



CENTRO DE EDUCAÇÃO SUPERIOR DE INHUMAS

FACULDADE DE INHUMAS

CURSO DE DIREITO

WEMERSON CHIARELI DA SILVA

**DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO:
dinamização *versus* inversão**

**INHUMAS-GO
2018**

WEMERSON CHIARELI DA SILVA

**DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO:
dinamização *versus* inversão**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Inhumas – FacMais como requisito parcial à obtenção de título de Bacharel em Direito.

Professor(a) orientador(a): Ms.Marcela lossi

**INHUMAS-GO
2018**

WEMERSON CHIARELI DA SILVA

**DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO:
dinamização *versus* inversão**

AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO DOS ALUNOS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Inhumas (FacMais), como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Inhumas, ___/___/2018.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Ms. Marcela Iossi- FacMais
(Orientadora e Presidente)

Prof. - FacMais
(Membro)

Prof.
(Membro)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
BIBLIOTECA FACMAIS

S586d

SILVA, Wemerson Chiareli da.

Do ônus da prova no novo direito processual civil brasileiro: dinamização *versus* inversão/ Wemerson Chiareli da Silva. – Inhumas: FacMais, 2018.

43 f.: il.

Orientadora: Marcela Iossi Nogueira.

Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Educação Superior de Inhumas - FacMais, 2018.

Inclui bibliografia.

1. Ônus da prova. 2. Teoria Dinâmica. 3. Teoria Estática. 4. Inversão do ônus. I. Título.

CDU:34

Dedico este trabalho ao Curso de Direito da FacMais e às pessoas com quem, de alguma forma, convivi nestes anos aqui neste espaço. Produzir uma pesquisa, de forma compartilhada, amparado por pessoas maravilhosas como as que me apoiaram, em sintonia de objetivos e sonhos, foi a melhor experiência da minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço à Faculdade por sempre disponibilizar uma equipe pedagógica e gestora marcada pela humanidade e competência.

Agradeço à minha família pelo apoio e dedicação durante toda minha vida.

Agradeço também, de forma especial, à Ms. Marcela Iossi, minha orientadora, pelo carinho e paciência ao me orientar nesta pesquisa.

E, principalmente, agradeço a Deus, por me dar o dom da vida e assim ter a oportunidade de estudar e aprimorar meus conhecimentos, que me eleva a vencer todos os obstáculos que surgem com alegria e fé.

Ser capaz de sentir indignação contra qualquer injustiça cometida contra qualquer pessoa em qualquer parte do mundo é a capacidade mais bela de um militante.

(Che Guevara)

RESUMO

A pesquisa que aqui se apresenta trata das teorias do ônus da prova aplicáveis às causas de natureza cível, no Direito Brasileiro. Conforme a teoria geral da prova, o ônus de provar as alegações compete a quem as fez. Assim, compete ao autor provar os fatos alegados e ao réu, comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Essa é a regra geral aplicada no Direito Processual Civil e, de consequência, a todas as causas onde o CPC é aplicado subsidiariamente. Ocorre que, incluída em 1990 através da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, a possibilidade de inversão do ônus da prova, baseada na hipossuficiência do consumidor, trouxe ao ordenamento uma nova teoria relacionada ao ônus da prova. A partir daí, a jurisprudência e a doutrina passaram a defender um posicionamento mais flexível quanto ao encargo probatório. E com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, passou-se a admitir um sistema misto quanto ao ônus probatório. A teoria estática passou a ser admitida como regra geral, enquanto abriu-se a possibilidade de aplicação de uma teoria dinâmica onde o juiz pode inverter o ônus da prova, a partir da análise das especificidades do caso concreto e do requerimento das partes. Assim, buscou-se uma resposta para a seguinte problemática: o Código de Processo Civil de 2015 alterou a dinâmica do ônus da prova instituindo uma nova regra ou somente copiou a inversão existente no CDC? Para responder esta questão, realizou-se uma pesquisa bibliográfica em doutrinas processualistas e na jurisprudência, dividindo o resultado da pesquisa em três capítulos que versam, respectivamente, sobre a teoria geral da prova no Processo Civil, as regras de ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor e a comparação entre esta inversão e a teoria dinâmica do ônus da prova inserida no ordenamento pelo novo CPC/2015.

Palavras-chave: Ônus da prova. Teoria Dinâmica. Teoria Estática. Inversão do ônus.

ABSTRACT

The research presented here deals with theories of burden of proof applicable to civil causes, in Brazilian Law. According to the general theory of proof, the burden of proving the allegations lies with the one who made them. Thus, it is the responsibility of the author to prove the alleged facts and to the defendant, to prove the facts impeding, modifying or extinguishing the author's right. This is the general rule applied in Civil Procedural Law and, consequently, to all cases where the CPC is applied subsidiarily. It occurs that, introduced in 1990 through the promulgation of the Consumer Defense Code, the possibility of reversing the burden of proof, based on consumer hyposufficiency, has brought to the order a new theory related to the burden of proof. From that point on, jurisprudence and doctrine began to defend a more flexible position on the burden of proof. And with the promulgation of the Civil Procedure Code of 2015, a mixed system regarding the evidentiary burden was admitted. Static theory became a general rule, while the possibility of applying a dynamic theory where the judge could reverse the burden of proof was opened by analyzing the specificities of the concrete case and the request of the parties. Thus, a response was sought to the following problem: did the Code of Civil Procedure of 2015 alter the dynamics of the burden of proof by instituting a new rule or only copied the existing inversion in the CDC? In order to answer this question, a bibliographical research was carried out in proceduralist doctrines and jurisprudence, dividing the result of the research into three chapters that deal respectively with the general theory of proof in Civil Procedure, the rules of burden of proof in the Code of Consumer Protection and the comparison between this inversion and the dynamic theory of burden of proof inserted in the ordering by the new CPC / 2015.

Keywords: Burden of proof. Dynamic Theory. Static Theory. Inversion of the burden.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. TEORIA GERAL DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	11
1.1 ASPECTOS ESSENCIAIS DA PROVA	13
1.2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA	16
2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	19
2.1 ESPÉCIES DE INVERSÃO	22
2.2 PRESSUPOSTOS PARA A INVERSÃO	23
2.3 MOMENTO DA INVERSÃO	25
3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO CDC X TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO CPC: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS	27
3.1 FORMALISMO-VALORATIVO: A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O DEVER DE COLABORAR	28
3.2 O ARTIGO 373 DO CPC.....	31
3.3 O COMPORTAMENTO DAS PARTES NO PROCESSO	34
3.4 TEORIA DA DINAMIZAÇÃO X INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	35
CONSIDERAÇÕES FINAIS	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

O ônus da prova sempre foi um dos mais relevantes temas do Direito Processual, embora pareça ser um clichê, vez que entendido como previsível. O fato é que, com as inovações processualistas dos mais recentes diplomas legais e inseridas no ordenamento através de jurisprudências e exaustivos debates da doutrina processualista, a utilização das normas reguladoras da matéria passou a significar uma diferença entre o sucesso e o fracasso no processo, ou seja, uma sentença favorável ou não.

Então, o que pretendeu este estudo foi promover uma análise comparativa entre as principais características do *onus probandi* no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Processo Civil promulgado em 2015, afim de responder a uma questão problemática simples: O Novo Código de Processo Civil adotou uma nova teoria para a distribuição do ônus da prova ou somente incorporou a inversão proposta anteriormente pelo Código de Processo Civil?

O objetivo do estudo foi claro e simples: compreender a teoria de distribuição do ônus da prova adotado pelo Código de Processo de 2015 em comparação do o instituto utilizado no Código de Defesa do Consumidor.

A justificativa do estudo estava na necessidade de compreensão do tema pelos operadores do Direito, uma vez que a prática exige destes operadores mais que o conhecimento da lei seca; exige a internalização de sua essência, de seu sentido e objetivo. Ao alterar a teoria de distribuição do ônus da prova, passando a admitir um sistema misto onde este ônus pode ser atribuído a uma ou outra parte pelo magistrado, a partir da análise do caso concreto, o legislador processualista buscou dar primazia à verdade real, levando maior efetividade à atividade jurisdicional.

Através de uma pesquisa bibliográfica e utilizando o método dedutivo, o trabalho monográfico que aqui se apresentou usou como base doutrinas editadas entre 2015 e 2018, além de jurisprudências e artigos científicos de períodos anteriores e posteriores à promulgação da Lei n. 13.105/2015, o Código de Processo Civil.

O trabalho foi dividido em três capítulos para sistematizar o estudo e efetivar a busca pela resposta à questão problemática que aqui se apresentou. O

primeiro capítulo tratou da teoria geral da prova no Processo Civil Brasileiro, conceituando prova, listando suas classificações e finalidades.

O segundo capítulo falou do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, entendendo tal diploma legal como um macrossistema que buscou dar empoderamento ao consumidor, parte considerada hipossuficiente na relação de consumo.

Por fim, o terceiro capítulo discorreu sobre a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova do Código de Processo Civil, buscando compará-la com a inversão prevista no CDC e elencando suas principais semelhanças e diferenças afim de concluir pelos benefícios que este novo sistema trouxe ao instituto da prova, no Processo Civil.

Não que se tenha tido a pretensão de esgotar o tema, mas o estudo que aqui se realizou foi de muita importância para que se abram os horizontes do aplicador do Direito no sentido de compreender que o domínio destes institutos é fundamental para seu sucesso ou insucesso em uma demanda jurídica.

1. TEORIA GERAL DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Quando se refere a Teoria Geral da Prova, logo se remete ao Direito Processual Penal, onde o tema é exaustivamente estudado e debatido. Porém, na área Cível também deveria ser um tema de relevância, visto que indispensável ao convencimento do julgador e à garantia de um processo legal, justo e célere. Diferentes dispositivos constitucionais e do Código de Processo Civil tratam da matéria e exigem uma análise detalhada e minuciosa. Somente quando o operador do Direito se vê na prática diária forense é que percebe a necessidade de um estudo e aprofundamento do tema.

Assim, o presente trabalho tratará de um estudo sobre a prova, fundamentalmente acerca do ônus da prova, conforme definido no atual Código de Processo Civil e visto e aplicado no Código de Defesa do Consumidor, fazendo uma comparação entre os institutos, nos dois diplomas legais.

Disciplinado no Capítulo XI do Código de Processo Civil de 2015, o tema Das Provas sofreu significativas mudanças entre o CPC/1973 e o Novo CPC/2015. Uma das mudanças mais significativas é quanto à prova emprestada, inédito no Direito Processual Civil, apesar de já se tratar de um tema encampado pela jurisprudência há tempos: “No CPC/2015, o art. 372 prevê expressamente a possibilidade de produzir prova emprestada, valorando-a conforme seu convencimento, desde que seja respeitado do contraditório” (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016, p. 335).

No Direito, as provas são utilizadas para materializar as demandas levadas ao Judiciário. Somente as questões comprovadas conseguem êxito se judicializadas. Para tal, necessário que se compreenda as diferentes espécies de provas admitidas em Direito.

A prova direta é aquela destinada a comprovar justamente a alegação do fato que se procura demonstrar como verdadeiro. A prova indireta é aquela destinada a demonstrar as alegações de fatos secundários ou circunstanciais dos quais o juiz, por um raciocínio dedutivo, presume como verdadeiro o fato principal. As provas indiretas são conhecidas como indícios. A prova pessoal decorre de uma consciente declaração feita por uma pessoa, enquanto a prova real é aquela constituída por meio de objetos e coisas que representam fatos sem na verdade declararem conscientemente sua veracidade. A prova testemunhal é toda prova produzida sob a forma oral, devendo ser entendida como testemunhas ou o depoimento pessoal das partes ou o interrogatório do perito em audiência. Por fim, prova documental é toda afirmação de um fato de forma escrita ou

gravada, como um contrato ou uma fotografia. E, ainda, a prova material é qualquer outra forma, não testemunhal ou documental, que comprove o fato, como perícia ou inspeção judicial, enquanto a prova causal é aquela produzida dentro do processo, como no depoimento pessoal e na perícia. A prova constituída fora do processo é conhecida como pré-constituída, geralmente, é produzida antes da instauração da demanda (NEVES, 2017, p. 378-379).

A espécie de prova a ser utilizada no processo deve ser definida pelas partes e admitida pelo juízo, a depender da causa que está sendo analisada. Também dependem das partes e do juízo a definição do momento para a produção de cada prova, podendo ser definida processualmente a responsabilidade pela produção dessas provas: ao requerente ou ao requerido, conforme mais à frente será analisado.

O Código de Processo Civil de 1973, conhecido como Código Buzaid¹, definia que as provas deveriam ser colhidas na fase instrutória do processo. O Novo CPC manteve em suas linhas gerais a produção de provas documental, testemunhal, pericial, a inspeção judicial e o depoimento pessoal, trazendo novidades quanto a prova documental eletrônica, a ata registral notarial e especificidades quanto à prova pericial (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016).

Outra novidade trazida ao Processo Civil pelo CPC/2015 é a carga dinâmica da prova, que conforme ensina o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves (2016), nada mais é do que:

[...] figura processual em que o juiz poderá determinar quem deverá provar tal fato no processo, ou seja, quem tiver melhor possibilidade de produzir aquela prova, irá assim fazê-lo. E não mais um dever da parte autora, como previa o artigo 333 do CPC/1973. Não será mais possível a inversão do ônus da prova somente em casos que envolvem o Direito do Consumidor (NEVES, 2017, p. 386).

A teoria da carga dinâmica da prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova é uma das inovações mais polêmicas do atual Código de Processo Civil, e o tema central deste estudo. Trata-se de uma adaptação de um instituto jurídico

¹ O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), também chamado de Código Buzaid, era a lei que regulamentava o processo judicial civil brasileiro até sua revogação em 2016. Promulgada em 11 de janeiro de 1973, a Lei Federal nº 5.869/1973 ficou conhecida como Código Buzaid por ter tido como um de seus principais elaboradores o então ministro da Justiça Alfredo Buzaid, que depois seria ministro do Supremo Tribunal Federal. Vigeu até o dia 18 de março de 2016, quando entrou em vigor o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

muito útil trazido do Código de Defesa do Consumidor e, agora, aplicado ao Processo Civil com a finalidade de promover a igualdade processual entre as partes.

1.1 ASPECTOS ESSENCIAIS DA PROVA

Os fatos são a base para as pretensões das partes em litígio e, a partir da análise da veracidade dos fatos é que o Estado-Juiz poderá aplicar o Direito ao caso concreto, dando uma resposta legal para o conflito. Desta forma, requerente e requerido precisam se valer de provas para convencer o juiz de sua razão, no processo.

Porém, apesar de fácil compreensão a utilidade das provas no processo, sua conceituação sempre foi uma questão pouco controvertida, tanto no Direito como fora dele.

Etimologicamente, o termo prova é derivado do latim *probatio*, que significa prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e que se deriva do verbo – *probare* (probo, as, are) – significando provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito de alguma coisa, persuadir alguém de alguma coisa, demonstrar (NEVES, 2017, p. 724).

Além de seu sentido etimológico, a prova jurídica, para ser conceituada, precisa ser compreendida em sua aplicação. Processualmente, ela pode significar a produção de atos que visam o convencimento do juiz, confundindo-se aqui com o procedimento probatório; pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (documental, pericial, testemunhal); pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai uma informação capaz de comprovar os fatos alegados (fonte de prova); e, ainda, pode significar o resultado do convencimento do juiz quando este diz que um fato está devidamente provado nos autos (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Assim, diferentes doutrinadores buscaram conceituar prova, gerando polêmicas e conceitos dos mais distintos:

Prova são os meios ou elementos que contribuem para a formação da convicção do Juiz a respeito da existência de determinados fatos (GRECO FILHO, 2011, p. 180).

Prova é a própria convicção sobre os fatos alegados em juízo (SANTOS, 2003, p. 17).

Prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, que tem como objetivo chegar à verdade relativa às alegações de fatos que sejam relevantes para o julgamento (DINAMARCO, 1995, p. 43).

Ainda, para Fredie Didier Júnior (2016), a prova ultrapassa seu conceito, configurando-se em um direito fundamental decorrente do contraditório, garantindo a dimensão material a este princípio constitucional e processual tão importante para o Direito.

O CPC/2015 define como o momento para a produção de provas a fase probatória ou instrutória do processo, que tem início com o despacho saneador e termina na audiência de instrução, onde o juiz declara encerrada a instrução e abre a fase dos debates finais orais ou escritos. Porém, ainda está prevista no CPC/15 a possibilidade de produção antecipada de provas, anterior à fase instrutória.

As provas, assim, podem ser classificadas conforme o fato em diretas ou indiretas; quanto ao sujeito em pessoais ou reais; com relação ao objeto podem ser testemunhais, documentais ou materiais e quanto à preparação, podem ser causais ou pré-constituídas, conforme a doutrina clássica, representada por Neves (2017).

Independentemente de sua classificação, as provas possuem um objeto, uma finalidade, um destinatário e deverão ser obtidas por métodos determinados. E estes elementos constituem as características da prova.

O Capítulo XI, em sua Seção I, já define como Disposições Gerais sobre Provas, o artigo 369:

Art. 369. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz (BRASIL, 2015).

Somente o que está inserido nos autos pode servir de prova para o julgamento do processo, porém tais provas podem ser produzidas por todos os meios legais, desde que moralmente legítimos. Assim, conforme ensina Theodoro Júnior (2014), a prova deve possuir um objeto definido, uma finalidade, um destinatário, além de ser obtida por meios e métodos determinados.

Desta feita, são objetos da prova “os pontos e/ou questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz”, seguindo entendimento majoritário ditado por Neves (2017, p. 729). Atinentes a isso as partes devem demonstrar a existência dos fatos relevantes para suas pretensões,

lembrando que os fatos incontroversos, ou seja, aqueles não contestados pelo requerido, aqueles fatos notórios, aqueles que afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária e aqueles que gozam de presunção legal de veracidade ou de existência não são objetos de prova (art. 374, incisos I a IV, CPC/2015).

A prova apresenta como finalidade a formação da convicção do juiz acerca da existência de um fato sobre o qual se baseia o direito da parte. Então, o destinatário da prova é o juiz, a quem cabe a função de julgar e aplicar o direito ao caso concreto.

Aqui cabe frisar a distinção existente entre a verdade real e a verdade formal, apesar destes termos já serem muito criticados e até terem caído em desuso por parte da doutrina processualista.

A verdade absoluta ou real seria o que realmente aconteceu, independente das provas dos autos. Enquanto a verdade formal ou material é aquela que consta regularmente nos autos, servindo de prova para o julgamento da lide (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 293).

Tradicionalmente, costumou-se definir que o Direito Processual Penal busca a verdade real, enquanto o Direito Processual Civil contenta-se com a verdade formal. Porém, esta definição é muito criticada pelos processualistas mais modernos, já se refletindo em posições do Superior Tribunal de Justiça (STJ)².

O Código de Processo Civil admite como meios para a realização da prova o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, a prova testemunhal, a prova pericial, a inspeção judicial e os documentos eletrônicos. Porém, este rol de meios não é taxativo, vez que o próprio artigo 369 do CPC/2015 (aqui já citado), prevê que são aceitos outros meios, desde que legais e morais. Assim, as provas apresentadas deverão ser analisadas pelo juiz, que decidirá sobre sua legalidade, dependendo do meio de obtenção.

Tendo ficado definido os elementos fundamentais da prova, em linhas gerais, buscar-se-á, a partir de então, compreender como se processa o ônus da prova, a quem compete provar o que é em que momento.

²Em julgamento no ano de 2010 da 2ª Turma do STJ, o Ministro Mauro Campbell Marques criticou a ideia de que o Processo Civil busque apenas a verdade formal, definindo que tal entendimento a respeito da sacrossanta verdade material e da paradoxal verdade formal era nada mais que filosofia jurídica vazia e despreparada para a verdade encontrada no cotidiano jurídico (NEVES, 2017, P. 725-726).

1.2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova é o encargo que cada uma das partes assume, por força de lei, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse a fim de que sejam proferidas decisões judiciais em um processo. Segundo ensina Didier Júnior (2016, p. 68): “o ônus da prova sintetiza o problema de saber quem responderá pela ausência de prova de determinado fato”.

O encargo de produzir prova em juízo, historicamente, sempre foi atribuído a quem alega o fato no processo. Assim, no CPC de 1939, o artigo 209, § 1º e 2º definia que compete a quem alega provar suas alegações, como também reproduziu o artigo 333, incisos I e II do CPC de 1973 e, atualmente, o artigo 373 do CPC/2015 (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016).

Ao autor, então, compete a produção de provas que confirmem os fatos aduzidos na inicial e ao requerido compete provar o que alegar em sede de resposta. Esta é a regra geral que vigorou nos códigos processualistas anteriores e ainda vigora no atual CPC/2015.

Segundo a regra geral estabelecida pelos incisos do art. 373 do Novo CPC, cabe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, ou seja, deve provar a matéria fática que traz em sua petição inicial e que serve como origem da relação jurídica deduzida em juízo. Em relação ao réu, também o ordenamento processual dispõe sobre ônus probatórios, mas não concernentes aos fatos constitutivos do direito do autor. Naturalmente, se desejar, poderá demonstrar a inverdade das alegações de fato feitas pelo autor por meio de produção probatória, mas, caso não o faça, não será colocado em situação de desvantagem, a não ser que o autor comprove a veracidade de tais fatos. Caso o réu alegue por meio de defesa de mérito indireta um fato novo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, terá o ônus de comprová-lo (NEVES, 2017, p. 735).

E esta regra era norteadada por três princípios: a) o juiz não podia deixar de proferir uma decisão; b) as partes possuem a iniciativa da ação da prova, ou seja, o encargo de produzir as provas para o julgamento do juiz; c) o juiz devia decidir segundo sua persuasão racional, ou seja, conforme o alegado e provado nos autos e não segundo somente sua convicção pessoal (DIDIER, 2016).

Endente-se que as provas deviam ser apresentadas pelas partes, sendo a iniciativa oficial uma exceção que somente deveria ser aplicada de forma supletiva. De acordo com este entendimento é que a doutrina, aqui representada por Neves

(2017), tratou de dividir o estudo do ônus da prova em duas partes: ônus subjetivo da prova e ônus objetivo.

Enquanto no ônus subjetivo é analisado quem é o responsável pela produção de determinada prova, no objetivo busca-se compreender o ônus como uma regra de julgamento que deve ser aplicada pelo juiz no momento de proferir uma sentença, caso a prova produzida se mostre insuficiente ou inexistente. A parte objetiva do ônus da prova obriga o juiz a proferir sentença, independente da ineficiência ou inexistência de provas, mesmo não estando convencido das alegações de fato encontradas nos autos. Assim, deve ser entendido como um ônus de julgamento, uma vez que persistindo a dúvida no juiz, a parte que detinha o ônus subjetivo da prova é quem deverá ser prejudicada com a sentença do juiz (DIDIER, 2016).

Essa regra de distribuição do ônus da prova é conhecida pela doutrina como distribuição estática do ônus da prova e, conforme já citado, está prevista nos incisos I e II do artigo 373 do CPC/2015, reproduzindo as regras clássicas que já existiam nos sistemas processualistas anteriores: o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu direito e ao réu quanto à existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Trata-se de um sistema que impede que eventuais circunstâncias específicas do caso concreto sejam levadas em consideração e que haja uma distribuição mais coerente da obrigação de produção de provas (NEVES, 2017).

Historicamente, essa teoria estática do ônus da prova vem sendo questionada pelos juristas. E, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), foi consolidada no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de haver uma alteração nessas regras de produção de provas, podendo o juiz, a requerimento das partes, identificar que um dos litigantes possui maior facilidade que o outro para produzir as provas e delegar a ele este ônus. Era o nascedouro da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que foi, posteriormente, incluído no CPC/2015, criando um sistema misto de distribuição do ônus da prova.

Na realidade, criou-se um sistema misto: existe abstratamente prevista em lei uma forma de distribuição do ônus da prova que poderá ser, no caso concreto, modificada pelo juiz. Diante da inércia do juiz, portanto, as regras de distribuição do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil continuarão a ser as mesmas do diploma processual revogado (NEVES, 2017, p. 736).

Esta possibilidade de distribuição distinta do ônus da prova consagra a ideia de que deve ter este encargo aquela parte que apresentar maior facilidade em produzir as provas necessárias ao convencimento do juiz, sendo analisada essa facilidade no caso concreto, sem, contudo, criar a figura de vencidos ou vencedores, onerando sobremaneira uma parte ou delegando a ela a produção de provas impossíveis.

Saliente-se que esta teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova é derivada do instituto da inversão do ônus da prova do Código de Defesa do Consumidor e, o próximo tópico trará, em linhas gerais, as especificidades da inversão do ônus da prova, proposto pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) afim de que, posteriormente, se possa traçar um estudo comparativo entre este instituto e a teoria da dinamização do ônus da prova proposta pelo Novo CPC e concluir pelas semelhanças e diferenças dos dois institutos que versam sobre ônus da prova.

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

O chamado Direito do Consumidor é um ramo relativamente novo do Direito, tratando-se de uma disciplina transversal, ou seja, que é permeada o Direito Privado e o Direito Público e busca proteger um sujeito de direitos denominado de consumidor, em todas as suas relações jurídicas frente ao fornecedor, um profissional, empresário ou comerciante, conforme ensinam Benjamim, Marques e Bessa em sua obra Manual do Direito do Consumidor:

O Direito do Consumidor é um direito protetório, tutelar ou social que foi introduzido nos currículos das faculdades de Direito no Brasil somente no final do século XX, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O consumidor só foi reconhecido como sujeito de direitos pelo legislador brasileiro há pouco tempo, mais precisamente, nos anos 1960 e 1970, com o surgimento dos estudos de economia (BENJAMIM, MARQUES e BESSA, 2014, p. 23).

Segundo este ramo jurídico, nas ações que versem sobre as relações de consumo é necessário levar em conta uma série de princípios inseridos na Constituição Federal de 1988 e traduzidos no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Basicamente, estes princípios visam reconhecer a vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor. Os artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso V da CF/88 e artigo 48 do Ato e Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT-CF/88) inseriram no ordenamento a proteção afirmativa aos consumidores, reconhecendo-os como sujeitos de direito e assegurando sua proteção tanto como direito fundamental (art. 5º) quanto como princípio da ordem econômica nacional (art. 170).

Assim, o Direito do Consumidor pode ser conceituado da seguinte forma:

O direito do consumidor seria, assim, o conjunto de normas e princípios especiais que visam cumprir com este triplo mandamento constitucional: 1) de promover a defesa dos consumidores (art. 5º, inciso XXXII, CF/88): “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”; 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária defesa do sujeito de direitos consumidor (art. 170, CF/88): “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V- defesa do consumidor; 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares, de direito privado e público, com base na ideia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo), um

código de proteção e defesa do consumidor (art. 48 do ADCT, CF/88): “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará o código de defesa do consumidor” (BENJAMIM, MARQUES e BESSA, 2014, p. 25).

Em resumo, o Direito do Consumidor é um conjunto de regras e princípios oriundos do Direito Constitucional que visam a proteção do consumidor como meio de assegurar a ordem econômica nacional.

E, a maior dificuldade processual que este sujeito de direitos encontra é provar as alegações que faz, vez que, na maioria das vezes, é de domínio do fornecedor os meios suficientes para a produção das provas necessárias ao convencimento do juiz.

Para alcançar o mínimo de igualdade substancial entre o fornecedor e o consumidor, foram desenvolvidos regras e mecanismos que reconhecem a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor. O artigo 6º do CDC define os direitos básicos do consumidor, inclusive a inversão do ônus da prova, quando instaurado o processo, desde que observadas a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do autor, sempre em benefício do consumidor:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

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;

IX - (Vetado) ;

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento (BRASIL, 1990 – grifo nosso).

A hipossuficiência do consumidor, a que se refere o inciso VIII do mencionado artigo, pode ser entendida como uma hipossuficiência multiforme, ou seja, pode ocorrer por desinformação, por fraude, pela ausência da garantia do serviço ou produto por parte do fornecedor, além de outros fatores. E essa hipossuficiência faz do consumidor um sujeito vulnerável, carecedor de proteção legislativa especial, o que, no Brasil, é realizado através do CDC e da política e órgãos de defesa do consumidor criados a partir de sua promulgação (BENJAMIM, MARQUES e BESSA, 2015).

O Código de Defesa do Consumidor divide sua atuação em quatro áreas: tutela civil, tutela administrativa, tutela penal e tutela jurisdicional. Fazem parte da tutela civil a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, conforme previsto em lei, nos artigos 12, 13, 37, 46 e outros do CDC/90.

A tutela administrativa está prevista nos artigos 55 a 60 do CDC e a tutela penal nos artigos 61 a 80. Já a tutela jurisdicional, importante para este trabalho, está prevista nos artigos 81 a 104 e prevê, entre outros, o instituto da inversão do ônus da prova. Tratam-se de mecanismos pelos quais pode ser dada a prestação jurisdicional ao consumidor, partindo de medidas cautelares preparatórias e ações populares até a ação civil pública e a ação coletiva de defesa dos interesses individuais homogêneos (ALMEIDA, 2012).

E, dentro deste contexto de assegurar a efetiva proteção ao consumidor, o legislador outorgou a inversão, em favor deste, do ônus da prova. Apesar de estar previsto no inciso VIII do artigo 6º do CDC, como direito básico do consumidor, é um mecanismo da tutela jurisdicional que permite a facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

Sabe-se que este, por força de sua situação de hipossuficiência e fragilidade, via de regra enfrenta dificuldade invencível de realizar a prova de suas alegações contra o fornecedor, mormente em se considerando ser este o controlador dos meios de produção, com acesso e disposição sobre

os elementos de provas que interessam à demanda (ALMEIDA, 2012, p. 77-78).

O legislador, ao criar o Código de Defesa do Consumidor, com o objetivo de reverter este quadro desfavorável ao consumidor, alterou as regras gerais previstas no Código de Processo Civil quanto ao ônus da prova, reconhecendo que o fornecedor, estando em melhores condições para realizar a prova do fato ligado à demanda, deverá se incumbir do ônus de sua produção.

2.1 ESPÉCIES DE INVERSÃO

A inversão do ônus da prova, inicialmente prevista no Código de Defesa do Consumidor e, a partir de 2015, visualizada no Código de Processo Civil, pode ocorrer conforme três espécies, assim definidas por Neves (2017, p. 737): “Existem três espécies de inversão de ônus da prova: a) convencional; b) legal; c) judicial”.

A inversão convencional, ou *opejudicis*, prevista nos parágrafos 3º e 4º do artigo 373 do CPC/15, decorre do acordo de vontade entre as partes, podendo ocorrer antes ou durante o processo e está sujeita a duas limitações: não pode recair sobre direitos indisponíveis da parte e não pode tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (FLEXA, MACEDO e BESSA, 2015).

Essa segunda limitação se justifica nos casos de provas de fato negativo indeterminado, chamadas pela doutrina de provas diabólicas³. Ou seja, a inversão do ônus da prova não pode acontecer quando couber à parte a produção de provas de um fato absolutamente negativo, como nunca ter estado em determinado lugar, por exemplo.

A inversão legal, ou *ope legis*, está prevista expressamente em lei, não exigindo o preenchimento de requisitos de casos concretos, como é o caso da inversão prevista no CDC. Ela decorre da própria lei que, no código consumerista, prevê como ônus do fornecedor:

³ Prova diabólica é aquela modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida como, por exemplo, a prova de um fato negativo. Sendo assim, é importante salientar que prova diabólica é uma expressão utilizada nas hipóteses em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil de ser produzida. Ou seja, nenhum meio de prova possível é capaz de permitir tal demonstração. Dessa maneira, a prova diabólica, muitas vezes, ocorre nos casos em que se tem que provar algo que não ocorreu, constituindo-se em uma autêntica prova negativa (CÂMARA, 2015, p. 12).

a) provar que não colocou o produto no mercado, que ele não é defeituoso ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros pelos danos gerados (art. 12, § 3º do CDC); b) provar que o serviço não é defeituoso ou que há culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros nos danos gerados (art. 14, § 3º do CDC); c) provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária que patrocina (art. 38 do CDC). (NEVES, 2017, 738).

Segundo defende Didier Jr (2016), nestes casos não é correta a afirmação de que houve a inversão do ônus da prova, porque o que se tem é uma regra legal específica que é contrária à regra geral definida pelo CPC/15. Assim, o juiz não inverte o ônus no caso concreto, limitando-se a aplicar a regra específica no momento do julgamento, caso lhe faltem provas suficientes para a formação de seu convencimento.

A forma de inversão judicial, conforme prevista no artigo 6º, inciso VIII do CDC e na Medida Provisória n. 2.172-32/2001 que trata da responsabilidade do credor pela comprovação da regularidade jurídica da cobrança, conhecida como Medida Provisória da Agiotagem, é aquela onde a lei deixa a critério do juiz a determinação da inversão do ônus da prova, devendo, neste caso, conceder tempo para que a parte contrária possa produzir as provas necessárias, em respeito ao princípio do contraditório.

A inversão judicial foi a modalidade abarcada pelo Código de Processo Civil, em seu artigo 373, § 1º, sendo sempre necessária a prolação de uma decisão judicial e do respeito a requisitos legais que formam a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova.

Neste tópico, importa a inversão prevista no CDC, ou seja, a inversão legal. Assim, passar-se-á a verificar os pressupostos para a aplicação da inversão do ônus da prova, segundo o Código de Defesa do Consumidor.

2.2 PRESSUPOSTOS PARA A INVERSÃO

São pressupostos ou requisitos para a inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do autor.

O inciso VIII do artigo 6º do CDC estabelece como pressupostos para a inversão do ônus *probandi*: “for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (BRASIL, 1990).

Assim, devido à utilização da conjunção alternativa “ou” entre os requisitos da verossimilhança e da hipossuficiência, parte da doutrina, aqui representada por Finkelstein (2010), defende que os dois requisitos são alternativos, ou seja, ou se apresenta a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor para que o juiz decrete a inversão do ônus da prova. Este é o entendimento majoritário, inclusive da jurisprudência. Porém, alguns juristas, aqui representados por Neves (2017), tecem duras críticas a essa alternatividade, vez que poderia a inversão baseada somente na hipossuficiência do consumidor gerar brechas para figuras esdrúxulas, como por exemplo:

Imaginem se o consumidor alegar ter sofrido danos materiais e morais porque foi abduzido enquanto realizava compras no shopping. A inversão com base apenas na hipossuficiência teria o condão de causar dano ao estabelecimento comercial que deveria provar um fato negativo ou que o consumidor não esteve naquele lugar, no horário alegado (NEVES, 2017, p. 743).

A despeito das considerações do iminente jurista Daniel Amorim Neves, necessário compreender que tal alegação não prospera, pois, no exemplo mencionado, bem como em qualquer outro, em se percebendo a inexistência de plausibilidade no fato alegado na inicial, o magistrado poderá valorar a prova produzida ou não produzida no momento da sentença, inclusive no caso em que o fornecedor não conseguiu se desincumbir do ônus a ele atribuído por força da inversão judicial.

Desta feita, são requisitos para a inversão do ônus da prova a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança das alegações. A hipossuficiência deve ser entendida como “as condições ou deficiências do consumidor que tornariam difícil ou até impossível que ele deduzisse sua pretensão em juízo” (FINKESTEIM, 2010, p. 5).

Como já mencionado neste trabalho, a hipossuficiência pode se traduzir pela carência de informação, educação, econômica e especialmente, técnica. Na maioria das vezes somente o fornecedor possui conhecimento detalhado de processos e procedimentos sob sua gestão, de forma que a ele é muito mais simples realizar a prova.

A verossimilhança é a aparência de verdade naquilo que afirma o autor, ou seja, uma probabilidade apurada, segundo o CDC, pelas “regras ordinárias de

experiência” (FINKESLSTEIM, 2010, p. 5) de que o fato alegado possa vir a ser real. Não se trata de uma antecipação de julgamento e sim de uma análise de possibilidade. Sendo percebidos quaisquer um destes dois requisitos, o juiz deverá inverter o ônus *probandi*, justificando a inversão judicial, e determinar um prazo para que a parte se desincumba do seu novo ônus.

Saliente-se que estes requisitos somente são exigíveis nos casos de inversão do ônus judicial, ou seja, previsto no artigo 6º, inciso VIII do CDC e, agora, no artigo 373, parágrafo 1º do CPC. Para a inversão legal ou para a inversão convencional não são necessários os requisitos ou pressupostos, somente a observância dos impeditivos previstos no § 3º do artigo 373 do CPC/2015.

2.3 MOMENTO DA INVERSÃO

A inversão do ônus da prova não é definida em lei de forma taxativa, específica, depende da modalidade desta inversão. Quando se fala da inversão convencional e da legal, não há que se falar em momento predefinido, eis que na convencional ocorre a partir do acordo entre as partes e, na legal, a inversão decorre da lei, existindo a partir da propositura da ação ou até antes dela.

Porém, apesar do CDC prever a possibilidade da inversão legal (arts. 12, § 3º; 14, § 3º e 38), a regra geral é a inversão judicial, ou seja, aquela prevista no inciso VIII do artigo 6º como um direito básico do consumidor e, portanto, definida pelo magistrado em uma decisão saneadora fundamentada na existência de um ou de ambos os requisitos ali previstos: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do autor/consumidor.

Não sendo automática, a inversão judicial acabou por gerar controvérsias entre os doutrinadores consumeristas. Há uma corrente doutrinária que entende que o juiz deve observar a possibilidade de inversão do ônus da prova a partir do recebimento da inicial até a fase que anteceder o início da instrução, ou seja, da decisão saneadora.

Para estes, “o juiz deve manifestar expressamente acerca da inversão e justificar o requisito ou requisitos observados até para, posteriormente, decidir acerca das despesas para a produção de tais provas” (CABRAL, 2016, p. 393).

Segundo essa corrente, se a inversão se der somente no momento da sentença, ficarão prejudicados os princípios do contraditório, do devido processo

legal e da ampla defesa, vez que a parte a quem foi definido o ônus *probandi* não teve tempo hábil para se defender, nem sabia, por assim dizer, que deveria produzir provas em sua defesa.

Outra corrente doutrinária entende que o momento processual para a inversão do ônus da prova não deve ser na decisão de saneamento, após a audiência de conciliação, e sim no momento da prolação da sentença, por defender que o ônus da prova constitui uma regra de julgamento (PACÍFICO, 2016, p. 199).

Esta, porém, não é uma corrente majoritária, apesar de aceita nas jurisprudências consumeristas, conforme ensina Cabral:

[...] A inversão na sentença, com certeza, irá surpreender a parte onerada (fornecedor), que não terá mais tempo para produzir a prova do fato negativo do direito do consumidor, ou seja, não terá mais oportunidade de realizar as provas necessárias para se desincumbir do ônus que lhe foi imposto. Ainda, deve ser levado em consideração também que somente após a contestação é que o juiz tomará ciência de quais os fatos se tornarão controvertidos, pois somente eles são objetos de prova. Pode-se dizer que seria precoce proceder à inversão do ônus da prova imediatamente no despacho de recebimento da petição inicial, quando ainda não se sabe quais os fatos que serão controvertidos (CABRAL, 2016, p. 394-395).

Ocorre que, conforme defende Benjamim, Marques e Bessa (2016), a regra do artigo 6º, inciso VIII do CDC é uma norma de ordem pública que não pode ser afastada, deve ser entendida como um dever, não uma faculdade de apreciação do magistrado. Ele deve aplicá-la no momento em que perceber a existência dos requisitos autorizadores (verossimilhança ou hipossuficiência), não havendo que se falar em uma fase processual definida para que este perceba a presença de tais requisitos.

Assim, apesar de ser uma corrente amplamente criticada, é a que mais se enquadra no sistema principiológico do CDC a que defende que a inversão do ônus da prova deve se dar em qualquer momento processual, bastando que o juiz perceba a existência dos requisitos supracitados.

Saliente-se que este entendimento prevalece quando se trata de procedimentos regidos pela Lei n. 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais. Assim, em se tratando de ações de procedimento comum regidas pelo Código de Processo Civil, será analisado este momento em tópico apartado, no terceiro capítulo, juntamente com a comparação da inversão do ônus da prova prevista no CDC e do CPC/15.

3 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DO CDC X TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO CPC: SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS

O Código Processual Civil de 2015 trouxe a carga dinâmica de distribuição do ônus da prova como uma grande novidade. Disposto no artigo 373, § 1º, esta nova forma de ver a obrigação probatória das partes conferiu ao ônus da prova um caráter dinâmico.

Antes, o tema era tratado pelo artigo 333 do CPC/1973 e pelo artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, que dispunha sobre a inversão do ônus da prova. Já para o antigo código processualista, o ônus deveria ser sempre estático, competindo ao autor quanto às suas alegações e ao requerido, quanto às deste.

Ao inserir a ideia advinda do Código consumerista, o Novo CPC/2015 trouxe um caráter dinâmico a esta obrigação processual, contudo, não se pode dizer que a inversão proposta pelo NCPC é a mesma existente no CDC. Verifica-se que o ônus dinâmico da prova proposto no NCPC tem com a inversão do ônus da prova diferenças fundamentais, visto que de acordo com o CDC, tendo o autor preenchido os requisitos para a inversão, o juiz deverá promover a inversão, não sendo-lhe uma faculdade. Já na forma proposta pelo NCPC, o que a teoria da dinamização do ônus da prova propõe não é uma simples inversão, mas sim uma correta imputação do encargo de produção de prova (NEVES, 2017).

O ônus da prova é certamente um dos principais institutos do processo e quiçá de todo o ordenamento jurídico, pois a prova ou seu ônus estão diretamente ligados ao sucesso ou não da pretensão proposta. Tem o ônus, inclusive, ligação com o disposto no art. 7º do NCPC: “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” (FLEXA, MACEDO E BESSA, 2016, p. 336).

Ao estabelecer a paridade de tratamento entre as partes do processo, o novo diploma processualista se alinhou com o princípio da isonomia material, ou seja, passou a tratar os desiguais nos limites de suas desigualdades dentro do processo. Com certeza, trata-se de um dos avanços legislativos mais significativos encontrados no Novo Código de Processo Civil.

Quando se iniciaram os debates acerca da inclusão da inversão do ônus no Código de Processo Civil, diversas críticas surgiram, conforme exemplo abaixo transcrito:

O instituto da inversão do ônus da prova, sem a presença de qualquer critério para sua imposição a uma das partes, poderá não somente ser um instrumento à disposição do magistrado para suprir certas deficiências do material probatório, mas também foco de abuso, decisões arbitrárias e ativistas (BALESTERO, 2012, P. 52).

O legislador tratou, então, de definir critérios para que possa ser atribuído uma dinamização da prova, ficando a atuação da teoria condicionada à discricionariedade do juiz, mas atada aos requisitos legais.

Ademais, o novo dispositivo processualista prevê a necessidade de haver uma decisão judicial fundamentada para a inversão do ônus da prova, inclusive, sendo cabível a interposição de Agravo de Instrumento contra tal decisão, conforme previsto nos artigos 1015 a 1020 do CPC/15 (BRASIL, 2015).

Além da carga dinâmica da prova, o novo código processualista tratou de deixar clara, também, sobre os custos da produção da prova, que poderá ser dividido entre as partes ou arcado somente por uma delas que a tenha requerido:

Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes (BRASIL, 2015).

Desta forma, sendo a perícia requerida pelo juízo, ambas as partes arcarão com seus custos. Do contrário, quem a solicitou tratará de efetuar o pagamento por seus custos. Esta pode ser considerada mais uma das normas de caráter aberto previstas no NCPD com o intuito de deixar ao julgador somente os parâmetros para que possa aplicar o Direito mais adequado ao caso concreto, como o fez com a dinamização do ônus da prova.

3.1 FORMALISMO-VALORATIVO: A EVOLUÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E O DEVER DE COLABORAR

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 1973, o Direito passou a fortalecer a técnica processualista e promoveu uma distinção entre direito material e direito processualista. Foi uma fase tida como formalista. A Constituição Federal de 1988 veio para rever alguns posicionamentos desta distinção proposta entre os dois ramos do Direito (material e processual) e levou à elaboração de um novo código processualista em 16 de março de 2015 que, agora, segue a lógica do

formalismo valorativo, ou seja, o formalismo da técnica processualista deve ser visto e analisado segundo critérios valorativos decorrentes dos princípios constitucionais. Desta forma, o antigo princípio do contraditório no Direito Processual Civil passou por transformações, incidindo, agora, também sobre as partes e juízes, obrigando-os a cooperarem entre si na busca por um processo justo e efetivo (SOARES, 2017).

Em síntese, para uma compreensão mais breve, eis que tal princípio é relevante para o objeto de estudo, mas não é o centro do mesmo, pode-se dizer que o processo civil, conforme ensina Soares (2017), vivenciou quatro fases distintas ao longo de sua evolução. A primeira delas foi a fase do enaltecimento da jurisdição, onde o Estado e as partes ocupavam posições semelhantes, cabendo ao Estado a intervenção na regulação do processo, somente.

Em uma segunda fase, o julgador passou a ocupar uma posição de superioridade em relação às partes, tornando-se passivo com relação ao desenvolver do processo e produção de provas. Esta segunda fase, conhecida como procedimentalista, “traz o processo como um mero encadear de formalidades” (SOARES, 2017, p. 2).

Num outro momento desta fase procedimentalista houve uma evolução para uma forma de transição, conhecida como conceitualismo, onde “o processo era tido como medida de todas as coisas, supervalorizando a forma” (SOARES, 2017, p. 2-3).

A terceira fase desta evolução processualista foi conhecida como instrumentalismo, passando o juiz a ser ativo e o processo a ser visto como mero instrumento para a realização do direito material, sendo o positivismo o único valor ressaltado pelos processualistas, ou seja, valia o que estava positivado na norma processualista, independentemente de qualquer outro princípio ou valor expresso em outros textos legais. Este foi o espírito do Código Processualista de 1973 que vigeu até 2015.

Com a promulgação do Código de 2015, surgiu a quarta fase da evolução processualista, onde os valores são considerados os objetivos do processo, sendo a técnica um mero meio de atingir estes valores. Trata-se do formalismo-valorativo que permeia o Código de Processo Civil de 2015 (NEVES, 2017).

Os valores priorizados como relevantes pelo novo código são aqueles expressos pelos direitos fundamentais como valores protegidos no processo, sendo o fim postulado no exercício da ação não apenas o direito

material, mas a concretização da efetiva justiça. Para tanto, o juiz deve ir além da ação, ultrapassando a postura ativa para passar a ser também cooperativo, desenvolvendo assim a ideia de cidadania processual (SOARES, 2017, p. 3).

Esta cooperação entre as partes do processo, conhecida como princípio da cooperação por alguns doutrinadores como Neves (2017), por outros como uma ampliação do princípio do contraditório, como defendem Flexa, Macedo e Bastos (2017) e aqui reconhecido como princípio do formalismo-valorativo, seguindo as ideias de Didier Júnior (2016), está fundamentado no artigo 7º do CPC/15:

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 (BRASIL, 2015).

O efetivo contraditório citado no texto processualista, entendido aqui como formalismo-valorativo, deve ser reconhecido como adequado ao Estado Democrático Constitucional, vez que se alinha ao disposto no artigo 5º, inciso LV da CF/88: “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” (BRASIL, 1988).

Neste sentido, o processo deve ser visto com a função de prestar uma tutela dos direitos materiais adequada, tempestiva e justa, levando em consideração os diferentes interesses que convergem para a solução da controvérsia. E, a relação deste novo contraditório com os princípios constitucionais constrói uma base de valores que devem permear o processo, levando-o à busca de justiça, não somente de técnica, conforme defende Didier Júnior (2016):

Para formar o devido processo legal, somar-se-ão os direitos ao contraditório, ao juiz natural, a uma processo com duração razoável, etc. Tratar-se da dimensão mais conhecida do devido processo legal e do contraditório, aqui chamada de formalismo-valorativo (DIDIER JR, 2016, p. 67).

O debate, a inter-relação entre juiz e partes e o direito destas de influenciar na decisão do juiz transformou o modelo hierárquico do CPC/73 em um modelo de relação angular previsto no CPC/15, fazendo surgir um princípio do contraditório novo, figurando agora também interligado ao princípio da cooperação e

impondo ao juiz o dever de diálogo durante o curso do processo, sendo este também submetido ao contraditório e tornando-o mais ativo na instrução processual. Este novo posicionamento das partes e do juiz no curso do processo, regidos pelos princípios do contraditório em consonância com o princípio da colaboração (art. 6º do CPC/15), acaba por definir que o processo civil precisa ser regido pelo formalismo-valorativo para que possa ser entendido como justo, tempestivo e adequado.

E, nesta seara, tendo as partes o dever de colaborar como elemento fundante do princípio do contraditório, a produção de provas deixa de ser entendida somente como um ônus desta ou daquela parte, passando a ser um dever de todos os integrantes da relação processual. A colaboração para que o processo se torne justo e adequado é dever de todas as partes e, assim, a busca por provas que facilitem o julgamento é dever das partes e do juiz.

E, considerando que a finalidade do processo em si é a realização do direito através da busca por uma decisão justa, o formalismo busca a igualdade entre as partes, fornecendo os fundamentos para que as partes possam participar ativamente da demanda, sendo igualmente importantes, estando o Estado-Juiz também inserido neste contexto de colaboração.

A técnica da dinamização das provas inserida no Novo Código de Processo Civil propicia às partes uma maior segurança jurídica, pois resume-se em uma busca mais efetiva pela verdade, ampliando as possibilidades de produção de provas. Assim, a dinamização deve ser entendida como um bônus a mais para as partes, não somente como um ônus processual.

3.2 O ARTIGO 373 DO NOVO CPC

A Lei n. 13.105/2015 trouxe muitas novidades ao sistema processualista brasileiro e, dentre estas novidades, o artigo 373 que propõe a forma como deverá ser distribuído o ônus da prova.

O ônus de produzir provas em juízo é historicamente atribuído a quem alega um fato no processo. Assim já acontecia no art. 209, § 1º e § 2º, do CPC de 1939, nosso primeiro CPC nacional. Tal regra foi repetida no art. 333, I e II do CPC de 1973 e, por fim, reproduzida no art. 373, do CPC/2015. Nesse contexto, o autor tem o ônus de produzir provas sobre os fatos que constituem o seu direito alegado em juízo, enquanto o réu tem o ônus de produção probatória se alegar fatos que tenham por objetivo afastar o direito

autoral. Essa regra é chamada de distribuição estática do ônus da prova (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016, p. 336).

A ideia de uma distribuição estática, imutável, do ônus de produzir provas perdurou durante décadas no direito processual brasileiro, sempre atribuindo a quem alegasse a obrigação de provar suas alegações. Porém, o novo CPC buscou reforçar as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, da impessoalidade, da celeridade, moralidade e transparência das decisões judiciais a fim de que se busque não só uma solução jurídica para as lides, mas a real pacificação social através da aplicação do Direito.

Neste sentido, o artigo 373 do CPC/15 trouxe, em seu parágrafo primeiro a possibilidade de uma dinamização do ônus probatório. *In verbis*:

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.

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

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo (BRASIL, 2015) (grifo nosso).

Como se percebe, o artigo supracitado manteve inalterada a redação do *caput* e dos incisos I e II do antigo artigo 333 do CPC/73, porém, acrescentou quatro parágrafos ao texto processual, introduzindo de forma definitiva a possibilidade do ônus da prova ser invertido, ou seja, a teoria da dinamização do ônus da prova.

Para o estudo em questão, restam importantes e serão objetos de análise mais aprofundada os parágrafos 1º e 2º do artigo 373 do CPC/15, porque ali está normatizada a técnica da dinamização.

Importante destacar que apesar de institutos semelhantes, a dinamização do CPC não se confunde com a inversão judicial do ônus proposta no artigo 6º, VIII do CDC/90:

Na inversão judicial, o juiz parte da regra segundo a qual quem alega um fato tem o ônus de prová-lo e, a partir dessa premissa estática, inverte o ônus de produção da prova. Na dinamização o ônus da prova, o juiz despreza as qualidades de autor e de réu das partes, bem como quem alegou os fatos para investigar, no caso concreto, quem tem melhor condição de produzir a prova (FLEXA, MACEDO e BASTOS, 2016, p. 337).

Desta forma, resta claro que a dinamização da prova é instituto mais abrangente, pois permite que o juiz, diante da análise das particularidades da causa e das condições de cada uma das partes, imponha a produção da prova àquela parte que ele entender mais apta a cumprir este ônus. E esta dinamização proposta pelo Novo Código de Processo Civil se alinha com o princípio da cooperação e, conseqüentemente, com as ideias da prevalência do formalismo-valorativo no processo.

A regra geral continua sendo a distribuição estática do ônus da prova, mas ao admitir a possibilidade de se dinamizar essa distribuição, o Direito Processual permite que o juiz possa atuar em favor da tutela do direito material, buscando a máxima colaboração das partes na busca da verdade para a formação do juízo de fato (NEVES, 2017).

Esta dinamização só pode ser aplicada caso haja o preenchimento dos requisitos elencados no § 1º do art. 373 do CPC/15: que uma das partes apresente mais conhecimento técnico do que a outra sobre o tema discutido no processo; que uma das partes detenha mais conhecimento fático do que a outra; que uma das partes tenha mais facilidade de demonstração da prova do que a outra (NEVES, 2017).

O atendimento destes requisitos busca evitar que essa dinamização acabe por onerar sobremaneira uma das partes, tornar o ônus impossível de ser cumprido ou exija a produção de uma prova diabólica, impossível, como antes já discutido neste estudo. É o que está expresso no § 2º do art. 373 do CPC/15.

Ademais, a exigência do Código de que essa dinamização se dê por decisão fundamentada, observando o tempo plausível para a produção da prova e, se assim entender, o exercício do contraditório para a parte afetada, inclusive com a

interposição de Agravo de Instrumento contra tal decisão, visa promover um processo justo, não oneroso ou punitivo a nenhuma das partes.

A inserção dos novos parágrafos no Código de Processo Civil dará aos participantes do processo maior segurança jurídica, pois será oportunizado o conhecimento prévio acerca da nova distribuição dos encargos probatórios e há maior garantia no que tange a sua aplicação em face na normatização bem como da aplicação dos requisitos previstos. Ademais, o novo CPC está adequado à evolução da sociedade, aproximando-se cada vez mais da realidade contemporânea (DIDIER JR, 2016, p. 71).

A dinamização das provas exige das partes a colaboração extrema no processo, coadunando-se com o princípio do formalismo-valorativo e alinhando-se com os valores constitucionais impressos no novo Código de Processo Civil. O comportamento das partes no processo passa a ser mais relevante que os formalismos ou normas processuais, podendo, inclusive as partes convencionarem sobre ritos e prazos, conforme será analisado no próximo tópico.

3.3 O COMPORTAMENTO DAS PARTES NO PROCESSO

Quando constatada pelo juiz a desigualdade entre a possibilidade probatória das partes, o sujeito em melhores condições de arcar com o ônus *probanti* deverá se incumbir de tal. E a melhor condição probatória fica evidenciada, segundo ensina Neves (2017):

[...] quando o sujeito, em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar de posse da coisa ou do instrumento probatório ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em posição privilegiada para revelar a verdade e seu dever de colaboração se acentua a ponto de atribuir-lhe um ônus probatório que, a princípio não teria (NEVES, 2017, p. 205).

O aumento da carga probatória para uma das partes se deve à aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova, devendo aquele que pretende ver seu ônus abrandado, demonstrar que a parte contrária possui as melhores condições para produzir as provas necessárias ao deslinde do feito.

Segundo o princípio da cooperação que agora rege o Direito Processual Civil, a parte que teve seu ônus abrandado, porém, não pode e nem deve simplesmente cruzar os braços à espera que o outro produza as partes. Ela deve ter um papel ativo na produção de provas, mesmo tendo sido o encargo redistribuído.

Pela redação do art. 6º do Novo CPC todos os sujeitos processuais devem colaborar entre si, o que, ao menos em tese, envolveria a colaboração das partes com o juiz, do juiz com as partes e das partes entre si. A colaboração das partes com o juiz vem naturalmente de sua participação no processo, levando aos autos alegações e provas que auxiliarão o juiz na formação de seu convencimento. Quanto mais ativa a parte na defesa de seus interesses mais colaborará com o juiz, desde que, é claro, atue com a boa-fé exigida pelo art. 5º do Novo CPC (NEVES, 2017, p. 205).

A colaboração das partes na produção das provas, então, deriva também do princípio da colaboração e do dever de boa-fé, não podendo uma das partes se incumbir exclusivamente de tal ônus, sob pena de se estar deixando de lado o dever de colaboração com o processo. Ademais, a aplicação da dinamização dos encargos probatórios somente poderia ser aplicada pelo juiz diante da análise da impossibilidade material de uma das partes que, demonstrando interesse, mostrou-se inapta para tal.

Ao juiz que aplicar a técnica da dinamização, competirá a diligência suficiente para que os critérios utilizados para justificar a dinamização sejam seguros e justos a ambas as partes, caso contrário, estaria incorrendo em arbitrariedades que não se alinhavam com os princípios constitucionais do processo.

3.4 TEORIA DA DINAMIZAÇÃO X INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Após compreender a essência do instituto da inversão do ônus da prova previsto no CDC e da técnica da dinamização proposta pelo Novo CPC/15, necessárias breves considerações acerca dos dois institutos, para que se conclua pelas suas diferenças conceituais e metodológicas.

Assim, será feito neste tópico um pequeno quadro comparativo entre os dois institutos, somente com considerações do autor do estudo, visando resumir como se encontra o ônus da prova no novo Direito Processual Civil Brasileiro.

Inicialmente, tratar-se-á do objetivo, da finalidade de cada um dos institutos. A inversão proposta pelo art. 6º, inciso VIII do CDC tem como propósito reconhecer a dificuldade do consumidor, em determinadas hipóteses, de comprovar os fatos constitutivos de seu direito.

Neste ponto, de certa forma, a teoria da dinamização do CPC/15 guarda algumas relações, pois também reconhece que, em determinadas circunstâncias, uma das partes se encontra hipossuficiente em relação à outra. Então, reconhece-se

que a essência dos dois institutos se encontra no reconhecimento da hipossuficiência de uma parte em relação à outra no tocante à produção de provas.

Depois, outro ponto a ser analisado é que para o reconhecimento desta hipossuficiência, o CDC define como critério a ser aplicado pelo juiz a presença da verossimilhança, segundo as máximas da experiência. No CPC, para tal reconhecimento, o juiz deverá verificar a presença de critérios definidos no § 1º do art. 373, como a impossibilidade de uma das partes, a maior facilidade da outra parte na produção da prova e a inoportunidade de sobrecarga ou a inexigibilidade da produção de prova diabólica. Assim, o CPC exige mais cautela por parte do magistrado na aplicação de seu instituto, pois esta hipossuficiência do consumidor, no CPC, é presumida, o que não ocorre no Processo Civil.

Ademais, o CDC prevê esta possibilidade de inversão do ônus da prova somente em favor do consumidor-autor, não se admitindo tal inversão em eventual ação onde o fornecedor seja o autor e o consumidor o requerido.

Quando o processo não versa sobre a relação entre fornecedor e consumidor, existe, teoricamente, o vínculo entre iguais, devendo, então, o juiz analisar a possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica somente se a regra estática for insuficiente para a elucidação dos fatos e a formação do convencimento do magistrado.

A seguir, merece atenção a questão do momento em que se dá a aplicação de cada um destes institutos. A inversão prevista no CDC pode ser aplicada em qualquer momento, sem que seja necessária a oportunização do contraditório ao fornecedor, pois essa inversão é típica da relação de consumo. Na dinamização, esta deve se dar por decisão fundamentada do magistrado, podendo ocorrer desde a propositura da ação até o fim da fase de instrução, desde que seja oportunizada à parte que receber o encargo o contraditório e prazo suficiente para que as provas possam ser produzidas.

Percebe-se que a inversão e a dinamização possuem objetos distintos, vez que, apesar de serem institutos que alteram a regra geral do ônus da prova, com o intuito de proteger a parte hipossuficiente no processo e promover a igualdade processual entre os demandantes, enquanto a inversão parte do pressuposto da existência de um ônus estático e, reconhecendo a hipossuficiência do consumidor, promove sua inversão, a dinamização parte do pressuposto que as partes devem colaborar no processo e, reconhecendo as melhores condições de uma delas

produzir a prova, determina a esta este ônus, tratando-se de uma obrigação oriunda do dever de colaboração das partes com o processo e, não, especificamente, da inversão de um ônus estático.

A teoria da dinamização das provas representa um avanço no Processo Civil brasileiro e, aplicada com cautela e primazia pelos magistrados, pode levar a decisões mais justas, céleres e que efetivamente promovam a pacificação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo é um instrumento pelo qual são realizados uma série de atos coordenados e regulados pela lei processual com o objetivo de concretizar o exercício da função jurisdicional e aplicar o direito material ao caso concreto. É, portanto, o meio pelo qual a atividade do Judiciário pode ser exercida e deve estar sempre em consonância com as normas e princípios do ordenamento jurídico e, fundamentalmente, com aquelas oriundas do texto constitucional.

A finalidade do processo deve ser a busca pela pacificação social, ou seja, a mesma que as partes buscam no auxílio do Judiciário. Ao surgirem conflitos não resolvidos pelas formas consensuais, as partes têm no processo e numa decisão judicial o meio de restabelecerem a paz entre elas.

O processo é uma garantia fundamental do cidadão, num Estado Democrático de Direito, devendo a jurisdição estar sempre ao seu serviço, sendo assegurados os direitos ao contraditório, à ampla defesa, à isonomia processual, a fim de que as partes possam intervir no convencimento do magistrado através do gozo destes princípios.

Partindo destas considerações, necessário reconhecer que deva prevalecer, durante o processo a colaboração entre todos os indivíduos integrantes da relação processual, pois todos buscam o mesmo objetivo: uma sentença justa, efetiva e célere.

E, fundamentado nos princípios da igualdade processual e da colaboração entre as partes é que o Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe ao ordenamento a ideia da teoria da dinamização do ônus da prova. Trata-se de um instituto jurídico que busca distribuir o encargo probatório entre as partes conforme suas condições de as produzir.

Semelhante ao instituto da inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor, a dinamização também parte do princípio de que na relação processual, em determinado momento, uma das partes esteja em condições desfavoráveis em relação à outra, ou seja, hipossuficiente. Porém, este conceito no Código de Processo Civil não se assemelha à hipossuficiência presumida do consumidor prevista no CDC, vez que aqui, trata-se de uma relação de iguais, não de desiguais como o consumidor e o fornecedor. Esta hipossuficiência do CPC deve ser entendida sob a ótica de critérios técnicos, de conhecimentos ou financeiros para

a produção das provas de que o juízo necessita para a formação de seu convencimento.

Assim, sendo o ônus da prova um critério estático no CDC que pode e deve ser invertido, sempre a favor do consumidor, baseado nos critérios da hipossuficiência deste e da verossimilhança das alegações do autor, esta inversão se dá pelo magistrado, a qualquer momento do processo e, decorre da essência protetiva do Código de Defesa do Consumidor.

A teoria da dinamização do ônus da prova previsto no artigo 373, §§ 1º e 2º do CPC/15, porém, não possui essa mesma essência protetiva de uma das partes. O que ela busca é promover uma distribuição do encargo probatório entre as partes conforme suas condições de as produzir, sempre levando em consideração os critérios de conhecimento, técnicos e financeiros de cada uma delas. Ela busca promover a igualdade processual, partindo do dever que as partes possuem de colaborar com o processo.

A dinamização do ônus da prova deve ocorrer através de decisão fundamentada do juiz, oportunizando à parte que receber o encargo o direito ao exercício do contraditório e tempo suficiente para a produção da prova esperada e suficiente para a prolação da sentença.

Os dois institutos possuem uma essência semelhante, mas guardam em si diferenças fundamentais que fazem com que eles não se confundam. O objetivo da teoria da dinamização da carga probatória é a flexibilização deste ônus, permitindo uma tutela jurídica e dos valores fundamentais do cidadão na condução do processo.

Ela deve operar sobre fatos específicos, não se tratando de uma inversão geral, como ocorre no CDC. O juiz deve indicar quais provas serão atingidas pela modificação do encargo e justificar essa modificação pela grande dificuldade de uma das partes e grande facilidade da outra em produzir tais provas.

Salienta-se que a regra do ônus da prova continua sendo a distribuição estática, como ocorria no CPC/73, prevalecendo o disposto no *caput* e incisos I e II do artigo 373 do CPC/15. Somente em circunstâncias onde se apresentem os requisitos indicados no § 1º do mencionado artigo é que deve o juiz dinamizar o ônus da prova, devendo, ainda, o magistrado se atentar ao fato de que tal modificação não pode implicar na obrigatoriedade de a parte produzir uma prova diabólica.

Pode-se concluir que o acolhimento da dinamização da prova pelo novo código processualista brasileiro veio aproximar a verdade real dos pressupostos legais da teoria geral do processo e da prova, sendo um instrumento útil para que se alcance um processo mais justo e efetivo, baseado nos princípios legais e constitucionais, não deixando de lado a formalidade da produção da prova mas reconhecendo que esta produção pode se dar de maneira mais leve e célere, levando a julgamentos teoricamente mais justos e com maior capacidade de promover a tão esperada pacificação social.

O que se verifica é que, na verdade, tanto a inversão proposta pelo código consumerista quanto a dinamização do código processualista se baseiam na busca por um processo mais justo, efetivo e célere que depende das partes, da colaboração destas e da boa-fé que aplicam na relação processual para que se alcance seus objetivos. A maior novidade, portanto, que se pode perceber no Novo Código de Processo Civil de 2015 é a obrigatoriedade de as partes manterem esse espírito colaborativo, passando a ser um princípio processual expresso no artigo 6º do CPC/15 a colaboração. Esta sim, é a principal novidade trazida pelo legislador e que é o fundamento básico para a dinamização da prova prevista no artigo 373 do mesmo diploma processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BALESTERO, Gabriela Soares. **A inversão do ônus da prova no novo CPC e a discricionariedade judicial**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 50-57, set./dez. 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 jul. 2018.

_____. **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 01 jul. 2018.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 01 jul. 2018

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a defesa do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 01 jul. 2018.

CABRAL, Érico de Pina. **Inversão do ônus da prova no processo civil do consumidor**. São Paulo: Ed. Método, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças Preexistentes e Ônus da Prova: o Problema da Prova Diabólica e uma Possível Solução**. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo: Dialética, n. 31, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21525/breves-consideracoes-sobre-a-prova-diabolica-probatio-diabolica-ou-devil-s-proof/2>>. Acesso em 12 ago. 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Manual de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**: temas inéditos, mudanças e supressões – De acordo com a Lei n. 13.256/2016. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 1. 23ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

SOARES, Willian Metzker. **A evolução do princípio do contraditório no processo civil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5259, 24 nov. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58367>>. Acesso em: 18 out. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 55ª ed. São Paulo: Forense, 2014.