XXV CONGRESSO DO CONPEDI -CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

JANAÍNA RIGO SANTIN SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara - ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais - Ministro José Barroso Filho - IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF

Educação Jurídica - Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED/ABEDi

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação - Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Janaína Rigo Santin, Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-351-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Congresso Nacional do CONPEDI foi realizado em Curitiba-Paraná, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com o Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário Curitiba — UNICURITIBA, no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, sob a temática CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 08 de dezembro de 2016, na sede do Centro Universitário Curitiba, e contou com a apresentação de vinte e um artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema processual civil brasileiro.

Os textos foram organizados por blocos de temas, coerentes com a sistemática do Código de Processo Civil de 2015, abarcando os seguintes grupos: 1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis; 2 - Dos Sujeitos do Processo (Livro III); 3 - Da Tutela Provisória (Livro V); 4 - Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII); 5 - Dos Procedimentos Especiais (Título III); 6 - Do Processo de Execução (Livro II); 7 - Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III):

1 - Parte Geral (Livro I) Das normas processuais civis: NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UTOPIA OU APLICAÇÃO REVERBERADA DA JUSTIÇA (Ivan Aparecido Ruiz e Caroline Christine Mesquita): Os autores abordam os critérios de Justiça e o resguardo do princípio da dignidade humana atinentes ao novo Código de Processo Civil, questionando se existe afronta a constituição; A BOA-FÉ NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Raisa Duarte Da Silva Ribeiro e Juliane Dos Santos Ramos Souza): As autoras examinam o princípio da boa-fé processual, a partir de sua evolução e expansão do instituto pela leitura no direito privado e público; PODER JUDICIÁRIO E ESTADO DE DIREITO: O ATIVISMO E A PROATIVIDADE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (Janaína Rigo Santin e Gustavo Buzatto): Os autores examinam com olhar crítico o papel do Judiciário, diante do preceito da inafastabilidade da jurisdição pelas recorrentes omissões das demais funções do Estado (Legislativa e Executiva); MODELOS DE JUSTIÇA

ITINERANTE ESTADUAL COMO FORMA DE EFETIVIDADE DA JUSTIÇA (Luciana Rodrigues Passos Nascimento e Adriana Maria Andrade): As autoras abordam as inovações decorrentes da chamada Justiça Itinerante, os benefícios e malefícios por sua implantação, bem como os obstáculos enfrentados para sua efetivação;

- 2 Dos Sujeitos do Processo (Livro III): A FIGURA DO AMICUS CURIAE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E A POSSIBILIDADE DE SUA ATUAÇÃO EM DEFESA DE DIREITOS DA PERSONALIDADE FRENTE AO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO (Pedro Augusto De Souza Brambilla e José Sebastião de Oliveira): Os autores examinam o instituto jurídico do amicus curiae, com o principal objetivo de desvendar os enigmas para sua implantação no sistema judicial brasileiro; DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS ATOS JUDICIAIS ENVOLVENDO INCAPAZES (Alexandre Bahry Pereira e Denise Hammerschmidt): Os autores abordam a função do Ministério Público, com foco na fiscalidade legal como uma de suas atribuições, com destaque aos casos envolvendo incapazes e o saneamento de eventuais nulidades;
- 3 Da Tutela Provisória (Livro V): A TUTELA DE EVIDÊNCIA E A TEORIA DOS PRECEDENTES DE HANS KELSEN (Renata Romani de Castro e Sofia Muniz Alves Gracioli): As autoras propõem-se ao estudo das tutelas provisórias, especificamente destacando as inovações legislativas trazidas pelo CPC/15 referentes as tutelas de evidência, com olhar sobre a obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen;
- 4 Parte Especial (Livro I) Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença; Do Procedimento comum (Título I); Das Provas (Capítulo XII): NOVOS CONTORNOS DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ DIANTE DO MUNDO VIRTUAL (Abeilar Dos Santos Soares Junior e Marina Pereira Manoel Gomes): Os autores fazem reflexão sobre os poderes instrutórios do magistrado, conciliando o princípio da verdade real com a livre investigação judicial, além da abordagem sobre os limites do acesso do julgador a informações não trazidas aos autos pelas partes; A TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS PROBATÓRIAS E O ART. 373, §1º DO CPC/2015: CRITÉRIOS PARA A SUA CORRETA APLICAÇÃO (Juliano Colombo): O autor examina um dos principais institutos processuais, a prova, sua nova concepção na carga dinâmica do ônus probatório, e o postulado normativo da proporcionalidade; O STANDARD DE PROVA E A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NA ARBITRAGEM: DO CENÁRIO INTERNACIONAL AO NACIONAL (Juliana Sirotsky Soria): A autora aborda o chamado standard de prova e da distribuição do ônus probatório na arbitragem internacional, uma vez que são institutos de extrema importância para as decisões; A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS

DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 (Lorraine Rodrigues Campos Silva e Sérgio Henriques Zandona Freitas): Os autores examinam o instituto da prova comparativamente, abordando a questão de sua distribuição dinâmica no CPC/15 e a clássica inversão objeto de estudo no Direito do Consumidor;

- 5 Dos Procedimentos Especiais (Título III): A USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: A BUSCA PELA EFETIVIDADE CORROBORADA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (Alexia Brotto Cessetti e Ana Maria Jara Botton Faria): As autoras abordam o movimento da desjudicialização de alguns procedimentos, apontando como exemplo a usucapião, com olhar sobre os princípios da celeridade e da economicidade, na busca da efetividade de resultados úteis para os afetados; O ABUSO DO PROCESSO DO TRABALHO (Vinícius José Rockenbach Portela): O autor examina os atos processuais ilícitos, sua consequente responsabilidade, com olhar no abuso do direito e as propostas de combate da referida prática, a partir do processo do trabalho;
- 6 Do Processo de Execução (Livro II): A ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015 (Rafael de Oliveira Lima): O autor aborda a atividade jurisdicional executiva e a sua necessária transformação para satisfação concreta dos direitos tutelados;
- 7 Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais (Livro III): A JURISDIÇÃO ILUSÓRIA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA: CRÍTICA DOS PRESSUPOSTOS IDEOLÓGICOS DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO (Ricardo Araujo Dib Taxi e Arthur Laércio Homci Da Costa Silva): Os autores têm como parâmetro as ideias de Ovídio A. Baptista da Silva, abordando o descrédito da atividade jurisdicional de primeiro grau, e seus consequentes riscos, tornando a prestação jurisdicional morosa e carente de efetividade; A TUTELA COLETIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: AVANÇO OU RETROCESSO PARA A CIDADANIA (Indianara Pavesi Pini Sonni e Heloisa Aparecida Sobreiro Moreno): As autoras esmiúçam os avanços e retrocessos da tutela coletiva no CPC/15 e em leis esparsas (n.º 7.347/85 e 8.078/90), num microssistema processual pouco valorizado, como instrumento potencial de acesso à Justiça e Cidadania; A IMPOSSIBILIDADE DAS DECISÕES SURPRESAS E AS IMPLICAÇÕES NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS (Vinicius Silva Lemos): O autor pesquisa o art. 10 do CPC /15, com a ênfase ao contraditório preventivo e a impossibilidade de decisões surpresas em todas as fases procedimentais; OS DEVERES DOS TRIBUNAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A INÉRCIA ARGUMENTATIVA NA REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES (Jaime Domingues Brito e Mateus Vargas Fogaça): Os autores desenvolvem a temática dos deveres dos tribunais com CPC/15, abordando a inércia

argumentativa na revogação dos precedentes, instituto recentemente trazido ao ordenamento jurídico nacional; A FUNÇÃO DA RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA (Lívia Pitelli Zamarian): A autora inova no estudo da função da reclamação constitucional, com olhar sobre a segurança jurídica democrática, apesar de ser correntemente delegado ao segundo plano. A temática desenvolve-se pelo sistema de precedentes à brasileira; A INCORPORAÇÃO DO MODELO DE PRECEDENTES VINCULANTES NO BRASIL COMO FORMA DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA DOS TRIBUNAIS E QUE SE DISTINGUE DA NATUREZA DOS "PRECEDENTS" DO "COMMON LAW" (Paulo Henrique Martins e Dirceu Pereira Siqueira): Os autores examinam a incorporação dos precedentes no Brasil, com juízo crítico para a efetivação de direitos, eis que apontam o estabelecimento de um rol de "jurisprudências defensivas" nos tribunais superiores, o que se demonstra prejudicial à própria efetividade dos direitos; A LÓGICA VINCULANTE DOS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO ALTERNATIVA ÀS DEMANDAS REPETITIVAS: DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA À TUTELA COLETIVA DE DIREITOS (Semírames De Cássia Lopes Leão e Gisele Santos Fernandes Góes): As autoras esmiúçam a lógica dos precedentes judiciais como alternativa às demandas repetitivas, com olhar sobre os novos institutos do incidente de resolução de demandas repetitivas e do incidente de assunção de competência, em especial, o primeiro e sua força vinculante na tutela coletiva dos direitos, na litigiosidade massificada, sob as exigências da razoável duração do processo, isonomia das partes e segurança jurídica.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pósgraduação Stricto Sensu, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de temas e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual Civil brasileiro, com juízo crítico sobre o Devido Processo Constitucional Democrático.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas (dentre elas, a Universidade FUMEC; Universidade de Passo Fundo; Instituto Mineiro de Direito Processual; Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Universidade Estadual de Maringá; Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; Universidade Federal Fluminense; Universidade Federal do Paraná; Universidade Federal de Santa Catarina; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; Universidade Tiradentes; Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente; Centro Universitário de Maringá; Universidade Estadual de Londrina; Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Instituto Catuaí de Ensino Superior; Universidade de

Barcelona; Universidade de Salamanca; Universidade de Ribeirão Preto; Centro Universitário de Franca; Universidade Católica do Salvador; Universidade Federal da Bahia; Universidade Estadual do Norte do Paraná; Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Universitá Degli Studi di Parma; Pontifícia Universidade Católica do Paraná; Universidade Federal do Pará; University of London; Universidade de São Paulo; e, a Universidade da Amazônia), bem como as fontes de fomento a pesquisa (FAPEMIG, CNPq, FUNADESP, CAPES, dentre outras), pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento constitucionalizado do Direito Processual Civil democrático brasileiro.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - UPF

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - FUMEC e FCH

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO DO CONSUMIDOR E A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

PROOF OF BURDEN OF REVERSAL IN CONSUMER LAW AND THE BURDEN OF PROOF OF DYNAMIC DISTRIBUTION IN THE CIVIL PROCEDURE CODE 2015

Lorraine Rodrigues Campos Silva Sérgio Henriques Zandona Freitas

Resumo

O presente trabalho busca investigar a distribuição do ônus da prova em demandas envolvendo relações de consumo. Em muitas situações, o responsável pela prova não possui os meios necessários para se desincumbir de forma satisfatória, tornando indispensável distribuir esse encargo de forma diferenciada. No direito do consumidor, essa peculiaridade é denominada inversão do ônus da prova e no direito processual civil, distribuição dinâmica do ônus da prova. Apesar de serem facilitadores do direito de defesa, são institutos com natureza distinta, objeto do presente estudo. Utilizar-se-á o método jurídico dedutivo na pesquisa bibliográfica, com marco teórico no processo constitucional participativo democrático.

Palavras-chave: Ônus da prova, Inversão do ônus da prova, Distribuição dinâmica do ônus da prova, Direito do consumidor, Processo constitucional participativo democrático

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to investigate the distribution of the burden of proof in claims involving consumer relations. In many situations, the responsible for the event does not have necessary means to discharge satisfactorily, making it necessary to distribute this burden differently. In consumer law, this peculiarity is called inversion of burden of proof in civil and procedural law, dynamic distribution of burden of proof. Despite being facilitators of the rights of defense are institutes with distinct nature of this study object. Use will be given to the legal method deductive in literature with theoretical framework in democratic participatory constitutional process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Burden of proof, Reversal of the burden of proof, Dynamic distribution of the burden of proof, Consumer law, Democratic participatory constitutional process

1 INTRODUÇÃO

Promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), e seu rol de direitos e garantias fundamentais, o Direito Processual ganhou inegáveis contornos principiológicos e houve, sobremaneira, relevante avanço processual em perspectiva constitucionalizada.

Partindo deste quadro de princípios processuais constitucionais, há que se considerar o pressuposto de que a prova é o meio pela qual as partes demonstram, no âmbito processual, os fatos, é de extrema importância que se garanta uma correta distribuição do ônus de provar.

Dessa forma, o juiz poderá oferecer um adequado provimento jurisdicional, que seja fruto da análise das provas apresentadas pelas partes e relacionado aos pontos controvertidos da demanda.

Tendo em vista que nem sempre é o autor do processo que possui os meios para provar os fatos constitutivos do seu direito, ou o réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, conforme prevê o art. 373 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), tem-se a necessidade de distribuir esse ônus da prova de forma diferente.

Assim, é respeitada a desigualdade existente entre as partes no que diz respeito à capacidade probatória - quando a realização da prova se torna muito difícil ou impossível para a parte onerada.

Essa distribuição diferenciada é evidente nas relações de consumo, e está prevista no art. 6°, VIII da Lei n. 8.078/1990. Nesse diploma consumerista, há a facilitação da defesa do consumidor por meio da inversão do ônus da prova com base em sua condição intrínseca de vulnerabilidade.

Também há no processo civil, a possibilidade de distribuir o ônus probatório de forma distinta, considerando a maior facilidade de uma parte de provar os fatos, seja por dispor das informações necessárias ao objeto da prova ou de conhecimentos técnicos específicos. Nesse caso, denomina-se distribuição dinâmica do ônus da prova.

Tanto a aplicação da inversão, quanto da distribuição dinâmica do ônus da prova, por serem institutos excepcionais a serem considerados em cada caso concreto, exigem o respeito do juiz a alguns requisitos.

No caso da inversão do ônus da prova, a alegação precisa ser verossímil ou o consumidor hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Já no processo civil, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, e dê à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Se esses institutos de facilitação de defesa não fossem aplicados pelos juízes nos processos, o conhecimento dos fatos restaria prejudicado, o que resultaria em um efeito útil da demanda também comprometido.

Utilizar-se-á o método jurídico dedutivo na pesquisa bibliográfica, com marco teórico no processo constitucional participativo democrático.

2 PROCESSO CONSTITUCIONAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O pesquisador e constitucionalista mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho (1984, p. 122-126) elucidou, a partir do pioneiro estudo do tema Constituição e Processo, a teoria constitucionalista do processo, acolhida com paridade pelo jurista mexicano Hector Fix-Zamudio — que resplandeceu a temática por meio das várias obras e artigos dedicados ao assunto —, e que, só recentemente, sob a denominação de "modelo constitucional" do Processo, ficou explícito seu desmembramento, nas reflexões de Ítalo Andolina, quando afirma que o *processo*, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária *instituição constitucionalizada* que, pela principiologia constitucional do *devido processo* que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório, converte-se em *direito-garantia*.

Em verdade, concorda o processualista Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 148-149), que empresta atualmente ao contraditório o *status* de princípio constitucional, conforme descrito na obra de Rosemiro Pereira Leal (2014, p. 98-99).

O conceito moderno de *Estado Democrático de Direito* exige que o legislador, nas sociedades Políticas Democráticas de Direito, uma vez eleito, submeta-se aos princípios do Processo como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania, cujos fundamentos se assentam no instrumento da jurisdição constitucional e esta como atividade

judicatória dos juízes, de forma legal, preexistente e básica, como única fonte do poder constituinte (FREITAS, 2014).

Assim, não é demais reprisar que o processo constitucional tem por fundamento garantir o princípio da supremacia constitucional, possibilitando a efetiva tutela, proteção e fomento dos direitos fundamentais (BARACHO, 2006, v. 383, p. 156).

Para tanto, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ensina que os direitos fundamentais "são os direitos humanos declarados expressamente no ordenamento jurídico-constitucional" (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2004, p. 111). O mesmo autor afirmou ainda que as *garantias fundamentais* "compreendem as garantias processuais estabelecidas na própria Constituição (processo constitucional) e formadoras de um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar efetividade" (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2004, p. 111), tais como o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular e, a mais importante delas, o devido processo legal, informado pelos princípios do juízo natural, do contraditório, da ampla defesa e da indispensabilidade da presença do advogado.

Importante ressaltar que o processo constitucional demanda pressupostos essenciais, dentre eles: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos, e as formas de controle constitucional (preventivo, repressivo, direto, repressivo indireto e ocasional); que não podem ser confundidos com diminuição ou eliminação das garantias processuais constitucionais (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação das decisões, direito de prova, instrumentalidade das formas, presença de advogado, dentre outros), sob pena de ferir o princípio do Estado Democrático de Direito (FREITAS, 2014).

Aqui vale o destaque na obra de Cattoni de Oliveira (2006, p. 74-75), lembrando lições de José Alfredo de Oliveira Baracho, da importância do "modelo constitucional do processo", estruturado nos princípios do *due process*, do contraditório, da ampla defesa, do direito à prova, do juízo natural, independente e imparcial, da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, da publicidade, da instrumentalidade técnica do processo, da efetividade e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Introduzindo o tema, valem as palavras de José Alfredo de Oliveira Baracho que representam de certa forma o instituto jurídico da jurisdição constitucional, uma vez que afirma:

"Jurisdição constitucional é a função exercida para a proteção e para a manutenção da supremacia constitucional." (BARACHO, 2006, p. 50)

Faz-se também oportuna e adequada a introdução às reflexões pertinentes acerca da função jurisdicional no Estado, a que subseqüente se apresenta, perpetuando os ensinamentos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, em que afirma

na concepção principiológica e constitucional de Estado Democrático de Direito, [BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2003, v. 9, p. 230] a chamada função jurisdicional ou simplesmente jurisdição é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a indispensável garantia do devido processo constitucional. [grifos nossos] Em outras palavras, a jurisdição somente pode ser desenvolvida ou prestada por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, entre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela (defesa) inerentes, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais com base no ordenamento jurídico vigente (princípio da legalidade ou da reserva legal), com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o direito. É o que a doutrina italiana chama de modelo constitucional do processo (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2004, p. 225),

e que

no Brasil, a rigor, toda jurisdição é constitucional, pois os órgãos jurisdicionais, quaisquer que sejam, não só podem como devem apreciar e decidir as questões constitucionais suscitadas em qualquer processo, nos casos concretos levados à sua apreciação para julgamento; a partir daí, lógica e conseqüentemente, todos os órgãos jurisdicionais são (ou devem ser) órgãos da jurisdição constitucional (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2004, p. 92).

Diante de premissa tão elucidativa, convém apenas maturar a temática, destacando aquilo que lhe é mais relevante.

Confere legitimidade ao exposto, os estudos desenvolvidos na esfera da teoria geral do processo constitucional – diretamente ligados e envolvidos ao tema –, que recolhem na doutrina o entendimento que aponta a *jurisdição constitucional* (CATTONI DE OLIVEIRA, 2000, v. 3, p. 165) como atividade jurisdicional exercida pelo Estado com o objetivo de tutelar o princípio da supremacia da Constituição e o de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana nela estabelecidos, meta esta possível a partir do controle de constitucionalidade das leis ordinárias e dos atos estatais que estivessem em contrariedade aos preceitos constitucionais; perfilhados no exame da matéria jurídico-constitucional em consenso à fixação de uma estrutura de garantias, com mecanismos efetivos, que protegesse e assegurasse a efetividade daqueles direitos.

As garantias processuais constitucionais, reconhecidas também como tutela constitucional do processo (devido processo legal, recurso de amparo, recurso de proteção, recurso

constitucional, ação direta de inconstitucionalidade, mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular, cada um dentro de suas especificidades), definiram o sistema de proteção dos direitos fundamentais, que impõe ao Estado o exercício da jurisdição constitucional para efetivação dos direitos fundamentais em situações concretas, bem como do controle de constitucionalidade das leis ordinárias e dos atos normativos estatais (CRUZ, 2004, p. 247).

Foi a partir de estudos de Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI; GARTH, 1988) que se designou os mecanismos processuais dirigidos especificamente à tutela dos direitos fundamentais consagrados na Constituição e os órgãos jurisdicionais encarregados de realizá-la, como *jurisdição constitucional da liberdade*; que o autor identifica com justiça constitucional e a considera função jurisdicional de tutela e atuação dos preceitos da Constituição, abrangendo o controle de constitucionalidade das leis e os mecanismos de tutela dos direitos de liberdade do ser humano (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2004, p. 91).

Em Portugal, como que no direito brasileiro, dividem-se entre *jurisdição difusa* e *jurisdição concentrada*, os sistemas que compõem as modalidades de efetivação da jurisdição constitucional. Essa complexa estrutura permite que, por meio da jurisdição difusa, qualquer órgão jurisdicional exerça o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos de forma concreta e incidental; já na jurisdição concentrada, por sua vez, o mesmo controle de constitucionalidade é atributo exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal (STF), mediante provocação das pessoas legitimadas a tanto no texto constitucional, de acordo com o devido processo legal, que aspira um pronunciamento final com eficácia para todos.

A função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, é serviço público dependente de provocações dos interessados, e consiste em cumprir e fazer cumprir as normas do Direito Positivo, realizando o ordenamento jurídico, por meio de um procedimento legalmente estruturado e informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, 2004, p. 232).

Vale ainda ressaltar que não tem esta atividade cunho caritativo, mas sim, qualifica-se na obrigação consagrada no poder-dever do Estado, que, por este motivo, converte-se em direito fundamental, adquirido pela garantia do devido processo constitucional, a todos da sociedade (governantes e governados).

A partir de tais considerações, pode-se dizer que também nas decisões jurisdicionais, há necessidade da atividade preparatória do pronunciamento com a participação dos afetados em simétrica paridade, permitindo-se a consideração de argumentos de todos (inclusive minorias), em respeito aos direitos e garantias fundamentais, principalmente os elencados explicita e implicitamente na Constituição de 1988, tudo em respeito ao Estado Democrático de Direito (FREITAS, 2014).

Assim é que, seguindo essa sistemática, na apresentação do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil brasileiro, foi apresentada Exposição de Motivos, com diretrizes da pretendida mudança, constando, logo em sua frase inicial, a necessidade de reforma do sistema processual, a fim de proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, buscando harmonia com as garantias constitucionais buscadas no Estado Democrático de Direito.

A necessidade de uma nova legislação processual foi justificada, pelo suposto objetivo de alcançar a "harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República" (BRASIL, 2015), para que o processo fique mais adequado aos meios de concretização dos direitos fundamentais previstos no Constitucionalismo contemporâneo.

A partir dessa função autoproclamada pelo CPC/15 é que os institutos por ele abordados devem ser analisados, a fim de se verificar se tal texto, de fato, direciona-se à concretização do mencionado modelo de Estado Democrático de Direito.

3 DIMENSÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR

A Constituição de 1988 elencou como direito e garantia fundamental a defesa do consumidor em seu art. 5°, XXXII, ao estabelecer que o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) é obrigado a promovê-la. Igualmente, determinou o legislador constitucional, a defesa do consumidor, como princípio conformador da ordem econômica brasileira, a limitar a livre iniciativa e a autonomia da vontade, conforme o art. 170, inciso V (MARQUES, 2016, p. 740). Ainda, a regulamentação dos direitos do consumidor por lei ordinária foi imposta constitucionalmente pelo art. 48 do ADCT (PFEIFFER, 2015, p.41).

A fim de materializar esse princípio constitucional de defesa do consumidor, o legislador brasileiro editou a Lei n. 8.078, de 11/09/1990, denominada de Código de Defesa do

Consumidor. Tal diploma legal traz princípios norteadores da Política Nacional das Relações de Consumo em seu art. 4°, inclusive o de reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, que é a base de todo o microssistema por reconhecer que há um desequilíbrio nas relações de consumo (CANTO, 2015, p. 66).

Essa condição desigual decorre da situação de que o consumidor é suscetível de ser ofendido nos sentidos físico, psíquico ou econômico. Isso porque não conhece de forma especializada os produtos ou serviços que está contratando – vulnerabilidade técnica -, não sabe os direitos e deveres das relações de consumo – vulnerabilidade jurídica -, não possui acesso aos níveis de concorrência, o mesmo poderio econômico ou segurança proporcional ao risco que está exposto – vulnerabilidade fática ou socioeconômica- e também por ser informado de forma direcionada, parcial e com lacunas – vulnerabilidade informacional (CANTO, 2015, p. 66-69).

Em razão dessa incontroversa disparidade, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), estabeleceu uma série de normas compensatórias, a fim de conferir um tratamento desigual àqueles que são intrinsecamente desiguais (PFEIFFER, 2015, p. 41).

Uma dessas normas é a prevista no art. 6°, VIII da Lei n. 8.078/1990, que facilita a defesa dos direitos do consumidor no que tange à matéria probatória ao permitir a inversão do ônus da prova em seu favor.

Em razão dessa facilitação ser eminentemente processual, é preciso que respeite, conforme explica Rosemiro Pereira Leal, os três princípios institutivos do processo: o contraditório, a isonomia e a ampla defesa, que serão definidos a seguir (LEAL, 2014, p. 98).

3.1 O contraditório

O princípio do contraditório é um referencial lógico-jurídico do processo constitucionalizado que traduz como seu conteúdo, o diálogo necessário entre as partes, que se apresentam em defesa ou disputa de direitos, podendo inclusive, exercerem a faculdade de permanecerem caladas, apesar do direito-garantia de se exporem. Esse direito de manifestação e de contradizer previne a ocorrência de um procedimento inquisitório e do arbítrio do julgador (LEAL, 2014, p. 99).

3.2 A isonomia

O princípio da isonomia é referente lógico-jurídico sem o qual não há procedimento em contraditório, tendo em vista que a liberdade de contradizer no processo equivale à igualdade temporal de dizer e refutar para construir, entre partes, a estrutura procedimental. Ou seja, é um direito que garante igualdade na realização construtiva do procedimento (LEAL, 2014, p. 99).

3.3 Ampla Defesa

O princípio da ampla defesa se faz, nos limites temporais permitidos pela lei, do procedimento em contraditório, e se traduz na produção pelos meios e elementos totais de alegações e provas ou na oportunidade de exaurir as articulações de direito e produção probatória (LEAL, 2014, p. 100).

4 REQUISITOS LEGAIS PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Considerando que o instituto da prova no direito processual, muitas vezes, está intrínseco ao resultado útil da demanda, e leva ao juiz, o conhecimento dos fatos, é de suma importância que esse ônus seja distribuído considerando as particularidades das partes envolvidas.

Com base na condição especial de vulnerabilidade dos consumidores e na dificuldade de possuir meios adequados para se desincumbir do ônus de provar os fatos alegados em muitas situações, o legislador determinou em seu art. 6°, VIII do Código de Defesa do consumidor, 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.

Como pode ser observado, esses requisitos legais possuem condição alternativa, se considerados a partir de uma análise gramatical, justificada pela própria conjunção "ou" do diploma legal, sendo necessário apenas um deles: ou a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor.

Apesar dessa expressa alternatividade, a temática é controversa, podendo-se entender que a conjunção "ou" do diploma consumerista, deveria ser substituída pela conjunção aditiva "e".

Compartilhar desse entendimento, considera que os requisitos legais, se observados de forma alternativa, gerariam uma posição desfavorável para o fornecedor. Isso porque, mesmo se o consumidor não tivesse alegações verossímeis, ou, se as tivesse, mas não fosse hipossuficiente, ainda assim, o fornecedor teria o ônus de provar.

Esse posicionamento não respeita o texto normativo, e também não valoriza o propósito dessa distribuição judicial do ônus da prova, que é exatamente garantir o direito básico do consumidor de ter facilitado o seu direito de defesa.

Ainda, a inversão do ônus da prova foi possibilitada de forma excepcional e possui requisitos para ser aplicada, o que garante que o fornecedor não se encontre em situação desvantajosa.

Tal distribuição judicial da prova, vai de encontro com o art. 373 do Código de Processo Civil de 2015 que determina que o ônus probatório incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Devido à relevância já explanada, vale explicar separadamente esses requisitos legais.

4.1 Critério do juiz

Por ser, a inversão probatória, uma possibilidade descrita em uma norma de consumo, que tem natureza de ordem pública e de interesse social, pode ser aplicada de oficio pelo juiz, sem a necessidade de provocação do consumidor, bastando estar convencido da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência deste.

Como qualquer decisão judicial, é importante que seja devidamente motivada, conforme determinação do art. 93, inciso IX da Constituição de 1988.

4.2 Verossimilhança

A verossimilhança das alegações está atrelada à aparência de verdade, que pode ser depreendida de elementos fáticos mínimos comprovados nos autos, para fins de reconstrução fática de questões ocorridas no passado. Elementos mínimos porque, é exatamente devido à dificuldade de provar que se institui a inversão.

Nesse sentido, expõe Sergio Cavalieri Filho: "Em suma, verossímil é aquilo que é crível ou aceitável em face de uma realidade fática. Não se trata de prova robusta ou definitiva, mas da chamada prova de primeira aparência [...]" (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 352).

4.3 Hipossuficiência

A hipossuficiência do consumidor decorre da dificuldade, ou até impossibilidade, de possuir os meios necessários para se desincumbir do ônus de provar o que alega ou de instruir adequadamente a defesa de sua pretensão.

Diferentemente, o fornecedor, por ter o conhecimento técnico que facilita a demonstração das alegações, será responsabilizado pelo ônus da prova a partir da inversão processual probatória.

Dessa forma, admite-se que a hipossuficiência é uma "espécie de vulnerabilidade processual" (MARQUES, 2014, p.88).

Cabe relevar que a vulnerabilidade amparada no art. 4°, inciso I do Código de Defesa do Consumidor nada tem a ver com a hipossuficiência discutida. Isso porque esta é admitida em cada caso concreto e àquela trata-se de uma presunção legal de que todo consumidor, pessoa física ou jurídica, encontra-se em posição inferior ao fornecedor.

5 MOMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Apesar do Código de Defesa do Consumidor permitir a inversão do ônus da prova, a lei é omissa quanto ao momento de aplicação desse instituto facilitador. Devido à essa omissão, são vários os entendimentos da literatura jurídica acerca dessa questão.

Em síntese, pode-se dizer que existem três posicionamentos: o momento de inversão seria no início do processo, quando do despacho de citação do réu; outro que defende ser mais adequada no momento do saneamento ou instrução processual; e ainda, o entendimento que defende a possibilidade até mesmo na sentença.

Há questionamentos sobre a posição de inverter o ônus na sentença por considerar que dessa forma, estariam sendo desrespeitados os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa. Isso porque o fornecedor não foi comunicado antes da fase instrutória sobre a

distribuição do ônus da prova, o que o impossibilitou de provar os elementos necessários para formar o convencimento do juiz.

No que tange à inversão no início do processo, julga-se ser precipitada, tendo em vista que o juiz não conhece nessa fase ainda, os pontos controvertidos da demanda, o que lhe impossibilita delimitar adequadamente um juízo de valor sobre o objeto da prova.

A inversão no momento do saneamento do processo configura-se, para evitar qualquer cerceamento de defesa, a forma democrático dialógica de preservar os princípios institutivos do processo. Assim, o fornecedor poderá, a partir do conhecimento dessa nova forma de ônus probatório, se desobrigar de trazer aos autos todas as provas necessárias para se defender das alegações do consumidor. Não é razoável possibilitar que o fornecedor seja prejudicado por não ter provado algo que, antes dessa distribuição judicial, não lhe havia sido exigido.

6 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E SEUS NOVOS PARADIGMAS

O Código de Processo Civil de 2015 foi sancionado em 16 de março de 2015, com publicação em 17.03.2015, entrou em vigor no dia 18 de março de 2016, lei que recebeu o número 13.105.

Na elaboração do anteprojeto foram realizadas audiências públicas, demonstrando, desde o seu nascedouro que o novo Código de Processo Civil teria por natureza o caráter dialógico democrático.

Várias foram as novidades trazidas na nova legislação: a) Prestígio a conciliação desde o início do procedimento (art. 3°, parágrafo 3° e arts. 165 e seguintes do CPC/15); b) Princípio da cooperação para efetividade do processo (art. 6° do CPC/15); c) Princípio da não surpresa (art. 10 do CPC/15); d) Aplicação subsidiária e supletiva do CPC (art. 15 do CPC/15); e) Amicus Curiae regulado no código (art. 138 do CPC/15); f) Nova sistemática da justiça gratuita (arts. 98 e seguintes do CPC/15); g) Prazos apenas em dias úteis (art. 219 do CPC/15); h) Prazos em dobro para entes públicos (art. 183 do CPC/15), Ministério Público (art. 180 do CPC/15) e Defensoria Pública (art. 186 do CPC/15); i) Suspensão dos prazos e o recesso forense (art. 220 do CPC/15); j) Distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, parágrafo 1° do CPC/15); l) Arguição de todas as matérias de defesa na contestação (art. 336 e 337 CPC/15); m) Saneamento obrigatório (art. 357 do CPC/15); n) Negócios jurídicos processuais (art. 190 CPC/15); o) Tutelas Provisórias

(arts. 294 e seguintes do CPC/15); p) Fundamentação das decisões (art. 489, parágrafo 1º do CPC/15); q) sentença parcial – Julgamento parcial (art. 356 do CPC/15); r) honorários advocatícios (art. 82 e seguintes do CPC/15); s) Demandas Repetitivas (arts. 976 e seguintes do CPC/15); e, t) Nova sistemática dos recursos (arts. 994 e seguintes do CPC/15).

De referidos institutos, o presente artigo científico limitar-se-á ao estudo do instituto da prova e especificamente sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório.

7 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A relevância do instituto da prova alcança todo o ordenamento jurídico, tendo em vista que está intimamente ligado à procedência ou improcedência da ação.

E ainda, o direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório, como elucida Fredie Didier Júnior. O autor explica que há uma complexidade no conteúdo desse direito, já que inclui várias situações jurídicas, a saber: "o direito à adequada oportunidade de requerer provas, de produzir provas, de participar da produção da prova, de manifestar-se sobre a prova produzida, e ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida" (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 41).

Considerando essa importância, o Código de Processo Civil de 2015 também possibilitou a distribuição do ônus probatório a quem tem maior facilidade de provar, em homenagem ao princípio da adequação, visando garantir esse direito fundamental da parte, conforme prevê o art. 373, § 1º do CPC/15. Tal possibilidade é denominada distribuição dinâmica do ônus da prova, e é aplicada de forma subsidiária à regra geral do Código de Processo Civil que estabelece que o ônus de provar cabe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do autor.

Vale ressalvar que no Código de Processo Civil de 2015, essa permissão não se trata de uma inversão como ocorre no Código de Defesa do Consumidor, vez que esta parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, quando da propositura da demanda, àquele contra quem foi aplicada a inversão. Como evidencia Fredie Didier Júnior, trata-se apenas de uma exceção legal à regra genérica de emprego do ônus da prova (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.113).

Essa nova previsão permite que em caso de desigualdade entre as partes no que tange à capacidade probatória - quando a realização da prova se torna muito difícil ou impossível para a parte onerada -, ocorra o deslocamento do ônus probatório, tendo em vista a maior facilidade da outra parte de provas os fatos, seja por dispor das informações necessárias ao objeto da prova ou de conhecimentos técnicos específicos.

Ainda mais que, em uma concepção mais moderna do Estado Democrático de Direito, como bem explica Vinicius Lott, a prova não admite apenas o objetivo exclusivo de formar a convicção do juiz sobre a verdade dos fatos e do direito. Na realidade, destina-se à construção da estrutura procedimental que regida pelos princípios constitucionais processuais, concede às partes o reconhecimento de coautoria na valorização das provas e normas jurídicas.

Isso significa que, ao invés do instituto da prova estar ligado à razão subjetiva, imediata e prescritiva do julgador, deve ser construído a partir do devido processo legal, em que há a inclusão de todos os legitimados na apreciação e construção do resultado probatório.

Nesse sentido, explana Fredie Didier Júnior, ao afirmar que assim como o juiz, as partes também são destinatárias diretas da prova, visto que o resultado da atividade probatória pode determinar o rumo de um processo instaurado (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 52).

Extrai-se que é a partir do respeito ao dever de colaboração das partes, à isonomia, ao contraditório, à ampla defesa, que se garante a efetividade do processo.

7.1 Pressupostos gerais para a redistribuição do ônus da prova pelo juiz

É importante que o juiz, quando dessa distribuição dinâmica do ônus da prova, respeite os requisitos dessa aplicação excepcional, fundamentando a sua decisão e dando à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, sob pena de ferir os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. Nesse sentido, vale esmiuçar tais pressupostos formais.

7.1.1 Decisão motivada

A imposição do juiz ter que motivar a decisão, em caso de redistribuição do ônus da prova está prevista expressamente no art. 373, § 1º do Código de Processo Civil de 2015 e também no art. 93, inciso IX da Constituição de 1988.

Esse dever inclui a discriminação sobre os fatos que se aplicará a modificação probatória, já que a regra geral é a distribuição legal prevista no art. 373, incisos I e II, sob pena dos fatos não citados de forma expressa na decisão do juiz, não terem seus encargos probatórios alterados (DIDIER JÚNIOR, 2015, p.124).

7.1.2 Momento da redistribuição

Conforme a parte final do art. 373, § 1º do Código de Processo Civil de 2015, o juiz deve redistribuir o ônus da prova antes de proferir a decisão, a fim de conceder a parte o direito de se desincumbir do novo ônus que lhe foi atribuído.

Para que seja respeitado esse direito e os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia, entende-se ser mais oportuno que essa redistribuição ocorra na decisão de saneamento e organização do processo, nos termos do art. 357, inciso III do Código de Processo Civil de 2015.

7.1.3 Proibição de implicar prova diabólica reversa

Extrai-se do art. 373, § 2º do CPC/15 que a distribuição dinâmica do ônus da prova não é permitida, caso implique prova diabólica para a parte a quem foi atribuído o novo encargo de provar. Isso porque, como bem expressa esse artigo, não pode gerar a situação em que a desincumbência do ônus pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Caso haja hipótese de prova diabólica para ambas as partes afirmam, Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto, que deverá ser utilizada a regra de inesclarecibilidade, de forma a analisar qual das partes assumiu o risco de situação que possui uma dúvida insolúvel, devendo esta ser obrigada à decisão desfavorável (MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 212-213).

8 CONCLUSÃO

Importante ressaltar que o processo constitucional demanda pressupostos essenciais, dentre eles: o direito à celeridade dos processos, a razoável duração dos pleitos, e as formas de controle constitucional (preventivo, repressivo, direto, repressivo indireto e ocasional); que não podem ser confundidos com diminuição ou eliminação das garantias processuais constitucionais (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, fundamentação das decisões, direito de prova, instrumentalidade das formas, presença de advogado, dentre outros), sob pena de ferir o princípio do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, considerando a inserção do instituto da inversão dinâmica do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015, e pelo fato de suas disposições complementarem os demais institutos que o compõem o microssistema da prova, assegura-se que os resultados obtidos por essa seção vêm sendo concebidos de forma equivocada por vezes.

Por estar o direito fundamental à prova relacionado com o direito de defesa, e por ser um instituto processual, é necessário analisá-lo sob uma perspectiva processual constitucional, que respeite os princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Somente dessa forma, é que as provas serão dotadas da efetividade suficiente para conceder à parte um resultado adequado.

Considerando que, muitas vezes, a parte a quem foi atribuído o ônus de provar, não possui os meios necessários para se desincumbir de forma satisfatória, a ponto de demonstrar as alegações e fatos da demanda, torna-se indispensável distribuir o ônus da prova de forma diferenciada.

Vale relevar que essa dinamização deverá ocorrer como exceção, nas situações específicas em que for observado que haverá prejuízos para a parte e consequentemente, para o processo, se não considerada a dificuldade de produção das provas, sempre vindo acompanhada da devida fundamentação e, em tempo hábil, para a apresentação de impugnação a decisão.

Quando for preciso, será desconsiderada a forma estática de distribuição do ônus da prova prevista no art. 373 do Código de Processo Civil de 2015, que desconsidera as desigualdades das partes no âmbito probatório. Tal regra é inflexível e se mostra incompatível por não considerar as particularidades de cada parte no caso concreto.

Apenas por meio da aplicação efetiva dos meios de facilitação de defesa processual, como a inversão e a distribuição dinâmica do ônus da prova, é que será respeitada essa desigualdade existente entre as partes no que diz respeito à capacidade probatória.

Para que essa distribuição distinta seja efetiva na relação processual, é necessário que o juiz observe os critérios legais, considere a sua excepcionalidade, e respeite os princípios constitucionais processuais.

Ainda nesse contexto, cabe evidenciar que o juiz precisa observar o momento certo de fazer essa distribuição judicial do ônus da prova, sob pena de não dar à parte, a quem foi atribuído o novo ônus de provar, o direito de se desincumbir desse encargo.

Apesar da divergência sobre esse momento processual de aplicação desses institutos, a fase de saneamento e organização processual é a mais adequada, por atender os princípios institutivos do processo dialógico democrático.

Nessa fase, o juiz determinará os pontos controvertidos da demanda e poderá dar à parte oportunidade para se desobrigar do novo ônus estabelecido.

Respeitados todos os pontos supracitados, inclusive os princípios constitucionais do devido processo legal e constitucional, não há razão para impedir a aplicação das dinamizações do ônus probatório – inversão e distribuição dinâmica do ônus da prova-, considerando as particularidades de cada caso e a devida fundamentação da decisão judicial.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti constituzionali dela giustizia civile:** il modelo constituzionale del processo civile italiano. 2. ed. ampl. Torino: Giappichele, 1979.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral da Justiça Constitucional. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 101, n. 380, jan./fev. 2006.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o código de processo civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 17 jul. 2016.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de defesa do consumidor. Brasília, Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil-03/leis/18078.htm. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CANTO, Rodrigo Eidelvein do. **A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico**: a reconstrução da confiança na atualização do código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 3, ns. 5 e 6, 1° e 2° sem./2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Devido processo legislativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v.2.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual** [Istituzioni di diritto processuale]. Trad. Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal. Estúdios de derecho procesal em honor de Niceto Alcalá-Zmora y Castillo. **Boletin Mexicano de Derecho Comparado**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Cidade do México, Nova série, n. 22-23, jan./ago. 1975.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones procesales. Madrid: Civitas, 1982.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Latinoamerica**: constitucion, proceso y derechos humanos. Ciudad Universitária México: Udual, 1988.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico- constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. 210f. Tese (Doutorado)

– Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Belo Horizonte

GOLÇALVES, Aroldo Plínio. **Teoria do Processo e Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 12. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. A dinamização do ônus da prova sob a óptica do novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 3.

MALAGÓ, Fábio Machado. **Distribuição dinâmica do ônus da prova**. 2014. 260 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA de, Josinaldo Leal. **Os meios de facilitação da defesa dos direitos dos consumidores**. Florianópolis/SC: CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. A distribuição judicial do ônus da prova e o direito do consumidor. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva** – Belo Horizonte, 2015.

THIBAU, Vinícius Lott. Capítulo III. *In*: DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (Coords.). **Técnica Processual.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

VIEGAS, Thais Emilia de Sousa; ALMEIDA, Roberto de Oliveira. **O direito básico do consumidor à inversão do ônus da prova e o novo código de processo civil**. Florianópolis/SC: CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015.