

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

CRISTIANO BECKER ISAIA

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MAGNO FEDERICI GOMES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UEPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFES – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

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

Coordenadores: Cristiano Becker Isaia; Henrique Ribeiro Cardoso; Magno Federici Gomes – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-630-7

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

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Salvador/BA, nos dias 13 e 15 de junho de 2018, foi promovido em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA), tendo como tema geral: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural.

Este livro é derivado da articulação acadêmica, com o objetivo de transmissão do conhecimento científico, entre o CONPEDI, a UFBA e docentes e pesquisadores de diversos Programas de Pós-graduação "stricto sensu" no Brasil e no exterior, com vínculo direto com seus respectivos projetos e Grupos de Pesquisa junto ao CNPQ.

O grupo de trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I teve bastante êxito, tanto pela excelente qualidade dos artigos, quanto pelas discussões empreendidas pelos investigadores presentes. Foram defendidos dezesseis trabalhos, efetivamente debatidos e que integram esta obra, a partir dos seguintes eixos temáticos: teoria geral do processo contemporâneo; tutela processual coletiva; direito probatório; processo de execução e procedimentos especiais; e reflexos dos precedentes judiciais na legislação instrumental.

No primeiro bloco, denominado teoria geral do processo contemporâneo, iniciaram-se os trabalhos com textos sobre o ativismo judicial: as origens do protagonismo judicial no Direito Processual Civil, com estudo sobre a função do juiz e a teoria da decidibilidade, a partir do processo romano medievo; e a legitimação para o controle judicial de políticas públicas e ações afirmativas: parâmetros hermenêuticos, que apresentou os elementos de sindicabilidade da atuação judicial para efetivar direitos fundamentais. Após, passou-se à análise dos princípios processuais e normas gerais instrumentais em: deveres das partes como vetor das garantias de um processo constitucional democrático (lealdade processual, boa-fé e cooperação para efetivar o processo justo); a efetividade do processo judicial eletrônico brasileiro: uma análise sob a perspectiva da pessoa com deficiência visual, em que se visitou o amplo acesso à jurisdição para tais procuradores; tutelas jurisdicionais diferenciadas: apontamentos sobre a tutela provisória antecedente do novo Código de Processo Civil (CPC /2015), onde a estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória e seus efeitos exógenos de coisa julgada material foram analisados; e a flexibilização da vedação ao acordo

na ação de improbidade administrativa frente ao princípio do devido processo legal, que problematizou a diretriz da autocomposição do CPC/2015 em contraposição ao procedimento da ação de improbidade administrativa.

No segundo eixo, chamado tutela processual coletiva, apresentaram-se quatro artigos científicos, iniciando-se com: a mudança de paradigma do estado liberal para o social democrático e as tutelas processuais ambientais, em que se estudou a evolução histórica do paradigma de processo e as tutelas preventivas, inibitórias e ressarcitórias em ações civis públicas ambientais; análise do princípio do contraditório e ampla defesa à luz do processo coletivo, fazendo uma releitura de tais princípios na tutela coletiva; a inocorrência de prescrição na ação civil pública enquanto regra geral, estudando a imprescritibilidade na tutela coletiva; e especificidades do mandado de injunção coletivo, como vítima da crise de inefetividade das normas constitucionais, vício que o instrumento pretendia corrigir.

Na terceira fase temática, intitulada direito probatório, o primeiro trabalho foi: a exegese da hipossuficiência da parte na aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova no processo civil, que, a partir de decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, verificou que a carência financeira é o elemento primordial para se reconhecer a hipossuficiência para inverter a distribuição do encargo da prova; e o segundo texto foi: provas em matéria arbitral, analisando o papel do árbitro na validação dos elementos probatórios.

No quarta parte, cujo eixo foi processo de execução e procedimentos especiais, foram abordados os artigos: defesas do executado no CPC/2015, sobre a preexistência da objeção ou exceção de pré-executividade; e a competência em razão da pessoa no Juizado Especial Federal e suas problemáticas, que analisou a incapacidade de parte em oposição à competência absoluta nas pequenas lides federais.

No derradeiro bloco, que versou sobre os reflexos dos precedentes judiciais na legislação instrumental, expôs-se: como provocar o STF e STJ a superarem seus precedentes, firmados em recursos extraordinário e especial repetitivos, na sistemática do artigo 1.030 do CPC?: uma interpretação constitucional adequada, que objetivou dar uma interpretação conforme à Constituição sobre o cabimento de agravo interno contra decisões de inadmissão de Recursos Especiais e Extraordinários com base em precedente judicial de Tribunais Superiores; e ainda a relevante função da reclamação constitucional no CPC/2015, que analisou as cinco fases da ação impugnativa autônoma que assegura a autoridade das decisões dos tribunais e sua competência jurisdicional, bem como a nova função infraconstitucional de efetivação de precedentes judiciais.

Como conclusão, a Coordenação sintetizou os trabalhos do grupo, discutiu temas conexos e sugeriu novos estudos, a partir da leitura atenta dos artigos aqui apresentados, para que novas respostas possam ser apresentadas para os problemas que se multiplicam nesta sociedade de risco líquida.

O neoconstitucionalismo, ou pós-positivismo, parte da premissa de que os princípios inseridos em uma Constituição têm força normativa, o que reforça, no Direito Processual, o seu caráter de instrumento para implementação e efetivação dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual não se pode interpretar qualquer instituto processual dissociado do conteúdo axiológico-normativo dos princípios constitucionais que regem a sua aplicação.

A finalidade deste livro é demonstrar os estudos, debates conceituais e ensaios teóricos voltados ao Direito Processual Sustentável, no qual a multidisciplinaridade, em suas várias linhas de pesquisa, serão empregadas para expor os temas e seus respectivos problemas. Objetiva-se, ademais, ampliar as reflexões e discussões sobre a pesquisa realizada sob diversos posicionamentos, posto que as investigações não se encontram totalmente acabadas.

Na oportunidade, os Coordenadores agradecem a todos que contribuíram a esta excelente iniciativa do CONPEDI, principalmente aos autores dos trabalhos que compõem esta coletânea de textos, tanto pela seriedade, quanto pelo comprometimento demonstrado nas investigações realizadas e na redação de trabalhos de ótimo nível.

Os artigos, ora publicados, pretendem fomentar a investigação interdisciplinar entre o Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça. Assim, convida-se o leitor a uma leitura atenta desta obra.

Os Coordenadores:

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaia

Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso

Universidade Federal de Sergipe e Universidade Tiradentes/SE

Prof. Dr. Magno Federici Gomes

Escola Superior Dom Helder Câmara e PUC Minas

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A EXEGESE DA HIPOSSUFICIÊNCIA DA PARTE NA APLICAÇÃO DA TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL.

THE EXEGESIS OF THE HYPOSUFFICIENCY OF THE PARTY IN IMPLEMENTING THE OF DYNAMIZATION OF BURDEN OF PROOF THEORY IN CIVIL PROCEDURE.

Camila Victorazzi Martta ¹

Alexandra Mattos Silva ²

Resumo

O presente artigo, através do método dialético, centrado em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, especialmente de algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, analisa criticamente a teoria da inversão do ônus da prova e a equivocada interpretação do termo hipossuficiência da parte. Por meio do exame dos aspectos objetivos, subjetivos e fundamentação da dinamização do ônus da prova é possível identificar que a hipossuficiência não pode ser caracterizada apenas no aspecto financeiro.

Palavras-chave: Ônus da prova, Inversão, Requisitos, Hipossuficiência, Financeira

Abstract/Resumen/Résumé

The present article, through the dialectical method, focused in doctrinal and jurisprudential research, especially in some decisions of the Rio Grande do Sul State Court of Justice, critically analyzes the theory of the inversion of the burden of proof and the misinterpretation of the term hyposufficiency of the part. Through examination of the objective and subjective aspects and the rationale of the dynamization of the burden of proof, it is possible to identify that the hyposufficiency cannot be characterized only by in the financial aspect. It is necessary to investigate and verify several aspects, not only financial or economic.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Burden of proof, Inversion, Requirements, Lack of sufficiency, Financial

1. Introdução

O presente artigo, através do método dialético, centrado em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, especialmente de algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul pretende demonstrar que na dialética processual a busca pela verdade dos fatos é uma das molas propulsoras do próprio processo na incansável busca pela justa sentença. Na esteira da ideia do processo civil os fatos alegados pelo autor por este deverão ser provados e, ao réu caberá a desconstituição do direito afirmado pelo autor através da materialização de prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito.

Mesmo já sendo utilizada pela doutrina e jurisprudência, foi no código de defesa do consumidor, Lei nº 8.078/90, através do artigo 6º, VIII, que a teoria da distribuição, inversão ou dinamização do ônus da prova apareceu positivada no sistema brasileiro pela primeira vez, justamente com a finalidade de facilitar a defesa do consumidor em juízo, no justo intuito de equilibrar as partes.

O novo processo civil em vigor desde 2015 traz consigo uma ideia mais cooperativa e de maior protagonismo das partes. Se deixou para trás o pensamento de que o processo é do juiz, e que as partes deviam aguardar o julgamento procedente ou improcedente do processo. Atualmente, se pretende dar lugar a um processo mais democrático, onde as partes colaboram e participam equilibradamente na busca pela decisão justa.

Para tanto diversos outros princípios constitucionais, tais como a efetividade, a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais também fazem coro juntamente com as demais normas fundamentais de processo para se finalizar num processo justo.

Da mesma forma quanto à colaboração e negociação processual. A legislação processual de 2015, ao positivar a dinamização da prova, sedimentou a possibilidade, ainda que excepcional, de que tal ônus recaia à parte que tiver melhor condições de o fazer. Dito de outra forma, as partes não ficam engessadas como era pelo antigo sistema de distribuição do ônus probatório, podendo, inclusive negociarem essa produção probatória, excetuados os casos cuja vontade não recaia sobre direitos indisponíveis ou se torne a demasiadamente dificultoso para uma das partes se desincumbir do ônus convencional, nos termos previstos na lei. Dita convenção pode ser feita tanto antes ou durante o processo, conforme preconiza a redação do artigo 373,§4º.

A partir dessa nova perspectiva processualista, nota-se uma nítida preocupação do legislador, no que tange a busca da verdade na produção da prova dentro do processo civil brasileiro. No período do CPC de 1939 e até no início da vigência do CPC de 1973 se buscava alcançar a verdade real. Todavia, em termos práticos isso, na maioria das vezes, não era desenvolvido, de modo que agora, a tendência da legislação processualista é tornar efetiva e consciente a busca da verdade possível e não mais a verdade real a ser produzida nos autos de um processo.

Embora nas ações judiciais envolvendo relações de consumo a inversão seja autorizada pela lei, mas depende da discricionariedade do julgador, em muitos outros casos essa inversão não acontece ou, quando acontece é com equivocada fundamentação. O juiz não se fixa ao fato de que a lei determina que a inversão do ônus da prova pode, e não deve, ocorrer a partir da ocorrência ou verificação de dois pressupostos: verossimilhança dos fatos alegados ou em razão da hipossuficiência da parte. Ou seja, há que efetivamente haver o preenchimento desses requisitos. O que se conclui, inicialmente, que a inversão não é tão imediata assim.

A inversão do ônus da prova pode ser determinada, desde que haja efetiva necessidade, a bem de se manter o equilíbrio na relação processual e haja o cumprimento dos requisitos exigidos pela letra da lei.

Atualmente, no Código de Processo Civil de 2015, o artigo 373 e parágrafos traz a positivação dessa regra. O alargamento da aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova para qualquer relação de direito material, e não apenas nas relações consumeristas.

No entanto, vale destacar que há requisitos. Não se inverte ônus de prova processual como se troca de roupa. Necessariamente haverá de ter no pedido a justificativa da parte, bem como ao decidir, o juiz deverá, aí sim, por dever constitucional inclusive, fundamentar sua decisão. E essas justificativa da parte e a decisão do juiz devem ter por objeto os requisitos expressos no artigo 373, § 1º do CPC/2015 se referem *à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo (...)*.

Portanto, ainda que não haja expressamente o requisito da hipossuficiência no artigo 373 do CPC/2015, ele ainda assim serve de fundamento para a aplicação da teoria da dinamização do ônus da prova para os demais casos, que não consumeristas. E por isso a ligação desse termo, ainda que implicitamente, aos requisitos expressamente contidos no CPC/2015. Mas qual a exegese do termo hipossuficiência da parte para ser invertido o ônus da prova?

Ainda que o atual Código de Processo Civil não tenha adotado o termo *hipossuficiência da parte* como requisito, nos mesmos moldes que está previsto no CDC é possível afirmar que a partir da análise de algumas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a seguir colacionadas, se verifica que o requisito da *hipossuficiência da parte* está sendo utilizado de forma equivocada. Inclusive os julgados colacionados atrelam a hipossuficiência à questão financeira/econômica da parte, esquecendo que à insuficiência financeira, o benefício de assistência judiciária gratuita já se ocupa.

Assim, com base na identificação deste problema, parece imperiosa a necessidade de se esclarecer a melhor exegese desse termo, para bem se compreender em que medida a teoria da dinamização do ônus da prova poderá ser aplicada.

Salienta-se, ainda, que o presente artigo abordará apenas a inversão do ônus da prova pelo juiz, esculpida no artigo 373, § 1º do CPC/2015.

Destaca-se, por oportuno, que se adota a corrente doutrinária que sustenta que não há diferenças conceituais entre os termos de inversão, modificação ou dinamização do ônus da prova (MARINONI, 2015, p. 265) para a realização da presente pesquisa.

2. Da Dinamização (Inversão ou Modificação) do Ônus da Prova: Conceito

Como forma de dar mais equilíbrio às partes em atendimento ao princípio da igualdade e paridade de armas no processo, bem como resultar na maior efetividade deste, a doutrina e a jurisprudência se encarregaram de criar a técnica da inversão do ônus da prova processual, a bem de melhor garantir o próprio direito fundamental à prova contido na nossa Carta Constitucional.

A denominação da teoria da dinamização do ônus da prova tem origem no processualista argentino Jorge W. Peyrano, cujo termo bem casou com a teoria da inversão do ônus da prova no direito brasileiro. A dinâmica em oposição ao estático. Ou seja, a regra antes contida no CPC/1973 era estática, sem chances de ser modificada. Cabiam as partes cumpri-las, sob pena de não se desincumbirem do ônus legal imposto.

É importante destacar que é na atividade de instrução processual que a busca pela verdade possível (OLIVEIRA, 1997, p. 221) dos fatos irá acontecer. As provas que serão produzidas ao longo da instrução processual serão responsáveis pela decisão final do processo. A guisa da doutrina de Moacyr Amaral dos Santos: "...a prova visa, como fim último, a inculcar no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado."(SANTOS, 1983, p. 6).

Na esteira da fase do formalismo-valorativo, por meio da escola Paulista de Processo, (JOBIM, 2018, p.155-157), ou ainda pela fase denominada por Fredie Didier Jr. neoprocessualismo, que remete ao neoconstitucionalismo (DIDIER JR, 2017, p.160), a evolução do direito probatório, assim como todo o processo civil, também tem se orientado com base nos princípios constitucionais, tanto é verdade que o direito à prova é um direito constitucional fundamental, assim como o contraditório, a ampla defesa, o dever de motivação das decisões, entre outros tantos expressamente contidos na Carta Constitucional. Há também outros princípios ditos corolários, como por exemplo a efetividade, decorrente do próprio princípio constitucional da duração razoável do processo que pretendem, em última análise, estruturar o processo justo no Estado Democrático de Direito.

Nota-se que as novas diretrizes processualistas tendem a transformar o processo civil num procedimento cada vez mais constitucionalizado e voltado aos direitos fundamentais resguardados na Nossa Carta Magna (MARINONI, MITIDIERO E ARENHART, 2015, p. 135).

Assim, com base nessas premissas, a busca por um processo justo e da verdade possível (OLIVEIRA, 1997, p. 221), há necessariamente efeitos na produção equânime de provas, sendo inadequado e desajustado ao próprio sistema de justiça negar a jurisdição a uma parte, sob o argumento de não ter se desincumbido de provar o seu direito, sem se considerar a sua hipossuficiência, impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo do processo.

Dito de outra forma, na lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, servindo o processo para a realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer uma regulação que, por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada na norma material. (OLIVEIRA, 1997, p. 223).

Repisa-se, portanto, que não se tem dúvida que a teoria da dinamização do ônus da prova nasceu da necessidade de se adequar a legislação processual aos mandamentos constitucionais, principalmente aos direitos fundamentais donde o direito à prova é um exemplo a caracterizar e a fundamentar o próprio processo justo.

Diante da rigidez encontrada no sistema anterior, trazida pelos doutrinadores italianos Carnelutti, Betti e Chiovenda, se identificou na doutrina a necessidade de se flexibilizar tais regras. Foi através da doutrina Argentina, conforme descrito por Bruna Braga da Silveira, para combater injustiças muitas vezes ocorridas em razão da rigidez da sua distribuição estática (...). (SILVEIRA, 2016, p. 211) que vem crescendo e tomando forma a presente teoria.

Inés Lépori White questiona: “é possível garantir o direito de defesa sem assegurar antes a justiça? Que garantia de defesa tem a parte que fica a mercê da parte contrária, porque não está ao alcance de suas possibilidades materiais a prova do caso?” (WHITE, 2004, p.35).

Nesse sentido as partes devem ser impelidas a demonstrarem aquilo que lhes é possível dentro de suas condições intelectuais, socioeconômicas, e principalmente sobre o aspecto da produção de prova técnica. Nesse sentido, por exemplo qualquer cidadão é hipossuficiente em relação à Apple. Pode-se, todavia, considerar também o aspecto econômico da parte, mas esse não deve ser o único requisito a ser observado. Há que se considerar um conjunto de aspectos e não um isolado apenas.

Eduardo Cambi ratifica que pela teoria das cargas probatórias dinâmicas, o ônus da prova de determinado fato recai sobre a parte que encontra melhores condições fáticas, econômicas, técnicas, jurídicas de demonstrá-lo no caso concreto. (CAMBI, 2016, p. 250).

Como se pode observar, se traz na doutrina supramencionada um conjunto de hipóteses que devem compor o termo hipossuficiência e não apenas um. Este não deve ser interpretado apenas com a variante financeira.

Deve-se ter em mente que o benefício da assistência judiciária gratuita abarca, inclusive a realização de prova técnica. A partir daí, a parte incapaz de produzir a prova, fundamentada exclusivamente na questão financeira poderá ser beneficiária da referida assistência.

Portanto, mais do que necessária a encampação dessa doutrina no ordenamento processual contemporâneo. Não há, hoje, como imaginar o exercício do direito de ação, sem que seja possível a flexibilização das regras de distribuição de ônus da prova, para os casos que dela necessita.

3. Aspectos Objetivo e Subjetivo do Ônus da Prova

Não é possível falar do ônus da prova sem destacar seus aspectos objetivos e subjetivos. É preciso destaca-los a fim de bem esclarecer essa dupla função. A expressão ônus da prova deriva do latim que significa “carga”, “peso”, “obrigação”, de modo que a expressão ônus da prova corresponde ao dever de necessidade de provar (JOBIM, FERREIRA, STRECK, 2016, p.111).

O ônus da prova, conforme a literalidade da expressão está diretamente ligado com a acepção lógica que quem alega determinado fato, deve o provar.

No aspecto objetivo, o ônus da prova está vinculado ao exercício da jurisdição (PACÍFICO, 2001, p.169). É uma regra de julgamento, indicada ao juiz, que explicita quem deve sucumbir. Na doutrina de Artur Carpes, a regra de julgamento informa ao juiz um critério de como julgar a causa diante da insuficiência de elementos probatórios para formação do juízo de fato. (CARPES, 2017, p. 114). Sob esse prisma, o juiz não pode deixar de julgar sob o fundamento de que não há provas. Ele terá de, obrigatoriamente, julgar improcedente porque o autor não se desincumbiu de provar o que lhe cabia provar.

Em outras palavras, a prova se destina ao convencimento do julgador em razão da vedação ao *non liquet*, na hipótese da regra geral.

A partir desse entendimento, a informação da inversão do ônus da prova seria desnecessária às partes, pois sendo a prova destinada ao juiz, este a utilizaria no momento do julgamento, adequando conforme o caso concreto.

No entanto, esse entendimento de regra de julgamento vai de encontro com o sistema processual vigente. A informação, o equilíbrio, o contraditório e a vedação ao julgamento surpresa são aspectos que a partir do novo Código de Processo Civil de 2015 passaram a ter maior destaque na formação do processo democrático. A parte deve saber de antemão quais serão as regras do jogo.

A inversão do ônus da prova em matéria consumerista, especialmente nos casos descritos dos artigos 12 e 14 do CDC, dita pela doutrina *ope legis*, ou seja em razão da lei, não pode ser utilizada da mesma forma nos casos em que a inversão se dá pelo próprio juízo, denominada de *ope iudicis*. O que é chancelado por Sanseverino que não se pode utilizar à inversão *ope legis* as regras atinentes à inversão *ope iudicis*, em razão de que naquela a modificação do encargo probatório decorre da própria lei. (SANSEVERINO, 2002, p. 335).

E a razão para tanto é muito simples. Nos casos de inversão em decorrência de autorização legal as partes já saberão, de antemão, desde o início da ação que o ônus da prova será invertido. Nesse sentido, não haverá decisão surpresa.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEFEITO DO PRODUTO. PRELIMINAR INTEMPESTIVIDADE RECURSAL. INOCORRÊNCIA. É tempestivo o recurso encaminhado dentro do prazo previsto no art. 508 do Código de Processo Civil. PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Nas hipóteses dos artigos 12 e 14 do CDC, que tratam da responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto e do serviço, respectivamente, a inversão do ônus da prova decorre da própria lei, portanto, é *ope legis*, não havendo falar em cerceamento de defesa, no caso, por ter a magistrada singular determinado a inversão do ônus probatório na sentença.

Prefacial afastada. DEFEITO DO PRODUTO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. É cediço que a empresa demandada, na qualidade de fabricante, responde independente de culpa pelo produto defeituoso posto à disposição do consumidor, responsabilidade objetiva proclamada pelo no art. 12 do CDC, bastando que seja demonstrada, pelo consumidor, a existência do fato, dano e nexos causal. Hipótese em que a ré não se desincumbiu do seu ônus de demonstrar a ocorrência de alguma das hipóteses previstas no §3º do art. 12 do CDC, razão por que, em face da inexistência de excludente de responsabilidade, a manutenção da condenação é a medida que se impõe. QUANTUM INDENIZATÓRIO. MANUTENÇÃO. Na fixação da reparação do dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à manutenção do montante indenizatório fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente e acrescidos de juros moratórios conforme determinado no ato sentencial. PRELIMINARES REFUTADAS. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70032548919, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 29/04/2010).

No entanto, nas demais causas cíveis, agora abarcadas pelo CPC/2015, a inversão não poderá ser tão direta assim. Sustenta-se que os magistrados deverão atender aos pressupostos descritos na lei e aos implícitos que a própria jurisprudência acrescenta. Pode-se, a partir daí afirmar que nessas situações a inversão do ônus da prova tende a se caracterizar como uma regra de procedimento e, em assim sendo, as partes necessariamente precisarão ter essa informação desde o começo, ou mais tardar, antes de se iniciar a fase probatória no processo.

Nesse mesmo sentido, no CDC os requisitos exigidos pela lei, como regra geral de inversão do ônus da prova contidos no artigo 6º, VIII, são a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência da parte. A partir desses pressupostos, terá o magistrado a discricionariedade na decisão de inverter ou não o ônus probante. (MELLO ROGÉRIO, 2008, p. 83).

Na medida em que a figura do consumidor é considerada hipossuficiente na lide, a ele não lhe compete o ônus de provar, o que se assemelha a previsão contida no artigo 371, §1º do CPC/2015, o qual oferta essa possibilidade ao magistrado de relativizar o encargo de provar. Inclusive, o momento oportuno do juiz se manifestar acerca do ônus da prova também teve influência das regras do Código de Processo Civil, notadamente com a nova redação do artigo 357, III do CPC. (NERY JUNIOR, 2017, p.729).

Por essa razão e a bem de se adequar aos novos princípios fundamentais que regem o processo civil brasileiro de 2015, resta inexorável a admissão de que caberá ao juiz, no momento do saneamento do processo, informar às partes sobre a inversão do ônus

probatório, quando for o caso, de modo que a nova legislação processualista estabeleceu o momento adequado no qual o juiz, ao aplicar a excepcionalidade da distribuição dinâmica de prova, poderá ser feito em decisão saneadora.

Nasce nesse momento o aspecto subjetivo da inversão do ônus da prova, ou seja, se constitui como um critério de comportamento das partes diante da prova. Inés Lépori White afirma, ao tratar do ônus subjetivo, na necessidade de as partes fornecerem toda prova necessária para a corroborar com suas afirmações.(WHITE, 2004, p. 55) Na lição de Cândido Rangel Dinamarco, o aspecto subjetivo está ligado ao interesse na afirmação e comprovação dos fatos.(DINAMARCO, 2009, p. 71). Carpes acrescenta que considerando o risco de aplicação da regra de julgamento em razão do não esclarecimento dos enunciados fáticos da causa, incide sobre as partes regra sobre como se comportar diante da prova.(CARPES, 2017, p. 115).

Marinoni, por sua vez, acrescenta que a inversão do ônus da prova como regra de procedimento somente caberá quando a prova for de difícil ou impossível produção para a parte, arcando o requerido com o ônus que incumbiria, via de regra ao Autor da demanda. Não sendo esse o caso, a inversão do ônus da prova permanece como uma regra de julgamento, por não ser dirigida às partes, mas ao julgado. (MARINONI, 2007, p. 20).

Afirma, ainda, que a regra contida no artigo 373 não tem caráter cogente, mas sim dispositiva. Se for o caso, o juiz poderá modificar o regime (MARINONI, 2015, p. 265), desde que fundamentadamente e respeitado o contraditório e os demais princípios fundamentais de processo.

Pelo exposto é possível concluir que a inversão do ônus da prova, como regra de procedimento, ou seja o aspecto subjetivo aparecerá e poderá ser utilizada quando estiverem presentes, no caso concreto, os pressupostos de verossimilhança das alegações e de hipossuficiência da parte, para as situações previstas no CDC. No tocante ao CPC, os requisitos que poderão viabilizar a inversão estão restritos à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probante. No entanto, ressalta-se mais uma vez que a excessiva dificuldade de cumprir o encargo probante está implicitamente contido o requisito da hipossuficiência da parte.

4 Os Fundamentos Constitucionais da Dinamização do Ônus da Prova

Ainda que haja positivação da regra da inversão do ônus da prova, é importante destacar os fundamentos que justificam a existência dessa regra.

O direito à prova é um direito fundamental, que só existe em razão do devido processo legal. A partir dessa premissa, deve-se concordar com a doutrina de Nery Jr. que afirma que o devido processo legal é o gênero donde decorrem todos os demais princípios e regras constitucionais que norteiam a atividade processual (NERY JUNIOR, 2009, p. 77).

Segue a doutrina de Nelson Nery Jr.:

O princípio constitucional fundamental do processo civil, que entendemos como a base sobre a qual todos os outros princípios e regras se sustentam, é o do devido processo legal, expressão oriunda da inglesa *due process of law*. A Constituição Federal brasileira de 1988 fala expressamente que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF 5º LIV).

Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero dos qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies.

A partir de necessidade de se efetivar um processo equilibrado e justo, nasce a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, ou seja, o estudo contemporâneo de processo exige o máximo de equilíbrio entre o resultado do processo e a sua técnica empregada.

Assim, se pode observar que em decorrência desse processo justo e equilibrado outros princípios também são capazes de fundamentar a inversão do ônus da prova, como por exemplo o acesso à justiça, o próprio direito à prova, direito à igualdade e, ainda, deveres de boa-fé processual e de colaboração ou cooperação entre as partes.

Sob o fundamento do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV da CF/88 deve ser entendido como o direito do cidadão levar sua pretensão resistida ao judiciário, mas em contrapartida, é dever do judiciário (Estado) entregar, de maneira efetiva e adequada ao seu jurisdicionado. É uma via de mão dupla.

Mitidiero, Marinoni e Arenhart afirmam sobre o direito fundamental à prova:

não há dúvida de que o direito a produzir prova no processo constitui um direito constitucional, apoiado tanto na garantia de acesso à justiça, já mencionada, como nos direitos ao contraditório e ampla defesa. Vai mais além o doutrinador, afirmando que esse direito (da prova) constitui elemento indissociável do direito ao processo justo, que constitui toda a estrutura do nosso processo direito processual civil. (MARINONI, MITIDIERO E ARENHART, 2015, p. 261).

É evidente, portanto, que o direito fundamental à prova é um corolário do devido processo legal, cuja efetividade depende da real participação das partes. Aqui entra a importância da cooperação entre as partes. Não se trata de afirmar que ambas andarão de mãos dadas pelos corredores forenses, mas de facilitar, de orientar e de qualificar o contraditório, ajudando o juiz no julgamento da causa.

No que tange à igualdade, vale destacar a importância deste direito constitucionalmente previsto, no sentido de dar às partes os mesmos direitos. Nesse sentido, o tratamento igual aos que estão em posição de igualdade e desigual os que se encontram em diferentes posições. Vale aqui salientar a conhecida doutrina de Robert Alexy destacada por Bruna Braga da Silveira, no sentido de que se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, então, o tratamento desigual é obrigatório.

Portanto, com base nesses fundamentos constitucionais, que pulsam com muita força no ordenamento brasileiro, a inversão do ônus da prova nas situações descritas na lei estão mais do que autorizadas, e justificadas a bem de se desenvolver as atividades processual e procedimental justas.

5 Análise da Exegese do Requisito da Hipossuficiência para a Aplicação da Teoria da Dinamização do Ônus da Prova em Alguns Acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Após analisar o conceito, aspectos objetivo e subjetivos e os fundamentos da teoria da dinamização do ônus da prova, é imprescindível examinar os seus requisitos. E essa análise será feita em conjunto com algumas decisões emanadas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Conforme já explanado, ainda antes de positivada a teoria da inversão do ônus da prova no CPC/2015, o microsistema consumerista já havia concebido. Naquelas situações restou determinado que o juiz poderia inverter o ônus da prova, caso houvesse verossimilhança e hipossuficiência da parte. Para os casos de responsabilidade do fornecedor, conforme expressamente contidas nos artigos 12 e 14 do CDC, a inversão é *ope legis*.

Defendendo posição contrária, a verossimilhança para Luiz Guilherme Marinoni não é um requisito para inverter o ônus da prova, mas uma maneira de julgar quando não se obtém provas satisfatoriamente, diante do caso concreto, isto é uma redução das exigências de prova ou de convicção.(MARINONI, 2007, p. 11-21).

No tocante aos requisitos de um modo geral, capazes de oportunizar a modificação do ônus da prova podem referir-se a maior facilidade na obtenção da prova, conforme doutrina de Mitidiero, Marinoni e Arenhart. Os processualistas asseveram que a referida regra também se alinha ao conceito de celeridade processual, de forma que a prova é mais acessível a uma das partes.

Não deixam de observar, ainda, que se a produção de determinada prova for considerada muito árdua e difícil, não adianta transferir essa dificuldade excessiva a outra parte, mas buscar uma outra forma (standart) de prova. Ao juiz caberá resolver de outra forma. (MARINONI, MITIDIERO E ARENHART, 2015, p. 266).

De um modo geral, a hipossuficiência se caracteriza por uma situação em que alguém se encontra desprovido, parcial ou totalmente, de algo e não puramente o aspecto financeiro.

Destaca-se o julgado abaixo em que restou expressamente contido na ementa que a hipossuficiência restou identificada em razão da técnica aplicada. Frisa-se, por oportuno, que nos casos envolvendo a responsabilidade médica a inversão com base na hipossuficiência da parte se alarga para adentrar justamente a carência técnica.

Salienta-se, no segundo exemplo, a dinamização da inversão do ônus da prova ocorreu como regra de julgamento, já que prova é do juiz, como salientado pela Desembargadora.

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. REDUÇÃO DE GORDURA LOCALIZADA, ESTRIAS E CELULITE. PROCEDIMENTO ESTÉTICO. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 1. Preambularmente, cumpre ressaltar que a responsabilidade civil do médico é subjetiva, de acordo com o que preceitua o art. 14, § 4º, do CDC. 2. A obrigação assumida pelo médico, na maioria dos casos, é de meio e não de resultado. O objeto da obrigação não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. 3. Contudo, no que tange aos procedimentos realizados pela parte autora, para redução de estrias, celulite e gordura localizada, o caso dos autos diz respeito claramente à obrigação de resultado, porquanto o médico se compromete na obtenção de determinado resultado, tendo em vista que a pretensão do paciente é melhorar seu aspecto estético. **4. Assim, oportuno ressaltar que, embora o CDC na norma precitada estabeleça que a responsabilidade civil do profissional liberal seja subjetiva, tal disposição não impede a inversão do ônus da prova, na medida em que, obviamente, o paciente é hipossuficiente em relação àquele no que tange à técnica aplicada e aos conhecimentos médicos necessários.** 5. Na análise quanto à existência de falha no serviço prestado, bem como da culpabilidade do profissional, o Magistrado, que não tem conhecimentos técnico-científicos atinentes à área médica, deve se valer principalmente das informações prestadas no laudo técnico. 6.

Contudo, no presente feito não há como se reconhecer imperícia ou negligência do médico-réu na realização do procedimento em tela, na medida em que este adotou a técnica habitual e as manchas resultaram da exposição solar da paciente. 7. Não desconheço que o resultado almejado pela autora não foi atingido, pois de outra forma não haveria razão para o ingresso da presente demanda. O que se vislumbra, em verdade, é que a parte postulante não ficou satisfeita com os frutos do procedimento, possivelmente não por uma expectativa criada pelo médico demandado, mas sim em função de não ter adotado as cautelas necessárias para o sucesso dos procedimentos feitos. Pois, além de ser fumante e não ter deixado o hábito do tabagismo, antes ou depois do tratamento realizado, o que diminui a possibilidade de atingir os resultados almejados, também se expôs ao sol, comportamento este desautorizado pelo médico, que também pode ter dado causa as intercorrências noticiadas no feito. 8. Assim, não assiste razão à autora ao imputar ao réu a responsabilidade pelo evento danoso, na medida em que não restou comprovado nos autos qualquer conduta culposa pelo profissional que prestou atendimento aquela que pudesse resultar no dever de reparar. Negado provimento ao apelo. (Apelação Cível Nº 70039432489, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto)(Grifo nosso).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. ERRO MÉDICO. INADEQUADO TRATAMENTO DE FRATURA. AMPUTAÇÃO DE MEMBRO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. Malgrado não reste cabalmente demonstrado o agir negligente do médico, o conjunto de indícios da existência do tratamento inadequado, associado ao exame do seu comportamento processual, permite o juízo de procedência da ação indenizatória. Optou o réu por quedar-se inerte no que tange a produção de provas, não procurando demonstrar o acerto no procedimento que adotou, ônus que lhe cabia, considerando que se está diante de caso a ser solucionado sob a luz do Código de Defesa do Consumidor e que, em que pese não haver a responsabilização independente de culpa, há possibilidade da inversão do ônus da prova. **Ademais, ainda que se pretenda questionar a inversão do ônus da prova, não se pode esquecer que incumbe à parte diligenciar a juntada da prova, quando esta se encontra em seus próprios arquivos. Ganha importância, na hipótese, a teoria da carga probatória dinâmica, segundo a qual há de se atribuir o ônus de provar àquele que se encontra no controle dos meios de prova e, por isso mesmo, em melhores condições de alcançá-las ao destinatário, o juiz.** APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA (Apelação Cível Nº 70015920739, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 16/08/2006).

A hipossuficiência financeira puramente tem sido utilizada de forma equivocada para justificar a inversão das cargas probatórias. Mesmo nas ações consumeristas e na vulnerabilidade do próprio consumidor, que há uma grande confusão o que acaba gerando uma aplicação equivocada do próprio instituto.

Ainda que o artigo 373, § 1º do CPC/2015 não tenha exposto expressamente a palavra hipossuficiência, como já referido anteriormente, ela vem de arrasto através da interpretação sistemática dos termos *impossibilidade* ou *excessiva dificuldade*, já que no diploma consumerista aparece juntamente com a verossimilhança. Não é difícil imaginar uma

impossibilidade ou excessiva dificuldade financeira, ainda mais no período de crise que se vive.

Considerando os julgados a seguir, é possível observar que a premissa para a inversão do ônus da prova está fundada na hipossuficiência financeira:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. HONORÁRIOS DO PERITO. TEORIA DAS CARGAS PROCESSUAIS DINÂMICAS. REGRA PROCESSUAL QUE TRATA DO ENCARGO DE ANTECIPAR AS DESPESAS PARA PRODUÇÃO DE PROVA NECESSÁRIA A SOLUÇÃO DA CAUSA. PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA SOLIDARIEDADE NA BUSCA DA VERDADE REAL. (...). 2. Preambularmente, cumpre destacar que é aplicável ao caso dos autos a teoria das cargas processuais dinâmicas, uma vez que as partes não se encontram em igualdade de condições para a coleta probatória pretendida, in casu levantamento técnico, existindo óbice para a realização desta em face da hipossuficiência da parte demandante importar na delonga desnecessária da solução da causa, o que atenta aos princípios da economia e celeridade processo. Inteligência do art. 373, §1º, do novo Código de Processo Civil. 3. Note-se que a teoria da carga dinâmica da prova parte do pressuposto que o encargo probatório é regra de julgamento e, como tal, busca possibilitar ao magistrado produzir prova essencial ao convencimento deste para deslinde do litígio, cujo ônus deixado à parte hipossuficiente representaria produzir prova diabólica, isto é, de ordem negativa, ou cuja realização para aquela se tornasse de difícil consecução, quer por não ter as melhores condições técnicas, profissionais ou mesmo fáticas, sejam estas de ordem econômico-financeira ou mesmo jurídica para reconstituir os fatos. **4. Aplica-se a teoria da carga dinâmica probatória, com a inversão do ônus de suportar o adiantamento das despesas com a produção de determinada prova**, com base no princípio da razoabilidade, ou seja, é aceitável repassar o custo da coleta de determinada prova a parte que detém melhor condição de patrocinar esta, a fim de se apurar a verdade real e obter a almejada Justiça. 5. Assim, a posição privilegiada da parte para revelar a verdade e o dever de colaborar na consecução desta com a realização da prova pretendida deve ser evidente, consoante estabelece o art. 373, §1º, do novel Código de Processo Civil, pois se aplica esta regra de julgamento por exceção, a qual está presente no caso dos autos, pois a parte demandada conta com **melhores condições jurídicas e econômicas de produzir tal prova, pois se trata de seguradora especializada neste tipo de seguro social**. 6. Os honorários do perito serão pagos antecipadamente pela parte que houver requerido o exame técnico, ou pelo autor, quando pleiteado por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz, desde que não importe em dificultar a realização da prova pretendida ou retardar a solução da causa, o que autoriza a inversão do encargo de adiantar o montante necessário a produção da prova pretendida. 7. Destaque-se que mesmo a perícia sendo determinada de ofício pelo magistrado é **possível a inversão do encargo de adiantamento dos honorários de perito, desde que atendidas às condições atinentes a teoria da carga dinâmica da produção probatória**. 8. Frise-se que a teoria da carga dinâmica da prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova é regra processual que **visa definir, qual parte suportará os custos do adiantamento das despesas para realização de determinada prova necessária a solução do litígio no curso do feito**, dentre as quais os honorários periciais. Logo, não há prejuízo a qualquer das partes com esta medida de ordem formal, pois a prova em questão irá servir a realização do direito e prestação de efetiva jurisdição, com a apuração de verdadeira reconstituição dos fatos discutidos, o que interessa a todos para alcançar a

pacificação social. Negado provimento ao agravo de instrumento, por maioria, vencido o Relator. (Agravo de Instrumento Nº 70072863483, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Léo Romi Pilau Júnior, Redator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 26/04/2017).

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATOS AGRÁRIOS. ARRENDAMENTO E PRODUÇÃO INTEGRADA DE OVOS FÉRTEIS. RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL. INADIMPLENTO DOS ALUGUÉIS AVENÇADOS. AUSÊNCIA DE PROVA DO PAGAMENTO. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. CLÁUSULA PENAL E DEVER DE INDENIZAR AFASTADOS. (...) III. Em atenção ao **princípio da carga dinâmica da prova**, o qual se encontra, atualmente, positivado pelo §1º, do art. 373, do NCPC, é possível que se atribua o dever de exibir documentos ao polo da relação contratual que detém **maiores condições econômicas**, organizacionais e/ou circunstanciais de viabilizar a produção da prova. (...) negaram provimento ao apelo. Unânime. (Apelação Cível Nº 70073968950, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 28/06/2017);

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO HABITACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. HIPOSSUFICIÊNCIA DO AUTOR. 1. Aplicável à hipótese o direito consumerista, pois englobada na definição de serviço a atividade de consumo securitária, com fulcro no §2º do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor. 2. É cabível a inversão do ônus da prova, nos termos do artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, **amparado o julgador na teoria da carga processual dinâmica (distribuição dinâmica), quando verificado que o consumidor se encontra em situação de hipossuficiência probatória**, em observância aos princípios da igualdade e da adequação e visando o equilíbrio das partes. 3. **No caso em tela, mostra-se correta a decisão do Juízo a quo, sendo perfeitamente aplicável a redistribuição do ônus da prova diante da hipossuficiência financeira** e técnica do agravado para suportar a produção da prova do direito alegado. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70073567752, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lusmary Fatima Turelly da Silva, Julgado em 28/06/2017).

E assim, inúmeros outros acórdãos referem-se tão-somente à hipossuficiência financeira como um dos requisitos a justificar a aplicação da teoria da inversão do ônus da prova. O julgado abaixo, já traz uma posição mais adequada com a intenção da doutrina, uma vez que o aspecto financeiro não está abarcado na exegese dessa hipossuficiência.

RESPONSABILIDADE CIVIL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA CARGA DINÂMICA. REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. PAGAMENTO. Possibilidade de **atribuir-se o ônus da prova àquele que tem melhores condições de produzi-la. É o princípio da carga dinâmica da prova. O pagamento das despesas com a prova segue as regras do processo. No caso, não cabe ao agravante custear a perícia.** Agravo de instrumento provido parte. (Agravo de Instrumento Nº 70069808855, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Cezar Muller, Julgado em 01/09/2016).

Note-se que é importante destacar que a dificuldade ou a impossibilidade da parte, inicialmente onerada, e que autoriza a inversão desse ônus, pode decorrer por diversos fatores, como por exemplo temporal, distância, profissionais, técnicos, científicos, ou seja, todos relativos à obtenção da respectiva informação. Mas não de cunho financeiro.

É certo que a doutrina diverge, incluindo a questão financeira como um dos requisitos a suportar a inversão do encargo. Todavia, com a devida vênia, entende-se que a aplicação da teoria da inversão do ônus da prova não tem fundamento, ou como requisito a hipossuficiência ou dificuldade ou a impossibilidade financeira. Como bem destacado por Bruna Braga da Silveira, o custo do processo é um problema reconhecido pela doutrina e não se resume apenas à produção da prova, mas também às demais despesas processuais, como os honorários advocatícios e as custas processuais. (SILVEIRA, 2016, p. 244). Ademais, a prova que poderia dispender algum custo é a prova pericial. Mas a inversão do ônus não se restringe a produção dessa única espécie de prova.

O custo do processo e seus desdobramento está intimamente ligado ao princípio do amplo acesso à justiça, tanto é verdade que o sistema preconizado pela lei nº 1.060/50, que regula o regime de assistência judiciária gratuita, atenta justamente para a questão financeira. Não é através da inversão de quem deva ou não pagar a produção de determinada prova que irá preconizar um processo justo. E mais, a lei assim não autoriza. Cada parte deve custear as despesas processuais que deram causa, cabendo ao autor as despesas determinadas pelo juiz, MP, conforme determinam os artigos 82 e 95 do CPC, salvo se estiver sob o abrigo da assistência judiciária gratuita.

É importante reforçar que a aplicação da teoria da inversão do ônus da prova com base na hipossuficiência financeira da parte, por si só, não autoriza a modificação. O que justifica a inversão do ônus de provar é um conjunto de requisitos, dentre estes o da assimetria de informação, alcance intelectual e o próprio financeiro.

6 Conclusão

Levando-se em conta que se trabalha atualmente com um processo civil voltado a garantir os princípios constitucionais, a fim de se desenvolver um processo justo, o exame aprofundado acerca da teoria da inversão do ônus da prova se torna mais um ponto a ser monitorado pelos operadores do Direito.

Em que pese dita inovação da lei processual, como se pode observar, as decisões judiciais acerca desse ponto ainda não guardam boa relação com a doutrina contemporânea,

em certos aspectos. Principalmente, no tocante à hipossuficiência da parte. Ainda se tem fundamentado a utilização da teoria de dinamização do ônus da prova com base na hipossuficiência financeira da parte, sem se dar conta, que para essa situação – econômica – o próprio sistema processual já se encarregou de viabilizar o amplo acesso à justiça através da assistência judiciária gratuita.

Outros tipos de insuficiência, como por exemplo a hipossuficiência de informação, de acesso ou de compreensão técnica sobre determinado assunto, seja ela de qualquer natureza, também devem ser consideradas pelo julgador na aplicação da teoria de dinamização do ônus da prova. Podendo, obviamente, ponderar a sua decisão com outros dados existentes no processo motivando, sempre, qualquer decisão.

Também importante destacar, que não se inverte o ônus da prova por se inverter. No sentido de que, o que é excessivamente oneroso para uma das partes, também poderá o ser para a outra. Ou seja, outra forma para solucionar o caso deverá ser proposta pelo juiz.

O assunto, em que pese já existente na seara processual, ainda é novo e demanda muita reflexão acerca de seus aspectos, limitações, etc. Também tem pontos positivos e negativos para se debruçar, como por exemplo a ocorrência colisão entre a regra da dinamização do ônus da prova e a possibilidade de a parte produzir prova contra si mesma, mas isso é tema para outro artigo.

7 Referências

BARRETO, Jenifer Leal Furtado. *A Inversão do ônus da prova no sistema processual brasileiro: uma regra de julgamento ou de procedimento*. IN www.jus.com.br/artigos/22036 Acesso em 21 de março de 2018.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CARPES, Artur. *Ônus da Prova*. In DALL'ALBA, Felipe Camilo; FORSTER, João Paulo Kulczynski. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil – vol. 2 – Processo I*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*. 4.ed. Salvador: JusPodiVm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de Direito Processual Civil Vol.3*. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escola e Fases Metodológicas do Processo*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. *Direito Probatório*, 2ª ed., rev. e atual. Editora JusPODIVM, 2016. Cap. 5. *As provas e novo CPC: A extinção do poder de livre convencimento*. STRECK, Lenio Luiz.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *O Novo Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luz Guilherme. *A Formação da Convicção e Inversão do Ônus da Prova Segundo as Peculiaridades do Caso Concreto*. In *Revista dos Tribunais*, Vol. 862/2007, p. 11-21, Ago/2007.

MELLO, Rogério L. Torres de. *A Inversão do Ônus Probatório nas Ações de Consumo in Revista de Processo*, Ano 33, nº 157. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, ANDRADE NERY, Rosa Maria de, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais Editora, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal – Processo Civil, penal e administrativo*. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da Prova no Direito Processual Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

REICHELT, Luis Alberto. *A Prova no Direito Processual Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *A Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 6.

SILVEIRA, Bruna Braga da. *A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no CPC -2015*. In JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Willian Santos. *Grandes Temas do Novo CPC – Direito Probatório*. 2.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

WHITE, Inés Lépori. *Cargas Probatorias Dinámicas*. In PEYRANO, Jorge W. (Org.) *Cargas Probatorias Dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni, 2004.