

# A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: UMA ANÁLISE ENTRE O CDC E O CPC/2015

*Rossana Teresa Curioni Mergulhão\**

## 1 INTRODUÇÃO

O ônus da prova, no direito processual civil é um dos assuntos mais relevantes, como de resto o direito à prova <sup>1</sup>, pois o resultado do processo está intimamente ligado à demonstração daquilo que se alega durante o processo. O sistema processual, portanto, traz regras de como esse ônus será analisado pelo julgador.

Assim,

---

\*Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE-Bauru. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Juíza de Direito da Primeira Vara Cível de Bauru/SP. Presidente do Colégio Recursal da 32ª Circunscrição Judiciária do Estado de São Paulo. Juíza Corregedora dos Ofícios de Registro Imobiliário da Comarca de Bauru/SP. Juíza Formadora da Escola Paulista da Magistratura. Professora.

1 Dominguez Sierra (*apud* BELTRÁN, 2000, p. 15) pondera, com muita pertinência, no sentido de que “o tema de prova constitui um dos menos aprofundados pela ciência do direito e, não obstante, o estudo da prova é um dos mais interessantes e frutíferos do direito processual, enquanto que não apenas constitui a essência do processo, mas abarca com maior ou menor influência todo o âmbito do processo”.

Partindo-se da conclusão de que a violação do direito à prova pode implicar em inutilidade da ação judicial, caracterizando-se de forma oculta, uma violação à garantia de acesso útil à justiça, permite-nos afirmar que em certas situações a aplicação da regra de distribuição do ônus da prova pode acarretar manifesta injustiça, a ponto de inviabilizar o acesso útil ao Poder Judiciário, violando-se, ainda que de forma sub-reptícia, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. (CURIONI MERGULHÃO, 2010)

O CDC – Código de Defesa do Consumidor, no seu Capítulo III, trata dos direitos básicos do Consumidor e dentre eles, no inciso VIII, consagra como um dos direitos básicos do consumidor, *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.*

O artigo 6º contém uma síntese de direito material e processual que irá nortear o julgador na apreciação de causas que envolvam relações de consumo. Os direitos básicos do consumidor são aqueles que irão servir de base na orientação e instrumentalização das relações de consumo. Não há dúvidas de que os consumidores possuem muitos outros direitos não elencados no artigo 6º de forma expressa, mas que nem por isto não possam ser usados em sua defesa.

Os direitos contemplados pelo código são somente para proteção do ser vulnerável (consumidor), não podendo ser utilizado pelo fornecedor, a seu favor. Assim, a título de exemplo, o fornecedor não poderá suscitar o art. 6º, V, para solicitar a modificação ou a revisão do contrato, causando prejuízos ao consumidor.<sup>2</sup>

Além dessa inversão *ope judicis*, prevista no artigo 6º, o Código de Defesa do Consumidor também prevê a inversão *ope legis*, em situações particulares, nos artigos 12, 14 e 38 do Código de Defesa do Consumidor, sempre com base no mesmo objetivo, a proteção do consumidor, parte vulnerável, nas relações consumeristas.

---

2 Nesse sentido o STJ: “No art. 6º, V, do CDC, disciplina, não uma obrigação, mas um direito do consumidor à modificação de cláusulas consideradas excessivamente onerosas ou desproporcionais. Assim, referida norma não pode ser invocada pela administradora de consórcios para justificar a imposição de modificação no contrato que gere maiores prejuízos ao consumidor.” (STJ, REsp 1269632/MG, Rei. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 03/11/2011)

O Código de Processo Civil, por seu turno, legislação geral, trata da matéria no artigo 373 e parágrafos, dispondo sobre os sistemas de ônus da prova, no sistema processual civil pátrio, quais sejam, o ônus estático, bem como a possibilidade de se inverter esse, judicial ou legalmente.

O tema é de salutar importância, já que a prova é destinada a convencer o juiz, num primeiro momento, a respeito dos fatos controvertidos, razão pela qual, a produção de provas deverá resultar da atuação conjunta das partes e do juiz.

Ao juiz compete proferir a melhor sentença possível, dentro de um processo justo e, para tanto, é indispensável que os fatos sejam aclarados, demonstrados. Quando esgotados todos os meios probatórios e restar algum ponto nebuloso, então o juiz se socorrerá das regras do ônus da prova.

O microsistema voltado às relações consumeristas contempla duas hipóteses de inversão, em favor do consumidor, como direito básico, mediante autorização judicial e também em algumas situações pontuais, mediante autorização legal, onde o juiz não participa dessa concessão de direito. O estatuto processual trata de todos os sistemas do ônus da prova, o estático e as hipóteses de inversão, bem como os requisitos e demais circunstâncias de cada um daqueles.

## 2 ÔNUS DA PROVA

### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O juiz, na sua atividade, não pode se eximir de sentenciar, alegando que os fatos não foram suficientemente esclarecidos. Não há possibilidade de se socorrer do *non liquet*, sob o argumento de não ter conseguido formar sua convicção.

Assim, se essa hipótese apresentar-se, o que não é incomum, o juiz deverá decidir de acordo com as regras do ônus da prova, ou seja, identificar quem deverá sofrer as consequências negativas decorrentes da falta de comprovação.

Portanto, a aplicação das regras do ônus da prova deve ficar reservada à hipótese de terem sido esgotadas as possibilidades de esclarecimento dos fatos. Havendo indicação de que alguma prova pode ser produzida, não sendo

requerida pelas partes, o juiz poderá determinar a produção, de ofício, nos termos do artigo 370 do CPC/2015.

No direito processual civil, *lato sensu*, onde quase sempre predomina o princípio dispositivo, ou seja, entrega à sorte da causa à diligência ou ao interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova. Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 867).

A palavra ônus vem do latim *onus*, que significa carga, fardo, peso. Ônus *probandi* é senão o encargo de provar, no sentido de interesse, ou necessidade de a parte trazer provas de sua alegação para a formação da convicção do juiz. Não basta, pois, que sejam feitas meras alegações (*alegatio et non probatio quae non allegatio*) (CURIONI MERGULHÃO, 2010, p. 61).

Ônus, no direito processual, vem a ser “uma conveniência de o sujeito agir de determinada maneira no intuito de não se expor às consequências desfavoráveis que poderiam surgir com sua omissão” (ARAZI, 2008, p. 67). Ou seja, esse conceito indica que o ônus não é uma obrigação, mas “uma atitude positiva de um sujeito, a fim de evitar que sobre esse possa recair qualquer prejuízo de ordem processual” (MELLO, 2014, p. 33).

Ônus da prova, portanto, *é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo* (DINAMARCO, 2001, p. 71) e deverá ser analisado, se aquele que deveria desincumbir-se efetivamente conseguiu fazê-lo, no momento do julgamento, por isso as normas relacionadas ao tema são regras de julgamento.

Neste sentido o ensinamento de Araújo Cintra:

No caso de insuficiência ou inexistência de elementos probatórios, ou quando, estes forem contraditórios ou incoerentes entre si, de modo que o juiz não tenha condições de reconstruir mentalmente os fatos da causa, em forma racional e fundamentada, deve ele aplicar as normas de distribuição do ônus da prova, dado que não lhe é permitido pronunciar o non liquet. Essas normas que ensejam a resolução do litígio com critérios racionais e de equidade, que a legitimam, mas, sua aplicação, que tem lugar apenas e tão-somente quando após a plena e completa avaliação do material probatório, considerada indispensável e deve ser adequadamente fundamentada. (ARAÚJO CINTRA, 2000, p. 20)

Continua o mesmo autor:

(...) está claro que as normas de distribuição do ônus da prova constituem regra de julgamento destinada ao juiz que estiver em estado de perplexidade irreduzível na reconstituição dos fatos da causa. Nesse sentido, observa Carnelutti que o ônus da prova não é instituto probatório exatamente porque governa o processo no caso em que a prova não funciona. Por isso, conforme lição de Rosenberg, o problema do ônus da prova é um problema de aplicação do direito. (ARAÚJO CINTRA, 2000, p. 20)

No ônus da prova, portanto, verifica-se um aspecto de “regra de decisão”, qual seja, evitar o *non liquet* (recusa de julgar). Por meio desse mecanismo processual, impede-se que a causa se encerre sem julgamento por falta de prova. Decide-se o mérito, segundo a regra do *onus probandi*, desprezando-se a alegação de quem não provou o fato que lhe competia comprovar. Assim, o inaceitável *non liquet* (não julgamento) se transforma num *liquet* (julgamento do litígio) contra a parte que descumpriu a regra legal de distribuição dos encargos probatórios (VARELA; NORA, BEZERRA, 2004, p. 477).

Esse ônus da prova, diante do sistema jurídico, pode ser examinado sob dois aspectos, objetivo e subjetivo. Entendido o objetivo, como regra de julgamento, dirigido ao juiz da causa, na orientação de como decidir, caso os fatos não fiquem suficientemente esclarecidos, comprovados. O aspecto subjetivo relaciona-se a quem deverá sofrer as consequências negativas decorrentes da falta de provas.

Sob o aspecto objetivo, embora regra de julgamento, interessa diretamente às partes, as quais sofrerão os efeitos negativos ou positivos da sua distribuição.

## 2.2 SISTEMAS

### 2.2.1 NOÇÕES GERAIS

A teorização do ônus da prova se dá no âmbito do Código de Processo Civil. A distribuição desse ônus dar-se-á de acordo com as regras trazida no estatuto processual.

O artigo 373, do Código Processual de 2015, fiel ao princípio dispositivo, reparte o ônus da prova entre os litigantes. Ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu, o de provar o fato impeditivo,

modificativo ou extintivo do direito do autor. Cada parte, portanto, tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio.

A par dessa regra (distribuição estática), o CPC/2015 inovou, trazendo regras de inversão dinâmica do ônus da prova.

Importante registrar que, não há contradição entre a regra que distribui o ônus da prova entre as partes (NCPC, art. 373, I e II) e a que confere a iniciativa da prova ao juiz (art. 370), conforme acima já exposto.

É que

as regras que distribuem esse ônus são regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que afinal não se provam, que afinal não resultam provados. O juiz não tem que preocupar-se com as regras legais de distribuição do ônus da prova, a não ser no momento de sentenciar. (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 181)

O juiz, na condução do processo, como sujeito processual da relação processual, não da relação jurídica controvertida, tem o dever de buscar os fatos, para a realização de um julgamento justo, com resultados úteis. Somente aplicará a regra estática ou dinâmica do ônus da prova, em caso de se deparar com o *non liquet*. No caso de dúvida, depois de tentada a busca de todos os elementos de provas, não terá alternativa, senão aplicar a regra de julgamento do ônus da prova, estática ou dinâmica (CURIONI MERGULHÃO, 2010, p. 62).

#### 2.2.2 SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

O estatuto processual sempre consagrou o sistema de distribuição do ônus da prova. Ora mais timidamente, ora mais amplamente, mas é ele que veicula o tema, no sistema jurídico pátrio.

A distribuição estática é clássica e presente nos Códigos de Processo anteriores. No atual, essa regra é trazida no art. 373, estabelecendo as premissas no sentido de que as partes, uma vez completada a fase postulatória do procedimento de cognição, sabem que fatos haverão de ser provados e o que cada uma delas deverá se encarregar de provar. A regra geral da lei é que, em princípio, quem alega um fato atrai para si o ônus de prová-lo.

Nesse sistema legal, a partilha do ônus de provar é muito simples: cabe ao

autor a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu, provar a existência de fato que impeça, modifique ou extinga o direito do autor.

Nesse caso, parte-se do pressuposto que as partes litigam em condições de igualdade, no acesso à prova, de forma que os encargos em questão seriam objeto de repartição legal equilibrada. Ocorre, porém, que a realidade fática aponta para rumos diferentes, pois não são raros os casos em que a parte encarregada pela lei do *onus probandi* não se acha, no caso concreto, em condições favoráveis de acesso aos meios demonstrativos da verdade, acerca dos fatos alegados na fase postulatória, relevantes para o juiz chegar à solução justa do litígio.

Por tal razão, o legislador, atento à realidade, traz outras regras, que atuam como mecanismo de fortalecimento dos poderes do juiz aliadas à materialização do princípio da igualdade das partes no processo, tendentes ao um processo justo (CURIONI MERGULHÃO, 2010, *passim*).

### 2.2.3 SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

#### 2.2.3.1 Noções gerais da distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015

Conforme acima visto, o sistema de partilha do ônus da prova previsto no art. 373 do estatuto processual é estático e rígido. Na experiência da vida, entretanto, constata-se que as causas disputadas em juízo nem sempre permitem uma satisfatória separação de fatos constitutivos e fatos extintivos de direito em compartimentos estanques.

Não poucas vezes o acesso à verdade real por parte do juiz fica comprometido ou prejudicado se se mantiver o esquema de apreciação do litígio rigorosamente imposto no momento de concluir a instrução processual, e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do artigo 370 do estatuto processual.

Diante da diversidade de teorias doutrinárias para resolver os problemas crônicos do ônus da prova, Verde chega a defender que a melhor orientação é relegar a solução para o juiz, que adotará o critério adequado a cada caso concreto (VERDE, 1974, p. 37-38 e 48).

Muito embora a teoria trazida no Código de 1973 (a de distribuição estática), devido à autoridade de Chiovenda, seja idônea para solucionar a

maioria das hipóteses, o certo é que, em muitas situações, se revela inadequada ao equacionamento do caso concreto segundo as exigências do processo justo. Assim, exige-se do juiz, em condições especiais, a flexibilização das regras legais ordinárias sobre o ônus da prova, “cuja aplicação fria pode acarretar sacrifício excessivo a uma das partes e, às vezes, até mesmo iniquidade” (LOPES, 2012, p. 235).

A revisão da doutrina estática do ônus da prova passou a ser reclamada por forte corrente, liderada por Jorge W. Peyrano, sob o argumento de que a tradicional partilha das cargas probatórias, em sua rigidez, se mostrava indiferente à possibilidade de causar injustiças em sua aplicação (PEYRANO, 2004, p. 15).<sup>3</sup>

O Código de Defesa do Consumidor, estatuto vanguardeiro, tratou de admitir o ônus dinâmico da prova judicial, de forma geral e em alguns casos específicos, a inversão dinâmica do ônus da prova legal. Com efeito, até a entrada em vigor do CDC, não havia dispositivo legal semelhante, no sistema processual civil pátrio.

Essa moderna teoria foi incorporada no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (IIDP, 2004), em 2004, que sugere distribuição do ônus da prova, não com base na regra tradicional do então artigo 333, do Código de Processo Civil de 1973, e nem com base no artigo 6º, do Código de Defesa do Consumidor, partindo da premissa de que nenhum deles atendiam aos interesses coletivos tutelados.

---

3 Sob a direção do acatado jurista argentino Inés Lépori White foi organizada uma coletânea de numerosos estudos do tema (LOPES, 2012, p. 236), de cujos ensaios se extraíram importantes conclusões, como as de que: (a) a doutrina das cargas dinâmicas da prova representa um giro epistemológico fundamental no modo de observar o fenômeno probatório, sob a perspectiva da finalidade do processo e do valor justiça (JUAN ALBERTO RAMBALO); (b) leva em conta, essa doutrina, o comportamento das partes, a responsabilidade do juiz e a justiça do caso concreto (INÉS LÉPORI WHITE); (c) não viola, a teoria das cargas dinâmicas, o direito de defesa, mas, ao contrário, mantém a igualdade material e real das partes no processo e atende ao valor justiça (IVANA MARIA AIRASCA); (d) essa doutrina atende aos anseios da sociedade democrática, refletindo a moderna visão solidarista e de colaboração das partes com o órgão judicial, no desenvolvimento do processo justo (MARÍA BELÉN TEPSEICH); (e) a tese logrou importantes reflexos no direito comparado (Argentina, França, Itália, Alemanha etc.) (SILVANA PEREIRA MARQUES).



O Código Modelo, com a finalidade de maior efetividade do direito lesado ou ameaçado, estabelece que o ônus da prova incumbe à parte *que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas* sobre os fatos, ou *maior facilidade na sua demonstração*, não requerendo qualquer decisão judicial de inversão do ônus da prova. A *facilitação da prova* se dá *ope legis*, por força de lei.

A teoria tratada, dessa forma, também amplia os poderes do juiz, tornando-o um *intérprete ativo e criativo*, um *problem solver* e *policy-maker*, além de assumir, frequentemente, o papel de um *law-maker* (TRUFO *apud* CAMBI, 2006, p. 343).

Embora seja tratada como nova teoria, no direito brasileiro não chega a ser uma novidade, nem exclusividade dos bens jurídicos coletivos, mesmo antes de haver norma expressa. No direito brasileiro já vinha sendo acolhida pela jurisprudência e pela doutrina (DALL'AGNOL JUNIOR, 2001; TESHEINER, 2005; GIOSTRI, 2002; KFOURI NETO, 2002), em matéria de responsabilidade civil do médico <sup>4</sup> e ainda em relação aos contratos bancários. <sup>5</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo já aplicava em ações de cunho coletivo, envolvendo direito do consumidor <sup>6</sup>, em ação civil pública ambiental <sup>7</sup> e ainda

---

4 STJ, 4ª T., REsp. n. 69.309-SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.06.1996, DJU 26.06.1996, p. 29.688.

5 Negócio jurídico bancário – Ação de revisão de contrato – Juntada dos contratos celebrados entre as partes – Ônus da prova – Distribuição dinâmica da carga probatória. Deixando, o autor, de trazer aos autos o contrato objeto da ação revisional, e postulando seja determinado à instituição financeira o forneça, pode, o decisor, assim ordenar, distribuindo o ônus da prova de modo a viabilizar o exame do pedido. Aplicabilidade, *in casu*, da teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus da prova aquele que se encontra no controle dos meios de prova e, por isto mesmo, em melhores condições de alcançá-la ao destinatário da prova. (TJRS – 7ª Câmara Civil – AI n. 70011691219 – Rel. Des. Jorge Luis Dall'Agnol – j. 20.05.2005)

6 Consumidor - Relação de consumo identificada pela destinação final do produto - Prova - Inversão dos ônus - Perícia requerida pela requerente agravada - Aplicação da regra do artigo 333 do Código de Processo Civil - Aplicação da teoria da carga dinâmica da prova - A teoria baseia-se na idéia de que se pode incumbir a carga probatória a quem, pelas circunstâncias do caso e sem interessar se é autor ou réu na ação, se encontra em melhor condição para produzi-la - Responsabilidade da requerente agravada pelo custo da perícia - Recurso provido em parte. (3ª Câm. Direito Privado - AI n. 6032944100 – Rel. Des. Beretta da Silveira – j. 12.12.2008)

7 AGRADO DE INSTRUMENTO - Ação civil pública ambiental - Decisão que impôs à ré o adiantamento dos honorários periciais – Ônus da prova a cargo da requerida - Teoria das Cargas Processuais Dinâmicas que está lastreada na simples

em situações envolvendo responsabilidade civil<sup>8</sup>; assim como o Superior Tribunal de Justiça, em casos de responsabilidade civil, ainda que não se tratasse de relação de consumo, quando é mais fácil para o demandado provar o fato constitutivo do direito do autor<sup>9</sup>.

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

O que se nota, conforme se observa das lições doutrinárias e jurisprudenciais, é que mesmo antes de norma expressa, já se reconhecia a aplicação, porém com limitações material e formal.

Com efeito, será aplicada no caso em que uma parte se encontre em posição privilegiada em relação ao material probatório em face da parte contrária, com a finalidade de se evitar a *probatio diabolica* (CPC, art. 373, § 2º), diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz dos fatos e da sintaxe da norma.

Quanto à limitação formal, no caso de o juiz entender seja o caso de dinamizar o ônus da prova, deverá previamente deixar claro tal circunstância. Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, deixa de existir discussão sobre o momento em que, para se evitar surpresa, o magistrado deverá deixar claro quais os fatos deverão ser provados, a quem caberá demonstrá-los

---

idéia de que se pode incumbir a carga probatória a quem, pelas circunstâncias do caso e sem interessar se é autor ou réu na ação, se encontre em melhor condição para produzi-la - Recurso provido em parte apenas para reduzir o valor fixado. (Câmara Especial de Meio-Ambiente – AI n. 7786635200 – Rel. Samuel Júnior – j. 23.10.2008)

8 INDENIZAÇÃO - Danos morais - Lei de imprensa - Matéria divulgada em programa de televisão imputando prática de crime à autora - inicial não instruída com exemplar da fita contendo a matéria ofensiva - Ausência de notificação a que alude o artigo 58, parágrafo 3º. da L. 5.250/67 - Alegação de que a emissora e o jornalista desconhecem a matéria, sem, contudo, negar de modo peremptório sua veiculação - Falta de prova material do ato ilícito - Possibilidade da prova ser feita por meio diverso, segundo entendimento predominante no Superior Tribunal de Justiça - Ação julgada extinta sem julgamento do mérito - Princípio da carga dinâmica da prova, de que incumbe o ônus a quem dispõe dos meios para produzi-la - Falta de verossimilhança de que a emissora não dispõe de cópia da matéria em seus arquivos - Recurso provido. (4ª Câmara de Direito Privado – AI n. 4703834500 – Rel. Des. Francisco Loureiro – j. 11.01.2008)

9 4ª Turma, REsp. n. 316.316-PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 18.09.2001, DJU 12.11.2001, p. 156.

e os meios probatórios que serão utilizados, em decisão fundamentada, diante do texto expresso no artigo 357, III c.c. artigo 373, § 1º.

Por fim, de se ressaltar que a teoria do ônus dinâmico da prova não se confunde com a doutrina do senso comum. A primeira se opera no plano do artigo 373, do Código de Processo Civil, no nosso ordenamento, enquanto que a segunda no âmbito dos artigos 371 e 375 do mesmo Código, diretamente no plano da valoração das provas.

Na lição de Leo Rosemberg

quando o juiz, com base num princípio fundado na experiência, convence-se da verdade de uma característica exigida pela lei, este não mudou ou inverteu a carga da prova, senão que se lhe foi subministrada a prova; e não há espaço algum para a aplicação das regras relativas ao ônus da prova (...).  
(ROSEMBERG, 1956, p. 11)

Assim, o estatuto processual civil de 2015 não revoga o sistema do direito positivo, mas complementa-o à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido, sobretudo, com a verdade real e com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 878).

#### *2.2.3.1.1 Inversão do ônus da prova no sistema processual civil em geral*

Já sustentamos em outra obra (CURIONI MERGULHÃO, *passim*) que o problema da distribuição do ônus da prova repousa na ideia de que cada parte, visando a vitória na causa, desenvolva perante o juiz provas que promovam a convicção sobre os fatos alegados.

As regras de distribuição estática do ônus são suficientes à imensa maioria dos casos, porém inadequadas em casos mais complexos, tal como ocorre naquelas em que há desdobramento de fatos. Faz-se necessário procurar novos critérios na teoria geral da prova para a solução de tais casos.

O novo Código, de maneira diversa do anterior, autoriza expressamente ao juiz distribuir o ônus da prova entre as partes de maneira diferente da previsão dos critérios legais ordinários (art. 373, § 1º) e, com isto, essa disciplina inovadora tem sido qualificada como um dos temas de maior relevância

dentro do NCPC (FULMIGNAM, 2017, p. 258). Para alteração do ônus da prova, o juiz pode se valer, objetivamente, das peculiaridades da causa, ou, subjetivamente, do comportamento da parte, que cria obstáculos ao adversário para comprovação dos fatos relevantes à sua defesa (conduta contrária à boa-fé e lealdade processuais) (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 877).

Ressalta-se, porém, que o abrandamento depende de condições particulares do caso concreto e para que essa excepcionalidade não se torne arbitrária, é preciso que a decisão alteradora da partilha do artigo 373, dita divisão do ônus estático da prova, seja feita racionalmente: o juiz deverá, ao ordenar a inversão, proferir um julgamento lógico, capaz de revelar e fazer compreender, por meio de adequada fundamentação, como formou de maneira racional sua convicção e quais os elementos que a determinaram (MARINONI, 2007, p. 21).

A teoria da dinamização não se presta a dispensar totalmente do ônus da prova aquela parte que, segundo o art. 373, tem o encargo legal de provar a base fática de sua pretensão, mas apenas de aliviá-la de algum aspecto do evento *probando*, ao qual não tem acesso ou condições de investigação satisfatória, ao passo que o adversário se acha em situação de fazê-lo. Nesse sentido, adverte Peyrano (2013, p. 222) que o deslocamento do ônus da prova é sempre parcial e nunca total.

O novo estatuto processual trouxe regras, alterando a regra natural de distribuição do ônus da prova, na esteira do que a doutrina e jurisprudência já vinham entendendo, bem como diante da hipótese positivada, nos casos de relações de consumo.

Com efeito, estabelece no § 1º, do artigo 373:

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.

Verifica-se, portanto, que o estatuto processual prevê que a inversão do ônus da prova pode ser: **convencional** (hipótese já prevista no código anterior), **legal** ou **judicial**.

A **inversão convencional** poderá ocorrer se o litígio versar sobre direitos disponíveis e não se esteja diante de prova diabólica <sup>10</sup> (CPC, art. 373, § 3º). Expressamente vedada no âmbito das relações consumeristas, em detrimento do consumidor (CDC, art. 51, VI).

A **inversão legal** ocorrer nas hipóteses de presunções, ou seja, situações em que a lei, sem a necessidade da participação do juiz, já determina que sempre o ônus da prova será do fornecedor (CDC, arts. 14 e 28).

A **inversão judicial** poderá ocorrer em duas situações: autorização legal ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* do artigo 373 do Código de Processo Civil. Neste caso, diversamente do que ocorre com a legal, a lei condiciona a inversão, a critério do juiz, fundamentadamente. O exemplo mais importante é o do artigo 6º, VIII, do CDC, que autoriza a inversão judicial em casos de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência econômica ou técnica. Observa-se, entretanto, que a doutrina estende esse mecanismo a outras demandas em que também se tornaria necessário flexibilizar o sistema rígido do art. 333 do CPC [NCPC, art. 373] (MARINONI, 2007).

Na legislação civil, há um caso de adoção expressa do mecanismo de inversão do ônus da prova. Trata-se dos negócios por meio dos quais se pratica a agiotagem:

Havendo indícios suficientes da prática de agiotagem, nos termos da MedProv 2.172-32, é possível a inversão do ônus da prova, imputando-se, assim, ao credor, a responsabilidade pela comprovação da regularidade jurídica da cobrança. (STJ, 3ª T., REsp 1.132.741/MG, Rel. Min. Massami Uyeda, ac. 06.09.2011, Rev. de Processo, v. 201, p. 443-444)

Não basta, porém, ao devedor acusar o credor da prática de negócio usurário; é preciso demonstrar a existência de indícios de que o credor é um agiota e de que o negócio discutido em juízo se liga a essa modalidade ilícita de mútuo, para, em consequência, obter-se a respectiva invalidação.

---

10 Insuscetível de ser produzida. “... o deslocamento do onus probandi será aceitável, somente se, a respeito de tais fatos, o demandado se encontrar, por sua vez, em reais possibilidades de demonstrá-los, pois em caso contrário, quando as dificuldades probatórias afetarem tanto o autor quanto o demandado, a inversão da carga processual respectiva não encontrará justificativa alguma, levando em conta que constituiria, também, uma quebra dos relembrados princípios fundantes da distribuição do esforço probatório, e, em tal oportunidade, até mesmo contra a inviabilidade de êxito da demanda” (PEYRANO, 2013, p. 223).

Desse modo, conclui-se que não basta a mera alegação, devendo a parte que eventualmente venha a se beneficiar da inversão do ônus da prova, demonstrar a verossimilhança das suas alegações. No caso das relações consumeristas, independentemente dessa, a lei admite a inversão em casos de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência econômica ou técnica, tema que gera discussão e controvérsia.

### 2.2.3.2 ÔNUS DA PROVA NAS AÇÕES DO CONSUMIDOR

#### 2.2.3.2.1 Noções introdutórias

Não é possível negar a importância da prova para o processo, como já pontificava Bentham ao afirmar que *el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas* (BENTHAM, 1959, p. 10).

Diante disso, para efetivamente proteger determinado grupo social (sujeito de direitos), fez-se necessário lançar mão de inúmeros dispositivos que invertem a lógica acima, como o fez o Código de Defesa do Consumidor, ao preconizar a inversão do ônus da prova como direito básico do consumidor, além de distribuí-la de forma diferente da habitual para garantir a proteção dele.

Conforme analisado, o Código de Processo Civil é quem traça toda a sistematização sobre o ônus da prova.

Garcia pondera, porém:

Percebe-se que há confusão ao analisar o instituto da inversão do ônus da prova. Não raras vezes, em se tratando de relação de consumo, diz-se que a legislação aplicável é o art. 6o, VIII, do CDC. No tocante às relações privadas em geral, diz-se que a regra a ser aplicada é a do CPC, art. 373, I e II do novo CPC/15. (GARCIA, 2017, p. 99)

E continua o citado autor

Importante destacar que, em momento algum, o CDC tratou da distribuição do ônus da prova, ao contrário do CPC. O que o CDC regulou foi a possibilidade de inverter o ônus probatório. Conclui-se, portanto, que o art. 373, I e II do novo CPC/15, deverá ser aplicado às relações de consumo, ou seja, caso o consumidor venha a propor a ação (autor), deverá fazer prova do fato constitutivo do direito. O que pode acontecer é que, em alguns casos,

quando a prova a cargo do consumidor se tornar difícil de ser feita ou muito onerosa (requisito da hipossuficiência) ou quando os argumentos alegados, segundo as regras ordinárias de experiência do magistrado, forem plausíveis (requisito da verossimilhança das alegações), o juiz poderá inverter o ônus da prova que a princípio, foi distribuído de acordo com o CPC. (GARCIA, 2017, p. 99)

O CDC prevê a possibilidade geral de inversão do ônus da prova judicial, transferindo-o do autor (consumidor) para o réu (fornecedor) (art. 6º, VIII, do CDC) e em algumas situações pontuais, a inversão legal do ônus da prova. Isso não significa, no entanto, que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão ocorra sempre, e de maneira automática, nas ações de consumo (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 887-888).<sup>11</sup>

A lei consumerista condiciona a inversão a determinados requisitos, verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor, que deverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal, salvo nas hipóteses de inversão legal.

---

11 Mesmo quando caracterizada a relação de consumo, continuam os ônus da prova submetidos, em regra, ao art. 333 do CPC [NCPC, art. 373]. A inversão só pode ocorrer, durante a marcha do processo, quando o juiz verificar a dificuldade em que se encontra o consumidor para provar o fato constitutivo de seu direito. Esse fato, todavia, tem de revestir-se de verossimilhança diante dos elementos disponíveis no processo e ao consumidor deve faltar condições técnicas para prová-lo adequadamente. Se o juiz não se basear na verossimilhança nem na hipossuficiência para fundamentar o decreto de inversão, esta não subsistirá, e o que haverá de prevalecer será a regra geral do art. 333 do Código de Processo Civil [NCP, art. 373] (STJ, 4ª T., REsp 437.425/ RS, Rel. Min. Barros Monteiro, ac. 15.08.2002, DJU 24.03.2003, p. 232). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., AgRg no Ag 1.360.186/RS, Rel. Min. Raul Araújo, ac. 26.04.2011, DJe 10.5.2011; STJ, 3ª T., REsp 1.178.105/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andrichi, ac. 07.04.2011, DJe 25.04.2011. “A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido da possibilidade de inversão do ônus da prova em hipóteses que versem acerca de saques indevidos em conta bancária, diante do reconhecimento da hipossuficiência técnica do consumidor, ainda que não reconhecida a verossimilhança das alegações apresentadas. Precedentes” (STJ, 3ª T., AgRg no REsp 906.708/RO, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ac. 19.05.2011, DJe 30.05.2011).

### 2.2.3.2.2 Inversão *ope judicis* e inversão *ope legis*

#### 2.2.3.2.2.1 Inversão *ope judicis*

O artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor prevê a hipótese de inversão *ope judicis*, ou seja, por determinação judicial, se presentes os requisitos legais. O juiz tem uma participação ativa para dizer se é caso ou não de inversão, considerando-se o preenchimento dos requisitos.

O primeiro requisito é a **verossimilhança**, que abrange uma interpretação no sentido daquilo que parece intuitivamente verdadeiro, isto é, portador de algum indício de aparente veracidade sobre uma circunstância com destaque jurídico.

A verossimilhança nada mais é do que a aparência de realidade, isto é, a aferição dos reais acontecimentos pelo sentir do magistrado, fazendo surgir em sua mente uma objetividade que provoque a alteração na distribuição do ônus.

Já a **hipossuficiência**, para fins da possibilidade da inversão do ônus da prova, na ideia irradiada pelo Código de Defesa do Consumidor está relacionada com o exercício da atividade probatória, devendo ser compreendida como a dificuldade, seja de ordem técnica, econômica ou de informações, se comparado com o fornecedor, para se demonstrar em juízo a causa ou a extensão do dano.

Não obstante, caberá ao magistrado quando não for o caso de julgamento antecipado da lide, criar o momento oportuno para que distribua o ônus da prova, de maneira que a outra parte não seja pega de surpresa e possa desincumbir-se do encargo.

Theodoro Junior pondera que

não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova. Ao réu, segundo a melhor percepção do espírito da lei consumerista, competirá provar, por força da regra *sub examine*, não o fato constitutivo do direito do consumidor, mas aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade, diante do quadro evidenciado no processo, como, v.g., o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, a falta denexo entre o resultado danoso e o produto consumido etc. (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 888)



Continua o festejado autor:

Se, entretanto, o autor não tiver trazido ao processo qualquer prova do dano que afirma ter sofrido e nem mesmo elementos indiciários do nexo entre esse dano e o produto ou serviço prestado pelo fornecedor demandado, impossível será realizar o juízo que o art. 6º, VIII, do CDC, exige do magistrado para carrear o ônus da prova ao réu. Sem prova alguma, por exemplo, da ocorrência do fato constitutivo do direito do consumidor (autor), seria diabólico exigir do fornecedor (réu) a prova negativa do fato passado fora de sua área de conhecimento e controle. Estar-se-ia, na verdade, a impor prova impossível, a pretexto de inversão de *onus probandi*, o que repugna à garantia do devido processo legal, com as características do contraditório e ampla defesa. O sistema do art. 6º, VIII, do CDC, só se compatibiliza com as garantias democráticas do processo se entendido como critério de apreciação das provas pelo menos indiciárias, disponíveis no processo. (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 888)

Nesse sentido, a inversão do ônus da prova procura restabelecer a igualdade e o equilíbrio na relação processual em razão de o fornecedor, geralmente, dispor de melhores condições técnicas e econômicas para a disputa judicial.

Importante destacar a diferença efetuada pela doutrina no tocante aos termos “vulnerabilidade” e “hipossuficiência”, sendo a primeira um fenômeno de direito material com presunção absoluta (*jure et de juris* - art. 4º, I - o consumidor é reconhecido pela lei como um ente “vulnerável”), enquanto a segunda, um fenômeno de índole processual que deverá ser analisado casuisticamente (art. 6º, VIII - a hipossuficiência deverá ser averiguada pelo juiz segundo as regras ordinárias de experiência) (GARCIA, 2017, p. 100).

A inversão, assim, deverá ser aplicada no sentido teleológico da lei consumerista, que não teve o propósito de liberar o consumidor do encargo probatório previsto na lei processual, mas apenas o de superar dificuldades técnicas na produção das provas necessárias à defesa de seus direitos em juízo (THEODORO JUNIOR, 2020, p. 888-889).

O consumidor é vulnerável em seu relacionamento com o fornecedor, segundo o direito material. Mas nem todo consumidor é hipossuficiente no sentido processual, ou seja, nem sempre estará desprovido de meios tecnoprocessuais para promover a prova do fato constitutivo do seu direito.

Na análise do cabimento da inversão do ônus da prova, em ação coletiva consumerista, proposta no polo ativo pelo Ministério Público, o STJ entendeu

a possibilidade da inversão, pois que o termo consumidor não poderia ser entendido como parte processual, mas sim como parte na relação jurídica de direito material.

Neste sentido:

Trata-se, na origem, de ação civil pública (ACP) interposta pelo MP a fim de pleitear que o banco seja condenado a não cobrar pelo serviço ou excluir o extrato consolidado que forneceu a todos os clientes sem prévia solicitação, devolvendo, em dobro, o que foi cobrado. A Turma entendeu que, na ACP com cunho consumerista, pode haver inversão do ônus da prova em favor do MP. Tal entendimento busca facilitar a defesa da coletividade de indivíduos que o CDC chamou de consumidores (art. 81 do referido código). O termo “consumidor”: previsto no art. 60 do CDC, não pode ser entendido apenas como parte processual, mas sim como parte material da relação jurídica extraprocessual, ou seja, a parte envolvida na relação de direito material consumerista- na verdade, o destinatário do propósito protetor da norma. (REsp 951.785RS, Rei. Min. Luis Felipe Salomão, j. 15/2/2011. Informativo 463)

O expediente da inversão do ônus da prova, portanto, tem de ser utilizado com equidade e moderação, dentro da busca de harmonização dos interesses em conflito nas relações de consumo. Dessa maneira, tem de ser visto como “instrumento para a obtenção do equilíbrio processual entre as partes, não tendo por fim causar indevida vantagem, a ponto de se conduzir o consumidor ao enriquecimento sem causa, vedado pelo art. 884 do Código Civil” (STJ, 4ª T., REsp 1.256.703/SP, rel. Min. Luís Felipe Salomão, ac. 06.09.2011, DJe 27.09.2011).

Por fim, importante destacar que o ato judicial que decreta a inversão do ônus da prova deve ser motivado, indicando a ocorrência de uma dentre essas duas situações, ou seja, a alegação do consumidor deve ser verossímil ou o consumidor deve ser hipossuficiente.

Ressalte-se que o emprego da conjunção alternativa e não da aditiva significa que o juiz não haverá de exigir a configuração simultânea de ambas as situações, bastando que ocorra a primeira ou a segunda.

Vale lembrar que será sempre em favor do consumidor, nunca em favor do fornecedor, ela é um direito público subjetivo do consumidor. Significa que não fica a critério do juiz dizer se a parte tem direito ou não, uma vez preenchidos os requisitos legais, o juiz é obrigado e deferir a inversão do ônus

da prova em favor do consumidor. É direito público subjetivo do consumidor, não há critério de oportunidade e conveniência do juiz, ela é uma garantia especial em razão da vulnerabilidade do consumidor, prevista no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor:

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

Trata-se do princípio básico do Código de Defesa do Consumidor ou como afirmou o STJ:

O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios. (REsp. 586.316/MG)

Assim, por ser matéria de ordem pública, poderá ser aplicada a inversão do ônus da prova de ofício ou a requerimento da parte, sempre que verificada a verossimilhança ou a hipossuficiência do consumidor segundo as regras ordinárias de experiência.

#### 2.2.3.2.2 Inversão *ope legis*

O Código de Defesa do Consumidor trata também da inversão *ope legis*. Neste caso, diferentemente da inversão *ope judicis*, que decorre do comportamento do juiz, a inversão *ope legis* decorre da própria lei, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei já estabelece que será invertido o ônus da prova, sendo que estes casos estão previstos nos artigos 12, §3º, 14, §3º e 38 do CDC:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...]

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

I – que não colocou o produto no mercado;

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

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Outra possibilidade que o código define é de quem é o encargo de produção da prova previsto no artigo 14, § 3º do mesmo diploma legal:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...]

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

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

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Igualmente, a inversão automática está prevista em seu artigo 38 quando se tratar de publicidade. Eis seu teor: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”.

Logo, quem patrocina a publicidade tem que provar a veracidade e correção de informação que propaga nesta publicidade.

Nesses casos, a lei previamente determina que o réu (fornecedor) terá o ônus de desconstituir o alegado pelo autor (consumidor).

## 2.3 OBJETO DA PROVA E MOMENTO DA INVERSÃO

Quanto ao **objeto da prova**, no CDC, o que se inverte na prova, são os fatos diretamente relacionados à hipossuficiência do consumidor, porque os fatos que são de fácil produção para o consumidor ele próprio é obrigado a produzir, então só se inverte quando o fato tiver relação com a hipossuficiência do consumidor, seja ela técnica, financeira, de conhecimento, de informação,

científica, de educação, participação, grau de escolaridade, posição social, poder aquisitivo, acesso a todos os dados e informações, ou seja, ele não tem como trazer elementos sobre os fatos que ele pretende provar, então a hipossuficiência gera a inversão do ônus da prova somente em relação a esses fatos, não são a todos os fatos.

Veja, por exemplo, que o fornecedor deverá ficar responsável pelo fato em si, pela inexistência do vício ou pelo acidente do produto ou serviço, de outro lado, o consumidor ainda continua responsável em demonstrar o dano sofrido e sua extensão, não podendo transferir tais encargos ao fornecedor.

No que tange ao **momento**, havia muitas controvérsias a respeito deste tema, porque a hipótese prevista no Código de Defesa do Consumidor é omissa quanto ao momento da inversão e, em virtude desta omissão, surgiram várias correntes doutrinárias acerca do momento processual mais adequado para que ocorra esta inversão. As três correntes que prevalecem são aquelas que indicam o recebimento da inicial, o despacho saneador e a sentença como os momentos oportunos para realização da inversão. Ocorre que, com o CPC/2015, acabou a discussão em relação ao momento para o juiz determinar a inversão do ônus da prova, o sistema novo determina que será no saneamento do processo, nos termos do artigo 357 do CPC/2015.

Veja as palavras de Cassio Scarpinella Bueno sobre o tema:

É importante entender que a modificação do ônus da prova referida nos dispositivos aqui analisados interfere no próprio procedimento. Tanto assim que o inciso III do art. 357, que trata do saneamento e da organização do processo, é expresso quanto à alteração ocorrer naquele instante por decisão que antecede, portanto, o início da fase instrutória e, mais especificamente, a produção daquela prova. O CPC de 2015 consagra o tema, destarte, como regra de procedimento, e não, como pensam alguns no âmbito do CPC de 1973, como regra de julgamento. É mais um caso em que o modelo de processo cooperativo é concretizado por regra do próprio CPC de 2015. (BUENO, 2016, p. 351)

No caso de inversão judicial, é dinâmica, depende da decisão judicial e, assim, para atender-se aos princípios que regem o processo civil atual, deve obedecer principalmente o contraditório e evitar-se a surpresa, razão pela qual, deverá sempre ser sinalizada a possibilidade de inversão, e pelo novo estatuto processual, no saneador (CPC/2015, art. 357, III).

Vale lembrar dos casos excepcionais, que comumente ocorrem nos Juizados Especiais Cíveis, que em razão do rito procedimental, não são dotados de fase saneadora. Desta forma, quando se tratar de procedimento sumaríssimo, dos Juizados Especiais, deverá sempre constar na citação a advertência expressa da possibilidade de inversão do ônus da prova, conforme preceitua o enunciado 53 do FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais): “Deverá constar da citação a advertência, em termos claros, da possibilidade de inversão do ônus da prova”.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao abordar o tema do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, observa-se que a sistematização do instituto é feita pelo Código de Processo Civil. O novo estatuto processual de 2015 inova em relação ao Código anterior de 1973, ao trazer entendimento já consagrado na doutrina nacional e estrangeira, bem como na jurisprudência, acrescentando às regras do ônus estático e inversão dinâmica convencional, a possibilidade de inversão dinâmica do ônus da prova judicial e legal, hipóteses já previstas no Código de Defesa do Consumidor, nos arts. 6º, VIII, 12, § 3º, 14, § 3º, e 38.

A distribuição do ônus da prova entre o autor e o réu que era regulada pelo artigo 333 do CPC/1973 era tida como estática, pois o magistrado não tinha qualquer liberdade em sua aplicação, sendo considerada insuficiente para solucionar todas as situações na busca da verdade real. A possibilidade de inversão do ônus era possível, no âmbito das relações civis em geral, se houvesse consenso, enquanto que o Código consumerista já admitia a inversão dinâmica judicial, em geral (CDC, art. 6º, VIII) e em algumas situações específicas, a inversão legal (ex. CDC, art. 12, § 3º).

Neste cenário, surgiu o Novo Código de Processo Civil que inovou (não muito) quanto ao sistema de distribuição do ônus probatório, adotando a teoria que se iniciou na Argentina, conhecida como distribuição dinâmica do ônus da prova.

Observa-se ainda que o legislador conservou as regras contidas no artigo 333 do CPC/1973, repetindo-as no artigo 373 do CPC/2015, contudo

em seu §1º complementou as regras que eram estáticas, permitindo que o juiz flexibilize e dinamize o ônus da prova para dizer quem tem mais facilidade de provar o fato diante de cada caso concreto.

Nota-se que mesmo antes da positivação, em alguns casos previstos em lei, a exemplo do inciso 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, já havia propriamente a inversão do ônus da prova.

Todavia, os pressupostos para a inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, são distintos daqueles previstos no artigo 373 do CPC/2015. Enquanto no estatuto consumerista ocorre a inversão do ônus da prova quando verossímil a alegação do consumidor ou quando ele for hipossuficiente, o estatuto processual civil de 2015, diferentemente do CDC, permite que o juiz atribua o ônus da prova de modo diverso quando uma parte apresente maior facilidade em produzir a prova e se livrar do encargo, sendo que essa maior facilidade dependerá do caso concreto, cabendo ao juiz fazer esta análise.

No caso de omissão do magistrado, portanto, quando se tratar de inversão judicial, as regras continuarão a ser aplicadas como sempre foram, isto é, caberá ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Não obstante, a nova legislação processual proíbe a inversão do ônus da prova, sempre que ela possa gerar situação em que o desincumbir-se do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (prova diabólica).

O CPC/2015 ainda permite a distribuição convencional do ônus da prova, desde que não recaia sobre direito indisponível da parte ou quando não tornar excessivamente difícil a sua produção, expressamente vedada pelo Código de Defesa do Consumidor (Art. 51, VI).

Cumprir destacar, que a circunstância mais frequente no cotidiano forense de inversão do ônus da prova era do art. 6º, VIII, do CDC, e que sempre gerou muita polêmica quanto ao momento adequado de o juiz aplicar esta regra, porém o CPC/2015 colocou um fim acerca dessa discussão, consagrando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, sendo o ônus da prova uma regra de instrução, sua inversão deve ocorrer na fase probatória, na oportunidade do saneamento do processo (CPC, art. 357, III) ou, quando realizada após esse momento, deverá reabrir a instrução para que a parte que receba o ônus da prova possa se desincumbir do encargo que lhe tenha sido

atribuído, agindo o magistrado de maneira transparente e permitindo que cada parte tenha conhecimento de seus encargos probatórios para que a ampla defesa e o contraditório não sejam prejudicados.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. IV.

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. 3ª ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, 1984.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad em el derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2000.

BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*. Buenos Aires: Editora Ejea, 1959, tomo I.

BUENO, Cássio Escarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil – Admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CURIONI MERGULHÃO, Rossana Teresa. *A produção da prova no Direito Processual: alcance e os limites do ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista Jurídica*, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.



DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. III.

FULMIGNAN, Silvano José Gomes. O panorama da distribuição do ônus da prova no novo CPC. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 981, jul./2017.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Código de Defesa do Consumidor Comentado artigo por artigo*. 13ª ed. Salvador: JusPodvim, 2017.

GIOSTRI, Hildegard Taggasselli. *Responsabilidade médica*. Curitiba: Juruá, 2002.

IIDP - INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL. *Código modelo de processos coletivos para ibero-américa*. Agosto de 2004. Disponível em <[https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_portugues\\_final\\_28\\_2\\_2005.pdf](https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf)>, acesso em 20/05/2020.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: RT, 2002.  
LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 204, fev. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova segundo a Peculiaridade do Caso Concreto. *Revista dos Tribunais*, v. 862, ago. 2007, p. 11-21.

MELLO, Felipe Viana de. O reconhecimento da aplicabilidade da teoria do ônus dinâmico no processo civil brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 139, out/2014.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inés Lépori (coord.). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos rumos de la doctrina de la cargas probatorias dinámicas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 217, mar. 2013.

ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956.

TESHEINER, José Maria Rosa. Sobre o ônus da prova. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de direito processual civil*. Homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005, p. 363-365.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 61ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 2020.

VARELA, João de Matos Antunes; NORA, Sampaio; BEZERRA, J. Miguel. *Manual de processo civil de acordo com o Dec.-Lei 242/85*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

VERDE, Giovanni. *L'onere della prova nel processo civile*. Napoli: Jovene Editore, 1974.