juiz ou do livre convencimento motivado, também chamado pela doutrina, que o legislador brasileiro, por meio da dicção do artigo 371 do CPC não deixa parar dúvidas, senão vejamos:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

No entanto, cumpre ressaltar que a regra constante no artigo supracitado, qual seja, do livre convencimento motivado de acordo com todo o conjunto probatório existente nos autos, nem sempre foi normal legal para a apreciação das provas.

Com efeito, o Código de Processo Civil de 1973, por meio da redação de seu artigo 131 dispunha que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos atos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Naquele sistema entendia-se que em razão da observação do contraditório, motivação e duplo grau de jurisdição, estar-se-ia resguardando o devido processo legal, a ampla defesa, combatendo-se o arbítrio jurisdicional na valoração da prova tomada como justificativa para a resolução da lide.

Assim, salvo melhor juízo, naquela regra o juiz poderia de certa forma isolar determinada prova, para dar-lhe força o suficiente para formar o seu convencimento, com total ou parcial eliminação do exame e avaliação dos demais meios probatórios produzidos nos autos (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1113).

E tal afirmação restou evidente em razão da corrente jurisprudencial reconhecer que o magistrado não estaria sujeito a responder todos os questionamentos dos litigantes, muito menos analisar pormenorizadamente todas as provas constantes dos autos, bastando, pura e simplesmente, que na sua fundamentação constassem as razões do seu decisório.

Neste sentido, vejamos um julgado da “época”:

APEL.Nº: 9166486-41.2008
COMARCA: SÃO PAULO

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R.SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PROCEDENTE AÇÃO DE COBRANÇA, C/C. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA R.SENTENÇA, POR FORÇA DE INSUFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE NULIDADE - R.SENTENÇA QUE APRECIOU, AINDA QUE DE FORMA SUCINTA, TODAS AS QUESTÕES DEDUZIDAS PELAS PARTES, BEM COMO AS PROVAS CONTIDAS NOS AUTOS - JUIZ QUE NÃO ESTÁ VINCULADO AO DIREITO EVOCADO PELAS PARTES - NECESSÁRIA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO BASILAR CONTIDO NO BROCARDO "JURA NOVIT CÚRIA" - LIVRE EXERCÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO PELO JUÍZO, BEM COMO DA ANÁLISE DOS ELEMENTOS DE COGNIÃO, QUE NÃO IMPLICA NA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO PRELIMINAR REPELIDA. *grifou-se*

Desta forma, é patente aferir e afirmar que o Código de Processo Civil de 2.015, adotando o princípio democrático na efetiva participação das partes na preparação e formação do provimento judicial final a ser proferido pelo juiz, consoante será abordado adiante, alterou de forma substancial a necessidade do julgador singular analisar todas as provas constantes dos autos, independentemente de quem as produziu, para, ao final, prolatar motivadamente a sua sentença.

Salvo melhor juízo, o juiz nunca poderá agir de forma livre na escolha e avaliação das provas que servirão de fundamento de sua decisão, sob pena de afronta aos mais mezinhos princípios do devido processo legal e da ampla defesa.

Em verdade, o novo processo democrático de direito jamais pode admitir que os resultados perseguidos pelos litigantes, quando da propositura e defesa de determinada demanda, sejam frutos do puro discricionarismo do juiz.

A efetiva participação de todos no processo é a mais justa e verdadeira consagração dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, visto que é por meio da participação concreta das partes que se terá um processo coerente, justo, razoável, proporcional e equilibrado não só ao indivíduo do processo, mas toda a sociedade em sua volta, eis que atingida, ainda que de forma muito singela, pelos reflexos das decisões judiciais, que norteiam toda a coletividade.

Theodoro Júnior (2015, p. 1114) conclui o presente assunto ressaltando que: “portanto, só é legítima a valorização da prova quando feita pelo

juiz de forma racional e analítica, “respeitando critérios de *completude, coerência, congruência e correção lógica*”.

Eis, pois, a valia, compreensão e identificação da valoração da prova no ordenamento jurídico brasileiro.

3 PRINCÍPIOS CORRELATOS

Consoante se demonstrará ao longo deste trabalho, este, em sua essência, visa elucidar a distinção entre a inversão do ônus da prova no aspecto consumerista e processual civil, bem como a sua definição, aplicação e implicações em relação a este último (processo civil).

Para tanto, é preciso estudar os princípios correlatos a tal distinção, necessários para a compreensão do objeto deste aprendizado.

É o que se passa a expor.

3.1 A Isonomia no Processo Civil (artigo 7º, CPC)

O legislador, ao inovar considerável parte do Código de Processo Civil Brasileiro, criou expressamente a garantia às partes de paridade de tratamento no processo, outrora prevista somente no âmbito implícito do processo civil.

Neste sentido, dispôs:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Ab initio, em razão do quanto exposto, entende-se que tal princípio tem como base, fundamento, a Constituição Federal, eis que esta, de forma expressa, estabelece a igualdade entre todos (artigo 5º, I, LIV e LV).

Referido princípio, sem dúvidas, é um dos mais relevantes na formação de um Estado democrático de direito, amplamente recepcionado e enfatizado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Neste sentido, tal princípio assegura o devido processo legal e a igualdade de tratamento entre as partes, isto é, igualdade de oportunidades para que estas, bem como aos terceiros a ela equiparados, possam apresentar nos autos suas pretensões, manifestações e provas, sem quaisquer desvantagens em relação à parte adversária.

Consoante ensina o jurista Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2016, p. 90), na prática existe uma importante distinção entre a igualdade preconizada pela

lei, que proíbe qualquer tipo de discriminação, e a igualdade de fato. Sobre a justificativa, explica:

O motivo: nem todos os seres humanos são iguais. Muitos se encontram em situação de vantagem na estrutura social, seja pela posição que ocupam, seja pelo dinheiro que possuem, seja pela condição intelectual que desfrutam. Eis a razão pela qual a lei, algumas vezes, confere tratamentos jurídicos diferenciados para superar as desigualdades.

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe dos seguintes mecanismos, v.g.: o direito a assistência judiciária, previsto no artigo 98 do CPC; a dispensa do pagamento de custas para a produção de provas, disposto no artigo 98, §1º, IV, V e VI do CPC; a possibilidade de o magistrado inverter o ônus da prova, nos termos dos artigos 357, III e 373, §1º do CPC; prazo em dobro para os entes estatais contestarem, consoante dispõe os artigos 180, 183 e 186 do CPC, entre outros.

Mas não é só. Há, ainda, a possibilidade de o magistrado conferir aos sujeitos do processo a igualdade material, flexibilizando procedimentos para o fim de adequá-los às necessidades do conflito, e com isto, garantir maior efetividade à tutela de direito (artigo 139, VI), bem como dilatar prazos, inverter a ordem processual de produção de provas, determinar a produção de provas de ofício (artigo 370 CPC), entre tantos outros.

O enunciado 379 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (2016) reforça a garantia disposta no artigo 7º do CPC ao dispor que *“O exercício dos poderes de direção do processo pelo juiz deve observar a paridade de armas pelas partes”*.

E a razão de ser de cada “adaptação” é conferir a igualdade de maneira ampla, isto é, abrangente a todos e da melhor maneira possível sem violação a quaisquer princípios, normas e regramentos legais, para o fim de atingir o grande objetivo da função jurisdicional brasileira, que é de propiciar a todos os litigantes, em prazo razoável, uma decisão de mérito justa e efetiva.

Consoante acima citado de maneira sucinta, um dos exemplos, este inovador pelo CPC de 2015, de tratamento diferenciado é a distribuição dinâmica do ônus da prova, tema central do presente estudo, que, conforme se abordará em capítulo próprio, nos casos previstos em lei, ou diante das peculiaridades de cada

causa, atinentes à impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* do artigo 373 do CPC ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, estará autorizado ao magistrado atribuir o ônus da prova de modo diverso, por decisão fundamentada, sem que isto implique em parcialidade de tratamento. Pelo contrário, estrita obediência à isonomia e paridade processual.

Só assim haverá real e competente equilíbrio no tratamento judicial acerca da produção de provas, bem como em outros casos retro citados.

Esclarece-se, ademais, que o presente princípio visa não somente assegurar a igualdade de armas, mas, também, não obstante não seja o objeto deste estudo, a isonomia nas decisões judiciais, para o fim de alcançar a maior igualdade possível nos resultados de processos que versam de idêntica questão fática e de direito.

Deveras, finaliza Paulo Cezar Carneiro (2016, p. 91) que “A nova legislação tem como supedâneo não apenas cristalizar a integridade da ordem jurídica, mas também restaurar o prestígio e a confiança no Poder Judiciário”.

Posto isto, conclui-se pela inquestionável importância de tal princípio, bem como a necessidade de sua observância e aplicação no processo por meio de todos os operadores do direito a fim de alcançarem à justa e efetiva decisão de mérito sem ofensa aos princípios norteadores do contraditório e da ampla defesa.

3.2 A Hipossuficiência do Consumidor e a Inversão do Ônus da Prova no CDC (artigo 6º, VIII, CDC)

Consoante exposto no tópico anterior, o princípio da isonomia no processo civil deve ser observado e aplicado de acordo com as necessidades da parte que o invoca, para que haja justa e efetiva decisão de mérito.

Pois bem. Para o fim de justificar a importância da inovação trazida pelo legislador acerca da dinamização do ônus da prova no CPC, importante trazer à baila, por primeiro, o princípio da hipossuficiência do consumidor e sua consequência na inversão do ônus probatório, a fim de demonstrar, ao longo deste trabalho, que a teoria da dinamização do ônus da prova no CPC não é fruto da legislação consumerista, bem como que desta não se confunde.

Deveras, desde a promulgação da lei que trata sobre os direitos do consumidor em 11 de setembro de 1990, a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo, além de assegurar a todo consumidor atendimento às suas necessidades, respeito, segurança, proteção de seus interesses econômicos, entre outros, o reconhecimento de sua condição de vulnerável frente ao mercado de consumo.

E tal condição, considerada como um dos princípios basilares do direito consumerista reflete de forma significativa entre tantos outros princípios da mesma seara e suas normas legais. E a razão de ser é simplesmente, ou, necessariamente, proteger e dar auxílio ao consumidor nas relações de consumo vivenciadas.

A condição de vulnerável do consumidor está presente em toda relação de consumo, sem exceção. E tal razão de ser – a presunção – pauta-se na exigência de deveres ao fornecedor, como por exemplo, o dever de responder pelos danos causados ao consumidor pelo produto ou serviço prestado, além do dever de prestar informações claras, precisas e legais, etc.

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, ensinam que a vulnerabilidade não admite prova em contrário, posto que resulta em uma característica intrínseca, peculiar, de todo e qualquer consumidor, portanto, seja ele pessoa física ou jurídica.

Referida vulnerabilidade se divide, segundo a classificação de Cláudia Lima Marques em 04 (quatro) espécies, quais sejam: (a) técnica (o consumidor, neste caso não detém conhecimento específicos sobre o produto ou serviço adquirido; (b) jurídica (resulta na ausência de conhecimento jurídico, contábil ou econômico do consumidor e que o leve a erro na celebração de um contrato, por exemplo; (c) fática (ausência, insuficiência econômica, psicológica e física do consumidor) e a (d) vulnerabilidade informacional (resulta em informações, dados insuficientes, manipulados ou não verdadeiros sobre os produtos e/ou serviços lançados no mercado).

E, para tanto, necessitará de proteção em seus conflitos consumeristas, conforme continua a explicar José Geraldo Brito Filomeno em sua obra conjunta intitulada de “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto” (2011, p. 163):

No âmbito da tutela especial do consumidor, efetivamente, é ele sem dúvida a parte mais fraca, vulnerável, se se tiver em conta que os detentores dos meios de produção é quem detêm todo o controle do mercado, ou seja, sobre o que produzir, como produzir e para quem produzir, sem falar-se na fixação de suas margens de lucro.

Neste sentido, em virtude da condição de vulnerável de todo consumidor, o Código de Defesa do Consumidor instituiu, por bem, medidas legais que assegurem a sua proteção frente ao mercado de fornecedores.

Uma das medidas é a inversão do ônus da prova. E, para que esta seja conferida, é necessário que as alegações do consumidor sejam verossímeis ou que este seja hipossuficiente.

Neste sentido, vejamos:

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.

De igual forma ao princípio outrora comentado, a defesa do consumidor também origina da Constituição Federal, que por sua vez dispõe em seu artigo 5º, XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

E, consoante se extrai do inciso acima descrito, um dos direitos básicos do consumidor é a inversão do ônus da prova para o fim de facilitar a defesa de seus direitos, quando, a critério do magistrado, for verossímil a sua alegação ou quando este for comprovadamente hipossuficiente.

Por verossímil, entende-se que é toda arguição que parecer verdadeira; que é possível ou provável por não contrariar a verdade; plausível.

E consoante se extrai, ao lado da hipossuficiência, de forma alternativa, está à verossimilhança das alegações do consumidor como um dos requisitos para a inversão do ônus probatório na seara consumerista, conforme ensina FILOMENO (2011, p. 163):

Tenha-se em conta que a verossimilhança é *uma das condições* para que o juiz inverta o mencionado ônus, com vistas à facilitação da defesa dos direitos do consumidor, segundo, outrossim, as regras ordinárias de experiências.
(...)

E a razão pela qual assim se dispõe no Código de Defesa do Consumidor consiste na circunstância da *vulnerabilidade do consumidor*, que, como visto em passo anterior destes comentários, não detém o mesmo grau de informação, inclusive técnica, e outros dados a respeito dos produtos e serviços com que se defronta no mercado, que o respectivo fornecedor detém, por certo.

Esclarece-se, ainda, consoante ensina o professor José Geraldo Brito Filomeno (2011, p. 164) que o termo hipossuficiência “*não foi originariamente utilizado pelos autores do anteprojeto em sua versão original entregue ao Ministério da Justiça e feito publicar no Diário Oficial da União*”; na verdade, o texto original contou com a seguinte redação “*facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência*”.

Diversamente do quanto exposto sobre a vulnerabilidade, a hipossuficiência desta não se confunde, eis que não é presumível, mas sim pontual, devendo, portanto, ser comprovada pelo consumidor e analisada pelo magistrado caso a caso.

Com efeito, é considerado hipossuficiente aquele consumidor que, em virtude da falta de condições em geral, tem menos chance de produzir nos autos as provas que demonstram a veracidade de sua pretensão.

Neste sentido, ensina o professor Bruno Miragem (2013, p. 623):

A determinação do que seja a hipossuficiência do consumidor se dá in concreto, devendo o juiz identificar neste conceito juridicamente indeterminado, em acordo com as regras de experiência, a ausência de condições de defesa processual, por razões econômicas, técnicas, ou mesmo em face de sua posição jurídica na relação sub judice (é o consumidor que não teve acesso à cópia do contrato, por exemplo).

Logo, nota-se que na verdade, a vulnerabilidade importa ao direito material, ao passo que a hipossuficiência, ao direito processual, visto que ligada essencialmente às provas dos autos.

Para o fim de corroborar ao alegado, vejamos a posição pacificada do C. STJ a respeito da hipossuficiência do consumidor:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DANOS MATERIAIS E MORAIS PELO FATO DO PRODUTO. INVERSAO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA. AMPLA DEFESA. (...) A hipossuficiência a referida pela Lei 8.078/90 na parte em que trata da

possibilidade de inversão do ônus da prova está relacionada, precisamente, com o exercício dessa atividade probatória, devendo ser compreendida como a dificuldade, seja de ordem técnica seja de ordem econômica, para se demonstrar em juízo a causa ou a extensão do dano. (...) (REsp 1.325.487/MT, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe de 14/9/2012) *grifou-se*

Registra-se que a preocupação do legislador se exterioriza na necessidade de se estabelecer um equilíbrio, harmonia nas relações consumeristas, ou seja, entre o consumidor e o fornecedor.

Assim, nota-se que o legislador quis deixar claro que a inversão do ônus da prova no CDC não é mera faculdade do juiz.

E, adentrando-se a tal seara, ou seja, a inversão do ônus da prova no direito do consumidor, LOURENÇO (2015, p. 98), explica o modo de sua aplicação:

A inversão do ônus da prova, trazida em tal artigo do CDC, prevê, antecipadamente, que nas relações de consumo, caso o autor seja hipossuficiente ou verossímil suas alegações, está dispensado da produção integral do fato constitutivo do direito que alega ter, sendo direcionado ao réu tal ônus de provar que o fato inexistiu.

Assim, extrai-se que em sendo o consumidor hipossuficiente ou suas arguições sejam verossímeis, sempre haverá a inversão do ônus probatório, eis que assim dispõe a lei “antecipadamente”, dispensando o consumidor, nestes casos, inclusive, de fazer a prova do fato constitutivo do direito que alega ter, sendo direcionado tal ônus ao requerido da relação jurídica.

E, a respeito do momento da inversão do ônus da prova no CDC a doutrina diverge. Alguns juristas, dentre eles Kazuo Watanabe, Ada Pellegrini e Nelson Nery Júnior (2011, p. 7), entendem ser no momento do julgamento da causa, sob pena de prejulgamento da lide pelo magistrado, e outros, no despacho saneador, para que se possa conferir às partes o momento oportuno (ampla defesa) para a realização da prova.

Neste sentido, sem se adentrar ao mérito da questão consumerista, entende-se, *s.m.j.*, que a aplicação da inversão do ônus da prova no CDC deva observar, com rigorosidade, o preenchimento dos requisitos alternativos supracitados, e, constatada a ausência/insuficiência de uma determinada parte em produzir a prova pertinente, será esta ônus da parte adversária, por possuir condições mais favoráveis para tanto.

Em conclusão, toda relação consumerista posta *sub judice* alicerçada por um consumidor hipossuficiente ou vulnerável, eis que suas arguições sejam verossímeis, haverá, sem dúvidas, a inversão do ônus da prova, para o fim de assegurar a facilitação de sua defesa perante a parte adversária. Portanto, bastará o preenchimento dos requisitos alternativos supramencionados, nas relações de consumo, para que a inversão do ônus da prova seja aplicada.

Eis a síntese do princípio da hipossuficiência do CDC e a inversão do ônus da prova na seara consumerista.

4 REGRAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Impende salientar que antes de se adentrar ao mérito do presente estudo, cumpre tecer alguns comentários sobre as regras do ônus da prova no direito brasileiro, sobretudo a sua distribuição do Código de Processo Civil de 1973 e composição, matéria esta inovada pelo CPC de 2015.

4.1 Ônus Subjetivo e Objetivo

Consoante brevemente exposto nas considerações iniciais sobre o ônus de provar, este não é somente destinado às partes do processo, eis que surge como forma de garantir o julgamento.

Nesse sentido, o ônus subjetivo decorre da seguinte indagação: “quem deve provar o quê?” ao passo que o ônus objetivo deve atender/solucionar as regras de julgamento, a serem observadas pelo julgador no momento de resolver o litígio posto *sub judice* (LOURENÇO, 2015, p. 74).

Assim, no ônus subjetivo, o autor, ao “depositar” em juízo sua pretensão, deverá verificar de quais meios se valerá para o fim de provar seu direito frente à resistência da parte contrária.

Para tanto, a lei processual civil já determina, no caput do seu artigo 373, que ao requerente incumbe provar o fato constitutivo de seu direito, ao passo que o réu, à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Logo, o ônus subjetivo nada mais é do que delimitar quais deverão ser as provas trazidas aos autos pelas partes, qualificando, assim o contraditório, bem como estimulando os litigantes a participarem ativamente do processo em busca/alcance de uma decisão mais justa e coerente.

No entanto, consoante esclarece o jurista Theodoro Júnior (2015, p. 1.128), “há quem negue a existência do caráter de nome de procedimento, in casu, visto que o onerado não estaria obrigado ou compelido a agir no sentido de cumprir o encargo referido no preceito legal”.

Contudo, conforme outrora explicado, não obstante não seja o ônus um dever ou obrigação propriamente dita, é certo que é preciso o observar para se evitar que sobrevenha um prejuízo processual, logo, é uma opção com consequências.

E a sua regulamentação justifica-se na busca de um sistema democrático de prestação jurisdicional atrelado ao princípio da cooperação, que normatiza o dever de todos os sujeitos do processo a cooperar entre si para que obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º, CPC).

Logo, a busca da verdade real é parte integrante do ônus subjetivo, que visa, por meio da cooperação das partes, alcançar a prestação jurisdicional coerente, efetiva, em respeito e observância às normas fundamentais do processo civil (arts. 1º ao 12, CPC).

A fim de corroborar ao alegado é a incidência, no campo das provas, do princípio de sua comunhão. Ou seja, as provas acostadas aos autos não mais se destinam às partes, mas sim ao processo.

Assim, independentemente de quem a produziu (ônus subjetivo) a prova será analisada e enfocada para o fim de alcançar a verdade real e com isto garantir aos sujeitos do processo uma decisão justa.

No aspecto objetivo, por sua vez, o ônus é uma regra de julgamento, eis que é vedada que uma causa deixe de ser julgada por ausência ou insuficiência de prova (art. 140, CPC).

Neste sentido, consoante se abordará, o ônus da prova em sentido objetivo deverá ser aplicado somente quando ausente ou insuficiente as provas dos autos, oportunidade em que o magistrado não conseguirá eliminar as dúvidas sobre os fatos controvertidos.

Deveras, Eduardo Cambi...[et al.], 2017, p.658 justifica:

A regra de julgamento imanente ao ônus da prova em sentido objetivo deve ser aplicada, tão somente, quando, pelos meios de provas disponíveis nos autos, o juiz não possa conhecer a realidade dos fatos sobre os quais têm de decidir. Assim, antes de se encerrar os debates processuais, o órgão judicial deve, se for o caso, determinar a inversão do ônus da prova (NCPC, art. 373, §§1º e 2º), para se oportunizar a produção da prova.

A regra de julgamento é um mecanismo que se põe à disposição do magistrado para se fixar, na sentença, os fatos desconhecidos ou não suficientemente comprovados pelos meios de prova. Assim, não pode ser aplicada quando o juiz dispõe dos meios probatórios necessários para a comprovação da realidade dos fatos.

Nestes termos, entende-se que o ônus da prova nada mais é do que uma regra legal que permite ao juiz compor o objeto litigioso, ainda que o sujeito processual responsável pela prova não tenha se desincumbido de seu encargo. E, como visto a penalidade para esta parte será a rejeição de sua arguição posto que ausente de prova neste sentido (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1129).

O que jamais pode-se admitir é o não julgamento por ausência de provas. Para tanto, o legislador criou o mecanismo da regra de julgamento – o ônus objetivo – para o fim de suprir esta necessidade de convencimento quanto aos fatos deduzidos em juízo.

E, pra concluir a fundamentação ora exposta, ensina Eduardo Cambi...[et al.], 2017, p.659:

O papel das leis processuais e do juiz, ao conduzir o processo, deve ser o de estimular a produção da prova, dando todas as oportunidades para que as partes possam exercer adequadamente o seu direito à prova. Se os litigantes são omissos e não fazem tudo aquilo que está ao seu alcance para se produzir a prova, obviamente devem suportar os riscos decorrentes da sua inatividade, ainda que, com isso, excepcionalmente, a decisão não venha a corresponder à verdadeira situação substancial. Por outro lado, o juiz não pode buscar obsessivamente a verdade. A verdade *absoluta* é impossível de ser alcançada e acarretaria a excessiva rigidez na aplicação do ônus da prova em sentido objetivo (regra de julgamento). Também causaria a inviabilização da tutela jurisdicional, já que um fato não pode ser considerado inexistente quando está, no contexto da causa, *suficientemente* provado.

Posto isto, conclui-se que não só o ônus de provar é importante, inerente para o alcance de uma decisão justa e efetiva, como também as suas subdivisões em subjetivo e objetivo, para o fim de melhor compreendê-lo e interpretá-lo ao longo da instrução processual.

4.2 Regras de Distribuição do Ônus da Prova no CPC/73

A fim de corroborar a importância da inovação trazida pelo legislador processualista civil ao dispor, de forma expressa, a teoria dinâmica do ônus da prova, cumpre explicar, por primeiro, quais eram as regras de distribuição do ônus da prova no código revogado, para melhor compreensão da evolução do processo civil em tal matéria.

Pois bem. As regras de distribuição do ônus da prova no CPC de 1973 estavam previstas no artigo 333, que, consoante se denota, em seu caput, incisos e parágrafo primeiro em nada alterou o CPC de 2015.

Referido artigo previa:

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.

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.

Logo, vislumbra-se, desde já, que a regra de distribuição do ônus da prova no código revogado era tão somente estática.

Com efeito, a distribuição estática do ônus da prova há muito vigorava no ordenamento jurídico brasileiro, dispondo no direito processual civil, com exceção de legislações especiais, *v.g.*, o Código de Defesa do Consumidor, a quem cabe o ônus da prova, que, consoante abordado em tópico anterior, deflagra no encargo de quem deve provar os fatos alegados em juízo.

Assim, a distribuição estática do ônus da prova, delineada nos incisos I e II do artigo 333 do CPC/73 acima transcrito, essencialmente reproduz a ideia de que se a parte está no polo ativo, compete-lhe provar o fato constitutivo de seu direito, ao passo que se estiver no polo passivo, o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pela parte adversa.

Neste sentido, observa-se que não obstante tal regra possibilite que as partes antevejam qual deverá ser sua atividade probatória no processo, sua rigidez impede que eventuais circunstâncias específicas do caso concreto sejam levadas em consideração, eventualmente impedindo uma distribuição mais coerente.

E foi exatamente em razão desta austeridade que o legislador brasileiro “importou” a chamada teoria dinâmica do ônus da prova para o processo civil, consoante se verá em tópico específico.

Eduardo Cambi, juntamente com outros doutrinadores na obra “Curso de Processo Civil Completo” (2017, p. 645) argumentam, a respeito da comentada regra de distribuição do ônus da prova:

Perceba-se que essa forma de distribuição pode revelar-se *diabólica*, isto é, inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados, especialmente aqueles de natureza extrapatrimonial (como os direitos fundamentais sociais e à higidez do meio ambiente), os quais não foram adequadamente pensados pelo modelo liberal (individualista e patrimonialista) que inspirou o modelo de distribuição estática do ônus da prova.

Alicerçado a tais alegações, é patente concluir que, nos moldes desta distribuição do ônus, se o autor não demonstrar o fato constitutivo de seu direito, a sua pretensão será julgada improcedente, ao passo que se o réu não conseguir provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor, e, tendo este último se desincumbido do seu ônus de provar, julgar-se-á totalmente procedente o pedido, sem qualquer consideração relativa à dificuldade ou impossibilidade da parte ou do fato a serem comprovados nos autos.

Diante de todo o exposto, clarividente afirmar que a única e tão somente regra de distribuição do ônus probatório no CPC revogado era a estática, esta ainda recepcionada pelo CPC vigente, conforme se verá, no entanto, de certo modo relativizada em razão da recepção da teoria dinâmica.

4.3 A Prova no Negócio Processual

O negócio processual, responsável por delimitar cláusulas de negociação sobre o processo por meio do artigo 190 do CPC, representa uma grande inovação no direito brasileiro, eis que se conferiu às partes a faculdade de disciplinarem, por meio da convenção, e de maneira ampla, sobre o processo.

Referido instituto resulta de um processo mais democrático, atrelado ao estímulo judicial da solução consensual de conflitos por meio de um procedimento mais cooperativo, célere e justo (arts. 3º, 4º, 6º, 7º e 8º do CPC), recepcionado pelo Novo Código de Processo Civil.

Não obstante não seja o cerne desse estudo esta inovação processual, é de extrema importância o trazer à baila nas questões atinentes à prova.

Sobre o conceito de negócio processual, explica Eduardo Cambi...[et al.], 2017, p. 197:

Os negócios jurídicos processuais são atos jurídicos em que a vontade das partes detém a possibilidade de alterar o conteúdo e os efeitos dos atos processuais. Eles podem ser realizados antes ou no curso do processo.

Consistem, assim, em uma das espécies de negócio jurídico *lato sensu*, caracterizado justamente pela capacidade de produção de efeitos no processo. Neles, a livre escolha das partes estipula regras para o procedimento ou para os seus atos, afastando a incidência das normas processuais. Não se trata, evidentemente, de convenções a respeito do direito material objeto do litígio, mas sim sobre a aplicação das regras do próprio processo.

Em que pese não seja o negócio jurídico processual propriamente dito inovação do CPC de 2015, o código revogado, não por meio desta nomenclatura, já autorizava os sujeitos do processo a disporem, de modo diverso, inclusive sobre o ônus da prova, entre outros, *v.g.* o pacto de suspensão do processo.

Com efeito, o parágrafo único do artigo 333 do código revogado dispunha que seria nula a convenção que distribuísse de maneira diversa o ônus da prova quando, por exemplo, tratasse de direito indisponível da parte.

Assim, de igual forma, o artigo 373, §3º do CPC/15, admite a modificação da regra da distribuição estática da prova, disciplinada pelos incisos I e II do mesmo artigo, para o fim de inverter ou atenuar o *onus probandi*, por mera deliberação das partes. E, esclarece-se que tal convenção deriva do aspecto subjetivo do ônus da prova e do dever de cooperação entre os sujeitos do litígio (art. 6º, CPC) em busca de um processo mais democrático.

O negócio jurídico processual, previsto no artigo 190 do CPC dispõe:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontra em manifesta situação de vulnerabilidade.

Sendo assim, infere-se do próprio artigo quais são os requisitos necessários para que o negócio jurídico seja válido e eficaz, quais sejam: direitos que admitam a autocomposição; partes plenamente capazes e com consentimentos válidos, ou seja, livre; estipulações de alterações de procedimentos para o fim de convencionar sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, sejam antes ou durante o processo.

Em relação à sua forma, a lei não prescreve forma solene, ou seja, é livre, desde que por escrito, a fim de possibilitar a sua apresentação posterior em juízo.

E sobre a prova em si, é vedada qualquer disposição, inclusive, que tornar excessivamente difícil o cumprimento para uma parte (§3º, II, 373, CPC).

Esclarece-se que não apenas a dinamização do ônus da prova pode ser objeto de negócio jurídico processual atinte ao tema prova.

Deveras, o ordenamento jurídico processual ainda estabelece que é passível de convenção matérias a respeito da admissibilidade de outros meios probatórios que sejam compatíveis com os parâmetros do artigo 369 do CPC, ao passo que veda, veementemente, estipulações acerca da produção de provas ilícitas (CF, art. 5º, LVI), exclusão dos poderes instrutórios do juiz (art. 370, CPC), além da predeterminação da valoração da prova, em consonância com o disposto no artigo 371 do CPC, entre outros.

E mais, em razão da convenção sobre as provas poder ser celebrada antes ou durante o processo, nos termos do §4º do artigo 373 do CPC, esta poderá recair sobre determinado fato ou abrangente a toda disposição de um determinado contrato, por exemplo.

Todavia, em razão da abrangência que o tema em comento possui, é conferido ao magistrado, quando pairar dúvida ou interpretação divergente entre as partes, designar audiência para o fim de ouvi-las antes de decidir pela validade ou invalidade da composição celebrado (357, §3º, CPC).

E a razão de ser desta normatização reflete na essência do negócio jurídico processual outrora argumentada e bem explicada pelo enunciado 06 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (2016): *“O negócio jurídico-processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”*.

Por fim, o legislador brasileiro, como forma de sancionar a parte que, não obstante tenha convencionado com a parte adversária regras/procedimentos sobre a prova, antes ou durante o processo, descumpra a sua obrigação, a sua penalidade, nos dizeres do jurista Eduardo Cambi...[et al.], 2017, p. 656 será a seguinte: *“O descumprimento pela parte da convenção processual acarretará a inversão do ônus da prova. O juiz, ao verificar que o litigante deixou de cumprir o convencionado, aplicará o ônus da prova em sentido objetivo”*.

Desta feita, em consonância com as exposições de motivos que justificaram as inovações trazidas pelo legislador brasileiro no CPC de 2015, em que pese o negócio jurídico processual de uma forma mais tímida tenha sido parte integrante do CPC/73, esta nova roupagem de um processo democrático, por meio do Novo Código de Processo Civil, sem dúvidas, introduzirá o instituto em comento de uma maneira mais sólida, entendível e aplicável.

Entende-se que em virtude da prova ser um dos institutos mais importantes do direito processual, eis que sua compreensão e aplicação implicam diretamente no provimento judicial pretendido pela parte; assim, sua inobservância, ignorância ou ausência, pode acarretar certamente o fracasso no processo, de grande valia é a celebração do negócio jurídico processual.

Isto porque, a sua reflexão (da prova) antes mesmo do litígio, por exemplo, fará com que as partes, norteadas de bom senso, possam aferir e delimitar qual delas terá maiores condições de produzir determinada prova, se o caso, quem poderá ser o arbitral de uma específica prova, por exemplo, sem ferir, de maneira unânime, os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, cooperação e boa-fé.

Diante do exposto, consoante se argumentou, a teoria dinâmica do ônus da prova, objeto principal deste estudo, também poderá ser objeto de convenção entre as partes, propiciando, desta forma, sem litígios, que sua finalidade seja alcançada, supervisionada pelo julgador e prestigiada pelo Estado democrático de direito.

5 A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15

O Código de Processo Civil de 2015 introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 13.105/2015, com as modificações realizadas pela Lei 13.256/2016, trouxe grandes inovações para o processo civil, que doravante passou a adotar um modelo constitucional, consoante se denota dos artigos 1º ao 12 que consagram as “normas fundamentais do processo civil”, que, a rigor, estabelecem clara sintonia do diploma processual civil com a Constituição Federal de 1988.

E referidas modificações alcançaram os mais diversos temas processuais, dentre eles, a prova, para o fim de, *s.m.j.*, trazer ao jurisdicionado uma decisão mais célere por meio de um processo mais coerente e justo.

E a teoria dinâmica do ônus da prova nada mais é do que uma inovação trazida por aquele diploma processual para consagrar os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da cooperação, da boa-fé e da viabilização de um melhor acesso à justiça.

Assim, para o fim de melhor conhece-la e entende-la, doravante se explicará sua extensão.

5.1 Origem e Conceito

Consoante ensina o jurista LOURENÇO (2015, p. 95), a “teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova” é uma das teorias que se alterna na distribuição do ônus probatório.

Esclarece-se que não serão tratadas as demais teorias citadas pelo aludido autor, haja vista que estas somente versam sobre o ônus da prova em si e não sobre a sua carga dinâmica, como é o caso da teoria em comento.

A teoria da distribuição dinâmica é de autoria dos mentores Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello, e, conforme elucida LOURENÇO (2015, p. 95), suas primeiras aplicações incidiram:

Há relatos de sua aplicação na Alemanha, bem como de sua aplicação na Espanha, contudo, foi sistematizada na Argentina, no final do século XX, onde os ditos autores, a partir da concepção do processo como *situação*

jurídica de Goldschmidt, passaram a defender a repartição dinâmica do ônus da prova.

O mencionado jurista explica (2015, p. 95) que para a criação, justificativa e aplicação da referida teoria, seus mentores pautaram-se nos princípios da veracidade, da boa-fé, da lealdade e da solidariedade, este último com a atuação ativa do juiz e em sua fundamentação, os autores elucidavam a necessidade de “levar em conta as circunstancias do caso concreto, para se atribuir o ônus da prova àquele que tem condições de satisfazê-lo; impõe-se uma atuação probatória da parte que tem mais possibilidades de produzi-la”.

Assim, no caso concreto da época, verificando o juiz a ocorrência de uma violação ao dever dos sujeitos de cooperação e de solidariedade na produção das provas, haveria a necessidade de se proferir uma decisão contrária ao infrator, sempre no escopo de oferecer uma prestação jurisdicional mais justa.

Pontua ainda Haroldo Lourenço (2015, p. 96) que a origem da teoria dinâmica do ônus da prova, no Direito Argentino, é controvertida, “pois há quem sustente que foi exportada da doutrina espanhola, todavia, o precursor desta teoria foi Peyrano, na Argentina”.

Isto porque, na Espanha, tal teoria é chamada de “Princípio da Disponibilidade e Facilidade Probatória”.

E para finalizar seus ensinamentos sobre a origem da teoria em apreço, o jurista LOURENÇO (2015, p. 96) traz em sua obra um pequeno trecho extraído da obra do próprio Peyrano a respeito do que consiste tal teoria (PEYRANO, Jorge W. *Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. Las responsabilidades profesionales – Libro al Dr. Luis O. Andorno*,. Coordenação: Augusto M. Morello e outros. La Plata: LEP, 1992, p. 263):

“En tren de identificar la categoría de las ‘cargas probatorias dinámicas’, hemos visualizado – entre otras – como formando parte de la misma a aquella según la cual se incumbe la carga probatoria a quien – por las circunstancias del caso y sin que interese que se desempeñe como actora o demandada – se encuentre en mejores condiciones para producir la probanza respectiva”.¹

1

"No intuito para identificar a categoria de "cargas dinâmicas probatórias", nós visualizamos - entre outros - como parte do mesmo, segundo o qual incumbe a carga probatória em que - pelas circunstâncias do caso e sem interesse que agir como demandante ou arguido - está em melhores condições para produzir a respectiva prova".

Ultrapassada a origem da teoria dinâmica, passa-se a conceitua-la, segundo dispõe a doutrina.

Ab initio, cumpre esclarecer que a palavra dinâmica resulta no significado de ação, atividade, progresso, entre outros.

Por sua vez, a teoria dinâmica do ônus da prova significa, essencialmente, o meio pelo qual o Poder Judiciário, por intermédio do julgador da causa, autoriza, excepcionalmente, por decisão fundamentada, a inversão do ônus probatório, ou seja, atribui à determinada parte que a princípio não teria o ônus de fazer tal prova (posição da parte e a espécie do fato a ser provado), a produzi-la, em razão de deter maior facilidade ou menor dificuldade em assim proceder.

Eduardo Cambi...[et al.] (2017, p. 645-646), a respeito do fundamento da teoria dinâmica argumenta:

A inversão do ônus da prova, como forma de proteção do direito material, pela técnica da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, encontra respaldo imediato na *dimensão objetiva* do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Afinal, como sustenta Francesco Carnelutti, o direito substancial pode realizar-se mediante o processo somente se é “*vestido pela prova*”.

(...)

A distribuição dinâmica do ônus da prova se destina a viabilizar o direito fundamental à prova, tutelar a igualdade material das partes no processo civil, servir de instrumento de lealdade e boa-fé dos litigantes na colaboração da melhor reconstrução *thema probandum* e permitir que órgão julgador analise as peculiaridades do caso concreto, para assegurar o efetivo acesso à ordem jurídica justa.

Sendo assim, constatado no caso concreto a necessidade de equilibrar, tornar justa a relação jurídica posto *sub judice*, em prestígio aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e da cooperação processual, o ônus da prova de determinado fato recairá sobre a parte que melhor tiver condições de suporta-lo, isto é, condições fáticas, econômicas, jurídicas, técnicas, entre outras.

Neste sentido, pouco importará qual o lugar da relação jurídica ocupa o litigante, se demandante ou demandado, bem como qual é a natureza do fato a ser provado, se constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo, e ainda, qual dos litigantes arguem fatos como fundamento de suas pretensões ou defesas CAMBI...[et al.] (2017, p. 646).

Assim, a distribuição do ônus será considerada dinâmica, visto que não mais estará atrelada, ligada, a pressupostos prévios e abstratos (regra estática, art. 373, *caput*, CPC).

Por fim, cumpre trazer à baila, consoante se abordará pormenorizadamente a seguir, que o juiz exercerá um dos principais papéis na aplicação dessa teoria dinâmica, posto que dela poderá conhecer de ofício, nos termos do *caput* do artigo 373 do CPC.

5.2 Requisitos

Conforme sucintamente já exposto, para que a teoria dinâmica do ônus da prova seja aplicada ao caso concreto, necessário e indispensável é o preenchimento de determinados requisitos, a seguir elencados.

Ab initio, a título de informação, cumpre argumentar, segundo FERREIRA, (2016, p. 1130), que os requisitos para a aplicação da teoria dinâmica do ônus probatório não constaram da redação original do Senado Federal, posto que “era extremamente aberta admitindo a dinamização apenas à parte que estivesse em melhores condições de produzi-la”.

Por tal razão, explica que os professores João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes sugeriram de maneira oportuna e necessária uma redação mais restritiva, apontando como pressupostos o encargo impossível ou extremamente oneroso, o que foi acolhido na Câmara dos Deputados.

5.2.1 Impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo

De acordo com a leitura literal do parágrafo primeiro do artigo 373 do CPC, temos que o primeiro requisito a conferir a dinamização do ônus da prova é a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo.

Neste sentido, vejamos:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde

que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. *grifou-se*

No tocante a este tema, a primeira observação realizada pelo jurista William Santos Ferreira (2016, p. 1130) é a de que, não obstante seja a lei omissa neste particular, há a necessidade da descrição dos fatos *probandos* determinados para que o magistrado possa analisar os demais requisitos. Explica que a “dinamização é excepcional e não envolve genericamente todo o material fático”, segundo Jorge W. Peyrano (2008, p. 95).

Pois bem. Por impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo, entende-se estar atrelado à forma estática de distribuição do ônus probatório (373, *caput*). Ou seja, ao autor caberá produzir as provas quanto aos fatos constitutivos do seu direito, ao passo que ao réu, as provas quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Sendo assim, constatada no caso concreto a impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte de produzir a prova, seja ela autor ou réu, a requerimento ou de ofício, será aplicada tal teoria para o fim de atribuir a parte adversa, que está em melhores condições, a necessidade de produzir a prova em comento.

A razão de ser de tal requisito, *s.m.j.*, está intimamente ligada ao dever de cooperação das partes (art. 6º, CPC), bem como a indispensabilidade de se evitar a inércia do sujeito que se aproveitará dos benefícios da dificuldade da realização da prova.

Nestes termos, nota-se que a dinamização do ônus da prova não é automática, ou seja, não opera da lei, visto que imprescindível à análise judicial das circunstâncias invocadas no caso concreto para o fim de fundamentar a sua aplicação.

Outro ponto crucial para entendimento do requisito ora comento é que a hipossuficiência econômica não é causa para a distribuição dinâmica do ônus da prova, visto que para esta última há mecanismos judiciais próprios.

Com efeito e com brilhante razão explica William Santos Ferreira (2016, p. 1132):

A questão exclusivamente econômica não justifica a distribuição dinâmica do ônus da prova, a solução da desigualdade econômica tem mecanismos próprios de reequilíbrio e que se voltam para a assistência jurídica integral garantida constitucionalmente e a ser prestada pelo Estado (art. 5º, LXXIV, da CF), o que é uma solução pelo *instrumento* e não pelo momento de julgamento.

Importante se toma dizer, não obstante ainda se falará do próximo e último requisito, é a necessidade do magistrado intimar as partes sobre a incidência ou não da dinamização do ônus probatório no caso concreto para o fim de evitar a decisão surpresa (art. 10, CPC), como também fundamentar a sua decisão, sob pena de nulidade.

E a fundamentação clara e precisa de tal decisão, é requisito primordial e indispensável no deferimento ou indeferimento da aplicação da teoria.

Isto porque, consoante bem explica SILVA (2012, p. 99):

Em um regime democrático, todas as decisões devem ser justificadas pelos julgadores, como uma autêntica prestação de contas da atuação estatal. Somente em regimes ditatoriais podem ser concebidas decisões arbitrárias, impostas mediante o uso da força e por isso despidas de qualquer fundamentação.

Para o exercício da democracia, é necessário dotar o povo de mecanismos que lhe possibilitem participar da atuação do poder.

Por fim, resta argumentar sobre o momento processual mais adequado para a ocorrência da dinamização do ônus da prova.

Consoante esclarece FERREIRA (2016, p. 1132), já houve na doutrina o entendimento de que esta (a dinamização) deveria ocorrer já no início do processo, na fase postulatória, que, ao seu ver, reflete em um exagero, visto que estimulará decisões precipitadas e perigosamente indutoras, incompatíveis com a imparcialidade.

Assim, explica que atualmente a doutrina converge no sentido de que a aplicação da teoria deve ocorrer no momento do saneamento do feito, e que inclusive, há previsão específica no CPC neste sentido, por meio do artigo 357, III, que dispõe sobre o saneamento compartilhado.

Neste sentido comungam os juristas Eduardo Cambi, Rogéria Dotti, Paulo Eduardo d'Arce Pinheiro, Sandro Gilbert Martins e Sando Marcelo Kozikoski (2017, p. 648-649).

No entanto, esclarece William Santos Ferreira que, juntamente com os juristas, dentre eles, Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, divergem de tal fundamentação – aplicação no saneamento – por entenderem que é possível que a dinamização em sede de juízo recursal (2016, p. 1133).

Diante do exposto, comprovada a impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte de cumprir o encargo e observado o contraditório, aplicada será a dinamização do ônus da prova para o fim de conferir maior justiça ao litígio posto *sub judice*.

5.2.2 Facilidade de obtenção da prova do fato contrário

O segundo e último requisito alternativo para a aplicação da teoria em apreço é a facilidade de obtenção da prova do fato contrário para a parte onerada judicialmente.

Tal requisito reproduz a ideia de que será invertido o ônus da prova para que a parte, ainda que não obrigada a produzir tal prova, em razão da facilidade em obtê-la, deva assim proceder no processo.

Ou seja, por mais que ao réu não incumba o dever de provar fatos constitutivos do direito do autor, tendo àquele a facilidade na obtenção da prova deste fato contrário e a impossibilidade ou excessiva dificuldade deste último em assim fazer, o magistrado estará autorizado, de ofício ou a requerimento, determinar a produção de tal prova pelo réu, por exemplo.

No entanto, de suma importância argumentar que a lei estabelece um requisito negativo para a dinamização do ônus da prova, qual seja, de que não poderá levar à parte onerada, de igual forma, um encargo impossível ou excessivamente difícil – vedação da prova diabólica.

Com efeito, há uma ressalva no mesmo artigo sobre a dinamização (373, CPC), explícita no parágrafo segundo, que dispõe: “A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Ademais, importante frisar que “A parte onerada não pode ser surpreendida com a inversão do ônus da prova e devem ser-lhe oportunizadas todas

as chances de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” CAMBI...[et al.] (2017, p. 649). Isto porque, é necessário que o artigo 373 do CPC seja analisado em conjunto com os demais artigos 7º e 10 do CPC, que impõem ao magistrado o dever de zelar pelo contraditório e não decidir a causa sem dar a oportunidade para as partes se manifestarem.

Desta feita, observa-se que o legislador brasileiro, de igual forma, preocupou-se com a parte contrária, a qual lhe foi atribuído o ônus probatório, em prestígio ao devido processo legal, paridade de armas e a ampla defesa, que norteiam o novo diploma processual civil à luz das disposições contidas na Magna Carta.

O doutrinador Haroldo Lourenço explica em sua obra “A Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no NCPC” a necessidade da flexibilização do ônus probatório por meio dos seguintes exemplos (2015, p. 87/88):

Nas ações de indenização em que há grande dificuldade do autor em provar o nexo causal entre o evento danoso e culpabilidade do réu é um ótimo exemplo, eis que, malgrado a experiência da vida deixe evidente que esta (a culpa) recaia sobre o ofensor, o ônus do autor é muito pesado. É o que ocorre, por exemplo, quando o sujeito cai em um poço descoberto situado em terreno pertencente ao outro. Os princípios práticos e as regras de experiência ressoam que a culpa pelo acidente é do dono da área, vez que não foi diligente o bastante para manter o poço sempre coberto, ou com um aviso visível de seu perigo.

De igual modo, tem-se como as principais geradoras de tal desigualdade as ações nas quais se buscam a responsabilidade civil do profissional liberal, principalmente do médico, pois ao ser demandado, sempre tem melhores condições de provar que agiu regularmente do que a vítima de provar sua situação irregular. Essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia o sistema e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos.

Portanto, nota-se que, demonstrado no caso concreto a peculiaridade da parte em fazer a prova do seu direito, somada à facilidade do outro sujeito em assim proceder, por decisão fundamentada e precedida do contraditório, nos termos dos parágrafos primeiro e segundo do artigo 373 do Código de Processo Civil, o magistrado estará autorizado a flexibilizar o ônus probatório, para o fim de assegurar à parte mais necessitada – o que não se confunde por hipossuficiente – uma distribuição mais justa e coerente de provar suas alegações.

William Santos Ferreira (2016, p. 1134) rebate que “A distribuição dinâmica não obstaculiza, nem modifica as iniciativas probatórias do juiz, nem a apreciação de omissões das partes ou de suas condutas no curso do processo”, em

consonância com os ensinamentos de Jorge W. Peyrano, La doctrina de las cargas probatorias dinámicas y la máquina de impedir em materia jurídica, *Cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 87.

Desta feita, analisados os requisitos imprescindíveis para a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova, bem como o seu conceito, cumpre adiante explicar qual será o recurso cabível em face da decisão que redistribuir o ônus da prova.

5.3 Recurso Cabível em Face da Decisão que Redistribui o Ônus da Prova

Conforme alhures, preenchidos no caso concreto os requisitos autorizadores para a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova, esta será amplamente aplicada e surtirá no processo civil os seus efeitos.

E em face da decisão que redistribui o ônus da prova, nos termos acima expostos, caberá recurso de agravo de instrumento, em consonância com o artigo 1.015, inciso XI do NCPC, *in verbis*:

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

(...)

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

Salvo melhor juízo, tal disposição recursal corrobora ao fato de ser o ônus da prova um dos institutos mais importantes do Direito Processual, visto que sua compreensão e aplicação implicam diretamente no provimento judicial pretendido pela parte; assim, sua inobservância, ignorância ou ausência, pode acarretar certamente o fracasso no processo.

E por tal razão considera-se iminente o seu caráter de urgência, passível de dano irreparável, posto que versa sobre um dos pontos cruciais de todo e qualquer processo judicial.

Neste sentido, para melhor ilustrar o quanto exposto até o presente momento, pede-se vênias para citar e transcrever parte de um recente julgado sobre o tema, extraído do Egrégio Tribunal do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL. DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. CONDIÇÕES MAIS FAVORÁVEIS

DA PARTE DE ESCLARECER PONTO CONTROVERTIDO. INVERSÃO ADEQUADA. RECURSO NÃO PROVIDO. Não obstante a regra geral de distribuição estática do ônus da prova, segundo a qual compete ao autor provar o fato alegado e ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, é possível, em casos excepcionais, a dinamização do ônus da prova.

Nos termos do artigo 373 do CPC/15, o juiz, quando houver necessidade, poderá inverter o ônus da prova, exigindo-a daquele que tem melhores condições de cumprir com o ônus probatório.

Agravo de Instrumento-Cv Nº 1.0453.14.003053-8/001 - COMARCA DE Novo Cruzeiro - Agravante(s): BANCO DO BRASIL SA - Agravado(a)(s): ANTÔNIO DA SILVA FERREIRA - Interessado(a)s: MUNICIPIO DE ITAÍPE Disponibilizado no DJE em 31/10/2016.

Voto do relator des. ARMANDO FREIRE:

(...)

Dentre as alterações legislativas provocadas pelo CPC/15, destaca-se a dinamização do ônus da prova. Ainda prevalece a regra geral de que compete ao autor provar o fato alegado e ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra estática era, inclusive, a descrita pelo CPC/73, que também continua vigente no CPC/15. Contudo, o novo CPC prevê hipóteses em que há necessidade de se dinamizar o ônus da prova, para, com isso e assim, se alcançar de forma mais eficaz a verdade no caso concreto. Essa flexibilização se justifica todas as vezes em que a parte não esteja em condições de encaminhar a prova, de ter acesso a ela, situação que mais beneficia a parte contrária, em condições mais favoráveis.

(...)

Ou seja, a dinamização do ônus da prova é uma exceção à regra geral, passível de ser adotada em situações específicas, em que se verifique a sua real necessidade.

(...)

Pelo exposto, creio que a decisão agravada guarda inequívoca pertinência com a situação estampada no processo em curso. Realmente, o autor não detém as melhores condições de encaminhar a sua prova. São informações a respeito das quais, em tese, ele não tem livre acesso. Por óbvio, assim, há razoabilidade na dinamização do ônus da prova neste particular. O agravante é aquele que tem melhores condições de esclarecer se houve ou não ordem de pagamento em favor do autor (agravado), correspondente ao benefício pretendido. Indo além, registro mais uma vez, que a decisão agravada permitiu a inversão do ônus da prova apenas para que os réus comprovem a situação real da inscrição do autor no PASEP. Diferentemente, quanto à prova do alegado dano moral, manteve-se a regra geral, cabendo ao agravado (autor) provar aquilo que alega. Assim, o agravante não tem, nem nunca teve, o ônus de demonstrar a inoccorrência do alegado dano moral a que se reporta o autor na peça vestibular da ação em comento. Sem mais delongas, estou a concluir que se justifica, processualmente, a inversão do ônus da prova delimitada pela r. decisão agravada.

Assevera-se para o fato de que a dinamização do ônus da prova, consoante brilhantemente aduzido pelo i. Relator supracitado, não serve de mecanismo para o fim de banalizar o instituto do ônus da prova e sua extrema importância.

Assim, não será toda e qualquer tipo de alegação fática capaz de ensejar a aplicação da teoria no caso *sub judice*, a exemplo do pedido de condenação a danos morais citado pelo julgador.

Todavia, toda e qualquer decisão que decidir pela aplicação da teoria dinâmica caberá a interposição de recurso de agravo de instrumento, nos termos acima delineados.

6 TEORIA DINÂMICA NO CPC E A HIPOSSUFICIÊNCIA DO CDC: IDENTIDADE?

Depreende-se até o presente momento do estudo em apreço que, não obstante esteja a dinamização do ônus da prova prevista nos dois diplomas legais distintos, quais sejam, Código de Defesa do Consumidor e Código de Processo Civil, sua essência é a mesma, ou seja, alterar o *onus probandi* primitivo.

No entanto, não há que se falar em identidade. Isto porque, sua aplicação e reflexos são distintos, tendo cada qual diploma os seus requisitos legais de incidência e consequência.

Com efeito, nota-se que a inversão do ônus probatório do CDC, fundamentada pelo princípio da hipossuficiência do consumidor (artigo 6º, VIII, CDC) difere totalmente da possibilidade de inversão probatória no CPC, nos termos do princípio da isonomia outrora exposto.

Isto porque, enquanto o primeiro é aplicado sob o fundamento da hipossuficiência do consumidor ou pela verossimilhança de suas alegações, invertendo-se, assim, todo o ônus processual, no segundo – observância da isonomia para a dinamização do ônus – além da dinamização do ônus ser aplicável a qualquer relação (independe da de consumo) e inclusive parte litigante, sua incidência poderá não recair a toda matéria probatória constante dos autos.

Sobre o tema, LOURENÇO (2015, p. 98) explica que na aplicação do princípio da isonomia, com a consequente dinamização do *onus probandi*, não haverá propriamente uma inversão, visto que o magistrado não determinará uma “troca de ônus”. Estabelece que aquele sujeito que tiver melhores condições de produzir a prova no caso concreto terá o ônus de assim proceder.

Com efeito, esclarece (p. 99):

Nessa linha de distinção, Eduardo Cambi assevera que não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão, nos moldes previstos no art. 6º, inciso VIII, do CDC, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica dinâmica, quando o magistrado avalia as peculiaridades do caso concreto e, com base em máximas de experiência (arts. 335 do CPC/73 e 375 do CPC/15), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado.

Malgrado se respeite a condição de consumidor, que muitas vezes de fato é hipossuficiente à sua parte adversa, tem-se que a inversão do ônus, tal qual

encartada no Código de Defesa do Consumidor, muitas das vezes não guarda obediência aos princípios norteadores do contraditório, ampla defesa e até mesmo da isonomia, posto que direciona todo o ônus para a parte contrária sem quaisquer ressalvas, isto é, sem saber se esta última terá condições de produzir a prova lhe incumbida por força da inversão e, mantendo, assim, um juízo de incerteza.

Neste sentido, comenta LOURENÇO (2015, p. 98):

Não obstante a inversão estar amplamente difundida, a nosso sentir, tal critério não se mostra dos mais justos e corretos, pois, a rigor, o que o legislador fez foi simplesmente “escolher uma vítima e disparar”. Mesmo com a inversão do ônus da prova, o magistrado continua no mesmo juízo de incerteza. O legislador, sob o fundamento de uma isonomia material, escolheu o mais forte, o fornecedor, para suportar tal incerteza.

Não se busca com tais ilações desprestigiar o princípio em comento, mas tão somente trazer suas principais características e críticas frente ao objeto deste estudo.

Em conclusão, portanto, é patente a não identidade da inversão ou dinamização do ônus da prova nos institutos do direito do consumidor e do processo civil, consoante acima exposto, vez que naquele é conferido ao magistrado poderes para, dentro dos critérios legais (verossimilhança ou hipossuficiência) inverter todo o ônus probatório outrora conferido tão somente ao autor, posto que fato constitutivo do seu direito, enquanto neste último, visando uma maior efetividade do direito lesado, o ônus da prova recairá para a parte que tiver melhor condições de fazê-lo, não implicando, assim, na inversão na íntegra. Ou seja, cada parte provará o que puder provar, com fundamento no princípio da isonomia.

6.1 A Teoria Dinâmica e seus Reflexos Positivos no Direito Processual Civil

Diante de todo o exposto, cumpre agora apontar neste estudo os reflexos positivos advindos da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Civil.

Pois bem. Consoante já se argumentou, a dinamização veio para o fim de consagrar os mais renomados princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da viabilização de um melhor acesso à justiça.

Isto porque, somada ao modelo de processo civil cooperativo, previsto no artigo 6º do CPC, demonstra as desvantagens da atual regra sobre o ônus da prova estático no Direito Brasileiro.

Com efeito, se o escopo de qualquer demanda posta ao Judiciário é a busca pela verdade real, a dinamização probatória deflagra na própria eficiência do meio que visa à solução justa e integral do litígio.

Isso porque, nos termos dessa teoria, a posição ocupada pela parte no processo não importa, se autora ou requerida; também pouco importa a espécie do fato, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo. O importante é que o magistrado valore, no caso *sub judice*, qual dos sujeitos litigantes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova e, então, imponha o encargo probatório, mesmo que os fatos objetos de prova tenham sido arguidos pela parte contrária.

Observa-se que a regra da dinamização probatória resolve, ou pelo menos atenua, a controvérsia criada em determinados casos em que a produção da prova não convence o julgador, direcionando-o a decidir em desfavor daquele a quem incumbia o ônus de provar e não o cumpriu satisfatoriamente.

Assim, desde já nota-se que a distribuição dinâmica também preza pela não incidência do *non liquet* instrutório.

E mais, *s.m.j.*, a teoria acaba por finalmente atender, ou pelo menos perseguir, uma correta prestação jurisdicional, visando a sua efetividade, nos termos dos artigos 3º, 4º, 7º e 8º, todos do Código de Processo Civil.

Deveras, ao dispor o novo diploma processual civil sobre os poderes instrutórios do juiz (artigo 139 do NCPC), instiga e respalda a atuação do magistrado para o fim de potencializar uma justa solução do caso concreto, afastando normas frias e estáticas, construindo, assim, o direito em conformidade com suas peculiaridades, sempre respeitando o contraditório (LOURENÇO, 2015, p. 92).

Isso, pois, “o direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao jurisdicionado a adequada participação no processo, sendo este o instrumento de alcance da tutela jurisdicional justa” (LOURENÇO, 2015, p. 87).

Portanto, é clarividente a necessidade de se flexibilizar o ônus da prova em determinados casos concretos, para o fim de se alcançar de forma mais eficaz e

justa a verdade real no caso *sub judice*, bem como de proporcionar ao sujeito que dela necessita um processo mais coerente e proporcional.

Neste sentido, inclusive, de forma macro é a exposição de motivos que justificou as alterações realizadas pela Lei 13.105/2015 ao Código de Processo Civil Brasileiro em seu Anteprojeto (SENADO. Exposições de motivo do CPC/15):

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade.

Em suma, para a elaboração do Novo CPC, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e se deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo.

Haroldo Lourenço em sua obra “Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no Novo CPC” (2015, p. 135) esclarece que um dos reflexos da dinamização do ônus probatório é a responsabilidade e atuação do próprio Poder Judiciário, responsável por assegurar a todo e qualquer litigante apreciação jurisdicional justa e efetiva:

O Judiciário, *data venia*, não pode ignorar a gravidade de se atribuir procedência ou improcedência a uma pretensão, por mero apego a formalidades abstratamente construídas, em um juízo de incerteza, até porque o sistema processual é um meio, um instrumento, de realização da justiça e esta não pode ser sacrificada por conta de meras formalidades. São muitas as desigualdades inerentes ao ser humano, o ônus da prova não pode ser um fator de agravamento dessas desigualdades, pelo contrário, seu objetivo deve ser, no mínimo, amenizá-las.

Posto isto e nos termos do estudo realizado, é patente a importância da novidade trazida pelo legislador brasileiro ao diploma processual civil, bem como a necessidade da dinamização do ônus probatório para o fim de melhor assegurar aos jurisdicionados maior eficiência, coerência e justiça nas decisões de seus litígios.

E, consoante brevemente exposto, os reflexos positivos da aplicação da teoria dinâmica do ônus probatório não deixam pairar dúvidas de que na forma como foi esculpida proporcionará a todos os sujeitos do processo imensuráveis benefícios, posto que almeja e preza por um processo mais justo e coerente.

Assim, cumpre doravante demonstrar tais reflexos da teoria na jurisprudência brasileira.

6.2 A Teoria Dinâmica na Jurisprudência Brasileira

Para o fim de corroborar ao quanto já alegado, principalmente os fundamentos e aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, cumpre adiante trazer alguns julgados desta na jurisprudência brasileira, restrita ao campo do processo civil, objeto desta análise.

Salienta-se que a pesquisa abordou tanto entendimentos firmados sob a égide do código revogado, bem como do atual CPC, senão vejamos.

O primeiro julgamento ora analisado foi realizado em 13 de junho de 2017, portanto, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015.

O caso retrata hipótese de responsabilidade objetiva do Estado, consistente em lesão grave a menor em virtude de complicações no parto. O ponto controverso é sobre a ocorrência de erro médico.

Constatou-se, de plano, a vulnerabilidade e a hipossuficiência técnica do recorrente, o menor, e seus pais, haja vista que somente a equipe da área da saúde poderia esclarecer o ocorrido no centro hospitalar.

Desta forma, o C. STJ entendeu, nos termos do contexto fático delineado no acórdão recorrido, que a parte recorrida, o Município de Santo André, “possuía melhor condição de elucidar as circunstâncias fáticas por meio da produção de provas que estavam ao seu alcance”. Ademais, enfatizou que nos termos da teoria dinâmica do ônus da prova, uma parte não pode ser penalizada pela incerteza quanto à existência de determinado fato, que pode ser facilmente provado pela parte contrária.

No entanto, ao final, consignou o C. STJ que “embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da legislação, inclusive do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII) e da Constituição Federal, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso, tudo nos termos de consolidado entendimento do STJ (...)”.

Neste sentido, entende-se, com todo respeito, que o i. Relator, Min. Herman Benjamin equivocou-se ao dispor que a teoria dinâmica não foi contemplada pelo CPC, haja vista que o parágrafo primeiro do artigo 373 não deixa dúvidas sobre a sua essência e aplicação, inclusive, nos termos explicados pelo ministro.

Para tanto, vejamos a ementa do r. julgado:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.667.776 - SP (2017/0079751-4)
CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PARTO. LESÃO GRAVE A MENOR. INCERTEZA QUANTO À OCORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO. VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DO RECORRENTE. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão objurgado que os únicos fatos incontroversos são: a grave lesão a criança (lesão de plexo braquial com paralisia do membro superior esquerdo e anóxia) decorrente de complicações no parto; a vulnerabilidade e a hipossuficiência técnica do ora recorrente, e a incerteza quanto à responsabilidade da equipe médica que prestou o atendimento, haja vista a afirmação do Sodalício *a quo* de que "os únicos que poderiam realmente esclarecer acerca da verdade do ocorrido na sala de parto eram os médicos e o pessoal da área de saúde, que participaram do atendimento e do procedimento médico-hospitalar, mas deles não há depoimento" (fl. 766/e-STJ).

2. Diante do contexto fático delineado no decisum vergastado, percebe-se que a elucidação do ocorrido dependia da produção de provas que vão além das possibilidades das vítimas do evento danoso (menor e seus pais), porquanto além de sua evidente hipossuficiência técnica, a equipe da área de saúde que poderia esclarecer o ocorrido pertence aos quadros do centro hospitalar da municipalidade de Santo André.

3. Dessarte, verificando-se que era a parte recorrida, Município de Santo André, que possuía melhor condição de elucidar as circunstâncias fáticas por meio da produção de provas que estavam ao seu alcance, e considerando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, as vítimas do evento não podem ser penalizadas pela incerteza quanto à existência de erro médico, mormente em vista da gravidade do dano.

4. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da legislação, inclusive do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII) e da Constituição Federal, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso, tudo nos termos de consolidado entendimento do STJ: REsp 69.309/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 26.8.1996; AgRg no AREsp 216.315/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.11.2012; REsp 1.135.543/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 7.11.2012; REsp 1.084.371/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 12.12.2011; REsp 1.189.679/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 17.12.2010; REsp 619.148/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 1º.6.2010. A inversão do ônus da prova não é regra estática de julgamento, mas regra dinâmica de procedimento/instrução (REsp 422.778/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe 21.6.2012).

5. Recurso Especial provido.

Brasília, 13 de junho de 2017 (data do julgamento). *grifou-se*

Não obstante, cumpre destacar, consoante se demonstrará, que a teoria dinâmica do ônus da prova, é defendida pelo Superior Tribunal de Justiça antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, o julgado abaixo retrata a hipótese de procedimento da ação monitória, julgado em 01/12/2011, sob a relatoria da Min. Nancy Andrichi, que dispõe, ao final, que “apesar de seguir a regra geral de distribuição ônus da prova, o processo monitório admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova” sob o seguinte fundamento, já constatado no presente estudo, “a *probatio diabólica*”, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o *onus probandi*, por assentar-se em regras rígidas e objetivas”. Ao final, ainda registrou o v. acórdão, como razão de decidir, os artigos 5º *caput*, XIV, XXXV da CF, e os princípios da lealdade, boa-fé processual e os poderes instrutórios do juiz.

Logo, verifica-se que antes mesmo da redação do novo parágrafo primeiro do artigo 373 do CPC/15, a essência da teoria já era aplicada segundo as regras desse último, a fim de assegurar à parte litigante um processo mais justo e adequado.

Para tanto, vejamos a ementa do r. julgado:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.084.371 - RJ (2008/0185677-2)
PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PROCEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. REGRA GERAL DO ART. 333 DO CPC. INCIDÊNCIA. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO.

1. O processo monitório divide-se em duas fases distintas – monitória e executiva – apartadas por um segundo processo, os embargos, de natureza incidental e posto à disposição do réu para, querendo, impugnar as alegações do autor.

2. (...)

3. (...)

4. O processo monitório não encerra mudança na regra geral de distribuição do ônus da prova contida no art. 333 do CPC. O fato de, na ação monitória, a defesa ser oferecida em processo autônomo, não induz a inversão do ônus da prova, visto que essa inversão se dá apenas em relação à iniciativa do contraditório.

5. O documento que serve de base para a propositura da ação monitória gera apenas a presunção de existência do débito, a partir de um juízo perfuntório próprio da primeira fase do processo monitório. Trazendo o réu-embargante elementos suficientes para contrapor a plausibilidade das

alegações que levaram à expedição do mandado de pagamento, demonstrando a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado na inicial, caberá ao autor-embargado superar os óbices criados, inclusive com a apresentação de documentação complementar, se for o caso.

6. Apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitorio admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Brasília (DF), 1º de dezembro de 2011 (Data do Julgamento). *grifou-se*

Neste mesmo sentido e antes da vigência do CPC/15 é o entendimento dos acórdãos abaixo:

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 216.315 - RS (2012/0168635-5)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A VERIFICAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE DA ELETROBRÁS.

1. Pode o juiz ordenar que a Eletrobrás exiba documento que se ache em seu poder, a fim de permitir-se que sejam efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório. Essa providência é salutar e caminha rumo ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, já que nessas ações são questionados valores referentes a quase quinze anos - normalmente valores relativos aos recolhimentos efetuados entre 1977 e 1993, correspondentes às 72ª, 82ª e 143ª Assembleias Gerais Extraordinárias da Eletrobrás, que homologaram respectivamente a 1ª, a 2ª e a 3ª conversões dos créditos em ações preferenciais - não sendo razoável exigir do contribuinte que guarde todas as suas contas mensais de energia elétrica a fim de calcular o devido. De fato, compete à Eletrobrás manter o exato controle dos valores pagos e a serem devolvidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, até porque é a própria Eletrobrás que constitui os créditos escriturais em favor dos contribuintes, os atualiza, sobre eles paga juros e posteriormente os converte em ações.

2. Não há qualquer ilegalidade na determinação judicial para que a Eletrobrás, ora recorrente, apresente os documentos mencionados. Isso porque a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC.

3. Agravo regimental não provido.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2012. *grifou-se*

RECURSO ESPECIAL Nº 619.148 - MG (2003/0231962-3)

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR.

1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato

impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo.

2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.
Brasília, 20 de maio de 2010(data do julgamento) *grifou-se*

De igual forma é o entendimento e aplicabilidade, quando verificado os requisitos autorizadores no caso concreto, dos Tribunais de segunda instância.

Já na vigência do CPC/15, o Tribunal de Justiça do Acre, firmou o entendimento pela necessidade de distribuir o ônus probatório conforme a “facilidade na obtenção da prova” pela parte contrária.

No caso em exame, o Tribunal declarou a possibilidade do juiz em atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, e com vistas à parte contrária para manifestação. No julgamento, o Tribunal reconheceu a facilidade da obtenção/produção para determinada parte em face da extrema dificuldade da outra.

No mesmo fundamento da teoria já exposto neste estudo, o Tribunal local de forma brilhante consignou que “manter estanque o ônus da prova na regra geral esculpida no artigo 373, caput, do CPC, seria tornar o processo menos justo, efetivo e indubitavelmente distante da Constituição Federal, em cuja entrelinhas se lê que a dispensa, a entrega da jurisdição deve assegurar o cumprimento da lei material, isto é, a Carta Maior Republicana rejeita qualquer espécie de separação ou abismo entre a lei material e o caminho para formalizar tal direito”.

Neste sentido, vejamos:

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE

Agravo de Instrumento n.º 1001188-51.2016.8.01.0000

Segunda Câmara Cível

Desembargadora Waldirene Cordeiro

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 473, § 1º DO CPC. DECISÃO JUDICIAL. DEVER DE DISTRIBUIR O ÔNUS PROBATÓRIO CONFORME FACILIDADE NA OBTENÇÃO DA PROVA. RECURSO PROVIDO.

1. Resta possibilitado ao juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

2. No caso concreto, deixar de dinamizar o ônus probatório para fins de manutenção da regra geral, seria o mesmo que exigir produção de prova impossível da parte Agravante, tendo em vista que a parte Agravada é

detentora de todos os meios legais para carrear ao feito documentos demonstrativos da causa de pedir.

3. Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 1001188-51.2016.8.01.0000, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, à unanimidade conceder provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora e das mídias digitais gravadas.

Rio Branco – Acre, 31 de janeiro de 2017. *grifou-se*

Outros Tribunais adeptos à teoria da dinamização do ônus probatório antes mesmo da vigência do CPC de 2015, de acordo com a pesquisa realizada, são: Rio Grande do Sul (AI nº 0250927-25.2013.8.21.7000), São Paulo (AI nº 2019100-19.2014.8.26.0000) e Paraná (AI nº 0011722-88.2015.8.16.0000), todos pautados no mesmo fundamento, precaução, cuidado e prestígio à apreciação jurisdicional efetiva e coerente (acórdãos anexos).

Em razão do quanto exposto, denota-se que a grande importância e necessidade da aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova, com vistas a um processo mais justo, coerente e com o escopo de melhor prestar a tutela jurisdicional pleiteada, resultou em sua normatização por meio do parágrafo único do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015.

Desta forma, entende-se que ao inovar neste tema, o CPC de 2015 deu um grande avanço, em razão de sua essência e finalidade, que é a busca por um estado democrático de direito, inclusive por meio do processo.

7 CONCLUSÃO

Diante da exposição do presente estudo, conclui-se pela importância e pertinência em abordar o tema deste, vez que a prova e conseqüentemente suas implicações, influenciam direta e necessariamente no provimento judicial perseguido pelos litigantes, razão pela qual é preciso estabelecer mecanismos jurídicos para o fim de assegurar o direito constitucional da ampla defesa e da isonomia de partes no processo.

Consoante analisado, a prova consiste na comprovação da verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa, bem como que influi, de forma significativa, na convicção do magistrado ao sentenciar a lide. Logo, o objeto da prova nada mais é do que as questões de fato relevantes e precisas a serem enfrentadas no julgamento do litígio.

Assim, nota-se claramente que as partes têm o ônus de provar nos autos todas as suas argumentações que necessitem de prova, posto que, consoante esposado, *v.g.*, não serão objetos de prova os fatos notórios.

Contudo, em determinadas situações, depreende-se à impossibilidade da parte que sustentou no feito um fato, de prova-lo, carecendo, assim, o seu ônus probatório.

E é por tal razão que o legislador brasileiro inovou ao importar para o Código de Processo Civil de 2015 a teoria dinâmica no ônus da prova, que revela verdadeira obediência e prestígio aos princípios constitucionais da ampla defesa, devido processo legal e contraditório, e ainda, aos princípios da boa-fé processual, isonomia e do dever de cooperação entre as partes.

Isto porque, constatada no caso concreto a impossibilidade ou excessiva dificuldade da parte de produzir a prova, seja ela autor ou réu, e a facilidade da obtenção da prova do fato contrário para a parte adversa, de forma motivada, o juiz estará livre para inverter o ônus inicialmente distribuído, estático, portanto, consoante estudado, sem que isto implique em ofensa à sua imparcialidade.

Nestes termos, nota-se que a dinamização do ônus da prova não é automática, ou seja, não opera da lei, visto que imprescindível à análise judicial das

circunstancias invocadas no caso concreto para o fim de fundamentar a sua aplicação.

E em face da decisão que redistribui o ônus da prova, caberá recurso de agravo de instrumento para o Tribunal local. Tal disposição deixa em evidência a importância e urgência do assunto prova, eis que imprescindível para o julgamento da demanda.

Posto isto, o questionamento que surge através dessa inovação é se há identidade entre a teoria dinâmica do ônus da prova e o princípio de hipossuficiência do consumidor.

Conforme estudado, não há que se falar em identidade de institutos. Isto porque, em que pese resultam na inversão do ônus probatório, seus requisitos e consequências no processo são totalmente distintos.

Com efeito, enquanto no CDC a inversão é aplicada sob o fundamento da hipossuficiência do consumidor ou pela verossimilhança de suas alegações, invertendo-se, assim, todo o ônus processual, no CPC, além da dinamização do ônus ser aplicável a qualquer relação (independe da de consumo) e inclusive parte litigante, sua incidência poderá não recair a toda matéria probatória constante dos autos.

Desta feita, de grande valia a análise da teoria em apreço comparada à inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor.

E para corroborar ao quanto alegado, tanto os reflexos positivos no processo civil, quanto à jurisprudência, demonstraram que a teoria dinâmica do ônus da prova vem sendo aplicada muito antes de sua normatização pelo CPC de 2015, portanto sob a égide do CPC de 1973 e sem qualquer fundamento no CDC, em virtude de sua real necessidade para aferir-se o equilíbrio processual e ainda, a cooperação entre às partes na busca de um processo mais justo, célere e satisfativo.

Assim, entende-se que a regra da dinamização probatória resolve, ou pelo menos atenua, a controvérsia criada em determinados casos em que a produção da prova não convence o julgador, direcionando-o a decidir em desfavor daquele a quem incumbia o ônus de provar e não o cumpriu satisfatoriamente, ou ainda, em que pese vedado, aos casos em que não se profira julgamento em virtude da ausência de provas do fato *probandi*.

Portanto, conclui-se pela valia, necessidade e efetividade da teoria dinâmica do ônus da prova no processo civil, proporcionando aos jurisdicionados isonomia, cooperação, eficiência e justiça na busca da resolução de seus conflitos. É o resultado de um Estado democrático de direito almejado pelo Código de Processo Civil de 2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em 15 de outubro de 2017, às 19h20min, 28 de outubro de 2017, às 17h18min, 04 de novembro de 2017, às 15h03min, 17 de janeiro de 2018, às 10h15min.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Acre**. Disponível em <<https://www.tjac.jus.br/>>. Acesso em 17 de janeiro de 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/>>. Acesso em 28 de outubro de 2017.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Paraná**. Disponível em <<https://www.tjpr.jus.br/>>. Acesso em 17 de janeiro de 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/>>. Acesso em 17 de janeiro de 2018.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em 17 de janeiro de 2018.

_____. Presidência da República. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em cinco de outubro de 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

_____. Presidência da República. **Código Civil 2002**. Acesso em 14 de outubro de 2017.

_____. Presidência da República. **Código de Processo Civil 1973**. Promulgado em 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2017.

_____. SENADO. **Exposições de motivo do CPC/15:** <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em 03 de novembro de 2017.

BATISTA, Germano de Sordi. **A vulnerabilidade do consumidor e a inversão do ônus da prova no CDC,** 2004, disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4787,41046> > Acesso em 03 de novembro de 2017.

BRESSA, Leonardo Roscoe, et al. **Manual de Direito do Consumidor.** 5º ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 98 e 99.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério, [et al.] **Código de Processo Civil Anotado.** Paraná, AASP, 2015.

DIDIER JR., Fredie, [et al.] **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada.** vol 02. 3. ed. Salvador, BA: Editora Jus Podivm, 2008.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 17. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** vol. 03. 4. ed. São Paulo: Malheiros Meditores, 2004.

FERREIRA, William Santos Ferreira. **Princípios Fundamentais da Prova Cível.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio... [et. al.]. **Principais Inovações do Novo Código de Processo Civil.** 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2017.

GODOY, Sandro Marcos. **O meio ambiente e a função socioambiental da empresa.** Birigui: Editora Boreal, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento**. vol. 01. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo Curso de Direito Processual Civil: teoria geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Direito processual civil esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini, [et al.] **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Direito material (arts. 1.º a 80 e 105 a 108)**. vol. 01. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

_____, Ada Pellegrini, [et al.] **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Processo coletivo (arts. 1.º a 80 e 105 a 108)**. vol. 02. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme, [et al.] **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**, 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 623.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo Código de Processo Civil: modificações substanciais**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Isabella Cristina Ribeiro. **Distinções entre Vulnerabilidade e Hipossuficiência do Consumidor**. 2013. Disponível em: <http://www.infojusbrasil.com.br/2013/07/artigo-distincoes-entre-vulnerabilidade.html> Acesso em 04 de novembro de 2017, às 14h30min.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012.

TARTUCE, Fernanda; DELLORE, Luiz. **1001 dicas sobre o novo CPC: Lei 13.105/2015**. 2. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco Jurídico, 2016.

THEODORO. Fernanda. **Inversão do Ônus da Prova e o CDC**. 2013. <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI188019,101048-Inversao+do+onus+da+prova+e+o+CDC>> Acesso em 03 de novembro de 2017, às 15h00min.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. 1. 56. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOALDO, Adriane Mediadeira. **A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11908> Acesso em 03 de novembro de 2017, às 15h15min.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim... [et. al.]. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 3. ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ANEXOS DE JURISPRUDÊNCIAS

9



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

11

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO
ACÓRDÃO/DECISÃO MONOCRÁTICA
REGISTRADO(A) SOB Nº

ACÓRDÃO



Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 9166486-41.2008.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é apelante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO, é apelado TRANSPORTADORA SANZANEZI LTDA E OUTRO.

ACORDAM, em 16ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.", de conformidade com o voto do(a) Relator(a), que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SIMÕES DE VERGUEIRO (Presidente), MIGUEL PETRONI NETO E LUÍS FERNANDO LODI.

São Paulo, 16 de outubro de 2012.

SIMÕES DE VERGUEIRO
PRESIDENTE E RELATOR



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

11

VOTO Nº: 17933
APEL. Nº: 9166486-41.2008
COMARCA: SÃO PAULO
APTE. : COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
APDOS. : TRANSPORTADORA SANZANEZI, E OUTRA
JUIZ : CAMILA SANI PEREIRA QUINZANI

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO CONTRA R.SENTENÇA PELA QUAL FOI JULGADA PROCEDENTE AÇÃO DE COBRANÇA, C/C. REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA R.SENTENÇA, POR FORÇA DE INSUFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – R.SENTENÇA QUE APRECIOU, AINDA QUE DE FORMA SUCINTA, TODAS AS QUESTÕES DEDUZIDAS PELAS PARTES, BEM COMO AS PROVAS CONTIDAS NOS AUTOS – JUIZ QUE NÃO ESTÁ VINCULADO AO DIREITO EVOCADO PELAS PARTES – NECESSÁRIA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO BASILAR CONTIDO NO BROCARDO “JURA NOVIT CURIA” – LIVRE EXERCÍCIO DE FUNDAMENTAÇÃO PELO JUÍZO, BEM COMO DA ANÁLISE DOS ELEMENTOS DE COGNIÃO, QUE NÃO IMPLICA NA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO - PRELIMINAR REPELIDA.

ARGUIÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI 10.209, DE 23 DE MARÇO DE 2001, QUE IMPÓS AO EMBARCADOR A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE DESPESAS COM PEDÁGIO – LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL QUE SE MOSTRA COMO SENDO DE INDISCUTÍVEL CONSTITUCIONALIDADE, POSTO QUE NÃO VERIFICADOS QUAISQUER INDÍCIOS DE VIOLAÇÃO AO PROCESSO LEGISLATIVO QUE IMPLICOU NA SUA EDIÇÃO, OU MESMO EM RELAÇÃO À MATÉRIA TRATADA EM SEU BOJO – RECURSO NÃO PROVIDO.

CONTRATO DE TRANSPORTE DE COISAS – REEMBOLSO DE DESPESAS COM PEDÁGIO – OBRIGAÇÃO IMPOSTA AO EMBARCADOR, POR FORÇA DA LEI 10.209, DE 23 DE MARÇO DE 2001, QUE ENTROU EM VIGOR NA DATA DE SUA PUBLICAÇÃO – “VALE-PEDÁGIO” INCORPORADO AO VALOR DO FRETE – AUSÊNCIA DE PROVA NESSE SENTIDO – PRETENSÃO DOS TRANSPORTADORES EM OBTER A RECUPERAÇÃO DOS VALORES CORRESPONDENTES AO “VALE-PEDÁGIO”, QUE NÃO SE APRESENTA CONTRÁRIA AO DEVER DE BOA-FÉ

APEL. 9166486-41.2008 - SÃO PAULO - voto 17933 - Maria
Tereza/Armando/Andrea/Renata/Marco/Luiz 1



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

OBJETIVA – CONDENAÇÃO IMPOSTA AO PAGAMENTO DAS DESPESAS RELATIVAS AO “VALE-PEDÁGIO”, PELA RECORRENTE, QUE SE MOSTROU ADEQUADA – ACERTO DA R.SENTENÇA - RECURSO NÃO PROVIDO.

Tratam os autos de Recurso de Apelação interposto contra R.Sentença de fls.772/778, pela qual foi julgada procedente Ação de Cobrança, c/c. Reparação por Danos Materiais, proposta por **TRANSPORTADORA SANZANEZI LTDA, E SANZITRANS TRANSPORTES GERAIS LTDA.**, contra **CIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, pela qual foi buscada a recuperação das importâncias correspondentes aos valores de pedágio despendidos pelas autoras, o que se deu durante o transporte da carga pertencente a ré, com imposição a vencida de condenação, a título de reparação de dano patrimonial, ao pagamento da quantia correspondente ao dobro do valor de cada frete desenvolvido pelas autoras isto, desde a entrada em vigor da lei 10.209/01, até 19 de outubro de 2004, em valores devidamente acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, bem como de correção monetária calculada pela Tabela Prática do Tribunal de Justiça, a partir da rescisão contratual, arcando ainda com as despesas, custas processuais, e honorários de Advogado, estes fixados em quantia correspondente a 10% do valor total da condenação.

Alega a recorrente em razões de fls.804/844, sob a forma de preliminar, aspecto relativo à nulidade da R. Sentença guerreada, por força de insuficiente fundamentação, seja porque fiada em suposições não demonstradas, ou mesmo porque proferida de maneira genérica, uma vez não definidos os exatos limites da pretensão inicialmente deduzida pelas autoras, circunstâncias estas que, inclusive, implicam na impossibilidade de se promover a liquidação dos termos da R.Sentença atacada, razão pela qual devam ser acolhidos seus reclamos, com a decorrente anulação da R.Sentença lançada aos autos, para que outra seja regularmente proferida, com a integral apreciação dos argumentos deduzidos de parte a parte, bem como dos elementos de cognição encartados ao todo processado.

Quanto ao mérito, caso ultrapassada a questão prejudicial, pugnou pela integral reforma da R.Decisão alvejada, diante do fato de que as

APEL. 9166486-41.2008 - SÃO PAULO - voto 17933 - Maria
Teresa/Armando/Andrea/Renata/Marco/Luiz 2



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

recorridas, diferentemente da recorrente, deixaram de provar a existência de fato constitutivo de seu direito, a teor do disposto no art.333, I, do CPC, circunstância esta que implicou na inadequada valoração dos elementos de cognição encartados ao todo processado, elementos estes que, na verdade, dão conta de que as recorridas adotam comportamento totalmente contraditório em relação àquele anteriormente assumido, haja visto que resultou pactuado entre as partes, que o valor do frete também contemplaria os pedágios, conduta esta que se mostra inadmissível, em razão do princípio da boa-fé objetiva, tal como insculpido nos artigos 187, e 422, ambos do Código Civil de 2002, e que se traduzem em sua função reativa, a vedação de comportamentos que, ainda que lícitos, se mostrem contraditórios, notadamente quando assumidos por uma mesma pessoa, em consonância com o brocardo "*venire contra factum proprium*".

Diante disso, sustenta que a exigência de valores decorrentes da imposição de multa prevista pela Lei 10.209/01 que, ainda que de discutível constitucionalidade, passou a instituir o obrigatório recolhimento do "vale-pedágio" pelo embarcador da carga transportada, se mostra indevida, uma vez atingida, ainda que de forma diversa, a obrigação constante da lei em comento, inexistindo, portanto, qualquer prejuízo material suportado pelas recorridas, inclusive porque promovido o efetivo reembolso de tais valores, razão pela qual pediu pelo acolhimento de seus reclamos, a fim de obter a modificação do entendimento adotado em 1º Grau, buscando ainda, mesmo que de forma subsidiária, a limitação da exigência de multa para o período compreendido entre a vigência da Lei 10.209/01, que sustenta ter ocorrido a partir de 15/12/2002, ou seja, após o início de fiscalização do cumprimento da Lei pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, até a data em que se deu a efetiva rescisão do contrato de transporte celebrado entre as partes, ou seja, em meados de outubro de 2004.

Recebido o recurso (fls.849), vieram aos autos contrarrazões (fls.852/858), momento em que as recorridas pugnaram pela integral manutenção da R.Sentença atacada. Diga-se que foram encaminhados os autos à Douta Procuradoria Geral de Justiça, em razão da existência de interesse público, este decorrente da arguição de inconstitucionalidade das disposições contidas na Lei nº



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

10.209, de 23 de março de 2001, vindo assim aos autos o parecer de fls.926/927, momento em que a D.Procuradora oficiante opinou pelo afastamento da alegação de inconstitucionalidade, subindo então o feito a esta E.Corte, de sorte a se promover a reapreciação da matéria já decidida em 1º Grau.

É o relatório.

A questão prejudicial como arguida pela recorrente, no sentido de que as teses lançadas de parte a parte não tenham sido suficientemente apreciadas pelo Juízo, sendo imprópria, portanto, a fundamentação constante da R. Sentença, não merece vingar pois, a R. Decisão atacada, esta de fls.772/778, apreciou e rejeitou, ainda que de forma sucinta, todos os pontos discutidos nos autos, inexistindo, portanto, qualquer omissão ou incorreção em relação a apreciação do conjunto de provas por parte da D. Sentenciante, que pudessem implicar, inclusive, na impossibilidade de se promover a liquidação dos termos da R.Sentença atacada, daí porque, sem fundamento a inaceitação exteriorizada à guisa de prejudicial que, por consequência, deva ser sepultada em vala comum, sem quaisquer honorarias.

Nesse sentido, aliás, anota Costa Machado, em seu Código de Processo Civil Interpretado e Anotado, 4ª edição, pág.845, Editora Manole, São Paulo, 2012, *in verbis*:

“Sentença com decisão concisa:[...] Ainda que seja concisa a decisão, é ela válida quando contém, de forma clara, a razão que motivou o convencimento do julgador e, no caso, tanto a convicção do julgador ficou bem explicitada, que a parte apelante pode enfrentá-la adequadamente no seu recurso [...] (RF 365/276)”.

Some-se a isso o fato de que o reconhecimento da propriedade dos veículos utilizados pelas recorridas, conforme afirmado pelo Juízo, resultou do adequada enfrentamento dos elementos de cognição encartados ao todo processado, elementos estes que, muito embora não tenham contado com a mais aprofundada análise de seu conteúdo, permitiu a adequada elucidação da questão como posta nos autos, circunstância esta que, ao contrário do que tentou fazer crer



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a ora inconformada, não conduz à conclusão de que a R.Sentença se apresente como sendo nula, porque fiada em suposições não demonstradas, ou mesmo porque proferida de maneira genérica, uma vez que o Juízo não está adstrito ao fundamento jurídico aduzido pelas partes, podendo embasar sua decisão em fundamento jurídico diverso, posto que ao Juiz incumbe solucionar a contenda segundo o direito aplicável à espécie, em consonância com os brocardos *"iura novit cúria"* e *"da mihi factum, dabo tibi ius"*, daí porque, ao contrário do que sustenta a embargante, inexistiu qualquer ofensa ao princípio evocado.

Não bastasse isso, conveniente obtemperar que possa o Magistrado apreciar livremente as provas produzidas nos autos, devendo, todavia, indicar no corpo da Sentença, os motivos que o levaram a formar o convencimento, conforme regra contida no art.131, do CPC, e que assim dispõe: ***"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"***.

Confira-se a respeito os comentários dos professores Arruda Alvim, Arakem de Assis, e Eduardo Arruda Alvim, lançados na obra "Comentários ao Código de Processo Civil", publicado pela Editora GZ, Rio de Janeiro, 2012, *"in verbis"*:

"4.Livre-convencimento e provas. No vigente sistema processual civil, o juiz atribui à prova o valor e o grau que entenda ter para convencê-lo, devendo justificar o porque de sua convicção, salvo no caso de prova legal (p.ex., art.366, CPC, que trata dos casos em que o instrumento público é da substância do ato), em relação à qual o papel do juiz é o de, dando por existente a prova, admitir a sua força probatória. E outras hipóteses, também há limitação ao seu livre convencimento (p.ex., no caso do art. 334, inc.IV, do CPC). Isto significa que, como regra, não existe uma prova à qual o juiz deva atribuir maior valor que outra. Essa afirmação é reflexo do princípio do livre-convencimento motivado. Mesmo no caso de prova pericial, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provocados nos autos (art.436 do CPC). Vale dizer: ainda que o juiz não possa dispensar a prova pericial, às conclusões do perito não está, totalmente, vincuado, podendo, inclusive, se entender necessário, determinar de ofício a realização de segunda perícia (art.437 do CPC). Por fim, o magistrado está adstrito as provas constantes dos autos (quod non est in actis non est in mundo)".



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Superada a questão prejudicial e, no que diz respeito ao mérito, é de se dizer que o recurso como intentado pela recorrente não deva ser merecedor de acolhimento por parte da Turma Julgadora, posto que os limites definidos quando da prolação da R.Sentença hostilizada, se mostraram plenamente adequados à realidade estampada nos autos.

Primeiramente, interessante asseverar que, diferentemente da tese defendida pela recorrente, dúvidas não pairam acerca da constitucionalidade da Lei nº 10.209/01, uma vez não verificados quaisquer indícios de violação ao processo legislativo que implicou na sua edição, ou mesmo em relação à matéria tratada em seu bojo, posto que, como bem observou a D. Procuradora oficiante em 2º Grau, a referida lei tem por finalidade ***“regularizar a situação dos transportadores em face do preço dos pedágios praticados no território nacional, a fim de desonerar os profissionais autônomos e evitar a perda no valor do frete”***, razão pela qual não deva vingar o argumento da recorrente, deduzido no sentido de que a lei em comento se apresente como sendo violadora da ordem constitucional vigente.

Neste sentido assevera o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em seu consagrado Curso de Direito Constitucional que ***“o controle de constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que o editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico”***. (pág.60. Editora Saraiva, São Paulo, 2012).

Diga-se, além do mais, que a lei regulamentadora do vale-pedágio, já teve sua constitucionalidade afirmada por outros Tribunais, sendo caso de se transcrever, para complemento do entendimento ora adotado, ementa da V.Decisão emanada da 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando do julgamento do Recurso de Apelação AC 30893 RS 2004.71.00.030983-

APEL. 9166486-41.2008 - SÃO PAULO - voto 17933 - Maria
Teresa/Armando/Andrea/Renata/Marco/Luiz 6



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

5, e que foi relatada pelo Desembargador Federal Edgard Antônio Lilppmann Júnior, conforme ocorrido em 26/03/2008, e que assim diz:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA. LEGALIDADE DO VALE-PEDÁGIO. LEI N.10.209/2001. LEGITIMIDADE PASSIVA. ANTT. Reconhecida a legitimidade passiva da ANTT para integrar feito em que se discute a aplicação das penalidades por infrações relativas à implantação do vale-pedágio obrigatório. reconhecida a validade do vale-pedágio instituído pela Lei nº 10.209/2001, sendo de responsabilidade do embarcador – proprietário da mercadoria transportada por terceiro – o custo da aquisição antecipada em modelo próprio, até como forma de evitar que haja o repasse, ao transportador, do custo dos pedágios”.

Superados tais aspectos, necessário frisar que resultou incontroverso nos autos, o fato narrado na peça primeira, notadamente diante da inexistência de elementos outros de provas, inclusive quanto à ocorrência de fato modificativo, ou mesmo extintivo do direito evocado pelas autoras, no sentido de lhes ser devidas as verbas correspondentes às despesas despendidas com o custeio dos pedágios existentes no curso da malha viária percorrida pelas autoras, ora recorridas.

Nesse sentido, como bem observou a D.Prolatora da R.Decisão alvejada:

“As notas fiscais que instruem o presente feito relatam que houve o pagamento do frete, mas não há qualquer referência aos valores discutidos nesta demanda, mesmo porque as autoras trouxeram aos autos notas fiscais anteriores à entrada em vigor da legislação referente à questão dos autos e notas posteriores, não havendo qualquer modificação na forma que eram realizados os pagamentos, bem como alterações circunstanciais nos valores dos fretes, de sorte a poderem presumir que o valor dos vale-pedágios estivessem agregados aos valores dos fretes. Ainda, as testemunhas ouvidas em juízo não comprovaram o efetivo pagamento desses valores pela ré, sendo certo que a testemunha das autoras afirmou não ser possível constatar o reembolso dos valores através das notas fiscais apresentadas. Sendo assim, não havendo nenhum documento comprobatório do reembolso dos vale-pedágios por parte da ré, deve-se concluir que este não foi realizado”.

Diga-se, em complemento aos termos da R.Decisão atacada que, ao contrário do que tentou fazer crer a recorrente, deve ser reconhecida a vigência da Lei 10.209/01, a partir de sua publicação, o que se deu em 24/03/2001,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

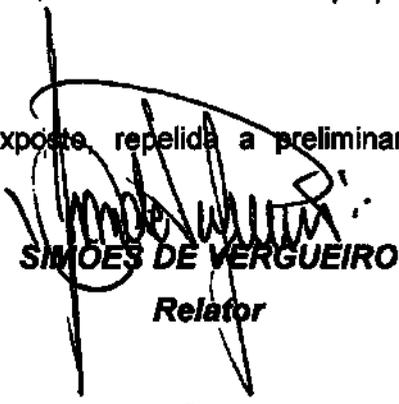
e não da data em que passou a ocorrer a fiscalização de seu cumprimento, entendimento este que resulta da singela aplicação do comando contido no art.1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro que assim diz: ***“Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”***.

Some-se a isso o fato de que a pretensão das recorridas, dirigida à recuperação dos valores correspondentes ao “vale-pedágio”, não deva ser compreendida como violadora do dever de boa-fé objetiva, haja visto que o dever ético que se impõe nas relações contratuais, não possa ser erigido em pedestal inalcançável, sob pena de se impor ao contratante, tido como prejudicado, a impossibilidade de obtenção da tutela jurisdicional, o que, diga-se de passagem, não se pode admitir, por força do dogmático princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Não é demais lembrar, também, que o princípio da boa-fé objetiva exige que o credor exerça comportamento dirigido a impedir o agravamento de seu próprio prejuízo, sendo este, inclusive, o entendimento consagrado pelo enunciado 169, da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que assim diz: ***“O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”***.

Em assim sendo, não merecem vingar os reclamos exteriorizados pela recorrente, conforme deduzidos em suas razões recursais, uma vez que a R.Decisão guerreada deu plena e correta solução à lide, razão pela qual deva ser mantida inalterada, com base em seus próprios, legítimos e, acertados fundamentos.

Pelo exposto, repelida a preliminar, nega-se provimento ao recurso.


SIMÕES DE VERGUEIRO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.325.487 - MT (2011/0312081-5)

RELATOR : **MINISTRO SIDNEI BENETI**
RECORRENTE : FIAT AUTOMÓVEIS S/A
ADVOGADOS : MARCOS JOAQUIM GONCALVES ALVES E OUTRO(S)
BRUNO BATISTA LOBO GUIMARAES E OUTRO(S)
RECORRIDO : SANDRO QUEIROZ GONCALVES
ADVOGADO : KEZIA ALVES DE PAULA BRAGA

EMENTA

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. DANOS MATERIAIS E MORAIS PELO FATO DO PRODUTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA. AMPLA DEFESA.

1.- Para garantia do exercício do direito de ampla defesa do consumidor, estabelece-se a possibilidade a inversão do ônus da prova em seu benefício quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou, alternativamente, quando for constatada a sua hipossuficiência.

2.- A hipossuficiência a referida pela Lei 8.078/90 na parte em que trata da possibilidade de inversão do ônus da prova está relacionada, precisamente, com o exercício dessa atividade probatória, devendo ser compreendida como a dificuldade, seja de ordem técnica seja de ordem econômica, para se demonstrar em juízo a causa ou a extensão do dano.

3.- Há de se atentar, porém, para que não seja imputado ao réu o ônus de uma prova que foi inviabilizada pelo próprio autor, o que não sucede na hipótese dos autos.

4.- Não é possível, em sede de recurso especial, examinar se os documentos que instruem a petição inicial constituem lastro probatório suficiente ou se a prova pericial (indireta) podia ser validamente dispensada, tendo em vista a Súmula 07/STJ.

5.- Recurso Especial a que se nega provimento, com observação de que todo o manancial probatório deverá ser ulteriormente ponderado, afastando-se similitude entre inversão de ônus da prova com confissão ficta de matéria fática.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator. Dr(a). RODRIGO RUF MARTINS, pela parte RECORRENTE: FIAT AUTOMÓVEIS S/A

Brasília (DF), 28 de agosto de 2012(Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI
Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 1.325.487 - MT (2011/0312081-5)

RELATOR : **MINISTRO SIDNEI BENETI**
RECORRENTE : FIAT AUTOMÓVEIS S/A
ADVOGADOS : MARIA LÚCIA FERREIRA TEIXEIRA E OUTRO(S)
LEONARDO ROMEIRO BEZERRA
RECORRIDO : SANDRO QUEIROZ GONCALVES
ADVOGADO : KEZIA ALVES DE PAULA BRAGA

RELATÓRIO

O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

1.- FIAT AUTOMÓVEIS S/A interpõe recurso especial com fundamento nas alíneas "a" e "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Relator o Desembargador GUIOMAR TEODOR BORGES, assim ementado (fls. 173):

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO - VEÍCULO COM DEFEITO DE FABRICAÇÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO - HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA - RECONHECIDA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - POSSIBILIDADE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Presentes um dos requisitos previstos no art. 6º, VIII, do CDC, quais sejam, a verossimilhança da alegação do consumidor ou a hipossuficiência deste, de rigor o deferimento da inversão do ônus da prova.

2.- Os embargos de declaração opostos (fls. 76/79) foram rejeitados (fls. 82/85).

3.- Trata-se, na origem, de uma ação ordinária (fls. 21/35) proposta por SANDRO QUEIROZ GONCALVES contra FIAT AUTOMÓVEIS S/A, visando à condenação desta ao pagamento de danos morais e materiais decorrentes de fato do produto. Narrou que no dia 30/08/2008, por volta das 04h30, conduzia regularmente o seu veículo, um FIAT/Palio 1.8R de cor vermelha, recém adquirido, quando a roda traseira esquerda se desprendeu em razão de um defeito no "cubo", fazendo o carro

Superior Tribunal de Justiça

capotar. Relatou, ainda, que, após o acidente, o veículo foi guinchado para uma concessionária da FIAT em Barra do Garças, onde funcionário da empresa retirou a peça supostamente defeituosa para perícia de cuja resultado ou mesmo realização não chegou a ter notícia.

4.- Em contestação, a Ré alegou que não foi apresentada nenhuma prova de que o acidente se deu pelo desprendimento da roda. Segundo sustenta isso ocorreu como resultado do grave acidente a que deu causa o autor por negligência na direção do veículo e não como causa desse mesmo acidente. Além disso, a versão dos fatos apresentada na inicial não seria verossímil, pois se a roda tivesse se soltado com o carro em movimento, o conjunto de freio teria sofrido graves avarias já que entraria em contato direto com o asfalto, suportando todo o peso do carro. Acrescentou que prontificou a periciar a peça supostamente defeituosa, mas que o Autor não autorizou a realização dessa perícia e que não há prova de que a peça tenha sido retirada, não sendo possível localizar o seu paradeiro, porque o autor, após consertar o veículo, alienou o bem a terceiro sob a escusa de que necessitava do dinheiro para suportar o valor pago na restauração deste, inviabilizando, assim, a produção de perícia direta.

5.- No curso desse feito, o Juiz da causa deferiu o pedido de inversão do ônus da prova e indeferiu o pedido de produção de prova pericial indireta formulado pela Ré, em decisão assim exarada (fls. 126/127):

(...)

Inicialmente, destaco que se mostra presente ao menos um dos requisitos para a inversão do ônus da prova, posto que diante de evidente conflito consumerista e latente hipossuficiência econômica e técnica do requerente em relação a requerida, empresa automobilística multinacional italiana com atuação em diversas partes do Globo.

Assim sendo, inverte, com fulcro no art. 6º, inciso VIII, da Lei 9.078/90 e na fundamentação retro, inverte o ônus da prova em favor do consumidor/requerente.

(...)

Quanto às provas, desde já, defiro a produção da prova oral

Superior Tribunal de Justiça

*consubstanciada no depoimento das partes e das testemunhas,
(...)*

No que pertine a prova pericial indireta pleiteada, entendo ser a mesma prescindível, uma vez que os fatos a serem provados pela requerida neste ponto podem o ser por intermédio de oitiva de testemunha, para tanto bastando ser arrolado um técnico com conhecimento em mecânica de automóveis.

6.- O Tribunal de origem negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto contra essa decisão, consoante se extrai da ementa antes reproduzida.

7.- A FIAT AUTOMÓVEIS S/A interpôs, assim, o presente Recurso Especial, alegando, em síntese, que, no caso presente, não poderia ter sido invertido o ônus da prova com fundamento no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, porque:

a) A versão dos fatos narrada na petição inicial, de que a roda do veículo teria se desprendido espontaneamente, às 4h30min da madrugada de um sábado, em plena rodovia, não é verossímil. Segundo afirma, o mais provável é que o malsinado acidente tenha ocorrido porque o autor, um motorista jovem, trafegava em alta velocidade quando passou por um buraco da pista mal iluminada.

b) Não estaria presente o requisito da hipossuficiência exigido pela norma consumerista. Em primeiro lugar, porque seria necessário, inicialmente, submeter o veículo a uma perícia que apontasse as possíveis causas do acidente, para só então avaliar se o consumidor estava ou não estava em posição mais desfavorável para realizar esta ou aquela prova. Em segundo lugar, porque hipossuficiência, se houvesse, seria da própria FIAT, que não teve acesso ao veículo para periciá-lo, que não teve esclarecimentos quanto ao local do acidente nem quanto ao estado de conservação do automóvel.

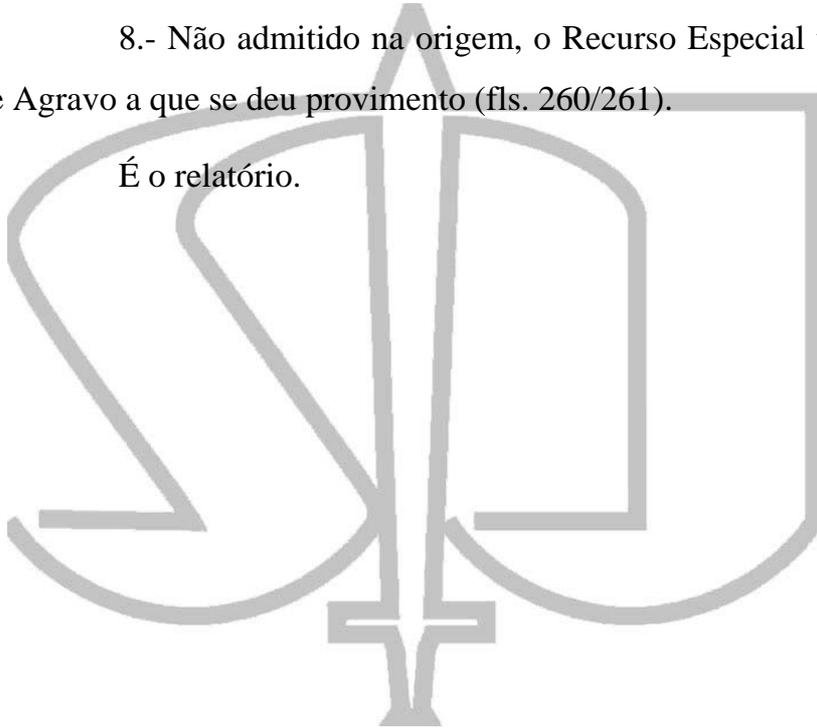
Paralelamente, destaca que o consumidor deveria ter instruído a inicial com um lastro probatório mínimo, sob pena de ofensa ao artigo 333, I, do Código de Processo Civil.

Superior Tribunal de Justiça

Acrescenta que o veículo sinistrado foi alienado a terceiros, de modo que não era mais possível a perícia direta, mas apenas a indireta, a realizar-se sobre documentos (fotografias do acidente). Nessa medida, não se poderia indeferir o pedido de perícia técnica indireta, nem afirmar que ela poderia ser substituída pela oitiva de um técnico com conhecimento em mecânica de automóveis. O Tribunal de origem assim não entendendo, teria violado os artigos 130 e 400, II, do Código de Processo Civil.

8.- Não admitido na origem, o Recurso Especial teve seguimento por força de Agravo a que se deu provimento (fls. 260/261).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.325.487 - MT (2011/0312081-5)

VOTO

O EXMO SR. MINISTRO SIDNEI BENETI (Relator):

9.- Na linha dos precedentes desta Corte, para que se dê a inversão do ônus da prova previsto no artigo 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor, é necessário a presença alternativa e não cumulativa dos requisitos previstos na referida norma: verossimilhança e hipossuficiência. Assim, estando presente um deles é o que basta para que o juiz decida pela inversão do ônus probatório.

Nesse sentido:

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

1. Trata-se de debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta bancária, efetuado mediante cartão magnético, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques.

2. O art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua hipossuficiência.

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

(REsp 1155770/PB, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 09/03/2012);

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. REQUISITOS. HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONSUMIDOR OU VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. ANÁLISE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A inversão do ônus da prova depende da aferição, pelo julgador, da presença da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência do consumidor, a teor do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

(AgRg no Ag 1247651/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 20/10/2010).

10.- No caso dos autos, o Tribunal de origem não se manifestou de forma clara quanto à verossimilhança das alegações trazidas na petição inicial, afirmando que a inversão do ônus da prova era cabível, porque presente a hipossuficiência econômica e técnica do consumidor. A propósito manifestou-se nos seguintes termos (fls. 176/177):

Na espécie, não se pode negar a hipossuficiência econômica e técnica do autor agravado em relação à agravante. Como bem lembrou o magistrado, trata-se de empresa automobilística multinacional de origem italiana, com atuação em diversos países do globo, possui, portanto, aprimorado conhecimento técnico para apurar a causa do desprendimento da roda traseira esquerda do veículo, que, ao que tudo indica, a época do acidente estava na garantia de fábrica.

Assim, em razão de o consumidor não dispor dos mesmos conhecimentos técnicos que possui a empresa fabricante do veículo, impõe-se o reconhecimento da hipossuficiência, a fim de incidir na espécie a inversão do ônus da prova, com fundamento no art. 6º, VIII, do CDC, a efeito de facilitar os meios de sua defesa.

11.- Malgrado os argumentos trazidos pela Recorrente, relativos à necessidade de submeter o veículo a uma perícia para apontar as possíveis causas do acidente sem o que não seria possível afirmar se as provas necessárias eram ou não de difícil produção, o fato é que não há como negar a hipossuficiência do consumidor no

caso em análise.

Como se sabe, a hipossuficiência a referida pela Lei 8.078/90 na parte em que trata da possibilidade de inversão do ônus da prova é a dificuldade, seja de ordem técnica seja de ordem econômica, para se demonstrar em juízo a causa ou a extensão do dano. De fato não há como pretender que o consumidor, na hipótese descrita, tivesse condições de comprovar a ocorrência do defeito de fabricação que, segundo alega, levou ao resultado danoso.

Nesses termos não haveria obstáculo ao deferimento do pedido de inversão do ônus probatório, imputando-se à Ré o ônus processual de demonstrar que o acidente não ocorreu por defeito do produto fabricado por ela.

12.- É preciso atentar, porém, para que a referida inversão, diante das peculiaridades do caso concreto, não atente contra o princípio constitucional da ampla defesa.

Perceba-se que a preocupação com o princípio da ampla defesa não se coloca em função da mesma dificuldade que semeou, durante muitos anos, divergência de posicionamentos entre a 3ª e 4ª Turma a respeito do momento processual em que a inversão do ônus probatório deve ser determinada pelo juiz. Sobre esse tema, a propósito, a 2ª Seção desta Corte em data recente já assinalou que:

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC.

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se

Superior Tribunal de Justiça

também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 21/09/2011).

A preocupação com o princípio da ampla defesa se justifica, porque consta dos autos a notícia de que o veículo foi vendido pelo Autor após o acidente o que tornaria impossível a realização de perícia sobre a peça supostamente defeituosa. Em linha de princípio não soa razoável afirmar que o ônus da prova deve ser deslocado do autor para o réu, imputando-se a este a "obrigação" de provar determinado fato, sendo que a produção da prova, essencial à defesa, teria sido inviabilizada pelo próprio autor.

Se, de fato, não há como periciar a roda porque o carro foi alienado a terceiro, a inversão do ônus da prova colocaria o réu diante da chamada prova diabólica, porque de impossível produção. Por outro lado, quando se considera que o carro foi alienado pelo Autor, a conclusão que sobressai é a de que este Autor está pretendendo imputar ao Réu o ônus de realizar um prova inviabilizada por ele próprio.

13.- Essas considerações, de capital importância para a compreensão e aplicação da regra jurídica em pauta apresentam-se, aqui, todavia, apenas para melhor

situar a controvérsia.

Isso, porque, na hipótese dos autos, não está claro se a peça alegadamente defeituosa estava ainda no veículo que foi alienado, como afirma a Recorrente, ou se ela foi retirada pela Concessionária de Barra do Garças onde se encontraria até hoje, como sustenta o Autor. Essa questão fática, que poderia determinar o rumo do julgamento, não foi esclarecida pelo Tribunal de origem e tampouco pode ser definida nesta sede de recurso especial, sob pena de afronta à Súmula 07/STJ. É preciso, portanto, que a matéria poderá seja objeto de aprofundamento na instrução para ulterior disposição na sentença.

Além disso, a perícia direta sobre a peça pode não ser prova essencial à tese da defesa. Vale lembrar que a Ré requereu apenas a produção de prova indireta, isto é, o exame pelo perito quanto às fotografias constantes do autos. Assim não será possível afirmar, de forma categórica, que a atividade probatória imputada ao réu por conta da aplicação do artigo 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor, foi inviabilizada pelo próprio autor, já que viabilizada a perícia indireta.

14.- O acórdão recorrido, na parte relativa à determinação da inversão do ônus probatório não merece reforma, portanto. Isso porque, repita-se, não é possível afirmar que a produção da prova necessária ao adequado julgamento da causa tenha sido inviabilizada pelo próprio consumidor.

15.- No que concerne à necessidade de instrução da inicial com um lastro probatório mínimo e, bem assim, com relação à dispensa da prova pericial (indireta), observa-se que a questão está circunscrita à matéria fático probatória. Nesse sentido, a interpretação analógica que se extrai dos seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS NA APLICAÇÃO DA TABELA PRICE. REVISÃO DOS VALORES DO SEGURO SUSEP. OPORTUNIDADE PARA PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. INCIDÊNCIA DA TR NA ATUALIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. CRITÉRIO DE AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO.

Superior Tribunal de Justiça

(...)

III - Não configura cerceamento de defesa o julgamento da causa, sem a produção de prova pericial, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento. Incidência da Súmula 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

(AgRg no REsp 913.093/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, DJe 22.08.2008).

PROCESSUAL CIVIL. MÚTUO. SFH. UNIÃO. LITISCONORTE PASSIVA. AFASTAMENTO. PRODUÇÃO DE PROVA. PERÍCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME FÁTICO. SÚMULA 7/STJ. JUROS REMUNERATÓRIOS. CAPITALIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

2 - Se as instâncias ordinárias entenderam suficientes para julgamento da causa as provas constantes dos autos, não cabe a esta Corte afirmar a ocorrência de cerceamento de defesa. Precedentes.

(REsp 662.145/CE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, DJ 23.5.05).

16.- Observa-se, contudo, que o fato da inversão do ônus da prova não significa impedimento de produzir prova por parte do acionado, nem exonera o Juízo de, na instrução, aprofundar as fontes de prova, inclusive eventualmente determinado a conversão do julgamento em diligência para o deslinde de pontos que não tenham sido bem esclarecidos e sejam necessários ao julgamento, na liberdade jurisdicional de apreciação da prova e de seus ônus, inclusive os decorrentes da inversão - de modo que, a rigor, todo o manancial probatório, inclusive, repita-se, o resultante da inversão, deverá ser ponderado e analisado na sentença, afastada qualquer similitude da inversão do ônus da prova com a confissão ficta de matéria fática.

17.- Ante o exposto, nega-se provimento ao Recurso Especial com observação (item 16).

Superior Tribunal de Justiça

Ministro SIDNEI BENETI
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.325.487 - MT (2011/0312081-5)

RELATOR : **MINISTRO SIDNEI BENETI**
RECORRENTE : FIAT AUTOMÓVEIS S/A
ADVOGADOS : MARIA LÚCIA FERREIRA TEIXEIRA E OUTRO(S)
LEONARDO ROMEIRO BEZERRA
RECORRIDO : SANDRO QUEIROZ GONCALVES
ADVOGADO : KEZIA ALVES DE PAULA BRAGA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
(Relator):

Srs. Ministros, acompanho integralmente o eminente Relator. E penso que a inversão do ônus da prova decorre da própria Lei (no art. 12, § 3º, I, CDC).

É a inversão automática do ônus da prova, não por ato do Juiz, mas por ato do próprio legislador. Então, nem precisaria o Tribunal fazer a inversão.

No entanto, em relação especificamente à questão da perícia indireta penso que, se determinássemos agora, estaríamos ferindo os poderes instrutórios do Juiz. Uma Corte Superior se transformaria em um Tribunal de instrução. Na verdade, não houve propriamente o indeferimento da prova, mas a possibilidade de uma prova testemunhal para a comprovação desses fatos, sem necessidade da perícia indireta.

Com essas breves observações, acompanho integralmente o voto do eminente Relator, negando provimento ao recurso especial.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2011/0312081-5

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.325.487 / MT

Números Origem: 1121182011 402342011 898742011

PAUTA: 21/08/2012

JULGADO: 28/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **PAULO DE TARSO SANSEVERINO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FIAT AUTOMÓVEIS S/A

ADVOGADOS : MARIA LÚCIA FERREIRA TEIXEIRA E OUTRO(S)
LEONARDO ROMEIRO BEZERRA

RECORRIDO : SANDRO QUEIROZ GONCALVES

ADVOGADO : KEZIA ALVES DE PAULA BRAGA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil - Indenização por Dano Material

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **RODRIGO RUF MARTINS**, pela parte RECORRENTE: FIAT AUTOMÓVEIS S/A

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0453.14.003053-8/001 **Númeraço** 0492608-
Relator: Des.(a) Armando Freire
Relator do Acordão: Des.(a) Armando Freire
Data do Julgamento: 25/10/2016
Data da Publicação: 31/10/2016

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL. DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. CONDIÇÕES MAIS FAVORÁVEIS DA PARTE DE ESCLARECER PONTO CONTROVERTIDO. INVERSÃO ADEQUADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Não obstante a regra geral de distribuição estática do ônus da prova, segundo a qual compete ao autor provar o fato alegado e ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, é possível, em casos excepcionais, a dinamização do ônus da prova.

Nos termos do artigo 373 do CPC/15, o juiz, quando houver necessidade, poderá inverter o ônus da prova, exigindo-a daquele que tem melhores condições de cumprir com o ônus probatório.

AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV Nº 1.0453.14.003053-8/001 - COMARCA DE NOVO CRUZEIRO - AGRAVANTE(S): BANCO DO BRASIL SA - AGRAVADO(A)(S): ANTÔNIO DA SILVA FERREIRA - INTERESSADO(A)(S): MUNICIPIO DE ITAÍPE

A C Ó R D ã O

Vistos etc., acorda, em Turma, a 1ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. ARMANDO FREIRE

RELATOR.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

DES. ARMANDO FREIRE (RELATOR)

VOTO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo BANCO DO BRASIL S/A contra a decisão proferida pelo MMº. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Novo Cruzeiro, nos autos de uma Ação Ordinária, que consistiu em:

Quanto a distribuição do ônus da prova tendo em vista que o autor alega fato negativo, consistente na ausência de inscrição no PIS-PASEP, inverte o ônus da prova em favor do autor nos termos do art. 373, §1º, do CPC, de modo que caberão aos réus comprovar a regularidade da inscrição do autor.

Quanto aos danos morais, todavia, cabe ao autor fazer prova, posto que neste ponto não existe nenhuma peculiaridade que justifique a sua inversão, devendo ser observado os artigos 373, I e II, e 429, I e II, ambos do Código de Processo Civil. (f. 53-verso/54-TJ).

Na minuta recursal o agravante, em síntese, pleiteia a reforma da decisão agravada, para que não haja a inversão do ônus da prova. Salaria que sofrerá prejuízo ao pagar honorários periciais. Alega que não tem como apresentar prova negativa, nem mesmo como provar que não houve dano moral.

Pugna pela concessão de efeito suspensivo e, ao final, pelo provimento do recurso.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Recurso devidamente preparado, conforme comprovante de recolhimento (f.56/57-TJ).

Recebi o recurso, oportunidade em que não conferi o almejado efeito suspensivo (61/62-TJ).

Em contraminuta o agravado, Antônio da Silva Pereira, confia no desprovimento deste recurso.

Vistos e examinados, decido:

Preliminarmente, em detido exame dos autos, verifico que a decisão agravada foi publicada já sob a égide do Novo CPC, sendo-lhe aplicáveis todas as suas alterações dele advindas.

Neste contexto, o presente recurso deve ser conhecido por se enquadrar na hipótese elencada no artigo 1.015, inciso XI, do CPC/15.

Atendidos, pois, os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Ultrapassado este particular, examina-se o mérito recursal:

O autor (agravado) ajuizou esta Ação Ordinária em desfavor do Município de Itaipé e do Banco do Brasil S.A. (agravante). Relata que é servidor público municipal e que faz jus aos benefícios do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor -PASEP. No entanto, no intuito de receber o seu benefício, procurou o banco (agravante), que o informou que não existia o seu cadastro no PASEP. Em sequência, o Município de Itaipé afirmou que houve o devido cadastramento do servidor (nº 1.700.371.017-8). Portanto, em virtude das conflitantes informações fornecidas pelos réus, o agravante não consegue obter o benefício que diz ter direito.

Para solucionar a questão o autor acionou o Poder Judiciário, alegando que sofre violação no seu direito de receber os benefícios do



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Programa de Formação do Patrimônio do Servidor -PASEP. Tendo em vista que apenas recebeu negativas dos réus, não conseguiu solucionar o conflito pela via administrativa, nem mesmo constatar se o vício na sua inclusão do programa se deu no momento do cadastramento (que compete ao Município) ou do pagamento (que compete ao banco, agravante).

Trata-se, pois, de matéria fática complexa, que demanda dilação probatória. Nesse diapasão, importante destacar que a parte autora se viu em situação menos favorável no que tange a produção de prova, sendo difícil demonstrar de quem seria o equívoco que a inabilitou para receber o benefício que diz fazer jus.

Por essa razão o MM^o Juiz da causa houve por bem inverter o ônus da prova, pontualmente, na forma como prevista no Novo CPC.

Examina-se.

Dentre as alterações legislativas provocadas pelo CPC/15, destaca-se a dinamização do ônus da prova. Ainda prevalece a regra geral de que compete ao autor provar o fato alegado e ao réu provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa regra estática era, inclusive, a descrita pelo CPC/73, que também continua vigente no CPC/15. Contudo, o novo CPC prevê hipóteses em que há necessidade de se dinamizar o ônus da prova, para, com isso e assim, se alcançar de forma mais eficaz a verdade no caso concreto. Essa flexibilização se justifica todas as vezes em que a parte não esteja em condições de encaminhar a prova, de ter acesso a ela, situação que mais beneficia a parte contrária, em condições mais favoráveis.

Ou seja, a dinamização do ônus da prova é uma exceção à regra geral, passível de ser adotada em situações específicas, em que se verifique a sua real necessidade.

Sobre o tema, destaco o trecho legal pertinente:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

CPC/15. Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

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

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

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

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

durante o processo.

E a doutrina:

Fala-se em distribuição dinâmica do ônus probatório, por meio da qual, no caso concreto, conforme a evolução do processo, seria atribuído pelo juiz o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração. Com isso, a parte encarregada de esclarecer os fatos controvertidos poderia não ser aquela que, de regra, teria de fazê-lo. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Volume I. 56 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Pg. 885)

Pelo exposto, creio que a decisão agravada guarda inequívoca pertinência com a situação estampada no processo em curso. Realmente, o autor não detém as melhores condições de encaminhar a sua prova. São informações a respeito das quais, em tese, ele não tem livre acesso.

Por óbvio, assim, há razoabilidade na dinamização do ônus da prova neste particular. O agravante é aquele que tem melhores condições de esclarecer se houve ou não ordem de pagamento em favor do autor (agravado), correspondente ao benefício pretendido.

Indo além, registro mais uma vez, que a decisão agravada permitiu a inversão do ônus da prova apenas para que os réus comprovem a situação real da inscrição do autor no PASEP. Diferentemente, quanto à prova do alegado dano moral, manteve-se a regra geral, cabendo ao agravado (autor) provar aquilo que alega. Assim, o agravante não tem, nem nunca teve, o ônus de demonstrar a inoccorrência do alegado dano moral a que se reporta o autor na peça vestibular da ação em comento.

Sem mais delongas, estou a concluir que se justifica, processualmente, a inversão do ônus da prova delimitada pela r. decisão agravada.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

CONCLUSÃO.

Com tais considerações e razões de decidir NEGO PROVIMENTO AO RECURSO.

Custas recursais na forma da lei, pelo agravante.

É o meu voto.

DES. BITENCOURT MARCONDES - De acordo com o(a) Relator(a).

DES. EDGARD PENNA AMORIM - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO"

RECURSO ESPECIAL Nº 1.667.776 - SP (2017/0079751-4)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : DANIEL MENDES FERREIRA (MENOR)
REPR. POR : FRANCISCA MENDES DOS SANTOS FERREIRA
REPR. POR : JOAO FERREIRA
ADVOGADO : LETICIA LOPEZ E OUTRO(S) - SP212781
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
ADVOGADOS : SANDRA MACEDO PAIVA - SP093166
DÉBORA DE ARAÚJO HAMAD - SP251419
CAMILA PERISSINI BRUZZESE E OUTRO(S) - SP212496
PRISCILA CARDOSO CASTREGINI - SP207333
DANIEL KOIFFMAN - SP229041

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PARTO. LESÃO GRAVE A MENOR. INCERTEZA QUANTO À OCORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO. VULNERABILIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DO RECORRENTE. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão objurgado que os únicos fatos incontroversos são: a grave lesão a criança (lesão de plexo braquial com paralisia do membro superior esquerdo e anóxia) decorrente de complicações no parto; a vulnerabilidade e a hipossuficiência técnica do ora recorrente, e a incerteza quanto à responsabilidade da equipe médica que prestou o atendimento, haja vista a afirmação do Sodalício *a quo* de que "os únicos que poderiam realmente esclarecer acerca da verdade do ocorrido na sala de parto eram os médicos e o pessoal da área de saúde, que participaram do atendimento e do procedimento médico-hospitalar, mas deles não há depoimento" (fl. 766/e-STJ).

2. Diante do contexto fático delineado no *decisum* vergastado, percebe-se que a elucidação do ocorrido dependia da produção de provas que vão além das possibilidades das vítimas do evento danoso (menor e seus pais), porquanto além de sua evidente hipossuficiência técnica, a equipe da área de saúde que poderia esclarecer o ocorrido pertence aos quadros do centro hospitalar da municipalidade de Santo André.

3. Dessarte, verificando-se que era a parte recorrida, Município de Santo André, que possuía melhor condição de elucidar as circunstâncias fáticas por meio da produção de provas que estavam ao seu alcance, e considerando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, as vítimas do evento não podem ser penalizadas pela incerteza quanto à existência de erro médico, mormente em vista da gravidade do dano.

4. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da legislação, inclusive do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII) e da Constituição Federal, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova,

segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso, tudo nos termos de consolidado entendimento do STJ: REsp 69.309/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 26.8.1996; AgRg no AREsp 216.315/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.11.2012; REsp 1.135.543/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 7.11.2012; REsp 1.084.371/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 12.12.2011; REsp 1.189.679/RS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Segunda Seção, DJe 17.12.2010; REsp 619.148/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 1º.6.2010. A inversão do ônus da prova não é regra estática de julgamento, mas regra dinâmica de procedimento/instrução (REsp 422.778/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe 21.6.2012).

5. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."" Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 13 de junho de 2017(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.667.776 - SP (2017/0079751-4)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
RECORRENTE : DANIEL MENDES FERREIRA (MENOR)
REPR. POR : FRANCISCA MENDES DOS SANTOS FERREIRA
REPR. POR : JOAO FERREIRA
ADVOGADO : LETICIA LOPEZ E OUTRO(S) - SP212781
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
ADVOGADOS : SANDRA MACEDO PAIVA - SP093166
DÉBORA DE ARAÚJO HAMAD - SP251419
CAMILA PERISSINI BRUZZESE E OUTRO(S) - SP212496
PRISCILA CARDOSO CASTREGINI - SP207333
DANIEL KOIFFMAN - SP229041

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, "a" e "c", da CF) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

APELAÇÕES E REEXAME NECESSÁRIO - Ação de Indenização - Danos materiais, morais e pensão vitalícia - Paralisia do membro superior esquerdo, em caráter permanente e sem prognóstico de recuperação - Complicações no procedimento do parto natural - Ruptura do plexo braquial, causada por manobra necessária para descolamento do feto, ante a distocia bisacromial com anóxia, em virtude de parto demorado c com dificuldades - Alegação de erro médico causado pelos prepostos do nosocômio - Inocorrência - Laudo pericial do IMESC atestando a impossibilidade de previsão da ocorrência da distocia bisacromial, considerando evolução de gravidez sem intercorrência e peso fetal adequado ao parto normal - Comissão interna do nosocômio atestando a boa técnica médica utilizada e a impossibilidade de previsão da dificuldade no parto normal, afastando a assertiva de que o parto cesáreo seria o mais indicado e que evitaria o infortúnio - Ausência de erro médico em nexos causais com o infortúnio - Sentença de procedência reformada - RECURSO DO RÉU E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS. PREJUDICADO O RECURSO DOS AUTORES.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

A parte recorrente alega, em Recurso Especial, a ocorrência de violação dos arts. 131, 436, 125, I, do CPC/1973; 43, 186, 927 do CCB e 37, §6º, da C.F., sob o argumento de que faz jus à indenização pelos danos sofridos em razão de erro médico.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.667.776 - SP (2017/0079751-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 5.5.2017.

O Tribunal de origem, ao decidir a *vexata quaestio*, consignou (fls. 765-766/e-STJ):

(...)

Todavia, houve complicações durante o parto, em virtude da distocia bisacromial e saída da criança com dificuldade (fls. 54vº e 104vº), além de anóxia pelo longo período de expulsão (fls. 102), causando-lhe grave lesão no ombro esquerdo (lesão de plexo braquial com paralisia do membro superior esquerdo, fls. 89, 98, 102, 104vº, 118, 126), observando que a cirurgia realizada em 12/11/2005 (fls. 127) não teve prognóstico de recuperação funcional (fs. 128).

A r. sentença, então, concluiu pela responsabilidade da ré, ante a culpa de seus prepostos durante o parto do autor. Com respeito ao entendimento contrário, e, ainda, lamentando o triste infortúnio ocorrido, a r. sentença merece reforma, pois a demanda é improcedente.

Com efeito, as provas do processo, ao contrário do alegado pelos autores, não revelam que os prepostos da ré agiram de maneira negligente, ou mesmo imperita, a concluir o nexo causal do infortúnio do autor com a conduta qualificável como "erro médico".

O Encarregado da Maternidade do hospital réu atestou que as condutas efetuadas pelos médicos que atenderam a corré foram corretas e que não havia como converter o parto normal em cesariana, apontando, enfim, a difícil previsão da distocia de ombro.

O laudo do IMESC (fls. 329/333), concluiu que "a lesão do plexo braquial é uma intercorrência possível e inerente ao parto, não sendo possível, prever com antecedência já que se tratava de um feto de tamanho adequado, sem macrossomia. (...) Ressalta-se que a Paralisia Obstétrica ou a lesão do plexo braquial pode ocorrer também em cesarianas. (...) Diante do exposto conclui-se que não há que se falar em má prática médica e sim má evolução médica".

O primeiro esclarecimento da expert do IMESC acerca do laudo (fls. 421/423), exclui a responsabilidade dos médicos que atuaram no parto do autor, aduzindo que os procedimentos adotados foram corretos, o parto foi difícil e, por outro lado, a cesariana não elidiria a possibilidade de ocorrência da lesão, ante a distocia bisacromial do autor.

No último esclarecimento da perita do IMESC, ela reafirma que as manobras técnicas adotadas foram necessárias para o desprendimento do feto (fls. 469/471).

Por outro lado, as provas testemunhais dos autores (fls. 577/591), em que pese comprovar o drama vivido e, de outra banda, a

Superior Tribunal de Justiça

excelente mãe que é a coautora, nada há que se aproveite para o núcleo da lide: **a questão é técnica e as testemunhas não presenciaram os fatos.**

Neste passo, os únicos que poderiam realmente esclarecer acerca da verdade do ocorrido na sala de parto eram os médicos e o pessoal da área de saúde, que participaram do atendimento e do procedimento médico-hospitalar, mas deles não há depoimento.

(...)

Extrai-se do acórdão objurgado que os únicos fatos incontroversos são: a grave lesão na criança (lesão de plexo braquial com paralisia do membro superior esquerdo e anóxia) decorrente de complicações no parto; a vulnerabilidade e a hipossuficiência técnica dos ora recorrentes, e a incerteza quanto à responsabilidade da equipe médica que prestou o atendimento, haja vista a afirmação do Sodalício *a quo* de que "os únicos que poderiam realmente esclarecer acerca da verdade do ocorrido na sala de parto eram os médicos e o pessoal da área de saúde, que participaram do atendimento e do procedimento médico-hospitalar, mas deles não há depoimento" (fl. 766/e-STJ).

Diante do contexto fático delineado no *decisum* vergastado, percebe-se que a elucidação do ocorrido dependia da produção de provas que vão além das possibilidades dos requerentes vítimas do evento danoso, porquanto, além de sua evidente hipossuficiência técnica, a equipe da área de saúde que poderia esclarecer o ocorrido pertence aos quadros do centro hospitalar da municipalidade de Santo André.

Dessarte, verificando-se que era a parte recorrida, Município de Santo André, que possuía melhor condição de elucidar as circunstâncias fáticas por meio da produção de provas que estavam ao seu alcance, e considerando-se a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, as vítimas do evento não podem ser penalizadas pela incerteza quanto à existência de erro médico, mormente em vista da gravidade do dano.

Com efeito, embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação, inclusive do Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, VIII) e da Constituição Federal, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse

Superior Tribunal de Justiça

ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso, tudo nos termos de consolidado entendimento do STJ: REsp 69.309/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 26.8.1996; AgRg no AREsp 216.315/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.11.2012; REsp 1.135.543/SP, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 7.11.2012; REsp 1.084.371/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, DJe 12.12.2011; REsp 1.189.679/RS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Segunda Seção, DJe 17.12.2010; REsp 619.148/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 1º.6.2010. A inversão do ônus da prova não é regra estática de julgamento, mas regra dinâmica de procedimento/instrução (EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe 21.6.2012).

A propósito:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIOS. PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. LIMITES DE INCIDÊNCIA. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 17, 18, 125, I, 282, 286, 333, I E II, 339, 355, 358, 359, 460 E 512 DO CPC; E 1.531 DO CC/16 (940 DO CC/02).

1. Ação indenizatória ajuizada em 16.02.2001. Recurso especial concluso ao gabinete em 21.10.2011 2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade civil das rés pelo apontamento indevido para protesto de notas promissórias.

3. Não há como se considerar presente na espécie: (i) a litigância de má-fé (art. 17 do CPC), pois a resistência da parte compreendeu apenas a juntada de alguns documentos contábeis, que não se mostraram indispensáveis à realização do trabalho pericial - tanto que não houve a instauração de incidente de exibição de documentos - e cuja recusa na apresentação guardou coerência com a tese de defesa; tampouco (ii) o dolo na cobrança de dívida já paga (art. 1.531 do CC/16), ante a existência de dúvida razoável quanto à efetiva quitação do débito, tendo a própria devedora admitido a possibilidade de haver saldo em aberto, visto que as transferências de dinheiro por ela efetuadas não eram discriminadas e as partes mantinham complexas e diversificadas relações jurídicas, oriundas da celebração de vários contratos, muitos deles entrelaçados e prejudiciais uns aos outros, originando diferentes débitos, garantias e obrigações, parte deles sem nenhuma relação com as notas promissórias apontadas para protesto. Ademais, sendo uma só a conduta supostamente caracterizadora tanto da litigância de má-fé quanto do dolo na cobrança de dívida já paga - qual seja, a recusa de submeter parte dos livros

contábeis à análise pericial - e não tendo o Tribunal Estadual enquadrado esse comportamento nas hipóteses do art. 17 do CPC, deve-se, por coerência, afastar também a incidência da sanção do art. 1.531 do CC/16.

4. No particular, não há como considerar incluído na indenização decorrente do protesto indevido das notas promissórias o pedido de compensação pelos prejuízos derivados da declaração de falência, na medida em que: (i) por ocasião da propositura da ação indenizatória, o pedido de falência sequer havia sido ajuizado, de sorte que as pretensões contidas na inicial certamente não abrangeram os danos advindos da quebra; (ii) o acórdão que decretou a falência ainda não transitou em julgado; (iii) a iniciativa de propor o pedido de falência foi exclusivamente de uma das empresas que figuram no polo passivo da ação indenizatória; e, mais importante, (iv) a autora ajuizou ação indenizatória autônoma objetivando especificamente o ressarcimento dos prejuízos advindos da decretação da sua falência, cujo pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição e que aguarda o julgamento da apelação interposta.

5. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo.

6. Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.

8. A litigância de má-fé deve ser distinguida da estratégia processual adotada pela parte que, não estando obrigada a produzir prova contra si, opta, conforme o caso, por não apresentar em juízo determinados documentos, contrários à suas teses, assumindo, em contrapartida, os riscos dessa postura. O dever das partes de colaborar com a Justiça, previsto no art. 339 do CPC, deve ser confrontado com o direito do réu à ampla defesa, o qual inclui, também, a escolha da melhor tática de resistência à pretensão veiculada na inicial. Por isso, o comportamento da parte deve sempre ser analisado à luz das peculiaridades de cada caso.

9. O art. 1.531 do CC/16, mantido pelo CC/02 em seu art. 940, institui uma autêntica pena privada, aplicável independentemente da existência de prova do dano, sanção essa cuja aplicação fica sujeita, pois, a uma exegese restritiva.

10. A aplicação da sanção prevista no artigo 1.531 do CC/16 - cobrança de dívida já paga - depende da demonstração de má-fé, dolo ou malícia, por parte do credor. Precedentes.

11. Recurso especial da autora a que se nega provimento. Recursos especiais das rés parcialmente providos.

(REsp 1286704/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013)

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. DEGRADAÇÃO DA

MATA ATLÂNTICA POR PASTAGEM DE ANIMAIS. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONCEITO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL, INCLUSIVE QUANDO A AÇÃO FOR PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. Trata-se, originariamente, de Ação Civil Pública ambiental. Em saneamento, o juízo de primeiro grau, entre outras providências, determinou a inversão do ônus da prova, decisão reformada pelo Tribunal de origem.

2. Para o acórdão recorrido, não é possível a inversão do ônus da prova nas ações ambientais e, se o for, exige-se a comprovação de hipossuficiência do autor, o que, de pronto, a afasta nas demandas em que for demandante o Ministério Público. Esse entendimento opõe-se ao esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, seja no particular âmbito das Ações Cíveis Públicas ambientais, seja, mais amplamente, na perspectiva da aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova.

POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM QUALQUER MODALIDADE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de incidência do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1.049.822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

4. Justifica-se a inversão do ônus da prova "a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009).

5. **Inúmeros precedentes do STJ admitem distribuição dinâmica do ônus probatório: REsp 69.309/SC, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 26.8.1996; AgRg no AREsp 216.315/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 6.11.2012; REsp 1.135.543/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 7.11.2012; REsp 1.084.371/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 12.12.2011; REsp 1.189.679/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, DJe 17.12.2010; REsp 619.148/MG, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 1º.6.2010. A inversão do ônus da prova não é regra estática de julgamento, mas regra dinâmica de procedimento/instrução (EResp 422.778/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Rel. p/ acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, DJe 21.6.2012).**

CONCEITO E ABRANGÊNCIA SUBJETIVA DE HIPOSSUFICIÊNCIA

6. Equivocado, nos litígios coletivos ou difusos, reduzir a hipossuficiência exclusivamente ao "necessitado" de recursos financeiros, pressuposto para a assistência judiciária, mas não para a inversão do ônus da prova. Na litigiosidade supraindividual, hipossuficiente é tanto o pobre (= carente material) como aquele que, "segundo as regras ordinárias de experiência" e

as circunstâncias do caso concreto, não dispõe de mecanismos aptos a fazer valer seu direito (= carente processual). Um e outro encontram-se, com base em transcendente valor de isonomia real, abrigados e protegidos pelo regime solidarista dos arts. 6º, VIII, e 117 do Código de Defesa do Consumidor.

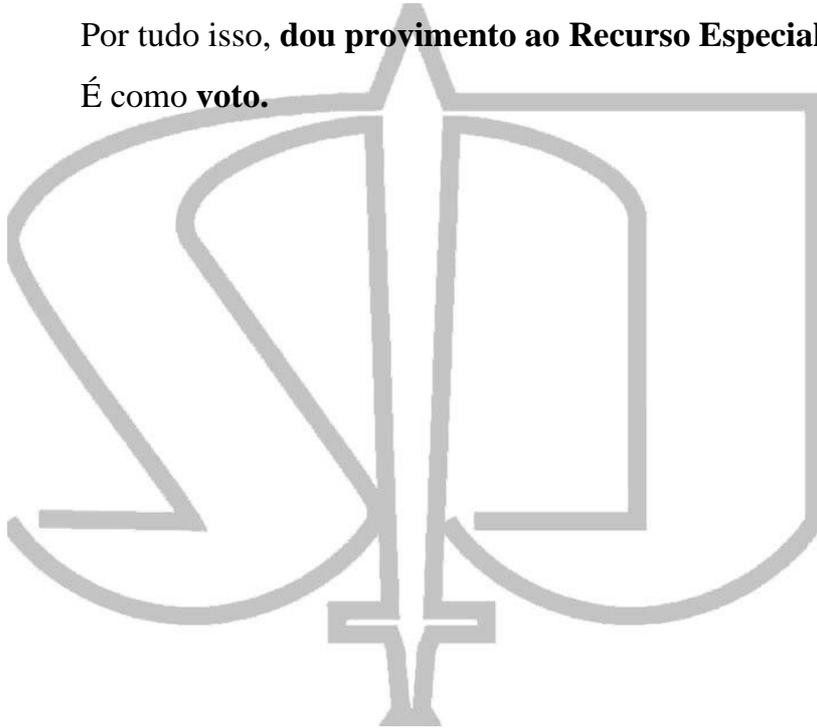
7. Na relação jurídica em que há substituição processual, a hipossuficiência deve ser analisada na perspectiva do substituto processual ou dos sujeitos-titulares do bem jurídico primário, qualquer uma das duas hipóteses bastando para legitimar a inversão do ônus da prova.

8. Recurso Especial provido.

(REsp 1235467/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 17/11/2016)

Por tudo isso, **dou provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2017/0079751-4

REsp 1.667.776 / SP

Números Origem: 00071816420088260554 71816420088260554

PAUTA: 13/06/2017

JULGADO: 13/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS SIMÕES MARTINS SOARES**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DANIEL MENDES FERREIRA (MENOR)
REPR. POR : FRANCISCA MENDES DOS SANTOS FERREIRA
REPR. POR : JOAO FERREIRA
ADVOGADO : LETICIA LOPEZ E OUTRO(S) - SP212781
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
ADVOGADOS : SANDRA MACEDO PAIVA - SP093166
DÉBORA DE ARAÚJO HAMAD - SP251419
CAMILA PERISSINI BRUZZESE E OUTRO(S) - SP212496
PRISCILA CARDOSO CASTREGINI - SP207333
DANIEL KOIFFMAN - SP229041

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO -
Responsabilidade da Administração - Indenização por Dano Material

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães (Presidente) e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.084.371 - RJ (2008/0185677-2)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : COLISEUM COMÉRCIO DE PUBLICAÇÕES LTDA
ADVOGADO : HUGO LEITE JERKE E OUTRO(S)
RECORRIDO : FRANCISCO SIEIRA GORGAL
ADVOGADO : LEONARDO LOBO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PROCEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. REGRA GERAL DO ART. 333 DO CPC. INCIDÊNCIA. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO.

1. O processo monitorio divide-se em duas fases distintas – monitoria e executiva – apartadas por um segundo processo, os embargos, de natureza incidental e posto à disposição do réu para, querendo, impugnar as alegações do autor.

2. A fase monitoria é de cognição sumária, sempre *inaudita altera pars*, cabendo ao juiz verificar a regularidade formal da ação, a presença dos pressupostos para o regular desenvolvimento do processo e, sobretudo, a idoneidade do documento apresentado como prova da existência do crédito.

3. Opostos os embargos pelo réu, inaugura-se um novo processo que, nos termos do art. 1.102-C, § 2º, do CPC, tramitará pelo rito ordinário, dotado de cognição plena e exauriente, com ampla dilação probatória. Assim, a cognição, que em princípio é sumária, será dilatada mediante iniciativa do réu em opor embargos, permitindo que se forme um juízo completo e definitivo sobre a existência ou não do direito do autor.

4. O processo monitorio não encerra mudança na regra geral de distribuição do ônus da prova contida no art. 333 do CPC. O fato de, na ação monitoria, a defesa ser oferecida em processo autônomo, não induz a inversão do ônus da prova, visto que essa inversão se dá apenas em relação à iniciativa do contraditório.

5. O documento que serve de base para a propositura da ação monitoria gera apenas a presunção de existência do débito, a partir de um juízo perfunctório próprio da primeira fase do processo monitorio. Trazendo o réu-embargante elementos suficientes para contrapor a plausibilidade das alegações que levaram à expedição do mandado de pagamento, demonstrando a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado na inicial, caberá ao autor-embargado superar os óbices criados, inclusive com a apresentação de documentação complementar, se for o caso.

6. Apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitorio admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

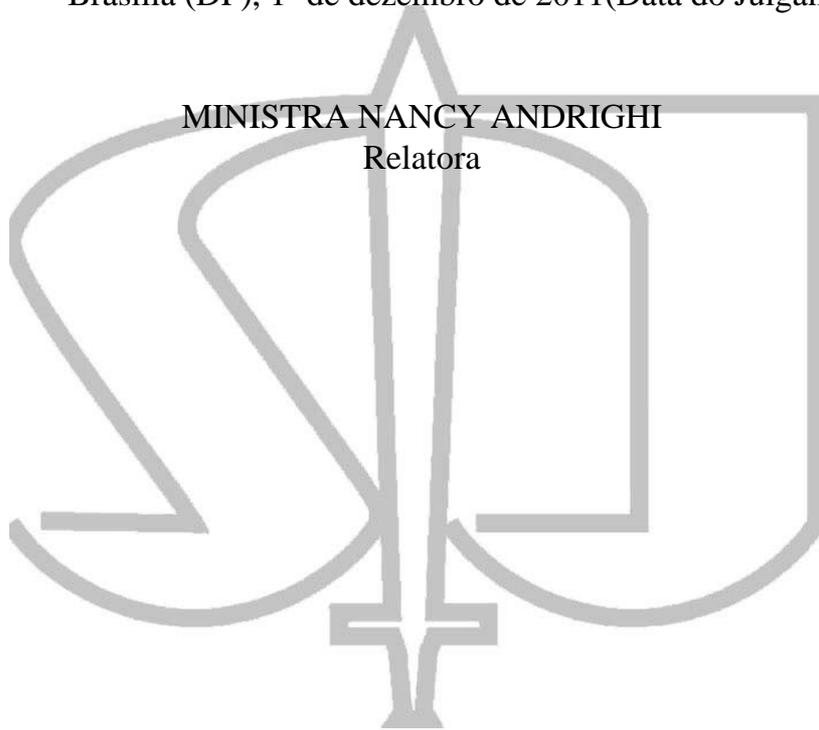
7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, retifica-se a decisão proferida na sessão do dia 17/11/2011 para, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Brasília (DF), 1º de dezembro de 2011(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora



RECURSO ESPECIAL Nº 1.084.371 - RJ (2008/0185677-2)

RECORRENTE : COLISEUM COMÉRCIO DE PUBLICAÇÕES LTDA
ADVOGADO : HUGO LEITE JERKE E OUTRO(S)
RECORRIDO : FRANCISCO SIEIRA GORGAL
ADVOGADO : LEONARDO LOBO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por COLISEUM COMÉRCIO DE PUBLICAÇÕES LTDA. com fundamento no art. 105, III, “a”, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/RJ.

Ação: monitória, ajuizada por FRANCISCO SIEIRA GORGAL em desfavor da recorrente, tendo por base instrumento de confissão de dívida por meio do qual a empresa confessa dever ao recorrido a quantia de R\$1.073.000,00.

Embargos: oferecidos pela recorrente, alegando a insubsistência do instrumento de confissão de dívida.

Sentença: julgou improcedentes os pedidos iniciais (fls. 927/932, e-STJ).

Acórdão: o TJ/RJ deu provimento ao apelo do recorrido, nos termos do acórdão (fls. 974/977, e-STJ) assim ementado:

Monitória. Demanda ajuizada com base em documento de confissão de dívida. Tese defensiva baseada na existência de vícios de vontade. Não comprovação. Adequabilidade da via eleita. Inteligência dos artigos 1102-a e seguintes, da lei de ritos. Recurso com argumentos contrários à disposição legal. Conhecimento e seu provimento.

Embargos de declaração: interpostos pela recorrente, foram rejeitados pelo TJ/RJ (fls. 1.083/1.086, e-STJ).

Embargos de declaração nos embargos de declaração: novamente interpostos pela recorrente, foram parcialmente acolhidos pelo TJ/RJ, apenas para sanar erro material, sem efeitos infringentes.

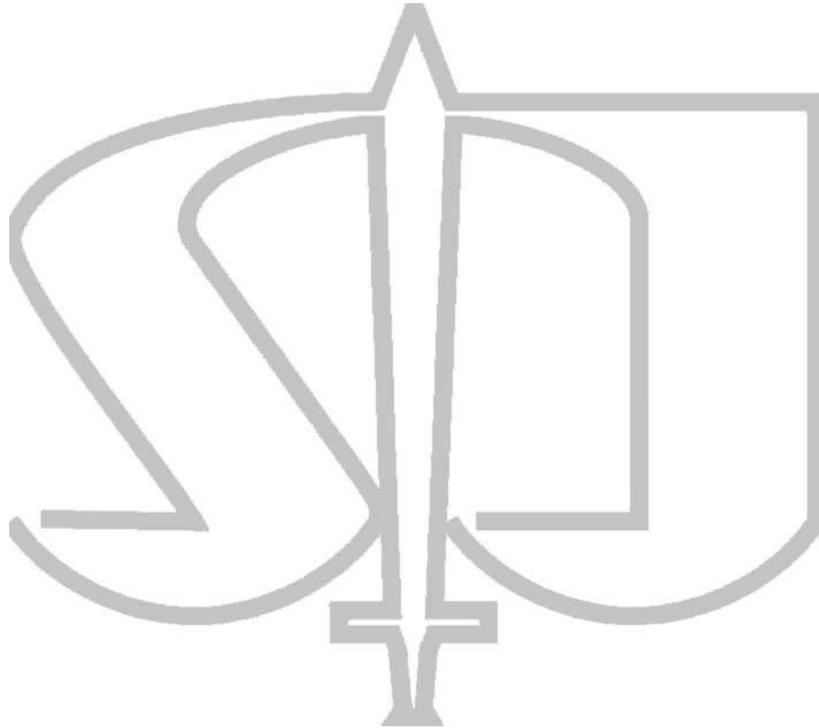
Recurso especial: alega violação dos arts. 138, 151, 167, 168, 169, 476,

Superior Tribunal de Justiça

586, 1.267 e 2.035 do CC/02; 85, 86, 102, II, 620, 1.092 e 1.256 do CC/16; e 333, I, 460, 515, 516, 517, 1.102-A e 1.102-B do CPC.

Prévio juízo de admissibilidade: o TJ/RJ admitiu o recurso especial (fls. 1.198/1.200, e-STJ).

É o relatório.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.084.371 - RJ (2008/0185677-2)

RELATORA : **MINISTRA NANCY ANDRIGHI**
RECORRENTE : COLISEUM COMÉRCIO DE PUBLICAÇÕES LTDA
ADVOGADO : HUGO LEITE JERKE E OUTRO(S)
RECORRIDO : FRANCISCO SIEIRA GORGAL
ADVOGADO : LEONARDO LOBO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cinge-se a lide a determinar se, na espécie, o documento apresentado em ação monitória como prova da existência do crédito era idôneo. Incidentalmente, analisa-se a sistemática procedimental do processo monitório, sobretudo no que tange à distribuição dos ônus da prova.

I. Prequestionamento.

Inicialmente, constato a ausência de prequestionamento dos arts. 2.035 do CC/02 e 460 do CPC, a despeito da interposição de embargos de declaração, circunstância que inviabiliza o conhecimento do recurso especial à luz dos referidos dispositivos legais. Incide à espécie a Súmula 211/STJ.

II. Dos vícios de consentimento. Violação dos arts. 85 e 86 do CC/16; e 138 e 151 do CC/02.

De acordo com a recorrente, “no caso dos autos tem-se uma confissão de dívida 'preparada' pelo recorrido”, afirmando que “a declaração de vontade dos sócios emanou de erro substancial (...), assim como do dolo do recorrido em ludibriar os sócios quanto ao valor (...), bem como pela coação relativa ao fundado temor de dano patrimonial” (fls. 1.110 e 1.114, e-STJ).

O TJ/RJ, porém, consigna que “não foram comprovados os alegados vícios

de vontade” (fl. 977, e-STJ), de maneira que o acolhimento das teses suscitadas pela recorrente exigiria o revolvimento do substrato fático-probatório dos autos, em especial as cláusulas do instrumento de confissão de dívida em que se fundamenta a ação monitória, procedimento vedado pelos enunciados nº 05 e 07 da Súmula/STJ.

Sendo assim, não há como conhecer do presente item do recurso especial.

III. Do montante que deu origem à confissão de dívida. Violação dos arts. 476, 586 e 1.267 do CC/02; 620, 1.092 e 1.256 do CC/16; e 333, I, 515, 516, 517, 1.102-A e 1.102-B do CPC.

A recorrente aduz que “jamais recebeu do recorrido o suposto numerário de R\$1.073.000,00”, ponderando que “se não houve a entrega do dinheiro não há como se condenar a recorrente a devolvê-lo, sob pena de violar o disposto nos arts. 586 e 1.267, ambos do Código Civil” (fl. 1.116/1.117, e-STJ).

Alega, ainda, que o a decisão recorrida ofendeu os arts. 333, I, 515, 516 e 517 do CPC, por “ter ignorado duas perícias que provaram que o recorrido não entregou o suposto dinheiro” (fl. 1.127, e-STJ).

Antes de analisar a hipótese específica dos autos, impende tecer algumas considerações acerca da sistemática procedimental da ação monitória.

O processo monitório divide-se em duas fases distintas – monitória e executiva – apartadas por um segundo processo, os embargos, de natureza incidental e posto à disposição do réu para, querendo, impugnar as alegações do autor.

A fase monitória é de cognição sumária, sempre *inaudita altera pars*, cabendo ao juiz verificar a regularidade formal da ação, a presença dos pressupostos para o regular desenvolvimento do processo e, sobretudo, a idoneidade do documento apresentado como prova da existência do crédito.

Opostos os embargos pelo réu, inaugura-se um novo processo que, nos termos do art. 1.102-C, § 2º, do CPC, tramitará pelo rito ordinário, dotado de cognição plena e exauriente, com ampla dilação probatória.

Superior Tribunal de Justiça

Assim, a cognição, que em princípio é sumária, será dilatada mediante iniciativa do réu em opor embargos, permitindo que se forme um juízo completo e definitivo sobre a existência ou não do direito do autor.

Não se deve, no entanto, confundir o ônus de iniciar o contraditório, que no processo monitorio se dá às avessas, com a inversão do ônus da prova. Em outras palavras, o fato de, na ação monitoria, a defesa ser oferecida em processo autônomo, não induz a inversão do ônus da prova, visto que essa inversão se dá apenas em relação à iniciativa do contraditório.

Nesse contexto, Nei Calderon observa que “o fato de a parte passiva ter o encargo de iniciar o contraditório, com a apresentação dos embargos, não tira do autor a obrigação de eliminar a existência de dúvidas apontadas na oposição, devendo, por outro lado, ser encarado pelo embargante, que terá de arcar com o ônus da prova para desconstituir os fatos e os direitos afirmados pelo autor” (**Ação monitoria no direito positivo brasileiro**. São Paulo: Leud, 2004, p. 124).

Em resumo, portanto, o processo monitorio não encerra mudança na regra geral de distribuição do ônus da prova contida no art. 333 do CPC.

Por outro lado, não se pode esquecer de que o documento que serve de base para a propositura da ação gera apenas a presunção de existência do débito, a partir de uma juízo perfunctório próprio da primeira fase do processo monitorio.

Cândido Rangel Dinamarco bem anota que

não se exclui que, por força do documento necessariamente trazido com a petição inicial do processo monitorio ou de alguma outra circunstância possível caso a caso, alguma presunção se estabeleça em favor do autor-embargado (...) mas não será lícito carregar ao embargante o ônus de provas negativas, só pelo fato de figurar ele como demandante no processo de embargos (**Instituições de direito processual civil**, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 764).

Dessa forma, trazendo o réu-embargante elementos suficientes para contrapor a plausibilidade das alegações que levaram à expedição do mandado de pagamento, demonstrando a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do

direito invocado na inicial, caberá ao autor-embargado superar os óbices criados, inclusive com a apresentação de documentos complementares, se for o caso.

Vale, nesse ponto, nova referência aos ensinamentos de Nei Calderon, para quem

não havendo participação do réu no procedimento inicial, cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, reunindo a prova escrita como comprovação. No entanto, com a apresentação dos embargos, para ele ainda persiste o dever de rebater os fatos de dúvida levantados pelo embargante, inclusive com **complementação de nova documentação** (*op. cit.*, p. 125) (sem destaque no original).

Finalmente, vale frisar que, apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitorio admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a *probatio diabolica*, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o *onus probandi*, por assentar-se em regras rígidas e objetivas.

Ao comentar essa teoria, Humberto Theodoro Junior anota que, “conforme as particularidades da causa e segundo a evolução do processo, o Juiz pode deparar-se com situações fáticas duvidosas em que a automática aplicação da distribuição legal do *onus probandi* não se mostra razoável para conduzi-lo a uma segura convicção acerca da verdade real” (**Curso de direito processual civil**, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 43ª ed., 2008, p. 191).

Com base na teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.

Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da isonomia (arts. 5º, *caput*, da CF, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art. 5º XXXV,

da CF), da solidariedade (art. 339 do CPC) e da lealdade e boa-fé processual (art. 14, II, do CPC), bem como os poderes instrutórios do Juiz (art. 355 do CPC).

A aplicabilidade da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova às ações monitórias é de certa forma suscitada por Ernane Fidelis dos Santos, que destaca a necessidade de se estabelecer uma distinção “entre o ponto fundamental dos ônus da prova e dos que se distribuem no correr de sua produção”, salientando ser irrelevante “a posição da parte no processo para a distribuição do ônus probatório (...), na consideração de que o que se busca, no caso, como critério subsidiário de julgamento, é a verificação do interesse de cada qual na instrução, sem importar que se apresente como autor ou réu” (**Ação monitória**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, pp. 164-166).

Na hipótese específica dos autos, o TJ/RJ reconheceu que “as provas pericial de engenharia e contábil não concluíram pelo lançamento do valor na escrita contábil”, mas ressaltou que “nem todos os valores de receita e de despesas são lançados na contabilidade de uma empresa”, acrescentando que “o simples fato de constar dos autos um documento de confissão de dívida é suficiente (...), presumindo-se que o valor tenha sido entregue. Na verdade, ninguém assina confissão de dívida de valor não recebido” (fl. 1.085, e-STJ).

Essa decisão, contudo, não se coaduna com as considerações supramencionadas, acerca da distribuição do ônus da prova no processo monitório.

Tendo a recorrente suscitado dúvida sobre a efetiva transferência dos valores que deram causa à confissão de dívida, cabia ao recorrido demonstrar que de fato repassou o numerário à empresa, confirmando a presunção inicialmente criada pelo documento apresentado, mas posta em xeque pela suposta devedora.

Note-se, por oportuno, que o não recebimento do dinheiro constitui prova negativa, impossível de ser produzida pela recorrente. Ainda assim, nos limites do que lhe era dado provar, a recorrente demonstrou, via perícia, não ter recebido o numerário. Mesmo que, como frisado pelo TJ/RJ, não se trate de prova irrefutável – ante à possibilidade de manipulação dos lançamentos contábeis de uma empresa – a prova pericial afigura-se suficiente para lançar incerteza sobre a idoneidade do instrumento de

confissão de dívida.

A partir daí, cumpria ao recorrido transpor essa fato impeditivo do seu direito, não apenas porque sobre ele recaia o ônus dessa prova, mas sobretudo por ser o único capaz de produzi-la.

Cuidava-se, aliás, de prova singela. Bastava ao recorrido apresentar os comprovantes de transferência para a recorrente e/ou os comprovantes das despesas por ele suportadas em benefício da empresa, totalizando o valor objeto da confissão de dívida.

Todavia, o recorrido em momento algum trouxe aos autos qualquer prova dessas transferências, nem sequer esclareceu de que forma teria sido realizado o aporte de capital. Preferiu aderir à tese de que o instrumento de confissão de dívida constituiria presunção absoluta da existência do débito, convenientemente ignorando a prova que se produziu em sentido contrário.

Em síntese, o acórdão do TJ/RJ deixou de observar as peculiaridades do processo monitorio, incorrendo em equívoco na distribuição do ônus da prova, com violação dos arts. 333 e 1.102-A e seguintes do CPC.

Forte nessas razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa parte, DOU-LHE PROVIMENTO, para acolher os embargos à ação monitoria opostos por COLISEUM COMÉRCIO DE PUBLICAÇÕES LTDA. e julgar improcedente o pedido, extinguindo o processo com exame do mérito, nos moldes da sentença.

Condene FRANCISCO SIEIRA GORGAL nas custas processuais e nos honorários advocatícios, arbitrados em R\$50.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2008/0185677-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.084.371 / RJ**

Números Origem: 200713504024 200813505322 581742008

PAUTA: 17/11/2011

JULGADO: 17/11/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COLISEUM COMÉRCIO DE PUBLICAÇÕES LTDA

ADVOGADO : HUGO LEITE JERKE E OUTRO(S)

RECORRIDO : FRANCISCO SIEIRA GORGAL

ADVOGADO : LEONARDO LOBO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva votaram com a Sra. Ministra Relatora.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA TURMA**

Número Registro: 2008/0185677-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.084.371 / RJ**

Números Origem: 200713504024 200813505322 581742008

PAUTA: 17/11/2011

JULGADO: 01/12/2011

Relatora

Exma. Sra. Ministra **NANCY ANDRIGHI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : COLISEUM COMÉRCIO DE PUBLICAÇÕES LTDA

ADVOGADO : HUGO LEITE JERKE E OUTRO(S)

RECORRIDO : FRANCISCO SIEIRA GORGAL

ADVOGADO : LEONARDO LOBO DE ALMEIDA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retifica-se a decisão proferida na sessão do dia 17/11/2011 para: a Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Superior Tribunal de Justiça

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 216.315 - RS (2012/0168635-5)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : **CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A ELETROBRÁS**
ADVOGADO : **CLEBER MARQUES REIS E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **SULPINO LTDA**
ADVOGADO : **FÁBIO EMANUEL ILSER DE MEIRELLES**
INTERES. : **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADOR : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A VERIFICAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE DA ELETROBRÁS.

1. Pode o juiz ordenar que a Eletrobrás exiba documento que se ache em seu poder, a fim de permitir-se que sejam efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório. Essa providência é salutar e caminha rumo ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, já que nessas ações são questionados valores referentes a quase quinze anos - normalmente valores relativos aos recolhimentos efetuados entre 1977 e 1993, correspondentes às 72ª, 82ª e 143ª Assembléias Gerais Extraordinárias da Eletrobrás, que homologaram respectivamente a 1ª, a 2ª e a 3ª conversões dos créditos em ações preferenciais - não sendo razoável exigir do contribuinte que guarde todas as suas contas mensais de energia elétrica a fim de calcular o devido. De fato, compete à Eletrobrás manter o exato controle dos valores pagos e a serem devolvidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, até porque é a própria Eletrobrás que constitui os créditos escriturais em favor dos contribuintes, os atualiza, sobre eles paga juros e posteriormente os converte em ações.

2. Não há qualquer ilegalidade na determinação judicial para que a Eletrobrás, ora recorrente, apresente os documentos mencionados. Isso porque a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco."

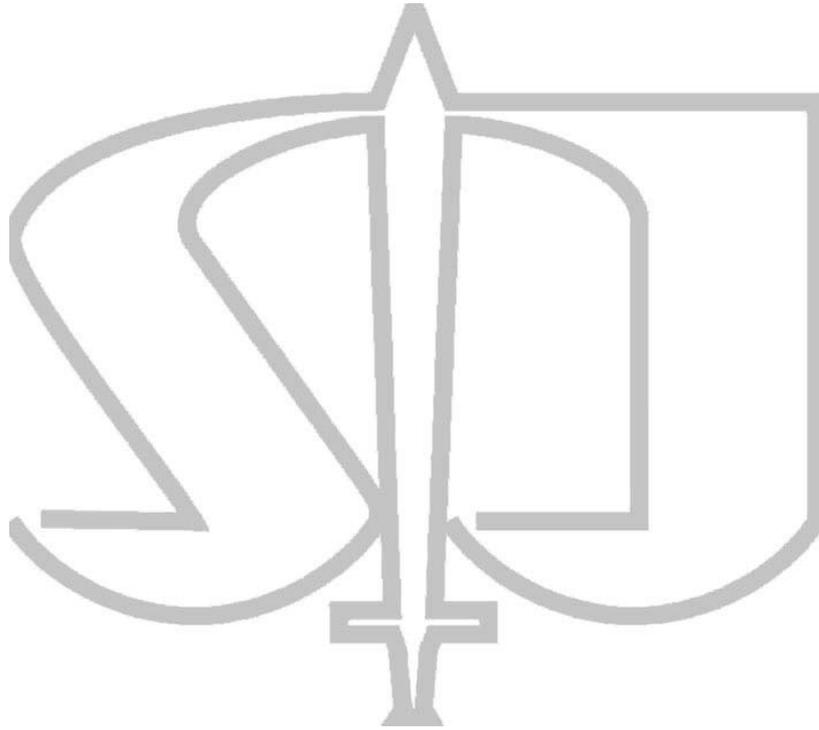
Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman

Superior Tribunal de Justiça

Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2012.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



Superior Tribunal de Justiça

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 216.315 - RS (2012/0168635-5)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : **CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A ELETROBRÁS**
ADVOGADO : **CLEBER MARQUES REIS E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **SULPINO LTDA**
ADVOGADO : **FÁBIO EMANUEL ILSER DE MEIRELLES**
INTERES. : **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADOR : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Trata-se de agravo regimental interposto por Centrais Elétricas Brasileiras S/A - Eletrobrás contra a decisão através da qual conheci do agravo para negar seguimento ao recurso especial nos termos da seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. ÔNUS DA PROVA. APLICABILIDADE DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

Neste agravo regimental, a Eletrobrás afirma que não contesta o poder do juiz de conduzir o processo, mas questiona se a parte adversa não poderia produzir a prova de suas próprias alegações. Segundo a agravante, caberia à parte autora comprovar suas alegações e juntar aos autos os documentos necessários à comprovação dos fatos alegados na petição inicial da ação, nos termos dos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC.

É o relatório.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 216.315 - RS (2012/0168635-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A VERIFICAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE DA ELETROBRÁS.

1. Pode o juiz ordenar que a Eletrobrás exiba documento que se ache em seu poder, a fim de permitir-se que sejam efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório. Essa providência é salutar e caminha rumo ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, já que nessas ações são questionados valores referentes a quase quinze anos - normalmente valores relativos aos recolhimentos efetuados entre 1977 e 1993, correspondentes às 72ª, 82ª e 143ª Assembléias Gerais Extraordinárias da Eletrobrás, que homologaram respectivamente a 1ª, a 2ª e a 3ª conversões dos créditos em ações preferenciais - não sendo razoável exigir do contribuinte que guarde todas as suas contas mensais de energia elétrica a fim de calcular o devido. De fato, compete à Eletrobrás manter o exato controle dos valores pagos e a serem devolvidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, até porque é a própria Eletrobrás que constitui os créditos escriturais em favor dos contribuintes, os atualiza, sobre eles paga juros e posteriormente os converte em ações.

2. Não há qualquer ilegalidade na determinação judicial para que a Eletrobrás, ora recorrente, apresente os documentos mencionados. Isso porque a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC.

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): A irresignação não merece acolhida.

Pode o juiz ordenar que a Eletrobrás exiba documento que se ache em seu poder, a fim de permitir-se que sejam efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório.

Essa providência é salutar e caminha rumo ao princípio da efetividade da prestação jurisdicional, já que nessas ações são questionados valores referentes a quase quinze anos -

normalmente valores relativos aos recolhimentos efetuados entre 1977 e 1993, correspondentes às 72^a, 82^a e 143^a Assembléias Gerais Extraordinárias da Eletrobrás, que homologaram respectivamente a 1^a, a 2^a e a 3^a conversões dos créditos em ações preferenciais - não sendo razoável exigir do contribuinte que guarde todas as suas contas mensais de energia elétrica a fim de calcular o devido.

De fato, compete à Eletrobrás manter o exato controle dos valores pagos e a serem devolvidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, até porque é a própria Eletrobrás que constitui os créditos escriturais em favor dos contribuintes, os atualiza, sobre eles paga juros e posteriormente os converte em ações. Nesse sentido, transcrevo trecho do voto-vista por mim proferido por ocasião do julgamento do REsp. Nº 1.028.592 - RS:

1. Do empréstimo compulsório de energia elétrica e sua sistemática de recolhimento e devolução.

O empréstimo compulsório de energia elétrica foi **instituído** pelo art. 4º, da Lei n. 4.156/62, e posteriormente prorrogado até 31/12/73 pelo art. 2º, *caput*, da Lei nº 5.073/66, depois prorrogado até 31.12.83 pela Lei nº. 5.824/72, art. 1º, e teve nova e última prorrogação até o final de 1993 pelo art. 1º da Lei nº. 7.181/83.

No período que interessa à presente ação, tinha por **fato gerador** o consumo de energia elétrica. Por **alíquota**, os percentuais de 32,5% ou de 10% multiplicados pela chamada Tarifa Fiscal – TF (AL = 32,5% X TF ou AL = 10% X TF). E por **base de cálculo** o consumo em quilowatt, hora – KWh (BC = KWh). Tudo na forma do art. 1º, da Lei n. 6.180/74, art. 1º, I, da Lei n. 5.824/72 e art. 1º, do Decreto-Lei n. 1.936/82.

O **sujeito passivo**, a partir de 1º de janeiro de 1977, era o consumidor industrial com consumo maior que 2000 KWh mensais (art. 5º, do Decreto-Lei n. 1.512/76).

O **agente arrecadador** era o distribuidor de energia elétrica – concessionário que efetuava a cobrança do sujeito passivo mês a mês juntamente com a cobrança da conta de consumo de energia elétrica e o recolhia à ordem da ELETROBRÁS (art. 4º, §1º, da Lei n. 4.156/62). Também era dos concessionários distribuidores a obrigação de incluir nas contas os dados e valores relativos ao pagamento dos juros e resgate do principal (Decreto n. 81.668/78).

Para a **devolução**, determinou o art. 2º, do Decreto-Lei n. 1.512/76 que o somatório das contribuições efetuadas mês a mês constitui, em 1º de janeiro do ano seguinte, crédito do consumidor industrial a título de empréstimo compulsório. O mesmo artigo do ato normativo previu, como elemento acidental do negócio jurídico, o termo de 20 anos para o resgate desse crédito, com juros compensatórios/remuneratórios de 6% ao ano a serem pagos no mês de julho do ano seguinte ao da constituição, mediante compensação nas contas de energia elétrica.

Previu também o §2º, do art. 2º, do citado Decreto-Lei, que o crédito constituído em 1º de janeiro sofreria correção monetária na forma do art. 3º, da Lei n. 4.357/66 (forma de correção monetária do ativo fixo), tendo sido facultado à ELETROBRÁS a instituição de unidade padrão – UP a fim de corrigir os créditos constituídos (art. 3º, parágrafo único, do Decreto n. 81.668/78). Convém ressaltar que o art. 48, parágrafo único, do Decreto n. 68.419/71, já previa que a correção

Superior Tribunal de Justiça

monetária tinha por termo inicial a data da constituição do crédito.

O art. 3º, também do Decreto-Lei n. 1.512/76, criou condição potestativa (elemento acidental) ao negócio jurídico ao facultar à ELETROBRÁS, mediante Assembléia Geral, promover o vencimento antecipado do crédito e convertê-lo em participação acionária ou efetuar essa conversão somente quando do seu vencimento em 20 anos.

O art. 3º da Lei nº. 7.181/83 permitiu o pagamento de juros compensatórios/remuneratórios em parcelas mensais e não mais tudo concentrado em julho. Já o art. 4º da mesma lei definiu que, em caso de pagamento do resgate mediante ações preferenciais estas seriam convertidas pelo valor patrimonial das ações em 31 de dezembro do ano anterior ao da Assembléia de Conversão.

No caso concreto, o Tribunal *a quo* se manifestou nos seguintes termos (fls. 91/92):

Na hipótese dos autos, a demandante objetiva receber diferenças de correção monetária e juros remuneratórios sobre os créditos de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, e atribuiu à causa o valor de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais).

O juiz *a quo* determinou que a parte autora elaborasse o cálculo exato, acompanhado de memória discriminada, do valor que entendia devido. Todavia, em casos como o presente, a apuração do valor exato implica na realização de cálculos complexos, não se podendo exigir da parte autora que os apresente de forma antecipada apenas para fixar o valor da causa.

O que se afigura admissível é determinar que a parte autora apresente memorial de cálculo aproximado ou material comprobatório da coerência do valor atribuído.

De qualquer sorte, restou demonstrado nas petições dos eventos 6 e 11 que a autora requereu à Celesc - Centrais Elétricas de Santa Catarina que lhe fornecesse informações atualizadas sobre o montante de créditos constituídos em seu nome e não obteve êxito. Requereu, então, a intimação da Eletrobrás para apresentar ao Juízo todos os registros dos valores de empréstimo compulsório, inscritos no cadastro de contribuintes (CICE 7065870-6), pois necessários para a elaboração do cálculo (evento 16).

Nessa senda, considerando a dificuldade da autora de obter os documentos necessários para a demonstração do valor perseguido na demanda, justifica-se a intervenção judicial.

Assim, a sentença deve ser anulada e os autos devolvidos à origem para que seja intimada a Eletrobrás para apresentar os documentos requeridos, possibilitando que a autora elabore memorial de cálculo aproximado dos valores que entende devidos.

Não há qualquer ilegalidade na determinação judicial para que a Eletrobrás, ora recorrente, apresente os documentos mencionados. Isso porque a teoria de distribuição dinâmica do encargo probatório propicia a flexibilização do sistema, e permite ao juiz que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la. Logo, não há que se falar em contrariedade aos arts. 283, 333, I, e 396 do CPC.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A VERIFICAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE DA ELETROBRÁS.

1. Não resta configurado o dissídio quando ausente a similitude fática, com soluções jurídicas diversas, entre o acórdão atacado e o acórdão paradigma.
2. Em fase de liquidação de sentença pode o juiz ordenar que a Eletrobrás exiba documento que se ache em seu poder, a fim de permitir que sejam efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório.
3. Providência salutar já que nessas ações são questionados valores referentes a mais de quinze anos - normalmente relativos aos recolhimentos efetuados entre 1977 e 1993, correspondentes às 72^a, 82^a e 143^a Assembléias Gerais Extraordinárias da Eletrobrás, que homologaram respectivamente a 1^a, a 2^a e a 3^a conversões dos créditos em ações preferenciais - não sendo razoável exigir do contribuinte que guarde todas as suas contas mensais de energia elétrica a fim de calcular o devido.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 674.132/RS, 2^a Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 15.10.2009)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA. COMPROVAÇÃO DA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE. INSTRUÇÃO DA INICIAL. RESPONSABILIDADE DO PARTICULAR. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS PARA A VERIFICAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS NAS CONTAS DE ENERGIA ELÉTRICA. RESPONSABILIDADE DA ELETROBRÁS.

1. Cabe ao autor instruir a petição inicial com os documentos indispensáveis à propositura da ação (art. 283, do CPC). Esses documentos, no caso da pretensão à correção monetária sobre os valores recolhidos a título de empréstimo compulsório sobre energia elétrica, são aqueles que comprovam a qualidade de contribuinte do autor, bem como os períodos em que contribuiu.
2. Somente mais adiante, em fase de liquidação de sentença, pode o juiz ordenar que a Eletrobrás exiba documento que se ache em seu poder, a fim de permitir que sejam efetuados corretamente os cálculos dos valores devidos em razão da correção monetária dos valores recolhidos a título de empréstimo compulsório.
3. Providência salutar já que nessas ações são questionados valores referentes a mais de quinze anos - normalmente relativos aos recolhimentos efetuados entre 1977 e 1993, correspondentes às 72^a, 82^a e 143^a Assembléias Gerais Extraordinárias da Eletrobrás, que homologaram respectivamente a 1^a, a 2^a e a 3^a conversões dos créditos em ações preferenciais - não sendo razoável exigir do contribuinte que guarde todas as suas contas mensais de energia elétrica a fim de calcular o devido. Precedente: REsp. n.º 674.132 - RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 06.10.2009.
4. No caso concreto a corte de origem entendeu que o contrato social do autor juntado à inicial foi suficiente para demonstrar sua qualidade de contribuinte, conclusão que não pode ser infirmada a teor das Súmulas ns. 5 e 7/STJ.

Superior Tribunal de Justiça

5. Recurso especial não conhecido. (REsp 1.294.587/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 10.4.2012)

À vista do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2012/0168635-5

**AgRg no
AREsp 216.315 / RS**

Números Origem: 50005822720104047206 SC-50005822720104047206

PAUTA: 23/10/2012

JULGADO: 23/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A ELETROBRÁS
ADVOGADO : CLEBER MARQUES REIS E OUTRO(S)
AGRAVADO : SULPINO LTDA
ADVOGADO : FÁBIO EMANUEL ILSER DE MEIRELLES
INTERES. : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Empréstimos Compulsórios - Energia Elétrica

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S/A ELETROBRÁS
ADVOGADO : CLEBER MARQUES REIS E OUTRO(S)
AGRAVADO : SULPINO LTDA
ADVOGADO : FÁBIO EMANUEL ILSER DE MEIRELLES
INTERES. : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco."

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 619.148 - MG (2003/0231962-3)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : BANCO RURAL S/A
ADVOGADO : DECIO FLAVIO GONCALVES TORRES FREIRE E OUTRO
RECORRIDO : INDÚSTRIAS REUNIDAS DE COLCHÕES LTDA - IRCOL E OUTROS
ADVOGADO : SILMARA NOGUEIRA VIDAL E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR.

1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo.
2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.
3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 20 de maio de 2010(data do julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator

RECURSO ESPECIAL Nº 619.148 - MG (2003/0231962-3)

RECORRENTE : BANCO RURAL S/A
ADVOGADO : DECIO FLAVIO GONCALVES TORRES FREIRE E OUTRO
RECORRIDO : INDÚSTRIAS REUNIDAS DE COLCHÕES LTDA - IRCOL E
OUTROS
ADVOGADO : SILMARA NOGUEIRA VIDAL E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Cuida-se, na origem, de agravo de instrumento tirado de decisão proferida em execução de título extrajudicial, que indeferiu o bloqueio de saldo disponível em contas correntes do executado, ao fundamento de não ter sido "comprovado nos autos que o valor ali encontrado não seja proveniente do salário (...)" (fl. 50).

Interposto agravo de instrumento pelo exequente, foi ele improvido por acórdão cuja ementa se transcreve:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PENHORA DE SALÁRIO PELO BANCO - IMPOSSIBILIDADE - ÔNUS DA PROVA - VOTO VENCIDO.

- A penhora de salário é vedada por lei (art. 649, IV, do CPC).

- Nesse caso, incumbe ao exequente o ônus da prova de que o saldo encontrado na conta corrente do executado não é proveniente de salário, a teor do art. 333, I, do CPC.

- Agravo não provido.

Voto vencido: Nos termos do art. 333 do CPC, a quem alega incumbe o ônus da prova. Assim, caberia ao titular da conta corrente, que alega ser de natureza salarial, portanto impenhorável, a verba depositada na conta corrente, de que é titular, prová-lo. Se não o fez e, não sendo possível ao juiz presumi-lo, *data venia*, o recurso deve ser provido. (Juiz Edgard Penna Amorim) (fl. 98).

Sobreveio recurso especial, fundado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alega, além de dissídio, ofensa ao art. 333, inciso II, do CPC, ao argumento de caber ao executado a prova de que os saldos identificados em contas correntes possuem natureza salarial.

Contra-arrazoado (fls. 119/126), o especial foi admitido (128/129).

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 619.148 - MG (2003/0231962-3)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : BANCO RURAL S/A
ADVOGADO : DECIO FLAVIO GONCALVES TORRES FREIRE E OUTRO
RECORRIDO : INDÚSTRIAS REUNIDAS DE COLCHÕES LTDA - IRCOL E
OUTROS
ADVOGADO : SILMARA NOGUEIRA VIDAL E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR.

1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo.

2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Primeiramente, ressalto não se tratar de hipótese de retenção do recurso especial (art. 542, § 3º, do CPC), porquanto o apelo extremo foi interposto com vistas a reforma de decisão proferida em processo de execução, circunstância não prevista no indigitado dispositivo.

3. No mérito, a celeuma cinge-se em saber a quem cabe o ônus da prova de que os saldos identificados em contas correntes do executado possuem natureza salarial.

3.1. Ressalto, de saída, que, por disposição expressa do Código de Processo Civil, a penhora deverá recair preferencialmente sobre bens de maior liquidez, e, nesse sentido, o "dinheiro" encabeça a ordem de preferência prevista no art. 655 do CPC. Porém, o dispositivo ora em análise encontra limitação no art. 649, inciso IV, do mesmo Diploma, ao proclamar a impenhorabilidade do salário.

É bem verdade que, como bem salientou o juízo da execução (fl. 50), a lei presume que o salário se destina à manutenção de quem o auferir, ou seja, ao seu sustento e da sua família.

3.2. Porém, daí concluir que todo e qualquer depósito existente em conta corrente presume-se de natureza salarial vai um passo largo.

Diante da preferência da penhora sobre o dinheiro, estatuída pelo CPC, eventual impenhorabilidade, por se tratar de verba salarial, deve ser entendida como exceção, a pesar sobre quem excepciona o ônus de provar a arguição, mormente em hipóteses como a tratada nos autos, em que se pleiteou a penhora em contas abertas em três instituições financeiras diferentes, inclusive em cidades diversas (fl. 47).

3.3. Em realidade, sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo.

Nesse sentido, é o sempre lúcido magistério de Nelson Nery Junior, para quem "quando o réu excepciona o juízo, nasce para ele o ônus da prova dos fatos que alegar na exceção, como se autor fosse (*reus in exceptione actor est*)" (Código de Processo Civil Comentado, 2ª edição, pág. 759).

A jurisprudência desta Corte, por sua vez, entende também que a prova da impenhorabilidade de bens levados à constrição deve ser produzida por quem a alega:

PENHORA – PROPRIEDADE RURAL – POSSIBILIDADE – ÔNUS DA PROVA – VIOLAÇÃO – ARTIGO 333, I E II, DO CPC – INEXISTÊNCIA - MATÉRIA DE PROVA – SÚMULA 7/STJ.

I - O tribunal a quo deu correta interpretação ao artigo 333 e incisos do Código de Processo Civil, pois, se os próprios recorrentes deduziram as razões pelas quais seria de rigor a impenhorabilidade do imóvel rural que possuem, deveriam ter apresentado as provas pertinentes, para respaldar as suas alegações.

(...)

Recurso especial não conhecido.

(REsp 177.641/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/10/2002, DJ 02/12/2002 p. 303)

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA DE NUMERÁRIO. RESERVA TÉCNICA EM FAVOR DO BACEN. PROVA. ÔNUS DA PARTE.

I. A impenhorabilidade de numerário representativo de Reserva Técnica disponibilizada ao Banco Central depende de prova, cujo ônus compete à instituição bancária executada.

II. Agravo improvido.

(AgRg no Ag 326.356/MS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 06/02/2001, DJ 12/03/2001 p. 151)

3.4. Por outro lado, no caso concreto, a exigência de o exequente provar que os saldos de conta corrente não possuem natureza salarial - a par de ser prova diabólica, negativa -, somente poderia ser atendida mediante a prática de ilícito penal, consistente em violação de sigilo bancário.

Com efeito, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.

Acertada, portanto, a posição vencida na origem, exarada pelo Juiz Edgard Penna Amorim:

(...) cabe ao credor, no caso, o agravante, buscar as fontes disponíveis para identificar bens passíveis de constrição. O que ocorreu foi que identificou uma conta corrente e requereu a penhora da verba ali existente. A seu turno, os agravados, em especial o titular da conta, a pessoa natural titular da conta corrente, alegando se tratar de verba salarial, a meu juízo, é que deveria provar a origem, inclusive, para tanto, tendo que abrir o sigilo bancário como única forma de averiguar a efetiva origem daquela verba: se decorrente de uma remuneração *pro labore* - ou de vínculo empregatício - ou não. (fls. 103/104)

3.5. Ressalte-se, desde logo, que é inadmissível a penhora de valores "depositados em conta corrente destinada ao recebimento de remuneração salarial (conta salário), ainda que tais verbas estejam aplicadas em fundos de investimentos, no

Superior Tribunal de Justiça

próprio banco, para melhor aproveitamento do depósito" (REsp 978.689/SP, de minha relatoria, QUARTA TURMA, julgado em 06/08/2009).

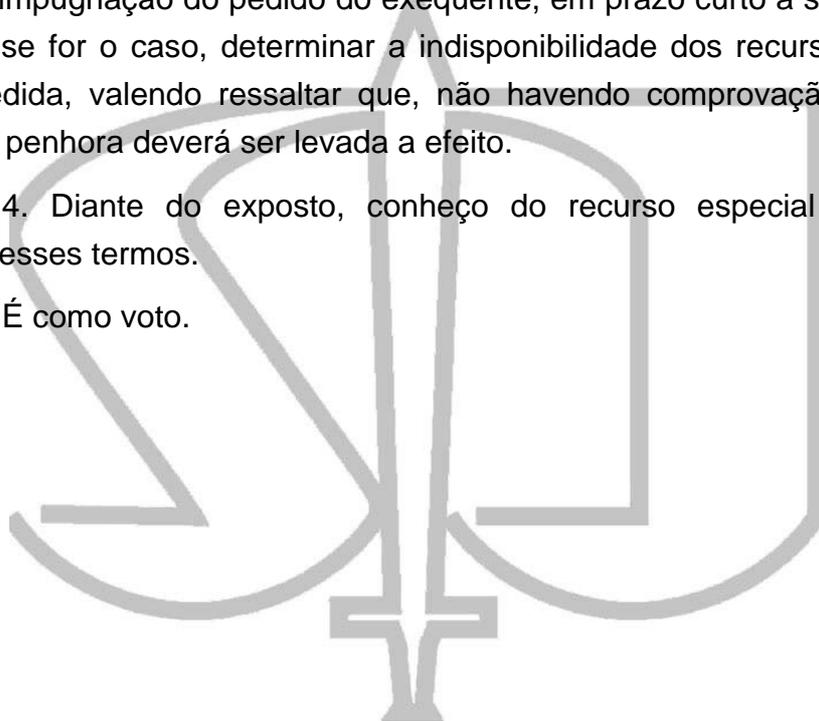
3.6. No caso concreto, mostra-se prudente, todavia, não determinar, de imediato, a penhora pleiteada pelo exequente.

Isso porque o juízo da execução negou o pedido de constrição sem a oitiva da parte contrária (fls. 47/50), a quem, como dito alhures, caberia provar a excepcional impenhorabilidade.

Assim, o recurso vai provido em menor extensão, apenas para permitir ao executado a impugnação do pedido do exequente, em prazo curto a ser fixado pelo juízo, que poderá, se for o caso, determinar a indisponibilidade dos recursos para não tornar inócua a medida, valendo ressaltar que, não havendo comprovação do alegado pelo executado, a penhora deverá ser levada a efeito.

4. Diante do exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe parcial provimento nesses termos.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2003/0231962-3

REsp 619148 / MG

Número Origem: 3756829

PAUTA: 20/05/2010

JULGADO: 20/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOÃO OTÁVIO DE NORONHA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ANA MARIA GUERRERO GUIMARÃES**

Secretária

Bela. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : BANCO RURAL S/A
ADVOGADO : DECIO FLAVIO GONCALVES TORRES FREIRE E OUTRO
RECORRIDO : INDÚSTRIAS REUNIDAS DE COLCHÕES LTDA - IRCOL E OUTROS
ADVOGADO : SILMARA NOGUEIRA VIDAL E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo Filho, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior.

Brasília, 20 de maio de 2010

TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI
Secretária

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE

Segunda Câmara Cível

Acórdão n.º : 4.008

Classe : Agravo de Instrumento n.º 1001188-51.2016.8.01.0000

Foro de Origem : Rio Branco

Órgão : Segunda Câmara Cível

Relatora : Desembargadora Waldirene Cordeiro

Agravante : Elisangela Ferreira

Advogado : Luiz Cesar Barbosa Lopes (OAB: 34850/GO)

Advogado : Paulo Sérgio Martins Filho (OAB: 46315/GO)

Agravada : Ympactus Comercial Ltda (Telexfree)

Assunto : Liquidação / Cumprimento / Execução

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. ARTIGO 473, § 1º DO CPC. DECISÃO JUDICIAL. DEVER DE DISTRIBUIR O ÔNUS PROBATÓRIO CONFORME FACILIDADE NA OBTENÇÃO DA PROVA. RECURSO PROVIDO.

1. Resta possibilitado ao juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

2. No caso concreto, deixar de dinamizar o ônus probatório para fins de manutenção da regra geral, seria o mesmo que exigir produção de prova impossível da parte Agravante, tendo em vista que a parte Agravada é detentora de todos os meios legais para carrear ao feito documentos demonstrativos da causa de pedir.

3. Recurso conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 1001188-51.2016.8.01.0000, ACORDAM os Senhores Desembargadores da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, à unanimidade conceder provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora e das mídias digitais gravadas.

Rio Branco – Acre, 31 de janeiro de 2017.

Desembargadora Waldirene Cordeiro

Presidente e Relatora

1

Endereço: Rua Tribunal de Justiça, s/n, Via Verde, CEP 69.915-631, Tel. 68 3302-0444/0445, Rio Branco-AC - Mod. 500243 - Autos n.º 1001188-51.2016.8.01.0000 3

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE

Segunda Câmara Cível

RELATÓRIO

A Senhora Desembargadora Waldirene Cordeiro, Relatora: 1. **ELISANGELA FERREIRA**, por seu representante, interpôs **Agravo de Instrumento**, contra **decisão interlocutória** proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Rio Branco (p. 176/177 do processo originário), no bojo do cumprimento de sentença n. 0706815-09.2016.8.01 que indeferiu seu pedido de inversão do ônus da prova, assim como exibição de documentos probatórios dos valores ditos aplicados na empresa Agravada. A decisão esta assim assentada:

4. Ficam indeferidos, desde logo, pedidos de exibição de documentos efetuado ou inversão de ônus da prova, tendo em vista que a empresa em questão está em liquidação, teve seu objeto declarado nulo, não há incidência na espécie do [Código de Defesa do Consumidor](#), além da facilidade da prova do investidor, quanto aos valores que pagou, recebeu, documentos em seu poder, além da comprovação das ativações feitas, pela parte Requerente, não sendo portanto razoável ou até útil, eficaz ou prático o pedido de exibição ou inversão, incumbindo lhe a prova como requisito para propositura da presente liquidação.

5. Prazo legal para todas as providências de emenda e complemento à petição inicial: 15 (quinze) dias.

6. Intime-se.

Rio Branco-AC, 08 de julho de 2016.

KAMYLLA ACIOLI LINS E SILVA

Juíza de Direito”

2. Sustenta em suas razões a Agravante (pp. 04 e seguintes) que propôs ação de liquidação de sentença contra a Agravada, considerando a necessidade de liquidar a sentença proferida nos autos da ação civil pública n. 0800224-44.2013.8.01.0001, que tramita nesta Comarca.

3. Aduz que no bojo da exordial, pugnou pelo deferimento do

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE

Segunda Câmara Cível

pedido de exibição de documentos para que a parte Agravada apresentasse os documentos inerentes às contas adquiridas pela mesma, para fins de comprovação do pagamento das contas, em decorrência dos boletos bancários estarem desacompanhados do comprovante de pagamento.

4. Alega que pela 'teoria da distribuição dinâmica da prova', positivada no artigo 373, § 1º do Código Processual, incumbe a quem tem melhores condições de produzir a prova o dever de carregá-la ao interior do processo, sendo que a Agravada detém todas as condições para tanto, ao contrario da Agravante.

5. Esclarece que em 12 de fevereiro de 2016 foi publicada na ação principal decisão determinando o desbloqueio do escritório virtual da Agravada, visando facilitar o acesso às informações pelos divulgadores lesados. Ocorre que a empresa até o presente momento não desbloqueou o site, o que demonstra afronta às ordens judiciais, além de nitidamente demonstrar a intenção em dificultar o acesso e ingresso dos divulgadores em juízo.

6. Nesse eito, diante dos fundamentos jurídicos, requer o provimento integral do recurso, de modo a determinar que a empresa ora recorrida proceda com a exibição dos documentos relacionados às contas da Agravante, cadastradas pelos logins: ELISANGELAV, ELISANGELAV1, ELISANGELAV2, ELISANGELAV3, ELISANGELAV4, ELISANGELAV5, ELISANGELAV6, para fins de comprovação do pagamento e ativação das contas, sob pena de admitir-se como verdadeiros os fatos que por meio dos documentos o recorrente pretendia provar.

7. Recepcionado o feito neste Sodalício, veio-me distribuído por sorteio (p. 23), momento em que determinei a intimação da parte adversa, consoante decisão interlocutória (p. 24).

8. Intimada, silenciou a Agravada, conforme certidão (p. 29).

9. Eis o necessário **relatório** .

3

Endereço: Rua Tribunal de Justiça, s/n, Via Verde, CEP 69.915-631, Tel. 68 3302-0444/0445, Rio Branco-AC - Mod. 500243 - Autos n.º 1001188-51.2016.8.01.0000 3

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE

Segunda Câmara Cível

VOTO

A Senhora Desembargadora Waldirene Cordeiro, Relatora: 10. O presente feito, da forma que foi desenvolvido e instruído, assim como tendo por base a causa de pedir e pedido recursal, revela causa de simples complexidade, frente ao novo espírito emanado do Código Processual de 2015, totalmente constitucionalista, onde o direito probatório passou a ser um dos direitos fundamentais.

11. Logo, prima facie, conclusão lógica e racional exsurge de que a **dinamização do ônus da prova é peculiaridade de cada caso, devendo a decisão judicial distribuir tal ônus consoante maior facilidade de obtenção e produção da prova** , posto caber ao juiz determinar as provas necessárias ao **julgamento do mérito** , e com isso não criar ou permitir distanciamento da **isonomia material** .

12. Nesse diapasão, tem-se a codificação das linhas acima nos seguintes termos do artigo 373, § 1º, a saber:

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

11. Ainda nesta esfera de 'dinamização do ônus probatório', torna-se de fácil constatação que a determinação para a Agravada carrear prova documental do quantum fora investido pela Agravante, não irá gerar ou causar situação impossível ou excessivamente difícil, pois somente esta, e mais ninguém, detém as chaves que irão elucidar o mérito causal. Oportuno, registrar que tal medida fará emergir condições para que o juiz da causa possa

4

Endereço: Rua Tribunal de Justiça, s/n, Via Verde, CEP 69.915-631, Tel. 68 3302-0444/0445, Rio Branco-AC - Mod. 500243 - Autos n.º 1001188-51.2016.8.01.0000 3

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE

Segunda Câmara Cível

proferir decisão de forma mais rente à realidade.

12. Desta feita, resta clarividente o fundamento jurídico da Agravante, no âmbito das razões, posto que manter estanque o ônus da prova na regra geral esculpida no artigo 373, caput, do CPC, seria tornar o processo menos justo, efetivo e indubitavelmente distante da [Constituição Federal](#), em cuja entrelinhas se lê que a dispensa, a entrega da jurisdição deve assegurar o cumprimento da lei material, isto é, a [Carta Maior](#) Republicana rejeita qualquer espécie de separação ou abismo entre a lei material e o caminho para formalizar tal direito.

13. No caso concreto, deixar de dinamizar o ônus probatório para fins de manutenção da regra geral, seria o mesmo que exigir produção de prova impossível da parte Agravante, tendo em vista que a Agravada é detentora de todos os meios legais para carrear ao feito documentos demonstrativos da causa de pedir.

14. Dito isso, lanço **voto** pelo **provimento** do recurso de Agravo de Instrumento proposto, diante da necessidade da dinamização do ônus da prova, devendo a **Agravada** **exibir os documentos constantes na exordial recursal.**

15. Custas e honorários pela Agravada, sendo esta arbitrada no montante de R\$2.000,00 (dois mil reais) com fundamento legal no artigo 85, § 1º, § 2º e 11 do Código Processual de 2.015.

16. **É como voto.**

DECISÃO

Conforme consta da Certidão de Julgamento, a decisão foi a seguinte:

"Decide a Segunda Câmara, à unanimidade, dar provimento ao Agravo de Instrumento, nos termos do voto da Relatora".

Participaram do julgamento os Desembargadores Waldirene

5

Endereço: Rua Tribunal de Justiça, s/n, Via Verde, CEP 69.915-631, Tel. 68 3302-0444/0445,
Rio Branco-AC - Mod. 500243 - Autos n.º 1001188-51.2016.8.01.0000 3

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE

Segunda Câmara Cível

Cordeiro, Roberto Barros e Júnior Alberto.

Sara Cordeiro de Vasconcelos Silva

Secretária



JLLC

Nº 70055263008 (Nº CNJ: 0250927-25.2013.8.21.7000)

2013/CÍVEL

REGIME DE EXCEÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TEORIA DAS CARGAS PROCESSUAIS DINÂMICAS. PRINCÍPIOS DA BOA FÉ E DA SOLIDARIEDADE NA BUSCA DA VERDADE REAL.

1. Preambularmente, cumpre destacar que é aplicável ao caso dos autos a teoria das cargas processuais dinâmicas, uma vez que as partes não se encontram em igualdade de condições para a coleta probatória pretendida, existindo óbice para a realização desta em face da hipossuficiência da parte demandante importar na delonga desnecessária da solução da causa, o que atenta aos princípios da economia e celeridade processo.

2. Note-se que a teoria da carga dinâmica da prova parte do pressuposto que o encargo probatório é regra de julgamento e, como tal, busca possibilitar ao magistrado produzir prova essencial ao convencimento deste para deslinde do litígio, cujo ônus deixado à parte hipossuficiente representaria produzir prova diabólica, isto é, de ordem negativa, ou cuja realização para aquela se tornasse de difícil consecução, quer por não ter as melhores condições técnicas, profissionais ou mesmo fáticas, sejam estas de ordem econômico-financeira ou mesmo jurídica para reconstituir os fatos.

3. Aplica-se a teoria da carga dinâmica probatória, com a inversão do ônus de suportar o adiantamento das despesas com a produção de determinada prova, com base no princípio da razoabilidade, ou seja, é aceitável repassar o custo da coleta de determinada prova a parte que detém melhor condição de patrocinar esta, a fim de se apurar a verdade real e obter a almejada Justiça.

4. Assim, a posição privilegiada da parte para revelar a verdade e o dever de colaborar na consecução desta com a realização da prova pretendida deve ser evidente, consoante estabelecem os artigos 14, I, e 339, ambos do Código de Processo Civil, pois se aplica esta regra de julgamento por exceção, a qual está presente no caso dos autos, pois a parte demandada conta com melhores condições jurídicas e econômicas de produzir tal prova.

5. Frise-se que a teoria da carga dinâmica da prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova é regra processual que visa definir, qual parte suportará



JLLC

Nº 70055263008 (Nº CNJ: 0250927-25.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

os ônus de determinada prova necessária a solução do litígio no curso do feito. Logo, não há prejuízo a qualquer das partes com esta medida de ordem formal, pois a prova em questão irá servir a realização do direito e prestação de efetiva jurisdição, com a apuração de verdadeira reconstituição dos fatos discutidos, o que interessa a todos para alcançar a pacificação social.

6. Assim, deve ser mantida a decisão que determinou a inversão do ônus probatório.

Negado seguimento ao agravo de instrumento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

QUINTA CÂMARA CÍVEL - REGIME
DE EXCEÇÃO

Nº 70055263008 (Nº CNJ: 0250927-
25.2013.8.21.7000)

COMARCA DE RESTINGA SECA

BOLZAER AVIACAO AGRICOLA
LTDA

AGRAVANTE

PATRICIA CARLA SCHUTZ BOCK

AGRAVADO

DECISÃO MONOCRÁTICA

VISTOS ETC.

I – RELATÓRIO

BOLZAER AVIAÇÃO AGRÍCOLA LTDA interpôs agravo de instrumento contra decisão primeiro grau que, nos autos da ação de indenização por danos morais e materiais movida por **PATRÍCIA CARLA SCHUTZ BOCK**, inverteu o ônus da prova.

Em suas razões recursais a parte agravante sustentou ser descabida a inversão do ônus da prova, diante da ausência de qualquer verossimilhança no direito alegado.



JLLC
Nº 70055263008 (Nº CNJ: 0250927-25.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

Alegou que não é admissível que seja incumbida de provar fatos que nunca existiram, quais sejam, pane no sistema hidráulico da aeronave.

Requeru o provimento do recurso, de sorte a ser reformada a decisão atacada.

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Admissibilidade e objeto do recurso

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra a decisão do Juiz de primeiro grau que determinou a inversão do ônus da prova.

Os pressupostos processuais foram atendidos, utilizado o recurso cabível, há interesse e legitimidade para recorrer, este é tempestivo, foi devidamente preparado (fl. 11), estando acompanhado da documentação pertinente, cumpridas as formalidades legais e inexistindo fato impeditivo do direito recursal, noticiado nos autos.

Assim, verificados os pressupostos legais, conheço do recurso intentado para o exame das questões suscitadas.

Matéria discutida no recurso em análise

No caso em exame não merece guarida à pretensão da parte agravante pelas razões jurídicas a seguir alinhadas.

Preambularmente, cumpre destacar que é aplicável ao caso dos autos a teoria das cargas processuais dinâmicas, uma vez que as partes não se encontram em igualdade de condições para a coleta probatória pretendida, existindo óbice para a realização desta em face da hipossuficiência da parte demandante importar na delonga desnecessária da solução da causa, o que atenta aos princípios da economia e celeridade processo.



JLLC

Nº 70055263008 (Nº CNJ: 0250927-25.2013.8.21.7000)

2013/CÍVEL

Note-se que a teoria da carga dinâmica da prova parte do pressuposto que o encargo probatório é regra de julgamento e, como tal, busca possibilitar ao magistrado produzir prova essencial ao convencimento deste para deslinde do litígio, cujo ônus deixado à parte hipossuficiente representaria produzir prova diabólica, isto é, de ordem negativa, ou cuja realização para aquela se tornasse de difícil consecução, quer por não ter as melhores condições técnicas, profissionais ou mesmo fáticas, sejam estas de ordem econômico-financeira ou mesmo jurídica para reconstituir os fatos.

É oportuno destacar que se aplica a teoria da carga dinâmica da prova, com a inversão do ônus de suportar a antecipação das despesas com a produção deste, com base no princípio da razoabilidade, ou seja, é aceitável repassar o custo da coleta de determinada prova a parte que detém melhor condição de patrocinar esta, a fim de se apurar a verdade real e obter a almejada Justiça. Isto é, de sorte a assegurar a implementação deste princípio maior é razoável que se inverta e transfira aquele encargo da coleta probatória para quem tem possibilidade fática de suportar aquela, sem que tal situação importe em deixar as partes em desigualdade de condições no processo em que litigam, quando há entre estas igual possibilidade jurídica de arcar com a produção da mesma.

Com relação ao escopo da atividade probatória, qual seja, a busca da verdade real, bem como a forma de participação das partes para atingir-se esse desiderato, considerando-se o direito fundamental à igualdade substancial, a respeito deste tema impende trazer à baila os ensinamentos de Artur Carpes¹ que seguem:

A finalidade buscada através da atividade probatória das partes é a formação do juízo de fato. A finalidade dos sujeitos que participam da prova, requerendo, participando da sua admissão, produzindo e cooperando com a sua valoração, é encontrar a reconstrução dos fatos que seja mais próxima possível da verdade, considerando a ponderação

¹ CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 81.



JLLC

Nº 70055263008 (Nº CNJ: 0250927-25.2013.8.21.7000)

2013/CÍVEL

concreta entre os valores da segurança e da efetividade. Muito embora tal tarefa deve ser também empreendida pelo órgão judicial, será principalmente das partes a incumbência de fornecer ao processo as bases para tal aproximação da verdade quanto às alegações fáticas que compõem o objeto litigioso, mormente em face da sua proximidade com as fontes de prova.

O critério (medida de comparação) é a participação das partes para o alcance dessa finalidade. Ambas as partes devem estar em condições isonômicas de participação na formação do juízo de fato. **Assim, a participação deve ser pautada pela igualdade a partir dos limites das suas efetivas possibilidades para colaborar com o alcance da verdade. Tais possibilidades devem estar, evidentemente, ligadas à realidade, vale dizer, à concreta aptidão de se produzir determinada prova. Isso porque de nada adiantaria pedir que as partes devam ser tratadas de forma isonomia, ou seja, sem discriminação na participação para a formação do juízo de fato, em termos puramente abstratos, sem considerar que a vida pode impor vários óbices.** (grifei).

Igualmente, é preciso que se diga que as partes estão adstritas ao dever de se conduzirem processualmente de acordo com o princípio da boa fé, bem como de agirem com a probidade neste desiderato, portanto, aquelas são solidárias na impulsão célere do feito e na busca da verdade real, não podendo uma delas se manter inerte alicerçada no ônus atribuído a parte adversa, a fim de obter vantagem indevida com base em conduta omissiva, o que desborda da *bona fide* e ingressa na seara da litigância temerária. Situação esta que contraria a concepção de Justiça, isto é, a vontade constante de dar a cada um o seu direito de acordo com o seu merecimento.

Assim, a posição privilegiada da parte para revelar a verdade e o dever de colaborar na consecução desta com a realização da prova pretendida deve ser evidente, consoante estabelecem os artigos 14, I, e 339, ambos do Código de Processo Civil, pois se aplica esta regra de julgamento por exceção, a qual está presente no caso dos autos, pois a parte demandada conta com melhores condições jurídicas e econômicas de produzir tal prova, pois se trata de seguradora especializada neste tipo de



JLLC

Nº 70055263008 (Nº CNJ: 0250927-25.2013.8.21.7000)

2013/CÍVEL

seguro social. Aliás, acerca do dever de cooperação das partes para a formação do juízo de fato, explica Carpes² o que segue:

A partir da compreensão de que o processo constitui instrumento para a tutela dos direitos fundamentais, ganha relevo não apenas a atividade e responsabilidade do juiz, mas também a atividade e responsabilidade das partes, a fim de que tal finalidade seja alcançada. Consagrado o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, **exige-se do juiz esforço ainda maior na tarefa de formação do juízo de fato, na medida em que somente dessa forma será possível alcançar a justiça. Tal esforço, todavia, é compartilhado com as partes, às quais também é endereçado semelhante dever de cooperação. Afinal, se o processo cumpre a função pública de pacificar com justiça, constitui dever de todos os sujeitos processuais, bem como de terceiros eventualmente, colaborar para que tais escopos sejam atingidos.** (grifei)

Ademais, releva ponderar que a dinamização do ônus da prova será aplicada quando for afastada a incidência do artigo 333 do Código de Processo Civil por inadequação, ou seja, quando for verificado que a parte que, em tese, está desincumbida ao *onus probandi*, pois não possui as melhores condições para a realização de prova necessária ao deslinde do feito, de acordo com os requisitos precitados.

Nesse sentido são os ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero³ que seguem:

6. Condicionantes Materiais da Distribuição Dinâmica. Na perspectiva material, para que se dê a dinamização do ônus da prova, deve-se apontar a não incidência, por inadequação, do art. 333 do CPC. Uma regra só incide e é aplicável se o seu suporte fático se verifica e se sua aplicação não excluída pela finalidade que motiva a edição da própria regra. **Não estando atendida a razão motivadora da regra, essa tem a sua incidência afastada por não ser razoável a sua aplicação.** Em sua dimensão subjetiva, de regra de instrução, o ônus da prova serve para orientar a conduta probatória das partes, visando levar ao processo todos os elementos de prova necessários para justa resolução do caso concreto. **O desiderato que se assinala ao ônus da prova, nessa perspectiva, está em possibilitar que se alcance a justiça do caso concreto.**

² CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 62.

³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p.336.



JLLC

Nº 70055263008 (Nº CNJ: 0250927-25.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

Eis aí a sua razão motivadora. E, evidentemente, não se pode imaginar que se chegará a uma solução justa atribuindo-se a produção de prova diabólica a uma das partes, ainda mais quando a outra, dadas as contingências do caso, teria melhores condições de provar. Tal ocorrendo, não pode incidir o art. 333, CPC. Logo em seguida, deve-se aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar. Vale dizer: se terá maior facilidade em produzir a prova. Tendo, legitimada está a dinamização do ônus da prova. Observe-se o ponto, porém: não se poderá, de modo nenhum, dinamizar o ônus da prova se a atribuição do encargo de provar acarretar uma *probatio diabólica* reversa, isto é, incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica. (*grifei*).

Ainda, no caso em exame a parte autora postula indenização por danos materiais em razão da falha na prestação dos serviços de pulverização de agrotóxicos na lavoura da parte autora, o que acarretou a perda da produção de fumo. A toda evidência, detém a empresa ré melhores condições de demonstrar a adequada prestação dos serviços, na medida em que foi esta que executou estes e detém conhecimento técnico para demonstrar sua adequação.

Assim, é notório que as partes têm condições técnicas e econômicas distintas, bem como que não há a possibilidade jurídica de receberem tratamento isonômico de produzirem a prova pretendida. Logo, o ônus de demonstrar os fatos deve ser imposto a quem o possa suportar com menos inconvenientes. A propósito, ensina Bentham, citado por Dall'agnol Jr⁴:

A tese do abrandamento da visão estática da distribuição dos ônus da prova, em realidade, não é nova. Dela cogitou BENTHAM em seu celeberrimo *Tratados das Provas Judiciais*, no capítulo a que denominou *ônus da prova. Sobre Quem deve Recair*.

Entre as duas partes contrárias, a qual se deve impor a obrigação de produzir a prova? Esta questão apresenta infinitas dificuldades no sistema processual técnico.

⁴ DALL'AGNOL JR, Atônio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Revista Jurídica. Ano 48, nº. 280, fevereiro de 2001, p. 05-20.



JLLC

Nº 70055263008 (Nº CNJ: 0250927-25.2013.8.21.7000)

2013/CÍVEL

Em um regime de justiça franca e simples, em um procedimento natural, é muito fácil responder.

A carga da prova deve ser imposta, em cada caso concreto, àquela das partes que a possa produzir com menos inconvenientes, isto é, com menos delongas, vexames e despesas. (grifei) (BENTHAM, JEREMÍAS, *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: E.J.E.A., 1959, p.150).

Aliás, a *ley del enjuiciamiento civil* espanhola de 2000 em seu artigo 217 adota a teoria das cargas processuais dinâmicas exatamente na hipótese da produção probatória obstar a realização do direito material discutido, flexibilizando com isto o ônus probatório, em função da desproporção jurídico-econômica existente entre as partes.

Sinale-se que o princípio da isonomia é muito mais de tratamento desigual destas para que ambas tenham condições de serem igualadas, ao menos sob o ponto de vista das oportunidades para alcançarem o direito que julgam possuir e merece o reconhecimento judicial. Anote-se que solução semelhante é a adota pelo nosso Código de Defesa do Consumidor no art. 38 quando trata da publicidade enganosa.

Desse modo, o magistrado deve zelar pelo tratamento isonômico das partes, consoante estabelece o art. 125 do Código de Processo Civil, o que só pode ser alcançado mediante a implementação do tratamento igualitário daquelas e da facilitação do acesso à Justiça, insculpidos nos princípios constitucionais dispostos no art. 5º, *caput* e inciso XXXV, da Carta Magna, cujo encargo probatório e a adequada atribuição deste é fundamental para atingir aquelas garantias e ser prestada a efetiva Justiça.

Ademais, é de se ressaltar que a teoria da carga dinâmica da prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova é regra processual que visa definir, qual parte suportará o ônus de determinada prova necessária a solução do litígio no curso do feito. Logo, não há prejuízo a qualquer das partes com esta medida de ordem formal, pois a prova em questão irá servir



JLLC

Nº 70055263008 (Nº CNJ: 0250927-25.2013.8.21.7000)
2013/CÍVEL

a realização do direito e prestação de efetiva jurisdição, com a apuração de verdadeira reconstituição dos fatos discutidos, o que interessa a todos para alcançar a pacificação social.

A esse respeito é o aresto a seguir transcrito:

AGRAVO. SEGURO. DÚVIDA QUANTO À INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA MÉDICA. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 130 DO CPC. ENCARGO DOS HONORÁRIOS. Cabe ao Juiz decidir as provas necessárias à instrução do feito, pois é ele o destinatário daquelas, não sendo recomendável subtrair tal elemento probatório da formação de seu convencimento. Caso em que há divergência entre o laudo elaborado pela junta médica da seguradora e confeccionado pela previdência social quanto à conclusão acerca da invalidez total da segurada, sendo recomendável, portanto, a realização da perícia. Tratando-se de perícia requerida pela ré, não obstante a parte postulante ter instruído o pedido com os documentos necessários para provar o fato constitutivo do seu direito, incumbe à demandada pagar os honorários periciais, a teor do que preceitua o art. 33 do CPC. Agravo provido, em parte. (Agravo de Instrumento Nº 70021173190, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 03/10/2007).

Dessa forma, deve ser negado seguimento ao agravo de instrumento, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, mantendo-se a decisão agravada, tendo em vista que foram observados os critérios necessários para a determinação da inversão do ônus da prova.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei 9.756/98, nego seguimento ao agravo de instrumento, mantendo a decisão agravada.

Comunique-se ao juízo de origem.

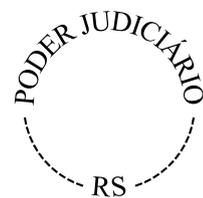
Diligências legais. Intimem-se.

Porto Alegre, 30 de abril de 2014.

DES. JORGE LUIZ LOPES DO CANTO,
Relator.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA



JLLC

Nº 70055263008 (Nº CNJ: 0250927-25.2013.8.21.7000)

2013/CÍVEL



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2014.0000166244

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2019100-19.2014.8.26.0000, da Comarca de Itatiba, em que é agravante BV FINANCEIRA S/A, CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO, é agravada REGINA DE FATIMA BALDAM.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. V. U., de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LÍGIA ARAÚJO BISOGNI (Presidente) e THIAGO DE SIQUEIRA.

São Paulo, 25 de março de 2014.

Melo Colombi
relator
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº: 36826b
AGRV.Nº: 2019100-19.2014
COMARCA: ITATIBA
AGTE. : BV FINANCEIRA S/A CRÉDITO, FINANCIAMENTO E
INVESTIMENTO.
AGDO. : REGINA DE FÁTIMA BALDAM

PROVA. PERÍCIA. TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS DINÂMICAS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DETERMINAÇÃO DO ADIANTAMENTO DOS HONORÁRIOS DO PERITO PELO EMBARGADO. POSSIBILIDADE.

Aplica-se a teoria das cargas probatórias dinâmicas, quando no caso concreto, o réu reúne melhores condições de se desincumbir o encargo probatório.

No caso possível a aplicabilidade da teoria para que o réu adiante os honorários periciais. Além do mais, no caso, se afigurando possível a inversão do ônus da prova, nada impede que o réu adiante os honorários advocatícios.

Recurso não provido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto por BV Financeira S/A Crédito, Financiamento e Investimento contra r. decisão copiada às fls. 22/25 que, em ação revisional ajuizada por Regina de Fátima Baldam, determinou ao embargado que adiantasse os honorários do perito, com base na teoria das cargas probatórias dinâmicas.

O agravante alega não se coadunar ao caso a determinação do adiantamento dos honorários do perito pelo banco como sua consequência, já que cabe aquele que pediu a perícia a garantia dos honorários.

Recurso bem processado, tendo sendo deferida a eficácia suspensiva.

É o relatório.

O inconformismo não prospera.

De acordo com a teoria das cargas dinâmicas, o encargo probatório é outorgado ao litigante que, no caso concreto, reúne melhores condições de dele se desincumbir, em razão da lealdade e cooperação dos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

litigantes na busca da verdade real (STJ, REsp 69.309/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; STJ, AG 706.524, rel. Min. Teori Albino Zavascki).

Adira-se que, no caso, também viável a inversão do ônus da prova, dada a relação de consumo evidenciada pela contratação tal como firmada (contrato de financiamento às fls. 77/82). E, sendo possível a inversão do ônus probatório, cabe ao fornecedor, no caso, o agravante, adiantar honorários de perito, até para evitar esvaziamento da norma protetiva.

Com efeito:

“Há muitos julgados no sentido de que as duas coisas, inversão do ônus da prova e ônus pela despesa da prova andam juntas, conforme se demonstra a seguir:

'...Dispõe o art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, dentre os direitos básicos do consumidor, a facilitação da defesa de seus direitos. Dessa facilitação decorre, além da inversão do ônus da prova, como critério de julgamento a ser utilizado pelo juiz, a desoneração das custas relativas às provas requeridas, que passam a ser de obrigação da outra parte, que tem melhores condições econômicas de arcar com este ônus. [...] Vale observar que, exigida a antecipação das custas pela parte hipossuficiente, poderia a inversão da prova tornar-se inócua, visto que a prova de seu direito poderia ser obstada pela sua incapacidade econômica.' (TJ-PR, Ac 20311, 4ª. Câmara Cível, Rel. Des. Dilmar Kessler, DJ 10.04.02)
Grifo Nosso.

'...Em primeiro lugar, correta a inversão do ônus da prova, uma vez que suficientemente provada a condição de hipossuficiente da agravada, aplicando-se ao caso o Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, inciso VIII. [...] O mesmo ocorre com o pagamento dos honorários de perito, que deve ficar a cargo do agravante, como bem decidiu o magistrado singular".... e ainda "...não se trata de impor ao agravante o pagamento de honorários periciais, mas sim de lhe transferir o ônus da prova. Caso não



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

queira arcar com este ônus, bastará deixar de realizar a perícia. A prova pericial passou a ser do seu interesse, não obstante requerida pela agravada, pois é a oportunidade que tem de comprovar que são insubsistentes os argumentos trazidos pela autora na ação de conhecimento.' (TJ-PR, Ac 481, 8ª. Câmara Cível, Rel. Des. Campos Marques, DJ 05.08.02)

'...Não há falar, por óbvio, em ofensa ao art. 33, Código de Processo Civil, ou sua revogação. A lei especial apenas introduziu uma norma voltada ao escopo de evitar que o hipossuficiente seja prejudicado pela impossibilidade técnica ou material de produzir a prova. Material inclusive, valendo gizar que tal tratamento legal não diz com o aspecto de natureza econômica, mas com o monopólio da informação. E isso a envolver, conforme o contexto do caso, a antecipação dos encargos periciais, já que mercê da inversão do ônus incumbiria ao Banco agravado provar que não houve exorbitância ilegal nos lançamentos verificados no histórico da dívida.' (TJ-PR, Ac 6988, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Luiz Cezar de Oliveira, DJ 24.04.2001)

'...Diante do exposto, ACORDAM os Desembargadores da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao presente recurso de agravo de instrumento, para determinar a inversão do ônus da prova e, como decorrência, determinar que o Banco agravado adiante a importância necessária à realização da prova pericial.' (TJ-PR, Ac 20835, 3ª. Câmara Cível, Rel. Des. Jesus Sarrão, DJ 06.11.01)

Também já se pronunciou a respeito o STJ, e destacamos abaixo recente julgado dessa corte:

'Ementa: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Leasing. Inversão do Ônus da Prova. Perícia. Antecipação de despesas. Aplica-se o CDC às operações de leasing. A inversão do ônus da prova



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

significa também transferir ao réu o ônus de antecipar as despesas de perícia tida por imprescindível ao julgamento da causa. Recurso não conhecido.' (STJ, Ac RESP 383276/RJ; REC. ESP. 2001/0176011-2, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 18.06.02)

E muito recentemente a 6ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná emitiu um julgado muito bem fundamentado, que aliás foi também publicado na seção de notícias do site do referido Tribunal, e parece vir para demonstrar uma nova tendência de entendimento desse Tribunal.

Por isso foi escolhido o teor desta fundamentação, como encerramento deste capítulo, já que ele tão bem expressa a realidade desta questão.

Abaixo está reproduzido o texto, retirado do artigo publicado no site do Tribunal de Justiça do Paraná:

'Na decisão, por maioria, prevaleceu o voto do relator, desembargador Antônio Lopes de Noronha, estabelecendo-se que a regra "vale quer as partes requeiram a produção da prova, quer o juiz a designe "ex officio". Esclarece, mais, que "a inversão tem em mira, portanto, permitir ao consumidor o exercício pleno de garantia constitucional da ampla defesa (artigo 5º, LV, da Constituição Federal)", justificando: "Se assim não fosse instaurar-se-ia uma absurda contradição: o ônus da prova seria do réu e o ônus econômico seria do autor (consumidor). Como este não tem poder econômico não poderia produzir a prova. Nesse caso, sobre qual parte recairia o ônus da não produção da prova?.'

Como consequência da inversão do ônus econômico, ao réu cabe igualmente arcar com os adiantamentos das despesas de perícia, pois 'a prova a ser produzida passa a ser de interesse do banco, sob pena de não elidir a presunção que milita em favor do consumidor, em face da plausibilidade de sua alegação'



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

A inversão, porém, 'não significa que o consumidor estará isento do pagamento dos encargos da perícia, pois, caso seja ele eventualmente vencido na ação, arcará com os ônus da sucumbência, que incluem todas as despesas do processo, inclusive as relativas à produção de provas. E para a outra parte, o banco, terá ocorrido apenas uma antecipação dos honorários periciais, dos quais será então reembolsado, caso seja o vencedor da demanda'. (SITE DO TJ-PR, Notícias, 20/09/2002)

(...)

A conclusão a que se chega com este estudo é de que é muito mais lógico que a inversão do ônus da prova abrace também o ônus pelo adiantamento de custas periciais e processuais, pois isso deixa mais cristalino a cada parte o seu papel na demanda, o seu grau de responsabilidade e não traz nenhum prejuízo a nenhuma delas, pois à mesma parte que estiver com a responsabilidade de provar os fatos caberá adiantar as custas pelas provas que pretender produzir, e assim, ela tem escolha sobre quais provas quer ou não produzir, pois é ela quem sofre as conseqüências pela não produção de alguma prova.

E isso também não acarreta nenhum prejuízo a nenhuma parte uma vez que é uma responsabilidade provisória, e caberá ao perdedor da demanda o ônus definitivo por todas as despesas processuais, que será ressarcindo à parte que adiantou as despesas se ela for exitosa.

Por outro lado, o entendimento contrário, de que a inversão do ônus da prova não atrai a inversão pelo ônus de adiantamento de despesas para produção de provas traz uma série de problemas ao processo, ora ferindo justamente a finalidade deste instituto, que é ser um instrumento de facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo, pois o consumidor se vê com a responsabilidade de adiantar custas de provas muitas vezes caras, como é o caso da prova pericial, e que para ele é muito



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sacrificado dispor do montante financeiro necessário, mesmo sabendo que poderá ser ressarcido ao final. Isso desestimula e inibe o consumidor de buscar seus direitos em juízo, e, noutras palavras, tira a efetividade deste instrumento na prática.”¹

No mesmo sentido, inúmeros julgados do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado:

PROVA - Perícia contábil - Contrato de abertura de crédito em conta corrente - Relação de consumo - Aplicação de ofício das normas do CDC, de ordem pública e interesse social - Artigo 1º - Insuficiência técnica da correntista-agravante reconhecida - Artigo 6º, VIII, do CPC - Inversão do ônus processual e, de conseqüência, do ônus econômico da produção da prova pericial determinados de ofício para dar efetividade à facilitação da defesa da autora em juízo - Custo econômico da prova pericial carreado, de ofício, ao réu-agravado. (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, PROCESSO: 1274184-3, RECURSO: Agravo de Instrumento, ORIGEM: Pirajuí, JULGADOR: 4ª Câmara, JULGAMENTO: 28/04/2004, RELATOR: Rizzatto Nunes).

PROVA - Ônus - Inversão - Art. 6º, VIII, do CDC - Hipótese em que a agravante (consumidora) é hipossuficiente - Dificuldade que terá para desincumbir-se do ônus probatório - Necessidade da realização de perícia contábil, já ordenada, para se avaliarem as alegações da agravante - Aplicação do art. 4º, I, do CDC - Recaindo sobre o agravado o ônus probatório, deve ele assumir as despesas para a feitura da perícia contábil - Não incidência do estatuído nos arts. 19, "caput", e 33, "caput", do CPC - Agravo provido. (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, PROCESSO: 1243588-8, RECURSO: Agravo de Instrumento, ORIGEM: Barretos, JULGADOR: 4ª Câmara, JULGAMENTO: 19/11/2003, RELATOR:

¹ RIEDI, Maria Eloiza Balaban. As despesas processuais e a inversão do ônus da prova pelo CDC . Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4115>>.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

José Marcos Marrone).

PROVA - Ônus - Inversão - Indeferimento - Art. 6º, VIII, do CDC - Agravante (consumidora) que é hipossuficiente - Dificuldade que terá a agravante para desincumbir-se do ônus probatório - Necessidade da realização de perícia contábil, já ordenada, para se avaliarem as alegações da agravante - Aplicação do art. 4º, I, do CDC - Recaindo sobre o agravado o ônus probatório, deve ele assumir as despesas para a feitura da perícia contábil - Não incidência do estatuído nos arts. 19, "caput", e 33, "capu", do CPC - Entendimento de que o pedido de inversão do ônus da prova deva ser analisado por ocasião da sentença, que não pode prevalecer, pois isso traria surpresa às partes - Prevalência do art. 6º, VIII, do CDC sobre o art. 333, I, do CPC - Antecipação da remuneração do perito pelo agravado - Agravo provido - Declaração de voto vencido. (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, PROCESSO: 1174777-6, Guarujá, 4ª Câmara, J. 21/05/2003, RELATOR: Oséas Davi Viana).

PROVA - Perícia - Execução por título extrajudicial - Cédula rural pignoratícia - Alegação de capitalização e irregularidade na contagem dos juros - Necessidade - Inversão do ônus ante a vulnerabilidade da consumidora - Obrigatoriedade de o embargado adiantar as despesas com a perícia como reflexo lógico da inversão - Agravo improvido. (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, PROCESSO: 1309382-0, RECURSO: Agravo de Instrumento, ORIGEM: Jales, JULGADOR: 4ª Câmara, JULGAMENTO: 25/08/2004, RELATOR: Aben-Athar).

PROVA - Ônus - Prestação de serviços - Água - Ação de indenização por danos morais e materiais - Aplicação do CDC, consoante disciplina de seu artigo 3º, § 2º - Matéria de ordem pública que impõe a inversão do ônus da prova, uma vez caracterizada a verossimilhança do alegado e a hipossuficiência do consumidor (artigo 6º, inciso VIII, CDC) - É corolário da inversão do ônus da prova o encargo relativo às despesas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

processuais referentes à produção da prova, inclusive o depósito dos salários periciais - Recurso provido. (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, PROCESSO: 1256563-6, RECURSO: Agravo de Instrumento, ORIGEM: São Roque, JULGADOR: 4ª Câmara, JULGAMENTO: 12/05/2004, RELATOR: Gomes Corrêa).

PROVA - Perícia - pedido de inversão do ônus da prova deferido - Determinação de depósito pelo banco-agravante dos salários periciais - Admissibilidade - Caracterização de relação de consumo no contrato bancário - Hipótese em que a viabilização do princípio contido no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor importa na sua vinculação ao pagamento das despesas periciais - Recurso improvido. (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, PROCESSO: 1263257-4, RECURSO: Agravo de Instrumento, ORIGEM: São Paulo, JULGADOR: 4ª Câmara, JULGAMENTO: 28/04/2004, RELATOR: J. B. Franco de Godoi).

PROVA - Ônus - Ação revisional de contrato de prestação de serviços - Requerimento de prova pericial pelo consumidor - Aplicação da legislação consumerista aos contratos bancários - Inércia na demonstração da inversossimilhança das alegações apresentadas pelo consumidor ou, ainda, não ser hipossuficiente - Inversão do ônus da prova, transferindo à instituição bancária o dever de antecipar as despesas de perícia imprescindível ao julgamento da lide - Recurso improvido. (Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, PROCESSO: 1176389-4, RECURSO: Agravo de Instrumento, ORIGEM: São José do Rio Preto, JULGADOR: 10ª Câmara, JULGAMENTO: 15/04/2003, RELATOR: Ricardo Negrão).

Bem como desta Corte:

PROVA - Encargo das despesas periciais - Pretendida aplicação do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, com a inversão do ônus da prova, situação que se aprecia no ato da sentença - Possibilidade,



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contudo, da proteção ao hipossuficiente, facilitando a produção de prova com encargos financeiros respondidos pelo fornecedor - Avaliação do bem e sua depreciação pretendidos em momento inoportuno o que resulta em indeferimento - Recurso provido em parte. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento n. 316.686-4/3 - Itatiba - 5ª Câmara de Direito Privado - Relator: Silveira Netto - 05.11.03 - V. U.).

Destarte, a determinação de adiantamento dos honorários periciais pelo réu, seja pela inversão do ônus da prova, seja pela aplicação da teoria da carga dinâmica na distribuição do ônus probatório, era medida que se impunha.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

MELO COLOMBI
Relator

**AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0011722-88.2015.8.16.0000
(1.361.830-7), DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO
CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE
LONDRINA**

AGRAVANTE: AUTARQUIA MUNICIPAL DE SAÚDE

AGRAVADO: ROBERTO NOGUEIRA DAS DORES E OUTRO

RELATOR: DES. HÉLIO HENRIQUE LOPES FERNANDES LIMA

Agravo de Instrumento. Ação de indenização por danos materiais e morais. Autarquia Municipal de Saúde. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Aplicação da Teoria Dinâmica do Ônus da Prova. Adiantamento dos honorários periciais. Cabimento. Inteligência do art. 33, do Código de Processo Civil e da Súmula 232, do Superior Tribunal de Justiça. Recurso desprovido.

1. *“Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. (...)”*(REsp 1286704/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi. DJe 28/10/2013).
2. *Súmula 232, do Superior Tribunal de Justiça: “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.”*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0011722-88.2015.8.16.0000 (1.361.830-7), da 1ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, em que é agravante a AUTARQUIA MUNICIPAL DE SAÚDE e agravados

ROBERTO NOGUEIRA DAS DORES e ANA KELLY DOS SANTOS NOGUEIRA DAS DORES.

I - RELATÓRIO

Autarquia Municipal de Saúde agrava de instrumento em face da decisão de fls. 61/63-TJ, proferida nos autos de ação de indenização por danos morais e materiais, autuado sob o n. 0069823-13.2014.8.16.0014, que acolheu a preliminar de ilegitimidade passiva do Município de Londrina, determinando sua exclusão do polo passivo da lide; fixou os pontos controvertidos; determinou, de ofício, a realização de prova pericial e inverteu o ônus probatório quanto aos fatos ocorridos dentro da Unidade de Pronto Atendimento e o atendimento do SAMU, adotando a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Alega o agravante que a) é do autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, nada havendo nos autos a autorizar o afastamento da regra ordinária do art. 333, do Código de Processo Civil; b) não pode a Autarquia ser compelida a adiantar os honorários periciais, mormente por não ter requerido a produção da referida prova.

O efeito suspensivo foi indeferido pela decisão de fls. 67/68.

Informações à fl. 73, noticiando a manutenção da decisão agravada e o cumprimento do disposto no art. 526, do Código de Processo Civil.

É o relatório.

II - VOTO

Pretende o agravante a reforma da decisão que determinou, de ofício, a realização de prova pericial e a inversão do ônus probatório.

Roberto Nogueira das Dores e Ana Kelly dos Santos Nogueira das Dores ajuizaram Ação Ordinária de Indenização por Danos Morais e Materiais, tendo em vista o falecimento de seu filho, ocorrido na Unidade de Pronto Atendimento – Jardim Sabará, em Londrina-PR.

Apresentada Contestação (fls. 39/50) e Impugnação à Contestação (fls. 51/57), sobreveio a decisão agravada, que determinou a exclusão do Município de Londrina do polo passivo da lide; fixou os pontos controvertidos; determinou, de ofício, a realização de prova pericial e inverteu o ônus probatório quanto aos fatos ocorridos dentro da Unidade de Pronto Atendimento e o atendimento do SAMU, adotando a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. (fls. 61/63).

- Inversão do ônus da prova

Sustenta o agravante que é do autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, não havendo motivos para afastar a regra ordinária do art. 333, do Código de Processo Civil.

A inversão do ônus da prova foi determinada pelo MM. Magistrado *a quo*, ao seguinte argumento:

(...) esclareço que à parte ré caberá o ônus de provar que seus prepostos, dentro da Unidade de Pronto Atendimento e o atendimento do SAMU, adotaram todas as práticas recomendadas pela ciência médica para levar a bom termo o procedimento a eles confiado. Mesmo porque a comprovação do que se passou com o paciente naquele local e momento constituiria, para a parte autora, ônus diabólico, do qual dificilmente poderia desincumbir-se. É o que se denomina de teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (fl. 62-v.).

É certo que o art. 333, I do Código de Processo Civil, atribui ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos de seu direito, sendo certo ainda que ao caso não se aplicam as regras do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, doutrina e jurisprudência têm mitigado a regra disposta pelo art. 333, do Código de Processo Civil, considerando a existência de situações nas quais a produção de determinada prova se torna demasiadamente difícil para a parte, comprometendo ou impedindo o cumprimento de seu ônus probatório.

Tem-se consagrado, assim, a denominada Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, que, aliás, encontra arrimo nos princípios da Isonomia, Devido Processo Legal e Acesso à Justiça (art. 5º, *caput*, XIV e XXV, todos da Constituição Federal) ante a atribuição de ônus da produção da prova a quem detiver melhores condições de produzi-la, de acordo com as circunstâncias de cada caso.

Vale transcrever os ensinamentos de Sérgio Cruz Arenhart sobre o tema:

Segundo esta teoria a prova deve ser produzida pela parte que possui mais fácil acesso a ela, sendo que a não produção desta prova deve redundar em presunção em seu desfavor. No Brasil, a teoria tem aplicação não apenas no campo das relações de consumo (...) mas ainda em outros ramos, como no direito contratual (...) Esta teoria, por certo, é muito mais amoldada à realidade do que o sistema do art. 333, do CPC, permitindo ao magistrado, segundo as particularidades do caso concreto, distribuir o ônus da prova da maneira mais equânime, de forma a otimizar a participação das partes no processo. ("Prova" - Prova e verdade. Concurso para a cadeira de Processo Civil na Universidade Federal do Paraná. Citado no acórdão proferido nos autos de Apelação Cível 336151-3-1, relatado pelo Desembargador Jorge de Oliveira Vargas).

O Superior Tribunal de Justiça assim já decidiu:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIOS. PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. LIMITES DE INCIDÊNCIA. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 17, 18, 125, I, 282, 286, 333, I E II, 339, 355, 358, 359, 460 E 512 DO CPC; E 1.531 DO CC/16 (940 DO CC/02). (...) 6. Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. 7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. (...)."(REsp 1286704/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013).

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova é aplicável também à Fazenda Pública. Confira-se, exemplificativamente:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INAPLICABILIDADE DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PREVISTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. SERVIÇO PÚBLICO PRESTADO DIRETAMENTE PELA ESTADO E CUSTEADO POR RECEITAS TRIBUTÁRIAS. RESSALVA, CONTUDO, ACERCA DA POSSIBILIDADE DE EVENTUAL REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO POR FORÇA DA TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO PROVIDO. (TJPR - 2ª C. Cível - AI - 1278206-0 - Foz do Iguaçu - Rel.: Silvio Dias - Unânime - - J. 02.12.2014)

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA - FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DO ART. 333, DO CPC - POSSIBILIDADE - ARRIMO CONSTITUCIONAL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INAPLICABILIDADE - PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DIRETAMENTE PELO ENTE PÚBLICO E CUSTEADO POR RECEITAS TRIBUTÁRIAS - ATRIBUIÇÃO DO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS PERICIAIS MANTIDO - RECURSO PROVIDO.

I - Não obstante o art. 333, do CPC delinieie a responsabilidade do ônus da prova no processo, hodiernamente a jurisprudência, mitigando tal regra, entende haver situações em que a prova se torna demasiadamente dificultosa para a parte, de forma a impedi-la da desincumbência de seu ônus probatório.

Diante disso, consagrou-se a teoria essa a qual foi denominada de Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, que, inclusive, encontra arrimo no princípio da Isonomia, Devido Processo Legal e Acesso à Justiça (art. 5º, caput, XIV e XXV, todos da Constituição Federal) ante a atribuição de ônus da produção da prova a quem detiver melhores condições de produzi-la, de acordo com as circunstâncias de cada caso.

II - Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor quando o serviço público é prestado diretamente pelo Estado e custeado por meio de receitas tributárias. (TJPR - 1ª C. Cível - AI - 1171011-1 - Londrina - Rel. Desig.: Rubens Oliveira Fontoura - Por maioria - J. 10.06.2014).

Assim, é de ser mantida a inversão do ônus probatório levada a efeito pelo MM. Magistrado singular.

- Do adiantamento dos honorários periciais

Argumenta a agravante que a produção da prova foi determinada pelo Magistrado, não podendo a autarquia ser compelida a antecipar os honorários do perito.

Sem razão.

Relativamente à antecipação dos honorários periciais, determina o art. 33 do Código de Processo Civil:

Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.

Tem-se, portanto, que, regra geral, os honorários do perito devem ser adiantados pela parte que requereu a produção da prova.

No caso, embora tenha o autor protestado especialmente pela juntada das imagens captadas pelas câmeras de segurança do recinto da UPA – Jardim Sabará, do prontuário médico do menor Roberson e dos exames que se fizeram nele e o pedido de informações ao conselho tutelar, (fl. 25/26), a ora agravante, quando da oferta da contestação, requereu, em especial, o depoimento pessoal do autor, oitiva de testemunhas, juntada de documentos e outras (fls. 50).

Destarte, como não houve requerimento pela realização de prova pericial e fora invertido o ônus sucumbencial, ainda que se trate de autarquia estatal, não há como se impor o ônus pelo pagamento de sua confecção à parte autora, sendo devido o adiantamento do valor, nesses moldes e nos termos da Súmula 232, do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.

Assim, não merece reforma a decisão que impôs aos requeridos o depósito dos honorários periciais.

Diante do exposto, merece ser mantida a decisão agravada, por seus próprios fundamentos. Em consequência, define-se o voto pelo não provimento do agravo.

III - DECISÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo de instrumento.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Desembargadores RABELLO FILHO, Presidente sem voto, CLAUDIO DE ANDRADE, VICENTE DEL PRETE MISURELLI.

Curitiba, 23 de Junho de 2015

Desembargador HÉLIO HENRIQUE L.F.LIMA