

OLAVO DE OLIVEIRA NETO
ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO
RICARDO AUGUSTO DE CASTRO LOPES
(COORDENADORES)

Clara Azzoni
Acervo Pessoal

A PR PROFESSUAL CIVIL

Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes

*Alberto Camiña Moreira
Antonio Carlos Mathias Coltro
Araken de Assis
Arlete Inês Aurelli
Bruno Freire e Silva
Caetano Lagrasta Neto
Carla Cinelli Silveira
Cassio Scarpinella Bueno
Clara Moreira Azzoni
Cláudia Aparecida Cimardi
Eduardo Melo de Mesquita
Elias Marques de Medeiros Neto
Fabiano Carvalho
Flávia Pereira Ribeiro
Flávio Luis de Oliveira
Flávio Luiz Yarshell
Helder Moroni Câmara
Henrique Araújo Costa
Humberto Theodoro Junior
Ivan Aparecido Ruiz
Joel Dias Figueira Júnior
Jorge Luiz de Almeida*

*José Eduardo Soares de Melo
José Eduardo Suppioni de Aguirre
José Roberto dos Santos Bedaque
José Rubens de Moraes
Leonardo Ferres da Silva Ribeiro
Luiz Antonio Ferrari Neto
Luiz Guilherme Marinoni
Maria Elizabeth de Castro Lopes
Maria Helena Diniz
Maria Regina Caldeira Troise
Olavo de Oliveira Neto
Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira
Paulo Henrique dos Santos Lucon
Ricardo Augusto de Castro Lopes
Rodrigo Barioni
Rogério Licastro Torres de Mello
Ronnie Herbert Barros Soares
Sérgio Shimura
Táisa Silva Dias Frezza
Teresa Arruda Alvim Wambier
William Santos Ferreira
Yoshiaki Ichihara*



OLAVO DE OLIVEIRA NETO
ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO
RICARDO AUGUSTO DE CASTRO LOPES
(COORDENADORES)

A PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes

1ª Edição

São Paulo

2013



Olavo
Aguiar

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

*Flávia Pereira Ribeiro¹
e Clara Moreira Azzoni²*

SUMÁRIO: 01. Distribuição do ônus da prova 01.1 Distribuição estática - artigo 333 do Código de Processo Civil 02. Inversão do ônus da prova 02.1. Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor 02.1.1 Momento da inversão: *regra de procedimento x regra de julgamento* 02.1.2 Inversão do ônus probatório x custeio da prova 03. Teoria da carga dinâmica das provas 03.1 Regulamentação da teoria da carga dinâmica das provas – o Projeto do Código de Processo Civil

01. Distribuição do Ônus da Prova

01.1 Distribuição estática – artigo 333 do Código de Processo Civil

O Código de Processo Civil vigente contém apenas uma disposição sobre o ônus da prova (artigo 333), de caráter genérico, que fixa regras sobre a distribuição desse encargo entre as partes. Nos termos desse dispositivo, cabe ao autor a prova relativa aos fatos constitutivos de seu alegado direito e ao réu a prova dos fatos que de algum modo atuem ou tenham atuado sobre o direito do autor, impedindo-o, modificando-o ou extinguindo-o.

A lei processual, assim, de forma abstrata, distribui os ônus probatórios conforme a posição da parte em juízo (autor e réu) e quanto à espécie de fato a ser provado (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo).

Fatos constitutivos são os que têm a eficácia de dar vida, de fazer nascer, de constituir a relação jurídica, e geralmente, também a de identificar seus elementos. A dúvida ou insuficiência de prova quanto ao fato constitutivo milita contra o autor, ao passo que ao réu incumbe,

¹ Advogada. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Doutoranda em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP).

² Advogada. Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutoranda em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

não obstante a existência de um fato constitutivo, comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Pela definição de Moacyr Amaral dos Santos, (i) fatos extintivos são aqueles que têm a eficácia de fazer cessar a relação jurídica (v.g., o pagamento na ação de cobrança; o perecimento da coisa, na ação de dar); (ii) fatos impeditivos são aquelas circunstâncias que impedem que decorra de um fato o efeito que lhe é normal ou próprio (v.g., na compra e venda se tiver havido simulação; ou incapacidade das partes ou impropriedade da forma); e (iii) fatos modificativos são os que, sem excluir ou impedir a relação jurídica, à qual são posteriores, têm a eficácia de modificá-la (v.g., o pagamento de parte de um crédito, a combinação sobre a guarda de filhos entre cônjuges).³

No entanto, autorizada doutrina há muito aponta que essa única regra de distribuição do ônus probatório, estática, não é satisfatória. João Batista Lopes leciona que “as regras retromencionadas mostram-se suficientes para resolver grande número dos casos, mas se revelam inadequadas em hipóteses mais complexas como aquelas em que ocorre desdobramento de fatos.”⁴

Por isso é que a atual tendência processual é no sentido de se permitir novas formas de distribuição desse ônus, para que se permita a inversão do ônus da prova – como já adotado pelo Código de Defesa do Consumidor – e, inclusive, para que se adote a teoria das cargas dinâmicas das provas.

02. Inversão do ônus da prova

Com efeito, apesar da disposição expressa do artigo 333 do nosso Código Processual vigente, acima analisada, em muitas situações a própria legislação permite a inversão dos ônus da prova, que consiste nas “alterações de regras legais sobre a distribuição deste, impostas ou autorizadas por lei”, pois o “mesmo poder que legitima a edição de normas destinadas à distribuição do ônus da prova legitima também às exceções queridas ou permitidas pelo legislador.”⁵

Essas inversões, assim, podem ser (i) legais, quando determinadas pelas presunções relativas instituídas em lei; (ii) convencionais, quando determinada pela vontade convergente das partes; ou (iii) judiciais, quando determinadas pelas presunções criadas nos julgamentos dos juízes ou por determinação direta destes, desde que autorizadas em lei.⁶

O Código Civil e outras leis esparsas também trazem disposições específicas, por razões de ordem social, ética ou econômica que, na prática, provocam o mesmo resultado da inversão do ônus da prova. Há dispositivos que disciplinam a distribuição do ônus probatório referente

³ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Prova Judiciária no Civil e Comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v.I, p. 28.

⁴ LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. III, p. 76.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, v. III, p. 77.

a certos negócios ou relações jurídicas, como, por exemplo, a regra do artigo 181 do Código Civil, segundo o qual “ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga.”

02.1 Inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor

A principal manifestação da inversão do ônus da prova em nosso sistema processual, no entanto, está prevista no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, inciso VIII, segundo o qual consiste um direito básico 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.”⁷

Com efeito, nossa legislação consumerista, de forma inovadora, consagrou a possibilidade de inversão do ônus da prova em defesa do consumidor, sempre que, a critério do juiz, pela utilização das regras ordinárias de experiência, as alegações do consumidor forem verossímeis ou houver hipossuficiência do consumidor.

Pela leitura do dispositivo, constata-se facilmente que se cuida de uma inversão judicial, ou seja, *ope iudicis*. Caberá ao magistrado, em cada caso concreto, verificadas as circunstâncias envolvidas, determinar, ou não, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.⁸

Somada à regra do artigo 6º, acima mencionado, de forma sistemática estabelece o artigo 51, inc. VI, do Código de Defesa do Consumidor que serão nulas, de pleno direito, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que “estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor.”

Além dessas disposições – que têm caráter mais genérico e deverão ser aplicadas de acordo com as características do caso concreto, por se cuidar de inversão *ope iudicis* – o Código

⁷ Para Marinoni, defendendo o tratamento diferenciado do ônus da prova diante das várias necessidades do direito material, “*não existe motivo para supor que a inversão do ônus da prova somente é viável quando prevista em lei*. Aliás, a própria norma contida no art. 333 do CPC não precisaria estar expressamente prevista, pois decorre do bom senso ou do interesse na aplicação da norma de direito material, que requer a presença de certos pressupostos de fato, alguns de interesse daquele que postula a sua atuação e outros daquele que não deseja vê-la efetivada” (MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 96, v. 862, p. 11-21, ago. 2007, p. 16).

⁸ Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior: “No referido art. 6º, nº VIII, o CDC não instituiu uma inversão legal do referido ônus, mas, sim, uma inversão judicial, que caberá ao juiz efetuar quando considerar configurado o quadro previsto na regra da lei. Em outras hipóteses, o CDC realmente inverteu *ipso iure* o ônus da prova: em relação, v. g., aos defeitos de produtos (art. 12, § 3º, nº II) e de serviços (art. 14, § 3º, nº I), a lei protetiva do consumidor simplesmente estabeleceu a presunção do vício. Aí, sim, pode-se falar em inversão legal do ônus da prova. O mesmo, porém, não se passa com a situação disciplinada genericamente pelo art. 6º, nº VIII, onde a previsão da lei é de um poder confiado ao juiz para promover a inversão, se julgada cabível” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova - Princípio da verdade real - Poderes do Juiz - Ônus da prova e sua eventual inversão - Provas ilícitas - Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Belo Horizonte, v. 3, p. 05-23, 199, p. 17).

de Defesa do Consumidor prevê ainda regra específica, relacionada ao ônus da prova na comunicação publicitária.

Trata-se da previsão do artigo 38 do *Codex*, segundo o qual “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

Conquanto ambas disciplinem a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, a regra prevista no artigo 38 difere-se da inversão do ônus prevista no artigo 6, inc. VIII, por diversas razões:⁹ (i) o artigo 6º, inc. VIII, estabelece uma norma geral, aplicável, em princípio (já que *ope judicis*), a todo litígio que envolver consumidor e fornecedor. A previsão do artigo 38, por sua vez, tem âmbito de incidência restrito, “pois se limita a regram o ônus da prova decorrente da informação ou comunicação publicitária”;¹⁰ (ii) a inversão prevista no artigo 6º, inc. VIII, é *ope judicis*, mediante aferição dos requisitos legais, pelo magistrado, no caso *sub judice*. O artigo 38, diversamente, traz disposição *ope legis*, que prescinde da aferição de requisitos pelo juiz; (iii) na verdade, “o art. 38 do CDC não estabelece caso de inversão do ônus da prova, mas sim uma regra especial de distribuição que, no particular caso lá especificado, prevalece sobre a regra geral insculpida no art. 333 do CPC.”¹¹

No mesmo sentido, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim, em comentário ao artigo 38, ensina que “o dispositivo refere-se ao princípio da inversão do ônus da prova que informa a matéria publicitária. A inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6º, VIII, não está na esfera da discricionariedade do juiz. É obrigatória. Refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção. A veracidade tem a ver com a prova da adequação ao princípio da veracidade. A correção, diversamente, abrange, a um só tempo, os princípios da não-abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.”¹²

02.1.1 Momento da inversão: regra de procedimento x regra de julgamento

Quando do advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990 – há mais de 20 (vinte) anos –, houve farta discussão doutrinária sobre a inversão do ônus probatório, especialmente no que se refere ao momento da inversão: deve ser feito em sentença ou no despacho saneador; trata-se de *regra de procedimento* ou *regra de julgamento*; as partes (especialmente o fornecedor) devem ser alertadas sobre o risco de inversão ou tal alerta é desnecessário, diante da expressa previsão legal?

⁹ Diferenciação adotada por: SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões novas e velhas sobre a inversão do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 146, p. 49-68, abr. 2007, p. 50.

¹⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões novas e velhas sobre a inversão do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 146, p. 49-68, abr. 2007, p. 50.

¹¹ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Questões novas e velhas sobre a inversão do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 146, p. 49-68, abr. 2007, p. 50.

¹² BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos. Comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 304.