



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO LATO SENSU

EM DIREITO

LYGIA FIALHO DUARTE

**A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Salvador

2017

LYGIA FIALHO DUARTE

**A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de
Direito e Gestão, como requisito parcial para
obtenção do grau de Especialista em Direito
Processual Civil.

Salvador

2017

LYGIA FIALHO DUARTE

**A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau Especialista em Direito Processual Civil, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2017

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo uma análise, sem pretensão de esgotar o tema, acerca da distribuição do ônus probatório no Código de Processo Civil de 2015, em especial no que diz respeito à dinamização do ônus da prova. A distribuição dinâmica do ônus da prova permite a modificação da regra estática do ônus da prova em algo dinâmico, devendo ser observado alguns requisitos pontuais para o seu cabimento. O instrumento da dinamização é regra de exceção, aplicável quando não for possível ao magistrado formar sua convicção e decidir com fundamento no convencimento motivado após a produção das provas. É a dinamização, portanto, uma ferramenta que torna mais flexível e adaptável o ônus da prova em casos concretos, a fim de garantir a aplicação real do direito material de forma mais justa e adequada. A distribuição dinâmica tem como objetivo principal o expressivo aumento da possibilidade na certeza acerca dos fatos, bem como a possibilidade de diminuição das desigualdades quando presente a incerteza fática. Para isto, o magistrado necessita averiguar e decidir, de forma casuística com base nas regras de experiência e por decisão fundamentada, que haja impossibilidade ou dificuldade por uma das partes em demonstrar determinada prova e que a parte adversa possua melhores condições para sua produção, desde que não esteja caracterizada a prova diabólica reversa. Na pesquisa, verificou-se a flexibilização do ônus da prova já era utilizado anteriormente no ordenamento jurídico brasileiro nas relações consumeristas, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, bem como na doutrina e na jurisprudência em relações de outra natureza ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, passando a ser positivada e, portanto, inquestionável, na vigência do novo Código.

Palavras-chave: Dinamização; Ônus da prova; Prova.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	05
2. PROVA	07
2.1 CONCEITO	07
2.2 VERDADE E PROVA	08
2.3 VALORAÇÃO DA PROVA	09
2.4 DIREITO À PROVA	11
2.5 CLASSIFICAÇÃO DA PROVA	14
2.6 OBJETO DA PROVA	15
2.7 FINALIDADE DA PROVA	20
2.8 DESTINATÁRIOS DA PROVA	22
2.9 MEIOS DE PROVA	23
3. ÔNUS DA PROVA	25
4. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/73	30
5. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15	37
5.1 ORIGEM	37
5.2 RECONHECIMENTO DA INSUFICIÊNCIA DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA	40
5.3 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15	49
5.4 DIFERENÇAS ENTRE A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO	53
5.5 IMPORTÂNCIA EM SABER QUEM PRODUZIU PROVA	55
5.6 DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE EXCEÇÃO	55
5.7 AUSÊNCIA DE ARBITRARIEDADE NO EMPREGO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	56
5.8 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO	58
5.9 PROVA DIABÓLICA	60
6. CONCLUSÃO	64
REFERÊNCIAS	67

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo primordial analisar, sem pretensão de esgotar o tema, a distribuição do ônus probatório no Código de Processo Civil de 2015, em especial no que tange à dinamização do ônus probatório.

Para cumprir com a finalidade da pesquisa, este trabalho monográfico, através de pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e legal, foi estruturado em quatro capítulos.

No primeiro, buscar-se-á assentar noções conceituais sobre prova, verdade e prova, valoração da prova, direito à prova, objeto, finalidade, destinatário e meios de prova.

No segundo capítulo, será exposta a noção conceitual de ônus da prova, traçando sua distinção com obrigação e dever, bem como suas perspectivas objetiva e subjetiva.

Já no terceiro capítulo será exposta a distribuição estática do ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973. Por esta regra fixa e objetiva, cada um dos litigantes tinha conhecimento prévio acerca de quais fatos deveriam ter o encargo de exercer sua atividade probatória.

Por fim, no quarto capítulo serão expostas a origem da Teoria Dinâmica do ônus Probatório e o reconhecimento da insuficiência da distribuição estática do ônus da prova, salientando que a flexibilização do ônus probatório já era utilizada anteriormente no ordenamento jurídico brasileiro nas relações consumeristas, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, bem como na doutrina e na jurisprudência em relações de outra natureza ainda na vigência do CPC/73, entretanto passou a ser positivada no novo Código de Processo Civil, tornando-a incontestável.

Serão abordados, também, os moldes atuais de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, o qual manteve a regra estática como regra geral, tendo

possibilitado a dinamização do ônus da prova casuisticamente, além de discutir acerca da diferença entre esta distribuição dinâmica e a inversão do ônus probatório e a importância em saber quem produziu a prova. Demonstrar-se-á também que a dinamização do ônus da prova é regra de exceção e a ausência de arbitrariedade no emprego de sua distribuição, bem como o momento adequado para sua aplicação e a prova diabólica como limite para seu cabimento.

O tema é de suma importância para que haja compreensão acerca das mudanças ocorridas na distribuição do ônus probatório do código atual.

2. PROVA

2.1 CONCEITO

Às partes não cabe tão somente alegar os fatos. Assim, para que o juiz declare o direito na sentença, estando definitivamente garantido, é necessário que o magistrado se certifique da verdade do fato alegado, o que se dá por meio das provas.

A conceituação de prova não é um tema pacífico na doutrina, e tampouco é assunto exclusivamente do direito processual. Por esta razão, seu conceito, sua função e suas particularidades não devem ser encontrados exclusivamente no campo do direito, sendo informados por elementos das mais diversas ciências.

Costuma-se dizer que expressão prova é plurissignificante dentro e fora do mundo do direito em geral.

Na concepção comum, a terminologia prova é derivada do latim *probatio* e significa verificação, razão, argumento.

No campo processual, o vocábulo prova possui diversos sentidos, fator complicador de sua exata conceituação.

Numa primeira acepção, pode ser utilizado como ato de provar, ou seja, é a atividade que se realiza com o objetivo de se verificar a veracidade de algo e é neste sentido que se pode dizer que quem alega cabe produzir a prova.

Num segundo sentido, pode significar a coisa ou a pessoa da qual se extrai informação capaz de demonstrar a veracidade de uma alegação (documento, testemunha).

Em outra acepção, caracteriza o meio ou instrumento pelo qual essa atividade se realiza, isto é, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela brota (prova documental, prova testemunhal, etc.).

Pode-se também designar o resultado atingido com aquela atividade, buscar o convencimento do magistrado.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ensinam que:

Quando se utiliza o vocábulo para designar atividade probatória ou os meios com que ela se desenvolve, diz-se que está se falando de prova num sentido objetivo. Quando ele é utilizado para designar a convicção que as provas produzidas no processo geram no íntimo do julgador, isto é, o resultado que a atividade e os meios probatórios induzem no espírito do juiz, diz-se que está usando a termo prova num sentido subjetivo¹.

De outra banda, segundo Humberto Theodoro Júnior, a prova no processo pode ser conceituada no sentido objetivo e subjetivo. No sentido objetivo, prova é o instrumento hábil para demonstrar a existência de um fato. Com relação ao sentido objetivo, prova é a convicção formada no espírito julgador em torno do fato demonstrado².

2.2 VERDADE E PROVA

Atualmente a verdade é considerada como algo utópico e ideal, sendo jamais alcançada. Efetivamente não se pode dizer que um existiu ou não, se ele é verdadeiro ou falso. Pode-se tão somente adjetivar a proposição que se faz sobre o fato.

No processo, as afirmações que são feitas sobre os fatos são discutidas, restando evidenciada a impossibilidade de obtenção da verdade absoluta, em especial em razão dos sujeitos que dele participam. Assim, é esperado que o resultado da produção de prova não corresponda exatamente como os fatos realmente aconteceram.

Sendo assim, a obtenção da verdade como algo inalcançável constitui um obstáculo intransponível à obtenção da verdade absoluta no processo civil.

¹DIDIER 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. 11 ed. rev, amp. e atual. vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 45.

²THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1261.

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior assevera:

É claro que a verdade absoluta jamais será alcançada pelo homem, tampouco estará ao alcance do juiz no processo, em vista das limitações do conhecimento humano. Isto, porém, não deve resultar numa indiferença do processo pela veracidade dos fatos com que as partes sustentam suas alegações perante o juiz. O processo não pode ser reduzido a um mero jogo retórico. As provas têm a missão de proporcionar ao juiz o acesso à verdade possível, ainda que de maneira não plena³.

Dessa forma, o que deve ser buscado dentro do processo é a verdade possível, levando-se em consideração as restrições existentes e a consciência de que a busca da verdade não é um fim em si mesmo.

Afinal o magistrado, na pesquisa da verdade, encontra-se limitado a uma disciplina atinente à admissão, produção e julgamento da prova, em relação a outros valores protegidos a que o ordenamento jurídico, tais como a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, dentre outros.

Assim, a prova tem por fim dar ao julgador o convencimento ou a certeza sobre as alegações nas quais se funda a demanda. Todavia não se trata de certeza absoluta, e sim humana, histórica, lógica com suas restrições naturais e sua possibilidade de erro.

Isto não quer dizer, entretanto, que o magistrado e os litigantes deixarão de envidar esforços para conformar, o quanto possível, esta noção ideológica com a realidade. Impõe-se, portanto, aproximar a verossimilhança da verdade.

2.3 VALORAÇÃO DA PROVA

No decorrer histórico do processo civil, há diversos sistemas legais à valoração da prova, sendo estes: sistema da prova legal, sistema do livre convencimento e sistema da persuasão racional.

³ *Ibidem*, p. 1270.

Antigamente, a valoração da prova era fundada em desafios físicos e em consultas aos deuses, a fim de possibilitar a qualificação deste sistema como técnico.

No sistema da prova legal, o encargo da produção de prova vem definido em norma, sendo que ao magistrado cabia verificar se os fatos alegados haviam ocorrido e declarar vitorioso que quem somasse o maior número de provas. O julgador meramente aferia o conjunto probatório seguindo uma hierarquia legal através de cálculos simples sem nenhum processo mental de ponderação da eficácia de cada uma das provas e o resultado surgia automaticamente. Não poderia, a título de exemplo, julgar com base na prova testemunhal, desconsiderando as conclusões da prova pericial se a lei estabelecesse que esta deveria se sobrepor àquela.

Sendo assim, não tinha liberdade na valoração da prova já que a lei estabelece de antemão o processo intelectual a ser realizado, não importando, portanto, o livre convencimento do juiz no caso concreto. Este sistema foi largamente difundido na Europa, sendo excluído dos sistemas em meados do século XVIII.

O sistema do livre convencimento ou da livre convicção é oposto ao sistema da prova legal e foi introduzido primeiramente na França em 1791 e foi amplamente difundido por toda a Europa.

Ao magistrado era dada liberdade plena, importando tão somente o seu convencimento íntimo, que é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas, inclusive utiliza-se de fatos ou considerações que não constem no processo. Não precisava fundamentar suas escolhas e não era necessária a indicação de quais provas a sustentam, podendo julgar, inclusive, contra a prova produzida na hipótese de considerar correto. Não havia nenhuma regra que condicionasse essa pesquisa. Sendo assim, este sistema também não se mostra adequado por haver excesso.

O sistema adotado no CPC/15 é o mesmo que já era adotado no CPC/73, que é o da persuasão racional ou do convencimento motivado, o qual foi utilizado

expressamente pela primeira vez no direito espanhol em 1846 e é, de certa forma, intermediário entre o sistema legal de provas e o sistema do livre convencimento.

Este sistema é fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo. Sendo assim, o magistrado tem liberdade para formar seu convencimento, apreciando a livremente a prova produzida e dando a elas o peso que entender adequado em cada caso concreto, já que, em princípio, não há hierarquia entre os meios de prova, dando ao fato a devida consideração frente à prova produzida no processo.

Em que pese ser livre a análise das provas, não há arbitrariedade, pois a conclusão deve estar ligada logicamente à apreciação do que fora comprovado no processo e o magistrado não pode se abster de se utilizar das regras da lógica e da experiência.

Dessa forma, o julgador dará a carga probatória que entender cabível, entretanto deverá apresentar os motivos que o levaram à sua decisão, expondo suas razões por ter dado maior força probatória a uma prova produzida em detrimento da outra.

2.4 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

A concepção mais importante do instituto da prova é aquela que acende *status* de verdadeiro direito constitucional, o qual diz respeito à produção de provas que reflete na oportunidade que a parte tem de produzi-las amplamente.

A produção de provas em juízo sofre restrições de ordem constitucional ao dispor, no artigo 5º, LVI, da CF/88 que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, afinal trata-se do direito de não ver produzida contra si uma prova ilícita ou obtida ilicitamente.

Encontra-se na doutrina uma forte tendência da natureza na defesa da natureza constitucional do direito à prova, embora este não esteja expresso na Constituição Federal. Tal direito seria extraído da cláusula geral do *due process of*

law, nos desdobramentos desta, é um fator essencial ao direito de acesso à justiça e ao direito de defesa.

Sendo assim, cumpre salientar que o devido processo legal expresso no inciso LIV, artigo 5º, da CF/88 (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”) é o alicerce dos princípios do direito processual civil por ter relação com a possibilidade de introduzir no processo as demonstrações de suas alegações sem qualquer vedação, a menos que prevista em lei.

O direito constitucional à prova também pode ser extraído da garantia constitucional do acesso à justiça, estabelecido expressamente no artigo 5º, XXXV, da CF/88 (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

A Constituição Federal garante indistintamente aos cidadãos acesso à ordem jurídica justa, disponibilizando, através do processo, mecanismos a proporcionar a satisfação do direito de cada indivíduo, ou seja, não podendo ser concebido sem a oportunidade de produção probatória dos argumentos aduzidos.

A doutrina vem firmando entendimento de que esta garantia é a razão existencial de todas as demais garantias constitucionais, implícitas ou explícitas, inclusive a do devido processo legal, tendo em vista que contém em sua essência conceitual a obrigação do Estado em prestar um serviço jurisdicional cujo resultado do processo seja efetivo. Destarte, pode-se dizer que o direito à prova é condição *sine qua non* para realização do efetivo direito de agir.

O direito de provar também é inerente à disposição constitucional de que “são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV, da CF/88).

Para se configurar um efetivo contraditório e uma efetiva ampla defesa, faz-se necessário que as partes, em igualdade de oportunidades, possam se utilizar de

todos os meios de prova imprescindíveis para a corroboração dos fatos como forma de concretização da democracia, objetivando a aplicação da justiça⁴.

No entanto tal direito não pode ser visto como direito fundamental absoluto, como qualquer outro direito, pois, na hipótese de colisão com outros direitos consagrados na Constituição Federal, pode, excepcionalmente, ser limitado. Isto é, há o reconhecimento de que a exclusão de uma prova sempre será prejudicial, entretanto somente será justificável quando comparado com outros valores e garantias que seriam maculados com a aceitação da prova.

Cumprе salientar que os direitos fundamentais expressos na constituição não impediram a existência de outros implícitos ou previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foram incorporados ao ordenamento jurídico interno e passaram a integrar o rol dos direitos fundamentais, trazendo novos dados normativos que auxiliam no reconhecimento do direito à prova, consoante artigo 5º, §3º, da CF/88, após a Emenda Constitucional nº. 45/2004⁵.

Dessa forma, dúvidas não há quanto à existência de um direito constitucional à prova em nosso ordenamento jurídico. Afinal, de um lado as partes têm direito à obtenção e à produção de todos os meios de provas em direito admissíveis. Por outro lado, implica na existência de deveres correlatos por parte do magistrado, os quais decorrem da obrigação que o Estado possui de zelar para que o direito das partes à prova seja efetivado de forma plena e em observância às garantias constitucionais.

⁴ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

⁵ Art. 5º, §3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

2.5 CLASSIFICAÇÃO DA PROVA

Marcus Vinícius Rios Gonçalves classifica as provas quanto ao seu objeto e quanto ao sujeito⁶.

Quanto ao objeto a prova pode ser direta ou indireta. A prova direta se refere ao próprio fato probando, como, por exemplo, o recibo ao pagamento ou o instrumento ao contrato. A prova indireta, por sua vez, não se presta a comprovar diretamente o fato a ser demonstrado, e sim a fato diverso, mas que, por meio de induções ou raciocínio, permite chegar ao fato objeto da prova. Como exemplo tem-se testemunhas que declaram que litigante está viajando em determinada data e, em razão disso, não pode ser ele o autor da conduta lesiva.

No que tange ao sujeito, a prova pode ser pessoal ou real. A prova pessoa é aquela que prestada por uma pessoa a respeito de um fato, como a oitiva de testemunhas ou o depoimento pessoal das partes. A prova real, a seu turno, consiste no próprio fato e suas circunstâncias. Como exemplo, tem-se a inspeção judicial ou a perícia feita sobre ela.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, classifica também, quanto à forma e quanto à preparação da prova⁷.

Com relação à forma a prova pode ser: oral (depoimentos de parte e confissão, prova testemunhal) ou documental (afirmação escrita ou gravada, como exemplo tem-se escrituras públicas ou particulares, projetos, desenhos, fotografias), material (consiste em qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando, como exemplo tem-se exames periciais, corpo de delito).

No que se refere à preparação da prova, que pode ser: causal ou simples, pré-constituída ou composta. Prova causal ou simples é aquela preparada no curso da demanda. Já a provas pré-constituída é aquela preparada previamente. Prova

⁶ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquemático**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 467.

⁷ 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. 11 ed. rev, amp. e atual. vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 45.

composta, por sua vez, é aquela que resulta da concordância, entre si, de muitos meios de prova, os quais cada um é insuficiente para demonstrar o alegado. É a combinação entre si de vários meios imperfeitos de prova.

2.6 OBJETO DA PROVA

Há controvérsia na doutrina a respeito do que seja objeto de prova. Há quem entenda que são os fatos, todavia outros doutrinadores entendem que versa sobre as alegações de fato.

Para a primeira corrente doutrinária, o objeto da prova são os fatos, sejam eles passados, presentes ou futuros, pois nem sempre o objeto da prova é formado por alegações, uma vez que, ainda que as partes não tenham alegado no processo, os fatos podem ser considerados de ofício pelo juiz.

Para a segunda corrente doutrinária, a veracidade atinge exclusivamente as alegações ou afirmações de fato, pois estas é que são dadas como falsas ou verdadeiras; existentes ou inexistentes.

Na lição de Daniel Amorim Assumpção Neves:

O art. 374, *caput*, do Novo CPC parece adotar o primeiro entendimento, da mesma forma como ocorria com o art. 334 do CPC/1973. Afinal, tanto o novo como o antigo dispositivo prevêem que o objeto da prova serão os fatos, e não as alegações de fato. Seja como for, a discussão é acadêmica e não gera consequência prática. A melhor doutrina ensina que o ônus da alegação dos fatos pelas partes limita-se aos fatos jurídicos (principais), que vinculam a atividade jurisdicional. O mesmo, entretanto, não ocorre com o fato simples (secundário) que poderá ser levado em consideração pelo juiz ainda que não tenha sido alegado pelas partes. Esses fatos, que o juiz pode conhecer de ofício, podem não ser objeto de alegação das partes, e ainda assim influenciarão o julgamento. O melhor, portanto, é afirmar que o objeto da prova não são os fatos nem as alegações de fato, mas os pontos e/ou as questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz⁸.

Entretanto, nem todos os pontos e/ou questões de fato são objeto de prova. São excluídas dessa exigência as alegações que tenham por objeto: a) fatos impertinentes ou relevantes à solução da demanda; b) fatos notórios (art. 374, I, do

⁸NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. vol. único. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1216.

CPC/15); c) fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (art. 374, II, do CPC/15); d) fatos admitidos no processo como incontroversos (art. 374, III, do CPC/15); e e) fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade (art. 374, IV, do CPC/15).

Os fatos relevantes são os que possuem condições de influir na decisão. Assim, mesmo que diga respeito à causa, a alegação de fatos irrelevantes em nada influencia o convencimento do juiz.

De igual forma independem de prova os fatos impertinentes, pois tais alegações são ignoradas pelo julgador ao proferir sua decisão, sendo, portanto, medida inútil e, por isso, deve ser evitada em prol do princípio da economia processual.

Dessa forma, fatos irrelevantes e impertinentes não modificam o conteúdo da decisão judicial, dispensando produção de prova a seu respeito.

Cumprido salientar que também é considerado irrelevante o fato impossível ou de prova impossível por disposição da lei ou pela natureza do fato e é justamente por isso que compete ao juiz, nos termos do inciso II do artigo 357⁹ e 370¹⁰ do CPC/15, determinar quais as questões de fato que devem ser produzidas prova, a fim de evitar a produção de prova inútil.

Os fatos notórios também independem de prova, entretanto não sendo exigido, portanto, a notoriedade absoluta, sob pena de inutilização do dispositivo legal, e sim a notoriedade relativa.

O fato notório possui a mesma importância dos demais fatos alegados pelas partes. Sendo fato principal, é imprescindível para a composição da causa de pedir e, sendo fato secundário, importa para demonstração do fato principal.

⁹ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...); III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; (...).

¹⁰ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Considera-se notório o acontecimento ou situação de conhecimento geral de um determinado círculo social ou profissional que não pode ser contestado no momento que em que a decisão judicial é proferida, tais como datas históricas, fatos heroicos, situações geográficas. Não é preciso que sejam de conhecimento global, bastando que sejam sabidos pelas pessoas da região. O que importa, para que seja qualificado como notório, é que este fato seja revelado segundo a apreciação do magistrado, consoante suas regras de experiência.

A notoriedade, portanto, é uma qualidade do fato, que é conhecida no momento e no lugar e que a decisão é proferida. No que tange ao lugar, o fato pode ser conhecido em um lugar e não ser conhecido no outro. No tocante ao momento, o fato pode se tornar ou mesmo já ter sido notório.

Um fato pode ser considerado notório para o homem médio situado em determinado lugar e ocorrido num momento específico em que a decisão é proferida pelo juiz.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ensinam que são características dos fatos notórios:

- a) relatividade: a notoriedade é sempre relativa; há fatos conhecidos apenas para os cristãos; há fatos conhecidos apenas em um país; assim, para que seja considerado notório, um fato não precisa ser conhecido por todas as pessoas;
- b) para ser notório, não precisa ser necessariamente conhecido, bastando que, pela ciência pública ou comum, o possa ser: o juiz pode ignorar que a colheita do café é feita em tal época, e nem por isso o fato deixa de ser notório; dessa forma, pode-se dizer que é notório o fato conhecido ou que, de acordo com a cultura média, poderia ser conhecido;
- c) para ser notório, não se precisa ter com ele uma relação direta: todos sabemos que no dia 11 de setembro de 2001 houve o atentado terrorista no World Trade Center, sem que necessariamente estivéssemos lá¹¹.

Cumprе salientar que, consoante lição de Daniel Amorim Assumpção Neves, os fatos notórios não se confundem com as máximas de experiência:

Enquanto os fatos notórios se referem a fatos determinados que ocorreram, a cuja existência têm acesso, de maneira geral, as pessoas que vivem em determinado ambiente sociocultural, as máximas de experiências são juízos generalizados e abstratos, fundados naquilo que costuma ocorrer, que

¹¹DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. loc. cit., p. 60.

autorizam o juiz a concluir, por meio de um raciocínio intuitivo, que em identidade de circunstâncias, também assim ocorram no futuro¹².

O fato notório, portanto, assim como todos os demais, devem ser alegados pelo autor na petição inicial. A regra de experiência, por sua vez, não precisa ser alegada pelas partes.

Os fatos afirmados por um litigante e confessados pela parte contrária independem de prova, uma vez que o fato provado por confissão não precisa ser provado por mais nenhum meio de prova. Para a parte fundamentar sua pretensão os fatos só se tornam objeto de prova quando contrariados pelo outro litigante. Presumem-se que os fatos admita confissão.

Neste sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves, ensina as duas impropriedades do inciso II do artigo 374 do CPC/15, dispositivo este que é uma repetição do inciso II do artigo 334 do CPC/73:

Sendo a confissão considerada pelo próprio diploma processual um meio de prova, a par a polêmica a respeito de sua natureza jurídica – não é adequado afirmar que o fato confessado é excluído do objeto da prova porque na realidade ele já foi objeto da prova. A prova produzida com relação a esse fato foi a confissão, de forma que, quando muito, pode se dizer que o fato já provado por confissão não precisa ser provado por mais nenhum meio de prova. Parece, inclusive, ter sido esse objetivo do legislador.

Ocorre, entretanto, que a confissão não é prova plena, de forma que mesmo um fato tenha sido objeto de confissão o juiz não é obrigado a considerá-lo como verdadeiro. Significa dizer que, mesmo já havendo o meio de prova confissão, caso o juiz não se sinta convencido, poderá determinar a produção de outros meios de prova, com o que deixará escancarada a incorreção da hipótese excludente do objeto da prova prevista no inciso II do art. 374 do Novo CPC¹³.

As provas são desnecessárias também com relação ao fato incontroverso. Para que algum fato seja objeto de prova é necessário que sobre ele tenha se instalado uma questão relevante para o dissídio a ser julgado.

Dessa forma, havendo a aceitação expressa ou tácita da parte quanto às afirmações ou alegações de fato da parte contrária, as mesmas não serão controvertidas, não sendo possível, portanto, que sobre o fato se opere a produção de prova, já que serão consideradas como verdadeiras pelo magistrado.

¹²NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. vol. único. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1218.

¹³Ibidem, p. 1219.

Daniel Amorim Assumpção Neves faz uma ressalva ao quanto estabelecido no inciso III do art. 374 do CPC/15:

Excepcionalmente os fatos não impugnados serão, ainda assim, considerados controversos por imposição da lei. Cria-se, portanto, uma ficção jurídica, tornando a lei um fato controvertido mesmo sem que tenha havido real controvérsia. É o que ocorre com as exceções legais ao efeito de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor diante da revelia do réu, previstas nos incisos do art. 345 do Novo CPC, e nas exceções ao princípio da eventualidade na contestação, previstas nos incisos e parágrafo único do art. 341 do mesmo diploma legal¹⁴.

Fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade não podem ser objeto de prova. A avaliação fática, nesse caso, não importa para o magistrado, eis que as conclusões hipotéticas previstas na lei o vinculam. Assim, é inútil a prova diante da presunção absoluta, não importando se é destinada a reforçar a conclusão ou a tentar demonstrar que a presunção parte de um silogismo falso.

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira ensinam que presunções legais:

são regras jurídicas que impõe que se leve em consideração a ocorrência de determinado fato. Presunções legais são normas jurídicas. Nas palavras de Potes de Miranda, presunções legais sacrificam o que menos acontece ao que mais acontece, ou porque não se pode saber se ocorreu aquilo ou isso, ou porque se precisa adotar um critério único¹⁵.

As presunções legais podem ser relativas ou absolutas.

Presunção legal absoluta é aquela que não admite prova em sentido contrário. É quando a lei torna irrelevante a presença de algum elemento ou requisito no esquema fático para a produção de determinado efeito jurídico.

Como exemplos de presunção legal absoluta, têm-se: a) artigo 256, §3º, do CPC/15 que considera o réu em local incerto quando não for possível localizá-lo¹⁶;

¹⁴Ibidem, loc. cit.

¹⁵DIDIER 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. 11 ed. rev, amp. e atual. vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 45.

¹⁶ Art. 256, §3º. O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos.

b) artigo 1.597, III, do Código Civil de 2002 que pressupõe que o filho nascido nos 300 dias posteriores à dissolução da sociedade conjugal não necessita comprovar que sua concepção se deu na constância do casamento¹⁷.

Presunção relativa, por sua vez, é aquela em que se considera o fato como ocorrido até que haja prova em sentido contrário.

Têm-se os seguintes exemplos de presunção legal relativa: a) artigo 322 do Código Civil de 2002 que estipula que, até prova em contrário, a quitação da última parcela não pressupõe que as anteriores foram pagas¹⁸; b) artigo 1.253 do Código Civil de 2002 que presume ser do proprietário a construção feita em seu terreno, até que se prove o contrário¹⁹.

Por fim, cumpre salientar que apenas a presunção absoluta pode ser objeto de prova, tendo em vista que a presunção relativa admite prova em contrário. Dessa forma, as presunções relativas se relacionam a mecanismos de prova do fato, não estando incluídas no artigo 374, IV, do CPC/15.

2.7 FINALIDADE DA PROVA

Fredie Didier Júnior, Paula Sarno e Rafael Oliveira ensinam que, segundo Hernando Devis Echandia, basicamente há três teorias que explicam a finalidade da prova: a) a teoria que entende que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; b) a teoria que sustenta que sua finalidade é fixar formalmente os fatos expostos no processo; e c) a teoria que entender ser sua finalidade é convencer magistrado, a fim de alcançar a certeza necessária à sua decisão²⁰.

¹⁷ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.

¹⁸ Art. 322. Quando o pagamento for em quotas periódicas, a quitação da última estabelece, até prova em contrário, a presunção de estarem solvidas as anteriores.

¹⁹ Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.

²⁰ ECHANDIA, Hernando Devis apud 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. 11 ed. rev. amp. e atual. vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 54.

A primeira teoria resta prejudicada, pois, em que pese a verdade ser uma busca constante do ser humano, a verdade real é impossível de ser atingida, ou ao menor, ter a certeza de tê-la atingido.

A segunda teoria, por sua vez, está vinculada ao sistema da prova legal. Tendo ciência acerca de que se alcançar a verdade dos fatos é fator impossível, seja estabelecido critérios para que se possa demonstrar o quanto exposto pelas partes nos autos ainda que formalmente.

Por fim, o entendimento da terceira teoria é que a prova serve para dar suporte ao magistrado acerca dos fatos alegados, a fim de obter o seu convencimento.

Dessa forma, a finalidade da prova é dar ao juízo o convencimento ou a certeza sobre as afirmações nas quais se funda a demanda. As provas, no processo, são, portanto, meios para levar ao magistrado o conhecimento das afirmações e dos fatos. Entretanto não se trata de certeza absoluta, mas sim verdade possível com suas limitações e sua possibilidade de erro.

Camilo José D'Ávila Couto assevera que:

Na doutrina clássica diz-se que a prova, para o juiz, tem a finalidade de demonstrar a verdade a respeito dos fatos alegados pelas partes. Para ele, destinatário de todas as provas produzidas no processo, não interessa quem as tenha produzido, e sim que essas tenham sido regularmente produzidas sob o crivo das garantias constitucionais. A prova tem por função formar o convencimento jurisdicional²¹.

Esse entendimento tem por fundamento a concepção de um juiz limitado à declaração de vontade concreta da lei aos fatos encontrados, pressupondo uma divisão estanque e hierárquica entre norma e fato. Essa ideologia vem sendo abandonada paulatinamente.

Na perspectiva contemporânea, a função da prova vai além e absorve outros elementos, não se satisfazendo com a formação de qualquer provimento, mas exigindo um provimento justo e eficiente, dentro da linha metodológica de um processo civil publicista e de resultados, através do

²¹COUTO, Camilo José D'Ávila. **Dinamização do ônus da Prova no Processo Civil**: Teoria e Prática. Curitiba: Juruá, 2014, p. 23.

qual o juiz tem o dever de dar efetividade ao princípio do acesso à justiça, na concepção ampla da expressão²².

Segundo Lucas Macedo Buri de Macedo e Ravi Medeiros Peixoto:

A finalidade da prova, como exposto, é servir como meio retórico persuasivo, objetivando ao convencimento do órgão julgador, sendo método de verificação, portanto, com a força na fundamentação, da premissa argumentativa anteriormente fixada, servindo ainda de elemento de legitimação da jurisdição, porquanto é por meio desta que se busca a verdade, valor que preenche de significado o processo²³.

Dessa forma, observa-se que o papel da prova, é de extrema importância nas escolhas das partes para o deslinde da causa, inclusive antes de serem colacionadas aos autos, pois poderão decidir o melhor caminho que utilizará para dar credibilidade às suas alegações, pretensões e defesas.

2.8 DESTINATÁRIOS DA PROVA

A doutrina e a jurisprudência costumam afirmar que o juiz seria o destinatário da prova, entretanto não é o único, mas o principal destinatário, afinal é ele quem aprecia a prova produzida.

As partes e demais interessados, por sua vez, são destinatários indiretos, haja vista que caberá a eles postular a produção das provas que lhes pareçam relevantes, a fim de convencer o juiz acerca da verdade do suporte fático de suas alegações.

Dessa forma, todos os sujeitos do processo são destinatários da prova, consoante dispõe o enunciado 50 o Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Os destinatários da prova são aqueles que dela podem fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”²⁴.

²²Ibidem, loc. cit.

²³MACEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da Prova e sua Dinamização**. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 68-69.

²⁴CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. rev. e amp. vol. 2. São Paulo: Atlas, 2016, p. 245.

2.9 MEIOS DE PROVA

Consideram-se como meios de prova todos os recursos utilizados direta ou indiretamente que podem ser utilizados no processo para a investigação e a comprovação dos fatos narrados pelas partes. São os tipos genéricos de provas que se admitem no processo.

Meios de prova não podem ser confundidos com fontes de prova, que são os elementos externos ao processo, representados pelas pessoas ou coisas das quais seja possível extrair a demonstração da ocorrência ou inoccorrência de uma situação jurídica pretérita ou presente. Meios de prova, por sua vez, são as atuações judiciais mediante as quais as fontes se incorporam ao processo.

A fim de melhor compreender esta diferença, Marcus Vinicius Rios Gonçalves exemplifica:

a prova testemunhal é um meio de prova; determinada testemunha, que tenha presenciado um fato relevante para o processo é uma fonte de prova. Deve haver uma correlação direta entre uma fonte se isso se enquadrar entre os meios de prova²⁵.

Os meios de prova variam consoante a natureza do ato, podendo um mesmo fato ser comprovado por vários meios. Entretanto, não é atributo tão somente do Código de Processo Civil a discriminação dos meios de prova.

A respeito dos mesmos de prova, vigora a regra geral estabelecida no artigo 369 do CPC/15, que tem grande relevância por sua generalidade:

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

Constituem-se meios de prova típicos os que estão previstos no diploma processual civil de 2015. São eles: ata notarial (art. 384), depoimento pessoal (arts. 385 a 388), confissão (arts. 389 a 395), exibição de documento ou coisa (arts. 396 a

²⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 483.

404), prova documental (arts. 405 a 441), prova testemunhal (arts. 442 a 463), prova pericial (arts. 464 a 480), inspeção judicial (arts. 481 a 484) e prova emprestada (art. 372).

Embora este não seja um rol taxativo diante do caráter genérico, como já afirmado acima, não existem limitações quanto aos meios de prova. Porém, qualquer outro meio de prova será admitido, desde que não viole a lei ou a moral.

Destarte, pode-se concluir que há uma tendência de que prevalece no Código de 2015, da mesma forma que o de 1973, o anseio da justiça ideal lastreado pela busca na verdade material.

Meio de prova atípico, por sua vez, é aquele que não está previsto expressamente em lei.

De acordo com o inciso LVI, da Constituição Federal, independente de ser típica ou atípica, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Sendo assim, as confissões mediante tortura e gravações clandestinas de conversas, por exemplo, não são admissíveis no processo em razão da ilicitude em sua obtenção.

3. ÔNUS DA PROVA

A palavra ônus, etimologicamente, vem do latim *onus*, que significa carga, peso, encargo, fardo. Carga que leva nos ombros aquele que necessita demonstrar para o magistrado, o fato por si afirmado como fundamento da sua pretensão ou exceção²⁶. É aplicado em vários ramos do conhecimento humano, tais como, político, jurídico e econômico.

Em acepção jurídica, é a faculdade que a parte dispõe para praticar ou deixar de praticar determinado ato processual, ato este que lhe proporcionará alguma vantagem se adimplir com seu ônus. Se a parte não exercita o ônus que lhe compete, apenas deixa de usufruir a vantagem processual que obteria se o tivesse exercitado, na forma e no momento determinados nas leis processuais.

Alexandre Freitas Câmara ensina que:

Na linguagem do direito processual, ônus é o nome usado para designar uma conduta imperativa, imposta a alguma das partes, para que se realize um interesse próprio. É, pois, o imperativo do interesse próprio. Pense-se, por exemplo, na parte vencida, que para ver satisfeito seu interesse em sair vencedora da causa, precisa interpor um recurso. Fala-se, aí, do ônus de recorrer. Do mesmo modo, o réu, citado, precisa oferecer contestação para ter chance de alcançar resultado favorável. Daí falar-se em ônus de contestar²⁷.

As partes não são obrigadas a produzir provas a respeito do que alegarem. Elas terão o ônus de fazê-los. Assim, ônus não é sinônimo de obrigação e tampouco de dever, e sim é sinônimo de faculdade.

O ônus é um imperativo do próprio interesse da parte, sendo um aproveitamento de uma possibilidade que beneficiará a parte diligente.

Ônus é sinônimo de faculdade, pois o litigante possui o livre arbítrio de escolher entre praticar ou deixar de praticar um determinado ato processual, cuja ação ou omissão lhe proporcionará alguma vantagem própria e suas consequências negativas do descumprimento recairão sobre ela mesma.

²⁶ REBOUÇAS, André Bonelli. **Questões sobre o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 12.

²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. rev. e amp. vol. 2. São Paulo: Atlas, 2016, p. 250.

A obrigação, por sua vez, é o vínculo jurídico em razão do qual uma pessoa pode exigir uma determinada prestação economicamente apreciável. É uma relação de direito material em que o sujeito passivo está obrigado a uma prestação em favor do sujeito ativo. Quando realizada a obrigação, beneficiará o litigante contrário e, se esta não se realizar, seu descumprimento gerará um cumprimento forçado.

Neste contexto, Raul André Mathias cita o ensinamento de Luiz Eduardo Boaventura Pacífico:

No ônus, o sujeito encontra-se livre para realizar ou não o ato contemplado pela norma, não obstante sua inobservância possa ensejar conseqüências desfavoráveis; ninguém pode exigir tal ou qual comportamento do onerado, cuja atividade se situa no âmbito de sua autorresponsabilidade. Na obrigação, inexistente semelhante liberdade de agir, encontrando-se o sujeito passivo em estado de sujeição jurídica e de coerção²⁸.

Assim, ônus difere-se de obrigação, pois esta é a atividade que uma pessoa faz em benefício da outra, não tendo como pressuposto a existência de um direito a ele correspondente.

Ônus, por sua vez, é a atividade que a pessoa desempenha em favor de si mesma, e não da parte contrária. Quem tem o ônus de provar é aquele que sofrerá as conseqüências negativas que advirão da ausência daquela prova no processo.

A idéia de ônus é afastada do conceito de dever jurídico, pois não pode ser exigido para o seu cumprimento e o seu descumprimento não implica em quaisquer sanções.

André Bonelli Rebouças ensina que:

Ônus não se confunde com dever, posto que ninguém é obrigado a provar o que alega em juízo. Não sendo obrigada a parte a provar a legação feita, não terá, naturalmente, dever com relação à outra parte ou ao próprio juiz, que, por sua vez, não poderão ser, um ou outro, ou ambos, titulares do direito à prova. O ônus da prova é encargo que a parte tem em relação a si mesma, porque pela prova realizada fornece ao juiz meio idôneo para provocar-lhe o convencimento, de modo a ter sua afirmação como verdadeira, e partir daí obter o bem desejado²⁹.

²⁸PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura apud MATHIAS, Raul André. A Nova Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro. In: KIRCHNER, Felipe (coord.). **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, ano 6. vol. 11, jan/ abr 2015, p. 126.

²⁹ REBOUÇAS, André Bonelli. **Questões sobre o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 13.

E o precitado doutrinador acentua:

É assim que não se pode pensar em dever de provar, porque não existe tal dever, quer perante a outra parte, quer perante o juiz; o que incumbe ao que tem o ônus da prova é exercê-lo no seu próprio interesse. O que tem o ônus da prova pode dar prova, ou não; dá-la como melhor a poderia dar, ou deixar de dá-la como poderia; não tem dever, nem há, do outro lado, direito de outrem à prova, como adverte Pontes de Miranda³⁰.

Dessa forma, o ônus probatório trata de uma regra processual que não atribui dever de provar o fato afirmado, mas sim é atribuído a carga probatória a um dos litigantes pela falta de determinada prova daquele fato específico que lhe competia produzir prova.

Neste sentido, é a lição de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz ou (iii) por convenção das partes³¹.

O ônus da prova tem duas funções primordiais: a) estimular as partes a provarem as alegações que fizerem; e b) ajudar o magistrado a, deparando-se com a incerteza e de acordo com as peculiaridades do caso concreto e aptidão das partes, indicar qual delas irá suportar o ônus da prova, em razão da potencial facilidade em produzi-la.

Cumprido salientar que, consoante *caput* do artigo 140 do CPC/15, o encargo probatório está relacionado ao fato de o juiz não poder se negar a sentenciar³², sendo, portanto, manifestação do direito de ação, conforme artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal³³.

³⁰ *Ibidem*, loc. cit.

³¹ 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. 11 ed. rev. amp. e atual. vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 110.

³² Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

³³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...).

Comumente, a doutrina classifica a regra do ônus do probatório em duas perspectivas: subjetiva e objetiva.

No ônus subjetivo, o instituto é analisado sob a perspectiva de quem é o responsável em produzir determinada prova, isto é, é uma regra procedimental.

É atribuído ao litigante a necessidade de pesar os meios de prova que poderá se valer para depois se utilizar deles na instrução da causa, a fim de reduzir o risco de sucumbência decorrente de eventual falta de prova, afinal a lei incumbe ao demandante o fato constitutivo do direito que alega ter e ao demandado o fato extintivo, impeditivo e modificativo do direito do autor.

O ônus objetivo, por sua vez, é uma regra de julgamento a ser aplicada pelo julgador no momento de preferir a sentença, no caso da prova se mostrar inexistente ou insuficiente ao seu convencimento.

Os riscos são entre os litigantes, delimitando qual delas, conforme o caso concreto, terá que suportar os efeitos da não produção da prova, arcando, portanto, com as conseqüências desfavoráveis de não se provar o fato que lhe aproveita.

Cumprе salientar que, em efeitos práticos, tal ônus não traz consigo a relevância de quem as provou e tampouco interessa saber se a parte onerada conseguiu trazer aos autos os elementos necessários à demonstração do fato a ela favorável, pois, em razão do princípio da aquisição processual ou da comunhão da prova, conforme artigo. 371 do CPC/15³⁴, a prova produzida não pertencerá mais aos litigantes, e sim ao processo. O que importa é que se faça presente e que servirá para orientar e embasar o julgamento. Eventual ausência da prova poderá haver uma influência no julgamento do magistrado.

Neste sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves sintetiza:

Como já afirmado, o ônus da prova, em seu aspecto objetivo, é uma regra de julgamento, aplicando-se somente no momento final da demanda, quando o juiz estiver pronto para proferir sentença. É regra que se aplica apenas no caso de inexistência ou insuficiência da prova, uma vez que, tendo sido a prova produzida, não interessando por quem, o princípio não

³⁴ Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

se aplicará. Trata-se do princípio da comunhão da prova (ou aquisição da prova), que determina que, uma vez tendo sido a prova produzida, ela passa a ser do processo, e não de quem a produziu. Dessa forma, o aspecto subjetivo só passa a ter relevância para a decisão do juiz se ele for obrigado a aplicar o ônus da prova em seu aspecto objetivo: diante de ausência ou insuficiência de provas, deve indicar qual das partes tinha o ônus de provar e colocá-la numa situação de desvantagem processual³⁵.

Tecidas estas considerações, passemos a analisar as regras que disciplinam a distribuição do ônus da prova.

³⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. vol. único. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1222.

4. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/73

A fim de melhor compreender a distribuição do ônus probatório atualmente em vigor, faz-se necessário entender o sistema expressamente adotado no Código de Processo Civil de 1973.

Em que pese haver inúmeras teorias a respeito da distribuição do ônus da prova, o CPC/73, no artigo 333, adotou a Teoria Estática do Ônus da Prova, adotando o critério apontado por Chiovenda e Betti. Segundo esta teoria, em respeito à igualdade das partes, o ônus probatório se divide entre os litigantes – autor e réu –, de modo que cada um tem o encargo de demonstrar os fatos que pretendem ser considerados pelo juiz.

Nesta distribuição estática, antes mesmo da formação da relação processual, as regras são previamente determinadas pelo legislador de maneira fixa, objetiva e abstrata, preocupando-se tão somente com uma solução de conflito, não se importando, portanto, de que forma, nem se tal solução pelo menos se aproximará da verdade dos fatos, não sendo permitido ao magistrado se eximir da prestação jurisdicional.

O magistrado, em qualquer situação, deve orientar seu julgamento por regras fixas, imutáveis e objetivas, distribuindo o ônus probatório a partir dos critérios pré-definidos na legislação – posição processual da parte e natureza do fato probando –, desvinculadas das particularidades do caso concreto e da relação de direito material levada a júízo.

Assim, de acordo com este critério de distribuição do ônus probatório, é incumbência de cada parte que intervenha do processo fornecer os elementos de comprovação de suas alegações fáticas, a fim de revelar seu interesse na demonstração dos fatos controvertidos.

Enuncia o artigo 333 do CPC/73 que:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Consoante dispositivo legal acima transcrito, a distribuição do encargo probatório no CPC/73 é muito simples: cabe ao autor demonstrar o fato constitutivo do seu direito postulado em juízo na petição inicial, ao passo que cabe ao réu, na contestação, demonstrar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado por aquele, isto é, cabe a cada parte o encargo de demonstrar os pressupostos fáticos do direito que se pretende reconhecer pelo magistrado ao solucionar a controvérsia.

Essa regra funda-se na lógica de que o demandante deve demonstrar os fatos que constituem o direito que alega ter, mas não a inexistência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção. Isto, em verdade, deve ser feito por quem pretende que o direito não seja declarado, ou seja, pelo demandado.

Neste sentido, é o ensinamento de Artur Thompen Carpes:

Com efeito, a distribuição do ônus da prova baseia-se diretamente nas normas de direito material invocadas na demanda e, pois, nos elementos que correspondem ao seu respectivo suporte fático. A base de distribuição se dá como em nosso CPC, em fatos constitutivos, por parte do autor em relação ao direito por ele alegado, e fatos impeditivos, modificativos ou extintivos por parte do réu. O autor tem o ônus de provar as alegações fáticas que pressupõem a aplicação das normas nas quais se funda sua pretensão. O réu, em contrapartida, em admitindo os fatos constitutivos do direito do autor, tem o ônus de provar os fatos que determinam a aplicação da norma que impedirá, modificará ou extinguirá o direito do autor³⁶.

A aplicação desse sistema legal se vale da premissa de que as partes litigam em acesso à prova igualdade de condições, de forma que os encargos probatórios seriam objeto de repartição legal equilibrada.

Isto não quer dizer, portanto, que o réu não tenha interesse em fazer contraprova do fato constitutivo do autor ou que este não tenha interesse em apresentar contraprova das exceções materiais alegadas por aquele. O que deve ser salientado é que, se diante de todas as provas produzidas ainda houver falta ou insuficiência de prova, a decisão do julgador será desfavorável àquele que originalmente possuía o encargo.

³⁶CARPES, Artur Thompen apud MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da Prova e sua Dinamização**. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 116.

Verifica-se, ainda, que o artigo 333 do CPC/73 trata de uma norma dirigida ao magistrado, quando há falta de provas, e às partes, indicando quem possui o encargo probatório de maneira prévia, sem sequer analisar as peculiaridades do caso concreto, a partir da natureza que funda sua pretensão ou exceção (constitutivo, extinto, impeditivo ou modificado do direito deduzido); e da posição assumida pelas partes na demanda.

Saliente-se que o dispositivo mencionado não trata de imposição da produção de prova, e sim uma indicação a quem cabe o encargo em produzi-la.

São considerados, portanto, três fatores para distribuição estática do ônus probatório: a) a posição da parte na demanda (autor ou réu); b) a natureza dos fatos que se funda a pretensão ou exceção; e c) o interesse da parte em provar suas alegações³⁷.

Sendo assim, os fatos deduzidos podem ser classificados no que tange a sua natureza e ao efeito que podem produzir em: constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

O fato constitutivo é aquele que constitui uma determinada situação jurídica de que o autor afirma ser titular, ou seja, é o fato que dá origem à lide. Assim, caberá ao autor demonstrar em juízo os fatos que lhe sirvam de base para a sua pretensão e o que determinou sua existência.

Na hipótese de não restar provado o fato constitutivo, ao réu caberá apresentar defesa direta de mérito, limitando-se a negar as alegações que lhe foram imputadas, pois não recai ônus da prova sobre o réu quando ele não alega fato modificativo, impeditivo, mas sim quando ele nega o fato constitutivo do direito do pretense direito do autor. Neste caso, o réu, mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, ganhará a causa.

Porém, se o autor provar o fato constitutivo do seu direito, caberá ao réu se defender por meio da defesa indireta, tendo a opção de demonstrar a existência de

³⁷DIDIER 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. 11 ed. rev, amp. e atual. vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 114.

três fatos novos: impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, que nada mais são do que aqueles que levam ao não reconhecimento do direito alegado na exordial.

Nestes termos, Humberto Theodoro Júnior discorre:

Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretendido direito. *Actore non probante obsolvitur réus*.

Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as consequências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação.

O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 374, III). A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo. Assim, se o réu na ação de despejo por falta de pagamento nega a existência da relação *ex locato*, o ônus da prova será do autor. Mas se a defesa basear-se no prévio pagamento dos alugueis reclamados ou na inexigibilidade deles, o *onus probandi* será todo do réu³⁸.

Os fatos impeditivos são aqueles que se manifestam em momento anterior ou concorrente ao fato constitutivo, atuando no plano de validade. São aqueles que obstam as consequências jurídicas objetivadas pelo autor a ponto de não permitir que seja emanado qualquer efeito em relação ao fato constitutivo. Como exemplo, tem-se a incapacidade para a prática de determinado negócio que surge como um fato que impede a realização deste que supostamente constituiria o direito.

Neste contexto, citam Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Oliveira o ensinamento de Chiovenda:

Chiovenda, em clássica explicação do fato impeditivo, assevera que, para o nascimento de um direito, é necessária a presença de: a) causas eficientes, que são circunstâncias que têm por função específica dar nascimento ao direito – compõem o próprio fato constitutivo do direito; e b) causas concorrentes, que são circunstâncias que devem concorrer para que o fato constitutivo (causa eficiente) produza seu efeito regular (dar nascimento ao

³⁸THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1294.

direito) e cuja ausência obsta sua produção – isto é, são fatos impeditivos do direito³⁹.

Já os fatos modificativos alteram a exigibilidade do direito da maneira como foi aduzida pelo pleiteante, isto é, são aqueles trazidos na defesa que acarretam mudança na alegação do autor por ter ocorrido de forma diversa da relatada pelo demandado. Como exemplo, tem-se a moratória concedida ao devedor.

Nos dizeres de Lucas Buriel de Macêdo e Ravi Medeiros Peixoto:

Os fatos modificativos alteram a exigibilidade do direito da maneira como foi aduzida pelo pleiteante, ou seja, já que atacam na esfera da exigibilidade, implicam no reconhecimento de sua existência e validade. São fatos modificativos a moratória concedida ao credor e a *exceptio non adimplecticontractus*⁴⁰.

Os fatos extintivos, por fim, são aqueles trazidos aos autos com a finalidade de por fim ao pedido do autor. Como exemplos, temos o pagamento de uma dívida, a decadência e a prescrição.

Destarte, a prova é de fácil dedução, não cabendo necessariamente a quem alega, e sim do que se está a alegar. Assim, Lucas Buriel de Macedo e Ravi Medeiros Peixoto exemplificam:

(...) se o réu aduz a não existência da causa de pedir remota alegada na inicial, não terá que provar nada *ab initio*, ou mesmo que admita a existência do fato constitutivo, não precisará prová-lo. O mesmo se dá no tocante ao autor: caso trate de fato impeditivo, como existente ou não, não lhe será imputado o *ônus probandi* deste. Saliente-se, ademais, que alegado fato notório (art. 334, I, do CPC) ou irrelevante, não se faz prova destes⁴¹.

Assim, observa-se que a distribuição estática do ônus da prova prevista no artigo 333 do CPC/73 se trata de uma regra simples e de fácil compreensão, essencial para a organização do processo, a fim de que haja uma lógica nas atribuições dos litigantes.

³⁹CHIOVENDA, Giuseppe apud 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**. 11 ed. rev. amp. e atual. vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 116.

⁴⁰MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da Prova e sua Dinamização**. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 118.

⁴¹Ibidem, p. 117.

Tal regra encontra-se apropriada para a maioria dos casos, de modo a promover a segurança jurídica entre autor e do réu em juízo, uma vez que há o conhecimento prévio dos encargos probatórios, entretanto esta regra parte da falsa premissa de que os sujeitos da relação processual se encontram em pé de igualdade nos autos e que as regras previamente estabelecidas teriam o condão de solucionar todas as situações submetidas em juízo.

Tal forma de distribuição do encargo está mais preocupada com a decisão judicial – já que veda o *non liquet* – do que com a tutela do direito substancial lesado ou ameaçado de lesão.

Dessa forma, caso o autor não demonstre o fato constitutivo, o pedido é julgado improcedente e, na hipótese do demandado não conseguir comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do demandante tendo este se desincumbido do seu encargo, o pedido é julgado procedente, sem que haja qualquer consideração com a dificuldade ou impossibilidade do litigante do fato serem demonstrado no processo.

A ausência de prova produzida pela parte, portanto, é tão somente conseqüência de sua disposição de vontade. Ignora-se, portanto, o fato de que isto pode ser fruto de obstáculos sociais, econômicos, técnicos, entre outros, fato que, a toda evidencia, poderá caracterizar, no caso particular, malferimento ao princípio da isonomia ao permitir que litigantes manifestamente desiguais sejam tratados como se fossem iguais.

Destarte, a regra estabelecida no artigo 333 do CPC/73, por não levar em consideração as peculiaridades das partes na relação processual posto à apreciação do magistrado – já que as condições fáticas probatórias de cada uma delas é diametralmente diferente –, mostra-se inadequada e insuficiente, podendo ser fonte de injustiças, na hipótese do titular do direito postulado se encontrar diante de prova diabólica e o litigante contrário se apresentar em melhores condições de produzi-la. Como exemplo tem-se a hipótese de erro médico, vez que quem detinha todas as informações e provas era o hospital, sendo a parte incapaz de comprovar que houve o erro.

Dessa forma, considerando que a distribuição estática do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil de 1973 mostra-se superficial, falha e insatisfatória, além de não ser apta à abrangência adequada de todas as situações que venham a ocorrer no judiciário, originou-se mecanismos de relativização desta regra, a ponto de permitir o acolhimento da teoria da distribuição do ônus probatório no Novo Código de Processo Civil, sancionado em 2015, a fim de complementar a regra já existente, a fim de promover o equilíbrio substancial entre as partes no processo.

5. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15

5.1 ORIGEM

A Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas pode ser considerada um teoria pós moderna sobre o ônus probatório pelo fator temporal em que foi concebida e pela sua essência e conteúdos jurídicos.

Em que pese haver controvérsia da sua origem, a doutrina reconhece que esta teoria nasceu com o filósofo e jurista inglês Jeremias Bentham, no século XIX, em sua obra *Tratado de las Pruebas Judiciales*, mas foi propagada pelo jurista argentino Jorge Walter Peryano em 1981, introduzindo em nosso ordenamento a chamada distribuição dinâmica do ônus da prova.

Bentham já havia vislumbrado a insuficiência de regras objetivas para solucionar a questão do ônus probatório. Sua concepção é a de que, quando houver a dinamização do ônus da prova e o novo encarregado por produzir prova não esclarecer de forma satisfatória o ponto assinalado pelo juízo, sucumbirá, sendo vitorioso aquele litigante que foi desincumbido. A responsabilidade da produção da probatória deve ser imposta, no caso concreto, àquele que puder satisfazê-la com menos inconvenientes.

Neste sentido, assevera Camilo José D'Ávila Couto:

Segundo Bentham, em um sistema de justiça franco e simples, a obrigação da prova deve ser imposta, caso a caso, à parte que puder melhor satisfazê-la com menos inconvenientes, vale dizer, menores despesas, menor perda de tempo e menos incomodo⁴².

Há quem defenda que Bentham foi o precursor dessa teoria, haja vista ser conhecida na Alemanha e já ter sido objeto de críticas por Leo Rosenberg em sua obra "La Carga de la Prueba".

Entretanto, da análise das obras de Bentham e Rosenberg, com a teoria de Peryano, pode-se admitir que Bentham apresentou uma de suas ideias centrais, entretanto em contexto histórico, social e jurídico totalmente diferente do adotado atualmente.

⁴² COUTO, Camilo José D'Ávila. **Dinamização do ônus da Prova no Processo Civil: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 96.

No tocante à Rosenberg, ao formar sua teoria sobre ônus da prova, em meados do século XX, não se pode afirmar, com exatidão, que tratou do assunto em comento, haja vista não haver qualquer citação de Bentham em sua obra.

Peryano, a seu turno, não defendia o descarte das regras objetivas, mas entendia que a aplicação desta teoria deveria ser de forma excepcional. Assim, estas regras objetivas deveriam ser afastadas quando a regra da distribuição estática do encargo se mostrasse insuficiente ou injusta em casos particulares.

Destarte, pode-se dizer que introdução e o desenvolvimento da *Teoria de las Cargas Probatorias Dinâmicas* provavelmente surgiu na Argentina com o jurista Jorge Walter Peyrano – sem que houvesse previsão legal –, inspirado nas idéias de ônus processual de James Goldschmidt, de forma descontinuada por intermédio de vários trabalhos sobre o tema, acompanhado da doutrina e da jurisprudência do seu país.

De acordo com Peryano, Goldshimdt foi quem apresentou ao direito processual civil vários conceitos básicos. No que tange ao ônus probatório, são salientadas as possibilidades e expectativas processuais dos litigantes, as quais são situações jurídicas que submetem as partes a agirem, ou não, de acordo com a sua conveniência.

Com fundamento na teoria defendida por James Goldshimdt, o processo não está vinculado a uma relação jurídica entre os litigantes, mas sim à conduta judicial e à tutela jurisdicional pretendida, isto é, o caso concreto em análise pelo Poder Judiciário.

As partes, no processo, estão diante de uma situação jurídica de expectativa de tutela do Estado diante do litígio frente a uma possibilidade processual que lhes importam provar conforme o seu interesse.

Peryano buscou sistematizar e difundir sua teoria, a fim de combater injustiças muitas vezes ocorridas em razão da rigidez da sua distribuição estática, quando houvesse dificuldade ou impossibilidade de um dos litigantes na produção de determinada prova por motivos absolutamente alheios à sua vontade, ao passo que o outro litigante possuía melhores condições de produção da prova ao justo

deslinde da demanda. Dessa forma, não interessa a posição da parte na relação processual.

Para este jurista, a regra convencional do ônus da prova mostra-se insuficiente na produção de provas que permita uma avaliação absoluta e justa pelo juízo de fato.

Cumprе salientar que, nesta concepção, a dinamização não substitui a distribuição estática do ônus probatório, sendo, portanto, supletiva, e não substitutiva.

Neste contexto, é o ensinamento de Peryano:

A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmica pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos⁴³.

Em diversos momentos, é reconhecido por muitos autores, inclusive Peryano, que o nascimento desta teoria se deu em decorrência da sua sentença proferida no caso de um paciente que não tinha condições de cumprir com seu encargo de comprovar que foi vítima de erro médico em uma cirurgia.

Por fim, cumpre ressaltar que originariamente a Teoria das Cargas Probatórias apresenta três fundamentos, quais sejam: a) a justiça aplicada ao caso concreto, ou seja, a equidade; b) a atitude dos litigantes no processo e; c) a responsabilidade do juiz no processo.

Entretanto pode-se citar, ainda, outros fundamentos pela doutrina e jurisprudência argentina, tais como concepção dinâmica do processo, dever de colaboração entre os profissionais, necessidade de equilibrar as diferenças existentes entre as partes no processo.

⁴³ PERYANO, Jorge W. apud LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 66.

5.2 RECONHECIMENTO DA INSUFICIÊNCIA DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

A insuficiência da distribuição estática do ônus da prova foi pela primeira vez reconhecida, na legislação brasileira, pelo Código de Defesa do Consumidor.

A ampliação das relações consumeristas decorrentes, em especial, do crescimento econômico na segunda metade do século XX, incrementou o poder das corporações comerciais e industriais em todo o mundo, notadamente após a II Guerra Mundial, a partir de quando os mercados se ampliaram para atingir a circulação universal da riqueza. Enquanto isso, a massa de consumidores permanecia como destinatário final dessa produção.

Com uma tendência inovadora e a fim de buscar a conciliação entre o princípio dispositivo e o equilíbrio entre as partes, o Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de por mostrar a necessidade em estabelecer uma regra distinta de distribuição do ônus probatório previsto no artigo 333 do CPC/73 nas relações consumeristas, rompendo, ainda que de forma embrionária, a idéia de que regras prévias e abstratas bastam para a distribuição da responsabilidade de produção de prova nos autos, permitiu o início de uma análise das particularidades do caso concreto, perpetrando um maior dinamismo ao processo.

Sendo assim, o legislador previu a possibilidade de inversão do ônus da prova nestas relações, consagrado no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como um direito básico do consumidor, que vai além da posição processual das partes – autor ou réu – e da natureza dos fatos alegados – constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos – por cada um dos litigantes, *in litteris*:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

O Código de Defesa do Consumidor inovou ao reconhecer que há um desequilíbrio nas relações consumeristas ao estabelecer o dever de colocar o consumidor em pé de igualdade com o fornecedor no processo, compensando a situação da inferioridade, elemento que fundamenta a inversão do ônus da prova nestas relações.

Entretanto este não é o único elemento que justifica a inversão do ônus da prova. Neste sentido, Raul André Martins cita o exemplo de Thiago Azevedo Guilherme, *in verbis*:

pode-se apontar a própria complexidade da relação consumerista em vi, vez que muitos dos objetos de consumo são hoje em dia dotados de complexidade tecnológica profunda, impedindo que o consumidor possa se defender com eficiência quando atingido em sua esfera jurídica. Não se pode negar que esta complexidade das relações (...), bem como a própria distância existente entre o grau de organização dos grupos econômicos em comparação com a fragilidade dos consumidores individualmente considerados é que determina os próprios requisitos para que o juiz inverta o ônus da prova⁴⁴.

Destarte, verifica-se que a inversão do ônus da prova é condicionada ao juízo do magistrado sobre a ocorrência da verossimilhança da alegação existente na petição inicial e a constatação da hipossuficiência do consumidor na produção probatória, segundo as regras de experiência, não se dando, portanto, de forma automática.

Assim, o dispositivo acima mencionado não aboliu a distribuição estática do ônus da prova, mas conferiu ao juiz a mudança da regra estabelecida no artigo 333 do CPC/73 na relação consumerista.

Hipossuficiência é conceito jurídico indeterminado, relacionado com a ausência de condições de defesa processual das mais variadas ordens, de modo que a sua análise ocorre no caso concreto. Com efeito, cabe ao magistrado, nas situações específicas levadas a juízo, identificar a hipossuficiência do consumidor (técnica, jurídica, cultural, econômica, entre outras), a ensejar a aplicação da norma de proteção.

⁴⁴ GUILHERME, Thiago Azevedo, **Considerações sobre a flexibilização do ônus da prova e acesso à justiça na constitucionalização do processo civil**, 2010. In: MATHIAS, Raul André. A Nova Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro. In: KIRCHNER, Felipe. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, ano 6. vol. 11, jan/ abr 2015, p. 134-135.

Neste sentido, Nadialice Francischini de Souza assevera:

No tocante à hipossuficiência, a inversão do ônus da prova tem correlação com o fato de o consumidor não possuir conhecimentos técnicos e informativos sobre o produto ou serviço, suas propriedades ou seu funcionamento, dentre outros aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características do vício, etc. ela, como já salientado, deve ser verificada no caso concreto. O consumidor tem que comprovar que, em virtude de sua deficiência técnica, econômica, fática ou científica, não tem condições, naquele caso, de produzir as provas necessárias para demonstrar as suas alegações. Reitera-se que a hipossuficiência há de se presumir, diferente da vulnerabilidade⁴⁵.

Além da hipossuficiência, o legislador previu a verossimilhança como hipótese de inversão do ônus da prova com base nas regras de experiência.

A verossimilhança das alegações é analisada com base na verificação das provas acostadas no processo, nas regras de experiência e presunções do magistrado. Este, fundado na ideia do que normalmente acontece, deverá, enxergando aparência de verdade na petição inicial, aplicar a norma protetiva para redistribuir o ônus probatório e presumir verdadeira a narrativa fática do consumidor, atribuindo ao fornecedor o encargo de provar o contrário.

Sendo assim, André Bonelli Rebouças ensina que:

O que é verossímil aproxima-se mais do que pode ser verdadeiro do que o que não poderia ser. Esboça-se na consciência do juiz uma série de indicadores nascidos daquilo que ordinariamente ele observa, o que o deixa propenso a dar crédito à afirmação. A verossimilhança não afasta a dúvida, mas minimiza, e já é o bastante para possibilitar a adoção da medida que seja calcada no juízo da probabilidade. Seja, pois, a concessão de uma liminar assecuratória, ou de uma antecipação dos efeitos da tutela, ou mesmo a inversão do ônus da prova. Todas estas medidas se fulcram num juízo de verossimilhança, quer seja para evitar o perecimento de um direito, quer seja para possibilitar a antecipação da execução (provisória) de uma decisão de mérito, quer seja para facilitar a defesa dos interesses do consumidor em juízo⁴⁶.

Dessa forma, observa-se a necessidade de haver provas mínimas para facilitar o magistrado analisar a verossimilhança.

Neste sentido, assevera André Gustavo C. de Andrade que:

⁴⁵SOUZA, Nadialice Francischini de. **Relações de consumo**: desmistificando a aplicação do princípio da vulnerabilidade. Salvador: Mentis Aberta, 2013, p. 109.

⁴⁶REBOUÇAS, André Bonelli. **Questões sobre o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 53.

(...) não se afigura admissível a inversão do ônus probatório com fundamento em verossimilhança da alegação se não se tem pelo menos uma prova indireta (indício) da qual se possa inferir que provavelmente é verdadeira a alegação do consumidor. O juízo de verossimilhança é formado, portanto, a partir da prova indiciária, que possibilita ao juiz realizar uma associação entre dois fatos: um comprovado (o fato indiciário) e o outro apenas alegado (o fato constitutivo do direito do consumidor). A prova do primeiro permite a ilação ou presunção de que o último também ocorreu, por lhe ser conseqüência ordinária. Há, em tal caso, simples *praesumptiohominis* realizada pelo julgador. Mas sem esse indício mínimo, não há de onde se extrair a verossimilhança da alegação⁴⁷.

Cumprе salientar que, para alguns doutrinadores, as hipóteses de hipossuficiência e verossimilhança são requisitos alternativos independentes, não precisando estar presentes concomitantemente. Assim, a inversão do ônus probatório estará caracterizada na ocorrência de um desses casos.

Para outros autores dizem que a verossimilhança das alegações consoante as regras da experiência, técnicas ou comuns não se constitui de fato uma inversão do ônus da prova. São utilizadas as regras de experiências permitindo-se uma presunção.

Cumprе salienta que nessas duas hipóteses – hipossuficiência e verossimilhança – a inversão do ônus probatório é voltada ao juiz, não havendo motivo para pensar que seria regra dirigida à parte, vez que em nenhum desses casos se exige prova do fornecedor.

Entretanto, caso a prova seja difícil ou impossível para o consumidor, ou seja possível ou mais fácil para o fornecedor, a inversão do ônus probatório se destina a dar ao réu a oportunidade de produção probatória que incumbiria ao autor, de acordo com o quanto estabelecido no artigo 333 do CPC/73.

Neste sentido, é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Não se pode, todavia, entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas ações de consumo. Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que deverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal. Em segundo

⁴⁷ANDRADE, André Gustavo C. de apud MATHIAS, Raul André. A Nova Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro. In: KIRCHNER, Felipe (coord). **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, ano 6. vol. 11, jan/ abr 2015, p. 137.

lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova.

Ao réu, segundo a melhor percepção do espírito da lei consumerista, competirá provar, por força da regra *sub examine*, não o fato constitutivo do direito do consumidor, mas aquilo que possa excluir o fato da esfera de sua responsabilidade, diante do quadro evidenciado no processo, como, v.g., o caso fortuito, a culpa exclusiva da vítima, a falta denexo entre o resultado danoso e o produto consumido etc. Se, entretanto, o autor não tiver trazido ao processo qualquer prova do dano que afirma ter sofrido e nem mesmo elementos indiciários do nexo entre esse dano e o produto ou serviço prestado pelo fornecedor demandado, impossível será realizar o juízo que o art. 6º, VIII, do CDC, exige do magistrado para carrear o ônus da prova ao réu⁴⁸.

Ainda sobre a interpretação do dispositivo, cumpre salientar a diferença entre as duas hipóteses de inversão do ônus probatório realizada pela doutrina: inversão legal e inversão judicial.

A inversão legal, por ser feita *a priori* não é tecnicamente uma inversão, pois o ônus da prova deve ser avaliado com a propositura da ação e, somente a partir daí, poderá se falar em inversão. Trata-se de distribuição do ônus probatório prevista na legislação específica, diferente da constante na regra geral, mas que deve ser conhecida pelas partes.

Ressalte-se que a inversão legal é obrigatória, não dependendo do caso concreto. São irrelevantes a demonstração da verossimilhança ou da hipossuficiência do consumidor. Como exemplo tem-se o artigo 38 do CDC que determina que a prova da comunicação publicitária é de quem patrocina⁴⁹.

A inversão judicial, por sua vez, é aquela por meio do qual a lei dá ao magistrado a possibilidade de, na análise do caso concreto, inverter o ônus da prova. É o caso do artigo 6º, VIII, do CDC.

No tocante ao momento adequado para aplicação da regra em comento, há grande discussão na doutrina.

⁴⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1311-1312.

⁴⁹ O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Para a primeira corrente, a inversão do ônus probatório deve se dar na sentença, sob o argumento de que, a partir do conteúdo da petição inicial, os litigantes tomam ciência da possível aplicação do Código de Defesa do Consumidor no caso concreto, de modo que a inversão do ônus da prova será previsível e não significará surpresa.

Tal entendimento, que encara a norma como regra de julgamento, não parece coerente, uma vez que, muito embora a legislação consumerista traga, nos seus dispositivos iniciais, definições que tornam objetiva a identificação das situações por ele reguladas, a aplicação do microsistema consumerista ao caso concreto, na prática, depende de decisão do magistrado.

Esse entendimento de que a exordial é suficiente para saber se a legislação consumerista regulará ou não o caso em análise é atribuir aos litigantes a impossível capacidade de antecipar as decisões judiciais. Entretanto isso não se pode admitir num processo cooperativo que tem por norte a cláusula geral da boa-fé processual.

Dessa forma, parece estar mais coerente a segunda corrente que defende que a inversão do ônus probatório deve ocorrer antes da sentença, em momento que evite a prolação de decisão surpresa, bem como que permita ao litigante a quem se atribui o encargo a chance de dele se desincumbir. Diferentemente da regra do ônus da prova, o dispositivo discutido constitui verdadeira regra de processo, que regula a atividade dos sujeitos processuais, e não somente o julgamento final do feito.

De fato, a inversão do ônus probatório em prol do consumidor não caracteriza uma aplicação da distribuição de riscos como resultado da não produção da prova, mas sim uma redistribuição de encargo, que deve ser previamente noticiada aos litigantes. A notícia de que o CDC será aplicado – e, com isso, será invertido o ônus probatório – é inclusive fundamental ao direito dos litigantes de discutir o próprio enquadramento do microsistema no processo, tudo isso em respeito ao princípio constitucional do devido processo legal.

Por fim, destaque-se que, por se tratar de regra que privilegia a isonomia processual e a efetividade do processo, alguns doutrinadores passaram a entender

que a inversão do ônus probatório não deveria ser restrita às causas de consumo, podendo ser aplicada a todas as demandas em que, havendo os requisitos permissivos, se identificasse ser esta a regra mais adequada ao processamento do litígio.

Nessa linha, anteriormente à edição do Código de Processo Civil de 2015, já se reconhecia que a norma consumerista de inversão do ônus da prova não disciplinava uma situação isolada de insuficiência da teoria estática para as situações concretas

Com efeito, mesmo antes da adoção definitiva da teoria da distribuição dinâmica no CPC/15, precedentes já se formavam durante a vigência do CPC/1973, no sentido da inversão do ônus da prova não apenas nas relações de consumo, mas em relações jurídicas de outra natureza, em que houvesse hipossuficiência de uma das partes ou norma de direito material que implicasse presunção de veracidade das alegações de um dos litigantes.

Como exemplo temos o julgado do Superior Tribunal de Justiça na ação civil por dano ambiental que aplicou a teoria dinâmica do ônus da prova:

PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - OMISSÃO - NÃO-OCORRÊNCIA - PERÍCIA - DANO AMBIENTAL - DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR - PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual.

2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.

4. Nesse sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível informações obtidas de sítio da internet.

5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrentes do engenho humano.

6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova pericial⁵⁰.

No mesmo sentido, esse mesmo Egrégio Tribunal também assim se posicionou na ação indenizatória pela cobrança indevida de protesto de notas promissórias:

CIVIL E PROCESSO CIVIL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. CRITÉRIOS. PROVA. ÔNUS. DISTRIBUIÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. COBRANÇA DE DÍVIDA JÁ PAGA. LIMITES DE INCIDÊNCIA. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 17, 18, 125, I, 282, 286, 333, I E II, 339, 355, 358, 359, 460 E 512 DO CPC; E 1.531 DO CC/16 (940 DO CC/02). 1. Ação indenizatória ajuizada em 16.02.2001. Recurso especial concluso ao gabinete em 21.10.2011 2. Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade civil das rés pelo apontamento indevido para protesto de notas promissórias. 3. Não há como se considerar presente na espécie: (i) a litigância de má-fé (art. 17 do CPC), pois a resistência da parte compreendeu apenas a juntada de alguns documentos contábeis, que não se mostraram indispensáveis à realização do trabalho pericial - tanto que não houve a instauração de incidente de exibição de documentos - e cuja recusa na apresentação guardou coerência com a tese de defesa; tampouco (ii) o dolo na cobrança de dívida já paga (art. 1.531 do CC/16), ante a existência de dúvida razoável quanto à efetiva quitação do débito, tendo a própria devedora admitido a possibilidade de haver saldo em aberto, visto que as transferências de dinheiro por ela efetuadas não eram discriminadas e as partes mantinham complexas e diversificadas relações jurídicas, oriundas da celebração de vários contratos, muitos deles entrelaçados e prejudiciais uns aos outros, originando diferentes débitos, garantias e obrigações, parte deles sem nenhuma relação com as notas promissórias apontadas para protesto. Ademais, sendo uma só a conduta supostamente caracterizadora tanto da litigância de má-fé quanto do dolo na cobrança de dívida já paga - qual seja, a recusa de submeter parte dos livros contábeis à análise pericial - e não tendo o Tribunal Estadual enquadrado esse comportamento nas hipóteses do art. 17 do CPC, deve-se, por coerência, afastar também a incidência da sanção do art. 1.531 do CC/16. 4. No particular, não há como considerar incluído na indenização decorrente do protesto indevido das notas promissórias o pedido de compensação pelos prejuízos derivados da declaração de falência, na medida em que: (i) por ocasião da propositura da ação indenizatória, o pedido de falência sequer havia sido ajuizado, de sorte que as pretensões contidas na inicial certamente não abrangeram os danos advindos da quebra; (ii) o acórdão que decretou a falência ainda não transitou em julgado; (iii) a iniciativa de propor o pedido de falência foi exclusivamente de uma das empresas que figuram no polo passivo da ação indenizatória; e, mais importante, (iv) a autora ajuizou ação indenizatória autônoma objetivando especificamente o ressarcimento dos prejuízos advindos da decretação da sua falência, cujo pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição e que aguarda o julgamento da apelação interposta. 5. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. 6. Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1060753** – SP (2008/0113082-6). Recorrente: Rodrimar S/A Transportes Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais, Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo, Relator: Min. Eliana Calmon. D.J 14/12/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 fev. 2017.

da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. 7. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. 8. A litigância de má-fé deve ser distinguida da estratégia processual adotada pela parte que, não estando obrigada a produzir prova contra si, opta, conforme o caso, por não apresentar em juízo determinados documentos, contrários à suas teses, assumindo, em contrapartida, os riscos dessa postura. O dever das partes de colaborar com a Justiça, previsto no art. 339 do CPC, deve ser confrontado com o direito do réu à ampla defesa, o qual inclui, também, a escolha da melhor tática de resistência à pretensão veiculada na inicial. Por isso, o comportamento da parte deve sempre ser analisado à luz das peculiaridades de cada caso. 9. O art. 1.531 do CC/16, mantido pelo CC/02 em seu art. 940, institui uma autêntica pena privada, aplicável independentemente da existência de prova do dano, sanção essa cuja aplicação fica sujeita, pois, a uma exegese restritiva. 10. A aplicação da sanção prevista no artigo 1.531 do CC/16 - cobrança de dívida já paga - depende da demonstração de má-fé, dolo ou malícia, por parte do credor. Precedentes. 11. Recurso especial da autora a que se nega provimento. Recursos especiais das rés parcialmente providos⁵¹.

Também o Tribunal Superior do Trabalho aplicou a teoria dinâmica do ônus da prova antes da entrada em vigor do CPC/15 ao não afastar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora dos serviços, a qual não comprovou sua efetiva fiscalização do cumprimento do contrato. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. TOMADOR DE SERVIÇOS. A norma do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 não afasta a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora dos serviços. A falta de comprovação da efetiva fiscalização do cumprimento do contrato formalizado com a prestadora de serviços em proveito do ente público e do inadimplemento de direitos decorrentes do contrato de trabalho configura a conduta culposa prevista na ADC nº 16 do STF e na Súmula nº 331 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento⁵².

Destarte, observa-se, portanto, que a inversão probatória no Código de Defesa do Consumidor teve o escopo de introduzir na legislação brasileira regra de distribuição do ônus da prova de acordo com a teoria dinâmica e, posteriormente, abriu espaço para a sua aceitação na doutrina e na jurisprudência, resultando, por fim, na sua adoção definitiva pelo CPC/15.

⁵¹ _____. **Recurso Especial 1286704** – SP (2011/0242696-8), Recorrente: Transbrasil S/A Linhas Aéreas. Recorrido: General Electric Capital Corporation e outros, Relator: Min. Nancy Andrighi, D.J 28/10/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 fev. 2017.

⁵² _____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 101-63.2014.5.02.0067**, Relator: Min. Maria Helena Mallmann, Agravante: Município de São Paulo, Agravado: Wilson Roberto Sampaio Leite e outro. Data de Julgamento: 04/11/2015, Brasília. D.JT 13/11/2015. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 01 fev. 2017.

5.3 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/15

Consoante fora visto anteriormente, o sistema de distribuição do ônus probatório previsto no artigo 333 do CPC/73, em que pese assentar-se em regras objetivas e fixas e resolva a maior parte dos casos, não é suficiente para auxiliar o magistrado na formação de sua convicção, eis que não leva em consideração as peculiaridades dos litigantes na relação processual. Sendo assim, mostra-se inadequada e insuficiente, podendo ser fonte de injustiças, além de não ser apta à abrangência adequada de todas as situações que venham a ocorrer no Poder Judiciário.

Dessa forma, surgiram diversas teorias doutrinárias para auxiliar na melhora deste sistema e uma mudança significativa na interpretação do processo como um todo, fazendo prevalecer a justiça. Assim, concluiu-se que a melhor solução é a flexibilização das regras legais ordinárias do código anterior, permitindo ao magistrado, em condições especiais, adotar o critério mais adequado para julgamento do caso concreto com a finalidade de proporcionar uma decisão verdadeiramente mais justa.

A teoria da distribuição da carga probatória, portanto, passou a ser difundida por Peryano, tendo, modernamente, se formado entendimento na doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade da distribuição dinâmica – mesmo antes do novo Código de Processo Civil – com base nos princípios da lealdade, probidade, boa fé processual e dever de cooperação com o órgão julgador e no dever de colaboração na elucidação da controvérsia.

Pela distribuição dinâmica, o encargo probatório não deve ser repartido de forma prévia, e sim casuisticamente, sendo irrelevante a posição da parte – se autor ou réu –, seu interesse na produção da prova ou espécie do fato probando – sem constitutivo, modificativo ou extintivo –, em afastamento à rígida e inflexível de repartição do ônus.

O objetivo desta teoria é exatamente obter, por meio de um dever de cooperação entre as partes na busca da verdade, uma maior aproximação do

processo com o caso concreto e inibir julgamentos com dúvida, baseados na regra formal, bem como impedir que a posição privilegiada de uma parte em relação à outra, isto é, é trazer aos autos uma prova relevante ao adequado julgamento do litígio, essencial ao convencimento do julgador.

Como exemplo, podemos citar as seguintes hipóteses em que tal posição é verificada: a) o papel desempenhado por uma das partes no fato gerador da controvérsia; b) estar uma das partes em posse de coisas ou documentos essenciais à instrução probatória; c) ser uma das partes a única detentora da prova; d) existência de condições técnicas, profissionais ou jurídicas que uma das partes possua como forma superior em relação à outra.

Esse modelo dá ao magistrado maior poder instrutório do que o da distribuição estática do ônus probatório, uma vez que, por esta regra geral, provavelmente essa prova não chegaria aos autos pela impossibilidade ou dificuldade de a parte onerada produzi-la.

Sendo assim, o importante é que o magistrado casuisticamente verifique a facilidade da produção da prova por cada um dos litigantes no caso concreto com base nas regras de experiência, liberando desse encargo de provar e dos possíveis efeitos negativos ao litigante que se encontra em condições desfavoráveis de produzir determinada prova, mesmo que os fatos objetos de prova tenham sido alegados pela parte contrária.

Com efeito, se a parte a qual o juiz impôs o ônus da prova não produzi-la ou a fizer de forma deficitária, as regras do ônus da prova sobre ela recairão, em razão de não ter cumprido com o encargo determinado judicialmente.

Dessa forma, considerando o propósito do processo e sua busca por decisões justas e adequadas, a teoria da dinamização do ônus da prova surge não para substituir a regra geral do encargo probatório, mas sim para agregar valor ao procedimento, dando melhor solução a casos particulares que teriam decisões e resultados manifestamente inócuos.

Neste sentido, é o entendimento de Eduardo Cambi:

O objetivo da técnica é exatamente trazer aos autos uma prova relevante ao adequado julgamento da lide, essencial ao convencimento do magistrado, quando, pela regra geral de distribuição legal, muito provavelmente essa prova não chegaria aos autos pela impossibilidade ou dificuldade de a parte onerada produzi-la. Daí ressaltar que a modificação da distribuição legal do ônus probatório apenas deve se dar em casos excepcionais, em que a distribuição prévia figure como empecilho, para uma das partes, ao acesso à justiça. Não se deve pretender transformar a modificação do ônus em regra, afastando a aplicação da regra geral, que é a distribuição legal, e não pelo juiz. Deve-se buscar a utilização da técnica somente em casos extremos, quando as peculiaridades da causa assim requererem⁵³.

O novo Código de Processo Civil de 2015, portanto, em seu artigo 373, em que pese ter mantido a distribuição estática do ônus da prova anteriormente prevista no artigo 333 do CPC/73 como regra geral, mantendo a possibilidade da parte que ajuíze uma demanda saber previamente a quem caberá a carga probatória de cada fato jurídico, adotou um sistema mais flexível e aplicou a teoria da dinamização do ônus probatório, passando a admitir o afastamento da rigidez da partilha estática e a permitir expressamente a modificação do ônus da prova de maneira diferente dos fundamentos legais ordinários, conforme parágrafo primeiro do artigo 373, do CPC/15, tornando legal o que a muito tempo encontrava-se no entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Neste sentido, é a lição de Humberto Theodoro Júnior:

A aplicação da partilha estática do ônus da prova se vale da premissa de que as partes litigam em condições equânimes de acesso à prova, de maneira que os encargos em questão seriam objeto de repartição equilibrada. N entanto a realidade aponta para rumos diferentes, pois não são raros os casos em que a parte encarregada pela lei do *onus probandi* não se acha, *in concreto*, em condições favoráveis de acesso aos meios demonstrativos da verdade acerca dos fatos alegados na fase postulatória, relevantes para o juiz chegar à solução justa do litígio.

Por isso a nova lei reconhece a necessidade de, em tais situações, afastar-se a rigidez da partilha estática do ônus legal da prova, adotando critério flexível, a qual a doutrina chama de ônus dinâmico da prova, atribuindo-o, de maneira diversa do sistema ordinário da lei, à parte que realmente esteja em condições de melhor esclarecer os fatos relevantes da causa (NCPC, art. 373, §1º)⁵⁴.

⁵³ CAMBI, Eduardo. **Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §§1º e 2º do NCPC**. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coord.). Direito probatório: Coleção Grandes temas do novo CPC. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 259.

⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1311-1312.

Dessa forma, é de intenso proveito a inclusão desta norma, que torna definida a compatibilidade desta teoria com o Código Processual Civil, restringindo as discussões acerca da sua compatibilidade ou não com o sistema.

Sendo assim, o artigo 373, §1º, do CPC/15 dispõe que:

Art. 373. (...)

§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Consoante dispositivo legal acima transcrito, o juiz somente poderá partilhar o encargo probatório de modo diverso da regra geral: a) quando for autorizado pela lei expressamente; b) quando for identificado que a aplicação da regra geral colocar a parte em situação de impossibilidade ou de dificuldade extrema de se desincumbir de seu ônus; c) ou quando a parte tiver uma maior facilidade de provar o fato controvertido.

Destarte, a primeira exigência é que a parte, no caso concreto, não tenha condições reais de colacionar aos autos uma determinada prova, de maneira que dificulte a busca pela solução mais justa do conflito, afrontando o princípio da verdade real e o livre convencimento do próprio magistrado.

Cumprido salientar que esta dificuldade deve ser real, que possa violar o direito constitucional à prova, podendo decorrer não somente um fato negativo, e sim de vários fatores, tais como profissional, científico, técnico, informacional. Basta que seja demonstrado esta dificuldade para o preenchimento deste requisito.

No que tange a segunda exigência, esclarece-se que estar em melhores condições significa que o litigante está, em relação à parte contrária, em melhor posição privilegiada ou destacada para revelar a verdade e seu dever de colaboração é acentuado a ponto de atribuir à parte um encargo que não seria possível na regra geral ordinária.

Para observar que parte que está em melhores condições, devem ser verificadas as especificidades do direito material e das características próprias do

caso concreto que colocam um litigante em posição de destaque em relação à outra parte.

Entretanto é indispensável que, além de haver dificuldade ou impossibilidade para um dos litigantes, haja maior facilidade para a parte contrária em produzir essa prova, uma vez que a existência de desigualdade é um dos fundamentos para a distribuição dinâmica do ônus probatório. Caso contrário poderá ser causado ou acentuado o desequilíbrio já existente, desaparecendo a razão para a distribuição dinâmica.

Cumprе salientar que estar em melhores condições não pode ser confundido com estar com maior comodidade para produzir prova. Deve estar realmente comprometida ou inviabilizada sua produção na hipótese de ser observada tão somente a regra geral.

Esta análise pode ser feita pelo próprio juiz de ofício, quando constatada a desigualdade entre a possibilidade probatória das partes. Para isto, necessário que seja utilizado o seu poder instrutório ou que haja provocação pela parte interessada, desde que demonstre sua dificuldade e em que medida a parte contrária terá melhores condições de produção probatória.

Outro requisito que deve ser observado é o contraditório, isto é, que seja ouvida a parte adversária que se desincumbiu do encargo respectivo.

Por fim, a dinamização deve ser recaída sobre fato controvertido determinado, uma vez que nada impede que seja aplicada a regra geral de distribuição do ônus da prova em relação a outros fatos.

5.4 DIFERENÇAS ENTRE A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Cumprе ressaltar que, embora a dinamização do ônus da prova e a inversão do ônus probatório se assemelhem à medida em que ambos objetivam que a parte

que tenha melhores condições tenha o encargo de produzir prova, estes institutos não se confundem.

A inversão do ônus da prova é um direito básico do consumidor, cuja aplicação é obrigatória, desde que preenchidos os requisitos legais, eis que está prevista em norma de ordem pública e interesse social, conforme artigo 1º do CDC⁵⁵. Neste instituto, caso o autor seja hipossuficiente ou verossímel suas alegações, está dispensado de produzir prova integral dos fatos constitutivos do seu direito, devendo o réu arcar com o encargo de que o fato não existiu. Presume-se que alguém tinha o dever de provar e foi dispensado, pois a própria lei assim estabelece.

A dinamização do ônus da prova, por sua vez, independe de qualquer relação de consumo. O magistrado não vai determinar uma troca de encargo, e sim a determinação de quem vai produzir determinada prova é aquele que tiver melhores condições de produzi-la, observando as peculiaridades do caso em análise e as regras de experiência. Não há, portanto, inversão, pois o encargo não é estabelecido de maneira prévia e abstrata.

Ademais, na dinamização do ônus probatório não recai sobre o litigante o ônus da prova de todas as alegações controvertidas, entretanto somente daquele que ela puder provar de forma mais fácil. Ao passo que, na inversão do ônus da prova, a maior parte do ônus da prova é do fornecedor, uma vez que, em verdade, a inversão do encargo probatório termina reconhecendo uma presunção de veracidade do fato constitutivo do direito do consumidor, mantendo-se o encargo do fornecedor de comprovar os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do litigante contrário.

Destarte, em que pese serem institutos com os mesmos objetivos – produção da prova pela parte que tem melhores condições e produzi-la –, diferem-se por possuírem características distintas.

⁵⁵ Art. 1º. O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

5.5 IMPORTÂNCIA EM SABER QUEM PRODUZIU PROVA

A priori, é irrelevante saber quem produziu prova no processo, pois, uma vez acostada aos autos, o magistrado deverá analisar a prova dentro de um contexto probatório, não importando se o litigante que a produziu ou quem requereu a produção de prova aproveitará ou não o seu valor.

Cumpra salientar que a prova não deixará de ser considerada na hipótese de ser prejudicial à parte que juntou no processo. Entretanto entende-se que a credibilidade pessoal da parte associada à verossimilhança das alegações é relevante na formação do convencimento do magistrado.

Dessa forma, se for verificado pelo julgador que o litigante, em que pese não ser seu encargo, se esforçou em colacionar uma prova específica no processo ou, apesar de poder ter produzido uma prova, não o fez, pode ser essas condutas sejam relevantes para a formação do convencimento do juiz.

5.6 DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE EXCEÇÃO

Da análise do art. 373, §1º, do CPC/15 deve ser salientado o caráter excepcional da dinamização do ônus da prova, isto é, em hipótese em que haja necessidade de aplicação desta medida para a prestação adequada da tutela do direito material, caso contrário, em verdade, estaria sendo aplicada uma nova regra rígida.

Primeiramente, o anteprojeto do Código estabelecia um artigo relativo à teoria estática, e outro à dinâmica, redação esta que se entendia que haviam duas regras autônomas. Caberia, portanto, ao magistrado estabelecer qual dispositivo seria aplicável ao caso concreto.

Registre-se que, na redação originária do anteprojeto estabelecia apenas uma condição à dinamização, qual seja: a posição privilegiada de um dos litigantes na produção da prova em relação ao outro.

Entretanto a doutrina foi uníssona ao recomendar que a teoria fosse introduzida no novo Código de Processo Civil como regra excepcional, aplicável nas hipóteses em que se mostrasse mais adequada à solução do litígio. O fundamento deste raciocínio é o de que o objetivo prático da teoria em comento é evitar a imposição de uma prova diabólica para uma das partes.

Assim, a fim de ressaltar os poderes instrutórios do magistrado, a versão final do código acatou a recomendação, adotando um único artigo para tratar da distribuição do ônus da prova e restringiu o cabimento do ônus dinâmico, sendo que o *caput* estabeleceu a regra geral, tendo os parágrafos excepcionado-a, dando mais simplicidade à subsidiariedade da teoria dinâmica.

Destarte, dúvidas não há que a dinamização da carga probatória é regra de exceção, sendo aplicável com cautela nos casos em que não for satisfatória a regra geral para a realização da justiça.

5.7 AUSÊNCIA DE ARBITRARIEDADE NO EMPREGO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O magistrado não deixa de aplicar a regra geral estabelecida no artigo 373, *caput*, do CPC/15 para aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova por conveniência e oportunidade, e sim na hipótese de preenchimento dos requisitos: a) impossibilidade ou excessiva dificuldade do autor em demonstrar os fatos constitutivos do seu direito ou do réu em comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor; e b) a maior facilidade de obtenção de prova pela parte que, *a priori*, não possui o ônus probatório.

Além destes requisitos, conforme §3º do artigo 373 do CPC/15⁵⁶, o magistrado, ao aplicar a técnica da dinamização do ônus a prova, tem o dever de justificar e fundamentar em sua decisão, demonstrando, sob pena de nulidade, a ocorrência de um dos requisitos constantes do §1º deste dispositivo em comento,

⁵⁶ Art. 373, § 3º. A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

bem como que a decisão não gere hipótese em que a desincumbência do ônus probatório pelo outro litigante seja impossível ou excessivamente difícil.

Saliente-se que o dever de fundamentar a decisão é um direito constitucional imprescindível para o Estado de Direito e para o controle racional das decisões judiciais e está estabelecido no artigo 93, IX, da CF/88⁵⁷.

A distribuição dinâmica deve ser aplicada, portanto, em hipótese em que haja necessidade, a fim de que haja prestação adequada da tutela do direito material, caso contrário, em verdade, estaria sendo aplicada uma nova regra rígida.

Neste sentido, Lucas Buril de Macedo e Ravi Medeiros Peixoto asseveram:

É possível, então, formularmos a seguinte construção: a teoria da dinamização probatória não invalida a distribuição estática, a qual funciona adequadamente na maioria dos casos. No entanto, se, no caso concreto, esta teoria não se mostrar adequada, gerando encargos excessivos para uma das partes, quando a outra tem melhores condições, impõe-se a dinamização⁵⁸.

Cumprе salientar que a distribuição dinâmica somente é aplicável em relação ao fato de difícil demonstração, e não a todos os fatos presentes na demanda. Dessa forma, é perfeitamente possível que, em relação a diferentes fatos haja aplicação da regra estática e da distribuição dinâmica do ônus da prova num mesmo processo.

Neste sentido, Eduardo Cambi assevera:

Não há risco de arbítrio, porque a decisão judicial, ao proceder a distribuição dinâmica, deve sempre ser, rigorosamente, motivada (CF, art. 93. inc. IX; NCPC, art. 373, §1º). Como a facilitação da atividade probatória deve ocorrer na decisão saneadora (NCPC, art. 357, inc. III, nenhuma das partes será surpreendida, porque, sendo bem conhecidos os ônus de cada parte, permite-se clareza nas suas atuações subseqüentes. A parte que se sentir prejudicada, com a redistribuição do ônus da prova pode interpor agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015, inc. XI). Com isso, não se prejudica o exercício das garantias constitucionais do devido processo legal,

⁵⁷ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...);IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (...).

⁵⁸MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da Prova e sua Dinamização**. Salvador: JusPodivm, 2014. P. 163.

do contraditório e da ampla defesa, os quais incluem o direito à produção da prova contrária⁵⁹.

E o precitado doutrinador acentua:

A distribuição dinâmica da carga probatória não deve ser arbitrária nem servir para prejudicar a causa, repassando a dificuldade do demandante para o demandado, quando este não está em melhores condições de provar. A liberdade do magistrado deve ser atrelada sempre à responsabilidade. Desse modo, a decisão, que distribui a carga da prova, deve ser motivada, levando em consideração fatores culturais, sociais e econômicos, bem como princípios e valores contemporâneos. Percebe-se, pois, a distribuição dinâmica do *onus probandi* amplia os poderes instrutórios do juiz, tornando-o um interprete ativo e criativo, um *problem solver* e um *policy-maker*, além de assumir, frequentemente, o papel de um *law-maker*⁶⁰.

Destarte, observa-se a decisão que distribui o encargo probatório deve ser motivada, não podendo, portanto, ser utilizada de forma indiscriminada

5.8 MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO

Há grande discussão acerca do momento adequado a distribuição dinâmica do ônus da prova.

No que tange o aspecto subjetivo, há doutrinadores que entendem que as regras de distribuição do ônus da prova também são dirigidas às partes, as quais tomam ciência dos fatos que deverão produzir prova, motivo pelo qual o momento adequado é o momento de saneamento do processo.

No aspecto objetivo, há quem entenda que a modificação do ônus probatório deve ocorrer no momento do julgamento, pois é regra de juízo que orienta o julgamento pelo magistrado no momento de preferir a sentença, no caso de os fatos não terem ficado suficientemente esclarecidos.

Caso ocorresse em momento anterior, haveria o prejulgamento da causa, o que é inadmissível, pois o juiz somente estará habilitado a se manifestar acerca da

⁵⁹ CAMBI, Eduardo. **Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §§1º e 2º do NCPC**. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coord.). *Direito probatório: Coleção Grandes temas do novo CPC*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 259.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 261.

existência do *non liquet* após a valoração da prova, e, conseqüentemente, se haverá a dinamização.

Não há dúvidas que a regra de distribuição do ônus probatório é regra de julgamento, entretanto isto não desconsidera o outro aspecto. Ambos os aspectos devem ser verificados no momento de sua modificação, caso contrário o devido processo legal restaria violado.

Quando ocorre a dinamização, os litigantes devem ter ciência a tempo de desincumbir do ônus que lhe será atribuído através da modificação.

Destarte, o momento processual adequado é antes da instrução probatória para que os litigantes possam produzir provas e, apenas na hipótese do magistrado não se convencer das alegações, as regras do ônus da prova indicarão quem sucumbirá.

Sendo assim, os mencionados não se excluem, sendo, portanto, regra de julgamento para o magistrado e regra de atividade para as partes, uma vez que, sabendo que não houve prova de determinada alegação, aumenta o risco de sucumbir.

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior assevera:

O NCPC deixa bem claro que a aplicação da técnica da distribuição do ônus da prova não deve ser aplicada, tão somente, na sentença. Cabe ao magistrado, quando da fixação dos pontos controvertidos e da especificação das provas, na audiência preliminar ou na decisão saneadora, deixar claro que a causa não será julgada pela técnica da distribuição estática do ônus da prova (art. 333 do CPC/73 [NCPC, art. 373], esclarecendo o que deve ser provado pela parte onerada pela distribuição dinâmica do ônus probatório. Caso contrário, se utilizada a técnica de distribuição como regra de julgamento, ficará comprometida a garantia constitucional do contraditório, retirando da parte o direito à prova contrária. Justamente para evitar a utilização da técnica de distribuição dinâmica como mecanismo de prejulgamento da causa e a fim de evitar decisões surpresas, contrárias à idéia do Estado Democrático de Direito e às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal, é que deve ser oportunizada à parte onerada o direito à prova⁶¹.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1311-1312.

Pode ocorrer, entretanto, que haja necessidade de modificar o ônus da prova tão somente após o encerramento da instrução do processo ou em segundo grau de jurisdição. Nestes casos, não há nenhum impedimento para que a distribuição dinâmica ocorra após, desde que seja oportunizado aos litigantes sua atividade probatória.

O CPC/15, em seu inciso III do artigo 357⁶², estabeleceu que a distribuição do ônus da prova deve se dar na decisão de saneamento e organização do processo, reconhecendo o aspecto subjetivo do ônus probatório, o que não impede, consoante explicitado acima, que haja modificação do ônus da prova em momento posterior à decisão saneadora, desde que seja respeitado o contraditório e seja possibilitado aos litigantes que se desincumbam do ônus.

5.9 PROVA DIABÓLICA

A designação prova diabólica muitas vezes é utilizada como sinônimo de prova negativa, entretanto não há como concordar com este entendimento, uma vez que nem toda prova negativa é uma prova diabólica, mas toda prova diabólica é negativa.

Prova diabólica é uma expressão presente na doutrina para fazer referência às hipóteses em que a prova da veracidade da alegação de um determinado fato é extremamente difícil, independentemente do motivo.

Prova negativa, por sua vez, não é impossível de ser provada. Esta somente será diabólica se tratar de uma negativa genérica, afinal nenhum meio de prova é capaz de produzi-la. A prova negativa definida, a seu turno, não é diabólica, podendo, portanto, ser provada.

⁶² Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...); III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o [art. 373](#); (...).

Dessa forma, caso o juiz entenda que se trata de caso em que a prova se revela muito difícil ou impossível produção por um dos litigantes, enquanto para o outro há maior facilidade, deve proceder à adequação do procedimento, estruturando a atividade probatória a partir da dinamização da carga da prova, tornando mais provável uma decisão pautada em convencimento mais acertado faticamente e, portanto, mais justo.

Quando a prova é impossível apenas para uma das partes, diz-se que se trata de prova unilateralmente diabólica, sendo a distribuição dinâmica do ônus probatório uma solução. Esta é a razão de ser do artigo. 373, §1º, do CPC/15.

Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni sintetiza:

Resumindo: o juiz deve procurar uma convicção de verdade e, por isso, quando está em dúvida - isto é, quando o autor não lhe convencer da existência do fato constitutivo -, em regra deve julgar com base na regra do art. 333. Porém, algumas situações de direito material exigem que o juiz reduza as exigências de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança. Ao lado disso, há situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração da sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova na audiência preliminar. Acontece que há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, quando então não há como inverter o ônus probatório na audiência preliminar e o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. Nessas hipóteses, determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo autor, quando a inversão do ônus da prova deve ocorrer na sentença⁶³.

Destarte, em razão da desigualdade proveniente da prova diabólica, elaborou-se na doutrina a flexibilização do encargo probatório, a fim de garantir a igualdade entre os litigantes e o direito fundamental à prova.

Pode acontecer que a desincumbência do encargo seja impossível ou muito difícil para ambas as partes, isto é, a prova seja bilateralmente diabólica ou prova diabólica reversa. Neste caso, considerando que a distribuição dinâmica decorre do bom senso, tal técnica somente deve ser aplicada, na decisão saneadora, quando o litigante tem a possibilidade de comprovar a não existência do fato constitutivo.

⁶³MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**, p. 8. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8974-8973-1-PB.pdf>. Acesso em: 14.01.2016.

Sendo assim, sua aplicação não é uma opção por ser possível retirar o ônus injusto para um dos demandados e atribuí-lo ao outro.

Neste sentido é o que dispõe o §2º do artigo 373 do CPC/15:

Art. 373 (...).

§2º. A decisão prevista no §1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Trata-se, portanto, de uma vedação a imposição de uma segunda prova diabólica imputada à outra parte, a chamada prova diabólica reversa.

Nesse caso, aquele que assumiu o risco da inviabilidade de prova dos fatos no processo deve assumir o ônus da prova. Isto é, se o fato que não puder ser provado for constitutivo do direito do autor e este assumiu o risco de inesclarecibilidade, o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal geral do ônus da prova, julgando pela improcedência.

Entretanto na hipótese do risco ter sido assumido pelo réu, o ônus da prova deve ser flexibilizado depois da instrução e antes da sentença e deve ser aberto prazo para manifestação, para, só então dar pela procedência.

Fredie Didier, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira trazem em sua obra o seguinte exemplo dado por Walter Gerhard:

Um nadador iniciante faleceu na piscina de um clube social (de nadadores), de grande profundidade, que jamais fora identificada ou sinalizada como imprópria para os neófitos - como determinam as leis. Seus familiares ajuizaram ação indenizatória em face do clube social sob o argumento de que a vítima morreu afogada. O clube social. Em sua defesa, sustenta que o falecimento deu-se por um colapso cardíaco ou circulatório, o que é fato natural excludente de nexo de causalidade. Ao longo do processo, constatou-se que nenhum dos fatos (afogamento JU colapso) era passível de prova – sequer por indício –, imperando a dúvida, uma "situação de inesclarecibilidade".

Perceba-se, contudo, que o clube social, ao furtar-se de cumprir seu dever legal de definir a piscina como imprópria para uso de iniciantes, aceitou o risco de causar acidentes deste viés e produzir dano, bem como o risco de não deter meio de prova apto a excluir o nexo de causalidade entre o descumprimento do seu dever de proteção/ prevenção (com sinalização devida) e o acidente fatal. Assumiu, pois, o risco da "inesclarecibilidade", devendo o julgador inverter o ônus da prova, antes da sentença – em tempo de exercer o contraditório –, para, após, condená-lo a indenizar a vítima.

Parece que, nestes casos, estaria o juiz valendo-se de prova *prima facie*: pauta-se no que usualmente ocorre (máxima de experiência) para presumir o afogamento. Calca-se nas regras de experiência, para se convencer da

ocorrência do fato não provado. Talvez aqui se encaixe, com perfeição, a visão de Kazuo Watanabe exposta linhas atrás de que a inversão do ônus da prova nada mais é do que um julgamento por verossimilhança – que é aquele promovido pela prova de primeira aparência ou por verossimilhança (*prova prima facie*)⁶⁴.

Neste sentido Eduardo Cambi sintetiza:

o juiz deve procurar uma convicção de verdade juridicamente objetivável e, por isso, quando está em dúvida – isto é, quando o autor não lhe convencer da existência do fato constitutivo –, em regra deve julgar com base na regra do art. 333 do CPC-73 ou do art. 373, *caput*, do NCPC. Porém, algumas situações do direito material exigem que o juiz reduza as exigências de prova, contentando-se com uma convicção de verossimilhança. Ao lado disso, há situações em que ao autor é impossível, ou muito difícil, a produção da prova do fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou mais fácil, a demonstração da sua inexistência, o que justifica a inversão do ônus da prova ou a aplicação da teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, na decisão saneadora. Acontece que há casos em que a prova é impossível, ou muito difícil, para ambas as partes, quando então não há como inverter o ônus probatório ou distribuir dinamicamente o *onus probandi*, na fase ordinária, e o juiz não chega sequer a uma convicção de verossimilhança ao final do procedimento. Nessas hipóteses, determinada circunstância de direito material pode permitir a conclusão de que a impossibilidade de esclarecimento da situação fática não deve ser paga pelo demandante, fazendo com que o demandado assumira o risco por sua atividade, situação que permite a inversão do ônus da prova ou distribuição dinâmica da carga probatória na própria sentença⁶⁵.

Destarte, verifica-se que o CPC/15 buscou legalizar o que já era defendido pela doutrina e aplicado em alguns julgamentos.

⁶⁴ WALTER, Gerhard apud 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**. 11 ed. rev, amp. e atual. vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 119-120.

⁶⁵ CAMBI, Eduardo. **Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §§1º e 2º do NCPC**. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coord.). **Direito probatório: Coleção Grandes temas do novo CPC**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 268.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve como objetivo analisar a distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015, em especial no que tange à dinamização do ônus probatório, com apontamento da distinção da regra anteriormente estabelecida no Código de Processo Civil de 1973.

O CPC/73, em seu artigo 333, estabeleceu a regra estática, a qual se manteve como regra geral de distribuição do ônus probatório no *caput* do art. 373 do CPC/15.

Dessa forma, quando não for possível ao julgador formar sua convicção e decidir com fundamento no convencimento motivado após a produção das provas requeridas pelos litigantes e as determinadas de ofício, caberá verificar se cada uma das partes cumpriu a sua obrigação probatória, conforme a classificação dos fatos alegados em constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão autoral.

A manutenção desse parâmetro legal se justifica por duas razões. Primeiramente, porque, em atenção à segurança jurídica e ao devido processo legal, a própria lei deve tentar ao máximo distribuir previamente o encargo probatório entre os litigantes, de modo que, ao iniciar o processo, todos já tenham ciência, de antemão, qual o raciocínio probatório que orientará a demanda. Em segundo lugar, porque tal critério distributivo, muito embora comprovadamente insuficiente à resolução de todos os casos, é útil e adequado à maioria deles, cumprindo, com excelência, a função de uma regra geral.

Destarte, observa-se que não houve nenhuma novidade na adoção da teoria estática como regra geral no atual código processual civil.

Entretanto, excepcionalmente, tornando legal o que já há muito habitava o raciocínio doutrinário e jurisprudencial sobre o tema e encerrando a discussão acerca da possibilidade ou não de aplicação da teoria dinâmica do ônus probatório, o parágrafo primeiro do artigo 373 positiva a possibilidade de dinamização do ônus probatório no âmbito processual civil.

Com efeito, a grande novidade encontra-se na flexibilização do encargo probatório, através da adoção da teoria dinâmica do ônus da prova, a fim de garantir maior segurança jurídica, uma vez que sua aplicação passou a ser obrigatória quando presentes os requisitos previstos na norma legal, já que a utilização deste novo instrumento deve ser por decisão fundamentada, não podendo, portanto, haver discricionariedade.

Sendo assim, a distribuição dinâmica terá incidência quando restar evidente ao julgador, por decisão fundamentada, que o litigante a quem incumbiria o ônus de determinada prova não tem possibilidade de se desincumbir dele – o que caracteriza a prova diabólica –, enquanto que a parte contrária possui melhores condições de produzir essa prova determinada.

Destarte, a distribuição dinâmica do ônus probatório produz os seguintes efeitos positivos: a) o encargo não deve ser repartido de forma prévia e abstrata, mas sim casuisticamente; b) sua distribuição do *onus probandi* não pode ser estática e inflexível, mas sim dinâmica; c) não importa, na sua subdivisão, a posição assumida pelo litigante na relação jurídica processual – se autor ou réu –; d) é irrelevante a natureza do fato probatório – se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante –, mas sim quem tem a possibilidade de produzir prova.

A aplicação da dinamização do encargo probatório tem como base os princípios da isonomia, visando assegurar a paridade de armas nos autos e garantir igualdade substancial; do devido processo legal; princípio da cooperação com adoção de um modelo de processo comunitário a todos, inclusive às partes, que têm o dever de colaborar com o magistrado na busca da verdade real dos fatos alegados.

Saliente-se que já havia o reconhecimento legislativo da tendência crescente da sua aplicação, bem como que já havia entendimentos na doutrina e a jurisprudência, anteriormente ao novo código, acerca da possibilidade de dinamização do encargo probatório.

Dessa forma, é de extremo proveito a inclusão normativa, que torna assente a compatibilidade da dinamização do ônus da prova com a nossa ordem jurídica e restringe o volume das discussões acerca da sua incorporação ou não ao sistema.

Com efeito, já que os juristas, em geral, ainda apresentam certa resistência em relação à aplicação direta de princípios, nada mais funcional que positivizar expressamente as normas deles decorrentes, tal como a da dinamização do ônus probatório.

REFERÊNCIAS

ARDITO, Gianvito. **O ônus da prova no Novo Código de Processo Civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.** JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coord.). Direito probatório: Coleção Grandes temas do novo CPC. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 271-286.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 01 dez. 2016.

_____. **Lei nº. 8.078, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 11 jan. 2017.

_____. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 dez. 2016.

_____. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 dez. 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento no Recurso de Revista 101-63.2014.5.02.0067**, Relator: Min. Maria Helena Mallmann, Agravante: Município de São Paulo, Agravado: Wilson Roberto Sampaio Leite e outro. Data de Julgamento: 04/11/2015, Brasília. D.JT 13/11/2015. Disponível em: www.tst.jus.br. Acesso em: 01 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1286704 – SP (2011/0242696-8)**, Recorrente: Transbrasil S/A Linhas Aéreas. Recorrido: General

Eletric Capital Corporation e outros, Relator: Min. Nancy Andrighi, D.J 28/10/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 fev. 2017.

_____. **Recurso Especial 1060753 – SP (2008/0113082-6)**. Recorrente: Rodrimar S/A Transportes Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais, Recorrido: Fazenda do Estado de São Paulo, Relator: Min. Eliana Calmon. D.J 14/12/2009. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 01 fev. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. rev. e amp. vol. 2. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §§1º e 2º do NCPC. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coord.). **Direito probatório**: Coleção Grandes temas do novo CPC. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 247-270.

CARPES, Artur Thompsen Carpes. **Ônus da prova e Distribuição Dinâmica**. In: _____, p. 197-210.

COUTO, Camilo José D'Ávila. **Dinamização do ônus da Prova no Processo Civil: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá, 2014.

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. 11 ed. rev, amp. e atual. vol. 2. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Ônus da Prova e sua Dinamização**. Salvador: JusPodivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto**. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8974-8973-1-PB.pdf>. Acesso em: 22.12.2016.

MATHIAS, Raul André. A Nova Distribuição do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro. In: KIRCHNER, Felipe (coord.). **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, ano 6. vol. 11, jan/ abr 2015, p. 123-156.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. vol. único. Salvador: JusPodivm, 2016.

REBOUÇAS, André Bonelli. **Questões sobre o Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA JÚNIOR, Sérgio de OLIVEIRA; ANDRADE, Jean Carlos Batista de. **A concepção dinâmica do ônus da prova e a busca da verdade possível**. Disponível em http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol11_n4_2014/1.Onus%20prova.1.16.pdf. Acesso em: 09.12.2016.

SILVEIRA, Bruna Braga. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coord.). **Direito probatório**: Coleção Grandes temas do novo CPC. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 211-246.

SOUZA, Nadialice Frrancischini de. **Relações de consumo**: desmistificando a aplicação do princípio da vulnerabilidade. Salvador: Mente Aberta, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015.