

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

**O ÔNUS DA PROVA NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL
(1973 e 2015)**

HERNANI FLEURY CHAVES RIBEIRO

São Paulo – SP

HERNANI FLEURY CHAVES RIBEIRO

O ÔNUS DA PROVA NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL (1973 e 2015)

Monografia apresentada ao curso de Especialização em Processo Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE- como pré-requisito para obtenção do título de especialista, orientada pelo Professor Luis Eduardo Simardi Fernandes.

São Paulo – SP

2016

AVALIAÇÃO:.....

ASSINATURA DO AVALIADOR:.....

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	3
2. DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO E SUA RELAÇÃO COM O ÔNUS DA PROVA.....	4
2.1 BREVES NOÇÕES DE JURISDIÇÃO E PROCESSO.....	4
2.2 DA JURISDIÇÃO SUA RELAÇÃO COM O ÔNUS PROBATÓRIO.....	6
2.3 DO PROCESSO SUA RELAÇÃO COM O ÔNUS PROBATÓRIO.....	7
3. DA HISTÓRIA.....	9
4. ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL.....	12
4.1 DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA.....	12
4.2 DO ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO OU DE INTRUÇÃO.....	15
4.3 DO ÔNUS DA PROVA OBJETIVO E SUBJETIVO.....	18
4.4 DAS CONVEÇÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA.....	20
4.5 DOS FATOS QUE NÃO DEPENDEM DE PROVA.....	21
4.6 DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO.....	23
4.7 DA PROVA DIABÓLICA E ÔNUS DA PROVA DE FATO NEGATIVO.....	27
4.8 DA DIVISÃO DINÂMICA DO ENCARGO PROBATÓRIO.....	30
4.8.1 A DIVISÃO DINÂMICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO.....	32
5. CONCLUSÃO.....	34
FONTES CONSULTADAS.....	36

O ÔNUS DA PROVA NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL (1973 e 2015)

1. INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Processo Civil PUC/SP (COGEAE) abordará aspectos específicos da distribuição do ônus da prova no processo civil e ao longo da pesquisa levar-se-á em consideração a sua aplicação no processo civil brasileiro.

Inicialmente se será realizado uma breve exposição dos conceitos de jurisdição e processo para que o leitor possa situar o instituto do ônus da prova no cenário do direito processual.

Ao depois será realizado um breve panorama histórico que mostrará a evolução legislativa desde o código de 1939, passando pela consolidação das leis trabalhistas até o código atual e o código de 2015.

Em seguida o ônus da prova será observado por seus em seus diversos aspectos: subjetivo, como regra comportamental, e objetivo, como regra de julgamento; A possibilidade de inversão, seja esta pela via legal ou por determinação do juiz; ônus probatório de fato negativo e prova diabólica.

No mais, serão expostas as diferenças e afinidades entre a Doutrina Estática do ônus da Prova e a Doutrina Dinâmica da sua distribuição, pois a princípio são antagônicas, mas a aplicação dessa segunda exige complementariedade com a regra geral com vistas à segurança das relações jurídicas.

Todo esse trabalho busca revelar que a distribuição dinâmica da carga da prova possui como seu ideal maior viabilizar um processo dotado de maior humanidade por ser instrumento de garantia dos direitos fundamentais e, assim, de realização da democracia.

2. DA JURISDIÇÃO E DO PROCESSO E SUA RELAÇÃO COM O ÔNUS DA PROVA

2.1 BREVES NOÇÕES DE JURISDIÇÃO E PROCESSO

Jurisdição é poder dever do Estado de aplicar e realizar os direitos de maneira impositiva e ocorre mediante uma atuação de terceiro imparcial, normalmente um juiz, através de um comando que após os recursos legais existentes não está sujeito a qualquer modificação, tornando-se, portanto, irreversível e passível de ser efetivado por meio de instrumentos coercitivos.

A regra da jurisdição visa, ou melhor, tem por escopo a pacificação social, na medida em que faculta aos interessados a eliminação das suas pretensões resistidas por meio de um caminho pacífico, evitando o exercício da autotutela que doravante é eliminada do ordenamento jurídico, ou somente permitida em casos raríssimos, quando nem sequer a tutela sumária e capaz de defender o direito material da parte.

Atualmente as regras que dão substância a Jurisdição encontram-se nas Constituições. No Brasil, por exemplo, o art. 5º estabelece uma série de princípios constitucionais, ressaltando-se os princípios do contraditório e ampla defesa, inciso LV, além do art. 92 e seguintes que organizam a Justiça Brasileira como poder que detém, via de regra, a capacidade de dizer sobre um direito com a característica da imutabilidade.

Ao lado da Jurisdição também ganha força nos dias de hoje os denominados equivalentes jurisdicionais, mormente quando o Estado não consegue responder de forma eficaz as demandas que lhe são entregues em tempo razoável. São equivalentes jurisdicionais no que tange à finalidade comum de resolução de conflitos, vez que partem de da colaboração para solução das divergências.

Os equivalentes jurisdicionais podem ser autocompositivos ou heterocompositivos. As formas autocompositivas são aquelas em que os interessados resolvem seus conflitos autonomamente, sem ajuda de terceiro. Nesse caso os acertos entre as partes podem se dar de forma estimulada como acontece com a mediação ou, ao contrário, não estimuladas como ocorre com a transação ou reconhecimento do pedido

do autor. A heterocomposição consiste na solução de determinada controvérsia jurídica por terceiro escolhido ou não pelas partes, do qual a arbitragem é o melhor exemplo.

Com relação ao instituto ora estudado ressalta Marinoni¹ que:

A jurisdição promove a tutela jurisdicional no plano material, alcançando mão para tanto do processo. A partir da tutela pelo direito material é que se vai estruturar todo o formalismo processual e, bem assim, a escolha dos meios processuais que irão viabilizá-la. Existem, no plano do direito material, tutelas contra o ilícito (tutela inibitória e tutelas contra o ilícito e tutela de remoção do ilícito, ou reintegratória, tutela certificatória e tutela modificatória) e tutelas contra o dano (tutelas ressarcitórias). No plano do direito processual, essas tutelas podem ser alcançadas através da declaração, da constituição, da condenação (e conseguinte execução forçada), do mandamento e da execução *latu sensu*. A coordenação de ambos os planos é que viabiliza a organização de um processo adequado aos fins do Estado Constitucional, capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva às partes. (MARINONI, 2011, p. 98)

É nessa interação entre o direito posto e a necessidade de torná-lo efetivo que surge o instituto do processo.

Instituto fundamental do Direito Processual é instrumento a cujo respeito diversas teorias foram criadas.

Inicialmente, afirma Alexandre de Freitas Câmara²,

o processo era visto como um procedimento, ou seja, uma sequência ordenada de atos. Não se trata, aqui, de verdadeira teoria sobre o processo, mas de um modo de encará-lo (...) O estudo do processo, durante muito tempo, foi o estudo das forma e dos atos que a compõem. (CÂMARA, 2010. P. 135)

Prossegue o autor que atualmente a melhor teoria caracteriza o processo como uma entidade complexa. E assim ao faz ao dizer que:

afirmam os defensores da teoria que ora se comenta que o processo seria um formado por vários elementos que, sozinho, nenhum deles seria capaz de explicar suficientemente o que é

¹ MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições do Direito Processual Civil: Volume I*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

esse instituto fundamental do direito processual. Assim é que o processo teria um aspecto extrínseco, exterior, que seria o procedimento realizado em contraditório. Haveria, porém, um segundo aspecto, este intrínseco ou interno, e que seria a relação processual, ou seja, a relação estabelecida entre gerar deveres, faculdades, poderes ônus e sujeições. Como muito bem afirmado por *Dinamarco*, “cada ato processual, isto é, cada anel da cadeia que é o procedimento, realiza-se no exercício de um poder ou faculdade, ou para desencargo de um ônus, o que significa que é uma relação jurídica que da razão de ser ao procedimento; por sua vez, cada poder, faculdade, ônus, dever, só tem sentido enquanto tende a favorecer a produção de atos que possibilitarão a consecução do objetivo final”. (CÂMARA, 2010, p. 142).

Feitas essas ponderações é necessário agora traduzir qual a relação de cada um desses institutos com o ônus da prova.

2.2 DA JURISDIÇÃO SUA RELAÇÃO COM O ÔNUS PROBATÓRIO.

Da jurisdição pode extrair duas características de suma importância, a primeira delas é a inércia, significa dizer que o estado só atua se for provocado, o juiz não procede de ofício.

Esta regra geral, conhecida pelo nome de princípio da demanda ou princípio da inércia, está consagrada no art. 2º do código de processo civil, segundo o qual “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

Tal princípio proíbe, portanto, os juízes de exercerem a função jurisdicional sem que a parte interessada requeira, ajuizando uma ação na forma estabelecida anteriormente pelas regras do processo.

Consequência imediata dessa característica, aliada a vedação do exercício da autotutela pelos particulares, é a vedação legal ao *non liquet*, expressão advinda do direito romano que se aplicava nos casos em que o juiz não encontrava nítida resposta jurídica para fazer o julgamento e, por isso, deixava de julgar.

O ônus da prova, nessa esteira, é medida que visa evitar a ausência de julgamento, pois já estabelece de antemão comandos que cada parte no processo deve seguir, sob pena de não o fazendo ter julgado sua pretensão de forma contrária ao seu interesse no processo.

2.3 DO PROCESSO SUA RELAÇÃO COM O ÔNUS PROBATÓRIO.

No que tange a sua relação com o processo, o ônus da prova guarda relação com o direito probatório, mais especificamente com a finalidade da prova e, também, com o instituto da preclusão.

Quanto à finalidade da prova, pontifica Fredie Didier³ que:

há basicamente três teorias que visam a explicar a finalidade da prova: a) a que estabelece que a finalidade da prova é de estabelecer a verdade; b) a que sustenta ser a finalidade fixar formalmente os fatos no processo; c) a que entende que a finalidade é de produzir o convencimento do juiz, levando-o a alcançar a certeza necessária à sua decisão”.

A primeira dessas teorias não pode prevalecer, porque a verdade é uma noção ontológica, objetiva, e o conhecimento que cremos ter dela é subjetivo. Assim como já se viu anteriormente, é absolutamente impossível ao ser humano atingi-la ou, ao menos, ter a certeza de tê-la atingida.

A segunda dessas teorias está intimamente vinculada ao sistema do tarifamento legal das provas (...). Por meio dela, admite-se que o legislador, ciente da impossibilidade de se alcançar a verdade acerca de fatos, estabeleça critérios para que se possa reputar, ainda que formalmente, demonstrado os fatos alegados pelas partes no processo. (DIDIER, 2011, p. 75)

Para terceira teoria, a que goza de maior prestígio entres as mencionadas anteriormente, o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo.

³ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Volume 2*. 6ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011

Como explica Vicente Greco Filho⁴ “no processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz”. (GRECO FILHO, 2003, p. 182).

No que tange a preclusão, já é lugar comum que o processo é uma sucessão ordenada de atos, numa marcha sempre para frente, destinado a alcançar um fim, a tutela do direito pretendido pelas partes. Dessa forma, é vedada a repetição de atos processuais ou o retorno a fases já ultrapassadas.

Dessa forma, a doutrina conceitua o instituto como a perda do direito de manifestar-se no processo, isto é, a perda da capacidade de praticar os atos processuais por não tê-los feito na oportunidade devida ou na forma prevista.

No processo do trabalho, por exemplo, determina o art. 787 da Consolidação Trabalhista que “a reclamação escrita deverá ser formulada em 2 (duas) vias e desde logo acompanhada dos documentos em que se fundar”. Assim, a parte reclamante deverá, quando da distribuição do processo, apresentar todas as provas documentais que tem em seu poder, sob pena de não o fazendo estar preclusa a oportunidade de apresentação, isto é, sua utilização no caso do processo, salvo as provas elencadas nos art. 398 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho.

Assim é que se a parte não comprava o direito alegado quando deveria e não podendo o juiz valer do *non liquet*, deverá se valer do ônus da prova que já é estabelecido anteriormente ao ajuizamento da ação, cumprindo, portanto, o escopo social de jurisdição de pacificação social ao colocar termo no processo.

Dessa maneira, o ônus da prova consubstancia-se não apenas em critério de julgamento, que informa ao juiz como deve julgar quando as provas não são suficientes para a formação de sua convicção, mas também critério de organização de atividade probatória, que informa a parte em sua parcela destinada à construção do juízo de fato.

O ônus da parte exerce, portanto, dupla função: a um, desempenha papel importante no que tange à estruturação da atividade probatória das partes (função subjetiva); e, a dois, funciona como regra de julgamento, a ensejar, no caso de

⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro: Volume 2*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003

insuficiência de provas aptas a formar o convencimento judicial, sentença contrária ao interesse da parte que não cumpriu o seu encargo (função objetiva), na medida em que é vedado ao juiz o *non liquet*.

3. DA HISTÓRIA

Não se olvida neste trabalho que o ônus probatório deita suas raízes em passado muito distante, podendo se afirmar que é muito anterior ao direito romano, fundamento do direito ocidental do *civil law*, todavia, dar-se-á, evidência à sua evolução legislativa a partir do código de 1939 para que se possa dar maior destaque ao instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

O ônus da prova no código de 1939, apesar da linguagem jurídica pouco atual, tem previsão legal nos parágrafos do art. 209 e quase que em nada difere do art. 333 do código civil de 1976.

Prescreve, com efeito, o mencionado art. que “*si o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova*” (§1º) e “*si o réu, reconhecendo o fato constitutivo, alegar a sua extinção, ou a ocorrência de outro que lhe obste aos efeitos, a ele cumprirá provar a alegação*” (§2º).

Perceber-se que o legislador do código revogado estabeleceu que ao autor compete a prova do fato constitutivo, caso o réu nega a existência de uma relação jurídica. No entanto, caberá ao réu o encargo probatório quando este, reconhecendo o direito alegado pelo autor, lhe opuser a sua extinção ou qualquer outro fato obstativo.

Como se pode observar a redação do código de 1939 em pouca medida difere da do código de 1973, este último tratou apenas de destrinchar o que poderia ser considerado fato obstativo, criando, portanto, mais um momento em que o ônus probatório é transportado do autor para o réu, isto é, quando este último alegar fato impeditivo do direito do autor.

A Consolidação das Leis do Trabalho também tratou do ônus da prova. O fez em seu artigo 818 que desde a sua edição tem a seguinte redação: “*a prova das alegações incumbe à parte que as fizer*”.

Indiscutível que a CLT não primou pela melhor técnica, tanto isso é verdade são raras as situações em que algum juiz, quando há necessidade de aplicar o ônus da prova, se valha do artigo celetista. Ao contrário o que tem ocorrido é justamente a aplicação subsidiária do art. 333 do CPC ou art. 373 do NCPC, vez que os aplicadores enxergam grave omissão no artigo da consolidação.

Nada obstante, ainda, há quem sustente que o dispositivo do art. 818 deve ser aplicado sem que o interprete tenha que se valer da aplicação subsidiária do código de processo civil. A posição é sustentada pelo doutrinador Manoel Antônio Teixeira filho ao afirmar que como o texto celetista não contém qualquer omissão não é possível a aplicação do art. 333 do código de processo civil, tal fato contrária a norma autorizativa prevista no art. 769 d CLT.

Todavia, discordamos da posição sustentada pelo autor, pois o que existe no cotejo entre uma norma e outra não é uma omissão. Ao contrário há uma flagrante oposição dos institutos, porquanto a escolha de um pode ensejar numa resposta jurisdicional totalmente diversa. Vejamos, por exemplo, caso do empregado que requer horas extras cuja defesa negue simplesmente o a prestação de labor extraordinário. Aplicando-se a regra contida no art. 818 do texto celetista chega-se a conclusão pela procedência do pedido do autor, visto que o reclamado simplesmente não comprova suas alegações. De modo contrário, ao aplicar a regra do Código de Processo Civil, mesmo o de 1939, a conclusão é diferente, pela improcedência, em razão da ausência de comprovação do fato constitutivo.

Assim, sustentamos, devido a melhor elaboração técnica do instituto pela aplicação das normas processuais civis ao processo do trabalho quando da aplicação do ônus da prova.

Como dito acima o Código de Processo Civil trouxe algumas inovações. Tornou a redação do ônus mais clara ao dizer que ao autor compete a prova do fato constitutivo do direito e ao réu a prova do fato extintivo, obstativo e impeditivo, este último ignorado pelo código revogado.

Também acrescentou como fatos que independem de provas aqueles que em cujo favor milita presunção legal de veracidade ou existência, os fatos confessado pelas partes, os fatos incontroversos e, por fim, os fatos notórios, único que constava da redação do código de 1939.

No entanto, a maior revolução alcançada pelo Código de 1973 foi permitir que houvessem convenções sobre o ônus.

Assim, a partir do da vigência do CPC/73 o ônus da prova poderá ser livremente distribuído pelas partes. Desse modo, nada impede que as partes convençionem desde logo, no plano material, que, caso venha a ocorrer um litígio relativo a um contrato, a prova do fato venha a ser produzida por um ou outro litigante. Da mesma forma quando o conflito já estiver em curso no judiciário as partes poderão convençionar sobre seus ônus. Entretanto as convenções são vedadas quando recaírem sobre direitos indisponíveis ou tornarem excessivamente difícil à parte o exercício desse múnus processual.

Antecipando as alterações levadas a efeito pelo NCPC, foram as alterações perpetradas pelo Código do Consumidor que trouxe claramente, pela primeira vez no ordenamento jurídico, a possibilidade de inversão do ônus probatório por determinação judicial. Determina seu art. 6º, VIII, que “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”.

Inspirado nas idéias democráticas a Carta de 1988, num processo de cooperação e nos diversos princípios constitucionais que tratam de matéria processual o legislador ordinário, ciente da dificuldade que imperava no campo do consumo acerca do direito probatório, vez que ao vendedor majoritariamente pertence as informações sobre o produto e serviços prestados, autorizou o juiz a inversão do ônus quando for verificado a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhanças de suas alegações.

Por fim, quanto ao Novo Código de Processo civil, não restam dúvidas que a maior inovação foi a inserção no capítulo que cuida das provas do §1º do art. 372 do CPC, que disciplina de uma maneira geral a possibilidade de o juiz, *sponte sua*, determinar a inversão do ônus quando ficar evidenciado, diante das peculiaridades da

causa à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo no molde determinados no *caput*, cuja redação é idêntica ao do art. 333 do código revoga.

Dispõe, dessa maneira, o art. 372 §1º que “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”.

4. ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

4.1 DA DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA

O ônus da prova no novo Código de Processo civil está disciplinado no art. 373, o qual possui grandes semelhanças com o disposto no art. 333 do Código de Processo Civil de 1972, conforme se pode observar do quadro comparativo abaixo:

CPC 1973	CPC 2015
Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.	Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
	§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do <i>caput</i> ou à maior facilidade de obtenção da

	prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
	§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.
Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.	§ 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.
	§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

O *caput* e respectivos incisos do art. 373 do Código de 2015 mantiveram a regra da lei anterior, ao estabelecer que, via de regra, compete ao autor os fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor.

Explica Alexandre Freitas Câmara⁵ que

incumbe ao autor o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito. O réu, por sua vez, poderá assumir dois ônus: o de

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições do Direito Processual Civil: Volume I*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

provar a inexistência de tal fato (prova contrária ou contraprova), ou o de – admitindo o fato constitutivo do direito do demandante – provar os fatos extintivos, impeditivos, ou modificativos do direito do autor. (CÂMARA, 2010, p. 407)

Continua o autor que:

entende-se por fato constitutivo aquele que deu origem à relação jurídica deduzida em juízo (...) Fato extintivo o que põe fim à relação jurídica deduzida no processo (...) Fato impeditivo é uma fato de conteúdo negativo, a ausência de algum dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico (agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei). (CÂMARA, 2010, p. 407)

Quanto ao fato modificativo é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo. Dessa forma, exemplificadamente, caso o autor alegue que foi empregado de determinado pessoa deverá trazer aos autos elementos que comprovem todos os requisitos da relação empregatícia, sob pena de não o fazendo não ter sua pretensão acolhida pelo juízo.

O réu, ao seu turno, poderá sustentar que houve contrato de emprego e mostrar ao juiz o pagamento de todos os salários e verbas resilitórias, aduzindo, assim fato extintivo do direito do autor. Por outro lado, poderá dizer que o autor fora contratado para empreender atividade ilegal – cite-se, por exemplo, agenciador de banca de jogo do bicho (objeto ilícito) OJ 199 da SDI1 do C.TST⁶ – e, dessa forma, afastar a condenação por demonstrado fato impeditivo do direito do autor. Por fim, poderá o réu simplesmente alegar que o autor tinha liberdade na prestação dos serviços e não estava subordinado a ninguém, atraindo para si o ônus probatório na modalidade fato modificativo, vez que sustenta ter havido contrato de autônomo.

Convém ressaltar, no entanto, que ao réu não cabe unicamente alegar fato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor. Ao não alegar quaisquer das hipóteses do art. 333, II ou 373, II, ainda está autorizado a realizar uma contraprova. Significa dizer que poderá tentar comprovar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor, algo, aliás, bastante comum na Justiça do Trabalho nas lides em que o reclamante requer o pagamento de horas extras, cujo labor é objeto depoimento de

⁶ É nulo o contrato de trabalho celebrado para o desempenho de atividade inerente à prática do jogo do bicho, ante a ilicitude de seu objeto, o que subtrai o requisito de validade para a formação do ato jurídico.

testemunhas, e o reclamado nega a realização dessas por meio de documento denominado controle de ponto.

Porém, não se pode criar a falsa impressão de que ao tratar a matéria dessa forma o código conseguiu ilustrar totalmente a realidade. Nesse sentido é exata a exemplificação criada pelo professor Alexandre Freitas Câmara⁷:

outros fatos, porém, podem surgir. Basta pensar na possibilidade de o réu, em um processo em que se exige dele o cumprimento de certa prestação, ter alegado prescrição (fato extintivo do direito do autor), vindo o demandante, depois, a alegar que o demandado, após o decurso do prazo prescricional, renunciou a prescrição (o que se configuraria como fato impeditivo do fato extintivo do direito). Pode, ainda, acontecer neste caso de o réu alegar que sofria, quando da renúncia à prescrição, de doença que o tornava transitoriamente impossibilitado de compreender os atos que praticava, o que acarretaria a nulidade da renúncia (e aqui se estaria diante um fato impeditivo do fato impeditivo do fato extintivo). (CÂMARA, 2010, p. 408)

Com isso, adotou o nosso CPC, ao mesmo o de 1973, uma concepção estática do ônus da prova, que é distribuído antes do início da lide, sem se observar as peculiaridades do caso concreto.

Entretanto, tal regramento se revelou de tal forma incompleto, insatisfatório e artificial, justamente desprezar as singularidades da realidade, que ganhou força, ao ponto de ser positivado no Código de Processo de 2015, a teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, que será examinada posteriormente.

Em derradeiro, cabe complementar que o ônus da prova não é uma obrigação imposta a nenhuma das partes, mas sim um padrão de comportamento processual que se não for corretamente respeitado gera consequências também processuais, seja pela procedência do pedido seja pela sua improcedência.

4.2 DO ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO OU DE INTRUÇÃO

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições do Direito Processual Civil: Volume I*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

Muito se discute na doutrina qual seria o momento correto de se declarar o ônus probatório das partes, para alguns o momento correto seria quando da instrução, ou melhor, na audiência de saneamento, vez que dessa forma não haveria surpresas no processo, as partes poderiam cooperar para chegar a uma composição ou sentença judicial mais justa, para outros, todavia, o ônus probatório seria regra de instrução, na medida em que as partes já sabem *a priori*, pois a lei já confere essa possibilidade de antemão, o caminho processual a ser trilhado para ou ver sua pretensão resistida unguida com a sentença judicial ou vencer por meio da resistência.

Discorrendo sobre o ônus como regra de instrução ressalta Luiz Guilherme Marinoni⁸ que:

como regra de instrução, ônus da prova visa estimular as partes a bem desempenharem os seus encargos probatórios e adverti-las dos riscos inerentes à ausência de prova de suas alegações. Serve para a boa formação do material probatório da causa, condição para que possa se chegar a uma solução justa para o litígio. (MARINONI, 2011, p. 337)

Continua ao dizer que:

como regra de julgamento, o ônus da prova destina-se a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre as alegações de fato da causa. Nessa acepção o art. 333, do CPC (373 do NCPC), é um indicativo para o juiz livrar-se do estado de dúvida e decidir o mérito da causa. Tal dúvida deve ser suportada parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser paga pelo demandante, tendo o juiz que julgar improcedente o seu pedido, ocorrendo o contrário quanto às demais alegações de fato. Já se decidiu que o art. 130⁹, não viola o art. 333, porquanto a formalização do julgamento a partir da norma sobre o ônus da prova de ver ser a última *ratio* para a solução do litígio entre as partes. Nesse sentido, o art. 130 do CPC, opera necessariamente em momento anterior ao momento de aplicação do art. 333. (MARINONI, 2011, p. 337)

⁸ MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

⁹ Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Inegável que durante muito tempo a doutrina tenha se inclinado para a segunda corrente. Todavia, o fez com base em uma distribuição estática do ônus que já poderia sem conhecida previamente pelas partes, tanto isso é correto que não raro se encontra nos livros de doutrina a regra da subsidiariedade do ônus probatório, isto é, que a aplicação desse instituto processual somente está autorizada quando o juiz não puder decidir com os elementos constantes nos autos do processo.

Nesse sentido ensina Fredie Didier¹⁰ que:

as regras do ônus da prova não são regras de procedimento/instrução, não são regras que estruturam o processo. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu (...) O sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza. As regras de distribuição dos ônus da prova são regras de juízo orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato e constituem, também, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória (...) Mas essas regras só devem ser aplicadas subsidiariamente, nos casos em que não forma produzidas provas suficientes para o esclarecimento das alegações. Por essa razão, diz que: a) com o juízo de verossimilhança, deixa de existir o motivo para aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova – pois o juiz está autorizado a julgar *prima facie* ou prova de verossimilhança; b) da mesma forma, quando as partes tenham se desincumbido do ônus da prova – não haverá *no liquet* – e, portanto, o juiz julgará com as provas e seu livre convencimento. (DIDIER, 2011, p. 79/80)

Contudo, importante ter em mente, que a doutrina que se inclinou pela aplicação da regra de julgamento sempre esteve diante de si um ônus da prova estático que, como dito, poderia ser conhecido anteriormente pelas partes e, portanto, quando de tal aplicação, não ensejava em qualquer tipo de surpresa, uma vez que as partes ou se desincumbiram ou não de seu encargo.

¹⁰ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Volume 2*. 6ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011

Todavia, esse mesmo critério não pode prevalecer quando se está a discutir a dinamização do ônus ou sua carga dinâmica positivada pelo novo código de processo no §1º do art. 373. Isto porque, pensar de outra forma, tornaria o processo arbitrário e antidemocrático, visto que somente ao Juiz seria permitido conhecer a distribuição do ônus.

Convém ressaltar, entretanto, que uma melhor explicação dessa nova regra de distribuição e suas consequências necessita que façamos previamente uma visita aos conceitos de ônus subjetivo e objetivo, que serão conceituados a seguir.

4.3 DO ÔNUS DA PROVA OBJETIVO E SUBJETIVO

Como bem se observou diante daquilo que ficou exposto no subitem anterior, a repartição do ônus probatório pode-se traduzir tanto em uma regra de decisão, como também numa regra de procedimento/instrução a ser desenvolvida pelos sujeitos do processo.

Nesse contexto, a distribuição do ônus da prova acaba por desempenhar dupla função: atua como possibilidade de contribuir o convencimento do órgão julgador, até porque é incabível pronunciamento pelo *non liquet* (ônus objetivo); estrutura a atividade probatória, dimensionando-a entre os sujeitos processuais (ônus subjetivo).

Explica Barbosa Moreira¹¹ com relação ao ônus objetivo:

A circunstância de que, ainda assim, o litígio deve ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição dos riscos: traça critérios, arcando com as consequências desfavoráveis de que não se haver provado o fato que lhe aproveita. (MOREIRA, 1988, p. 74)

Com relação ao ônus subjetivo sustenta o doutrinador:

O desejo de obter a vitória cria para o litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no

¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus prova. Temas de Direito Processual Civil – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988

trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova subjetivo ou formal. (MOREIRA, 1988, p. 74)

Nessa senda, não se deve minimizar o papel da função subjetiva do ônus da prova, pois do contrário significaria ignorar o caráter dialético do novo código de processo civil. A cooperação que o novo código traz em seu bojo impõe que o juiz, quando for modificar o ônus probatório estático diga as partes no momento adequado – antes da instrução- quais as incumbências de cada um, justamente para que possam trabalhar na persuasão do convencimento motivado do juiz.

Como ressalta Fedie Didier¹²:

Reservar a inversão do ônus da prova –igualmente para a distribuição dinâmica- ao momento da sentença representa uma ruptura do devido processo legal, ofendendo a garantia do contraditório. Não se pode apenar a parte que não provou a veracidade ou inveracidade de uma determinada alegação sem que se tenha conferido a ela a oportunidade de fazê-lo (lembre-se que o ônus subjetivo acaba por condicionar a atuação processual da parte). Por outro lado, exigir que o fornecedor – ou parte- , apenas por vislumbrar uma possível inversão do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que eventualmente alegar, como da inexistência de fato constitutivo do direito do consumidor (ou da outra parte), é tornar legal a inversão que o legislador quis que fosse judicial (tanto que exigiu o preenchimento, no caso concreto, de certos requisitos). (DIDIER, 2011, p. 88)

Sendo, portanto, o ônus subjetivo uma regra que estrutura a atividade probatória, dimensionando-a entre os sujeitos processuais, percebe-se claramente que a distribuição dinâmica do ônus probatório deverá ser encarada como regra de procedimento, sob pena de ferir de morte o princípio do devido processo legal ao não permitir que a parte exerça sua influência sobre o raciocínio probatório realizado pelo juiz.

Aliás, como muito bem salienta o doutrinador baiano com relação a inversão do ônus nas causas consumeristas, cujo raciocínio pode se transferido para a distribuição

¹² DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Volume 2*. 6ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011

dinâmica do NCPC, foi vedado ao legislador tomar de assalto a parte ao determinar a sobre a regras probatórias somente quando da prolação da sentença, já que o próprio §1º do art. 373 do NCPC comanda que este deverá se manifestar sobre à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput em momento anterior.

4.4 DAS CONVENÇÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA

Antes de se discorrer sobre a inversão e a distribuição dinâmica do ônus probatório necessário tecer comentários quanto às convenções e os fatos que independem de prova, pois modificam de certa forma a atividade probante de cada uma das partes no curso do processo.

Permite o CPC no parágrafo único do art. 333 do CPC ou parágrafo §3º do art. 373 do NCPC que as partes convençionem anteriormente ao processo ou no curso dela o ônus probatório de cada uma delas.

Todavia, determina seus incisos que é nula, ou melhor, passível de invalidação a convenção que distribui de maneira diversa o ônus probatório, quando: I -) recair sobre direito indisponível da parte; II -) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 51, VI, trata como abusiva e, portanto sujeita a nulidade, quando imponha ao consumidor o ônus da prova das suas alegações. Trata-se de norma que busca privilegiar a principiologia do próprio código, pois do contrário tornaria quase que absolutamente ineficaz a norma do art. 6º, VII, que possibilita ao juiz determinar a inversão do ônus do curso do processo, já que não seria incomum encontrar contratos de adesão em que figurasse a aludida convenção.

Com relação a convenção ensina Luiz Guilherme Marinoni¹³ que:

¹³ MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

o ônus da prova pode ser distribuído livremente pelas partes. Em outras palavras, as partes podem livremente convencionar sobre os ônus da prova, sem que isso viole a ordem jurídica. Desse modo, nada impede que as partes convençam, desde logo, no plano do direito material, que, caso venha a ocorrer qualquer litígio relativo a contrato, a prova de determinado fato deva ser produzida por este ou aquele contratante. Da mesma forma, se já existe o conflito, ou mesmo se já foi levado ao Judiciário, podem as partes estabelecer, de comum acordo, que determinado fato seja provado por este ou aquela parte. Tal convenção é vedada apenas em duas hipóteses: quando recair sobre direitos indisponíveis da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. Referidas proibições podem ser facilmente explicadas. Se fosse viável estabelecer que o titular de um direito indisponível tem o ônus de produzir uma prova, que a princípio não lhe cabe, poder-se-ia camuflar a disposição de um direito que, em nossa ordem jurídica é indisponível. Por outro lado, distribuir uma prova e tornar excessivamente difícil o exercício de um direito, ainda que esse direito seja disponível, é o mesmo que negar o direito à tutela jurisdicional adequada e efetiva". (MARINONI, 2011, p. 334)

Por derradeiro, convém ressaltar, que embora o código preveja essa possibilidade de convenção tal forma de repartição dos ônus processuais de raríssima ocorrência nos processos.

4.5 DOS FATOS QUE NÃO DEPENDEM DE PROVA

Ao lado do ônus da prova, criou o legislador situações em que a mera alegação ou a simples existência de determinada situação não necessitam de ser comprovadas no curso do processo judicial. Trata-se de medidas de economia processual que favorecem sobremaneira a velocidade e eficácia do processo, ao se poupar tempo em diligências ou atos processuais que seriam inúteis, ou tão-somente úteis para cumprir um formalismo judicial que vigorava em outrora.

Desta forma, estabelece o código que não dependem de prova os fatos: I -) notórios; II -) afirmados por uma das partes e confessados pela parte contrária; III -) admitidos, no processo, como incontroversos.

Convém ressaltar, no entanto, que apenas há dispensa de prova, admitindo-se, portanto prova em contrário. Assim, caso o autor deixe de produzir provas acerca de um fato constitutivo que foi confessado pela parte *ex adversa*, a parte contrária não está impedida de comprovar que a confissão não é válida, porquanto feita sob ameaça grave e séria de coação, aduzindo portanto um fato impeditivo do direito de autor, que terá, por óbvio, de se desincumbir no curso do desenlace processual.

O fato notório dispensa a produção de prova, pois já é considerado verdadeiro no processo. Ressalte-se, no entanto, que o fato notório não precisa ser do conhecimento de todos aqueles que vivem no país, inclusive o juiz, suficiente que seja de conhecimento da média das pessoas que vivem em determinada situação. Assim, ainda que o mérito seja julgado por julgador que não vive na região, o simples fato de que ele seja de conhecimento da média da população é suficiente para que seja considerado verdadeiro dentro do processo.

Nas pequenas cidades do sul de Minas, por exemplo, é fato notório que os semáforos após a zero hora deixam funcionar e passem a piscar somente no amarelo piscante, exigindo dos motoristas redobrada atenção quando forem atravessar cruzamentos. Dessa maneira, mesmo juízes que tenham recém ingressado na jurisdição e que sejam originários de outro estado deverão levar tal fato em consideração. As partes, ao seu turno, caso aleguem que o outro furou o sinal vermelho deverá comprovar o fato alegado, pois se presume correto que os semáforos encontram-se no amarelo piscante.

Poderá o juiz, no entanto, no mesmo caso acima, exigir a prova da notoriedade do fato, algo que não se confunde com a prova do fato notório. No caso acima uma certidão da prefeitura assinalando os que semáforos permanecem na situação descrita acima certa horária é suficiente para provar a notoriedade, não sendo necessário comprovar que no dia do acidente o semáforo estava no amarelo.

A confissão, ao seu turno, é outro fato que faz dispensar a necessidade de prova. A confissão gera duas consequências processuais dispensa de prova e a presunção de veracidade da alegação do fato confessado. Observe-se, contudo, que o fato confessado não gera automaticamente um julgamento favorável, já que da confissão não poderá advir a consequência jurídica pretendida pela parte.

Também independem de prova os fatos incontroversos no processo. As incontrovérsias podem ocorrer de diversas maneiras, seja por ausência de impugnação específica, seja em mesa de audiência, algo bastante comum nas audiências trabalhistas quando se trata da questão de grupo econômico, nas manifestações iniciais de advogados ou mesmo quando do depoimento pessoal das partes.

Para encerrar, precisas são as lições de Luiz Guilherme Marinoni¹⁴ sobre as presunções legais, pondera o autor que :

o legislador, quando tem ciência de que um fato é muito difícil ou até mesmo impossível de ser provado em juízo, presume a sua ocorrência ou veracidade na lei, dispensado a parte, portanto, da produção de prova a seu respeito. A consequência de um fato ser legalmente presumido verdadeiro é a de dispensar aquele que tem interesse no seu atendimento da produção da respectiva prova. As presunções legais podem ser *juris et jure* ou *juris tantum*. A diferença entre elas é que a primeira é que a primeira faz presumir o fato verdadeiro e não aceita prova em contrário, enquanto a segunda admite que aquele que pode ser prejudicado pela imposição do fato presumido verdadeiro produza prova em contrário. Além das presunções legais existem ainda as presunções, também chamadas de presunções simples ou *presumptiones hominis*. Essas decorrem da dedução da ocorrência um fato pela verificação da prova de outro, mediante raciocínio realizado exclusivamente pelo juiz, sem qualquer interferência *a priori* do legislador. É imprescindível que a presunção judicial decorra de alegação de fato provado e, portanto, certo e determinado para fins processuais. Não se admite no processo civil, pois, a chamada *presumptum de presumptum* (isto é, a presunção da presunção) como prova. A *presumptum de presumptum* pode funcionar apenas como argumento de prova (MARINONI, 2011, p. 340/341)

4.6 DA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Inicialmente, cumpre ressaltar, que a inversão do ônus da prova é medida que tem por fundamento jurídico o princípio da isonomia, pois visa colocar no mesmo

¹⁴ MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

patamar, ou melhor, equilibrar a disputa processual desequilibrada, pois a uma das partes ou pertencem todos os conhecimentos ou toda documentação.

A inversão probatória tem previsão legal no Código de Defesa do consumidor. Autoriza o art. 6º, VIII, que o magistrado inverta o ônus da prova em duas hipóteses nos litígios que envolvendo relações de consumo, a saber: a) quando for verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras de experiência; ou b) quando o consumidor for hipossuficiente.

Na primeira hipótese a legislação valendo-se de uma presunção *juris tantum* daquilo que ordinariamente acontece nas relações de consumo, tudo com fundamento em regras de experiência, permite ao magistrado redistribuir o encargo probatório para impor ao fornecedor de produtos ou serviços a realização de prova em contrária. Noutras palavras, o que há na realidade é justamente a presunção do fato constitutivo do autor.

Nesse sentido é a doutrina de Kazuo Watanabe¹⁵:

o que ocorre é que o magistrado, com ajuda das máximas da experiência e das regras da vida, considera produzida a prova a que incumbe uma das partes. Examinando as condições de fato com base nas máximas de experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova. (WATANABE, 1998, p.617)

A segunda hipótese de inversão prevista no CDC é que constitui verdadeira inversão do ônus da prova, na medida em que possibilita ao juiz, ao verificar que o consumidor encontra-se em situação de fragilidade e hipossuficiência, porquanto não dispõe de condições técnicas, sócias, matérias etc., e, desta forma, transfira a parte contrária a incumbência que originariamente pertencia a parte *ex adversa*.

¹⁵ WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 1988.

Questão tormentosa já discutida acima diz respeito ao momento da inversão do ônus probatório. Já se disse que se trata de regra de instrução, razão pela qual, toda e qualquer inversão as regras legais, deve ser adiantada pelo juiz quando do saneamento do processo, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e contraditório, por não oportunizado à parte a quem compete o ônus a possibilidade de dele não se desincumbir.

Ressalte-se que a ausência de surpresas processuais não só guarda forte relação com os princípios da ampla defesa e contraditório, como também tem firmes fundamentos no princípio da segurança jurídica, pois permite aos jurisdicionados, cientes da jurisprudência acerca de determinado tema processual, se antecipar ao juiz ou prever sua estratégia processual.

Explica Fredie Didier¹⁶ que:

a regra de inversão do ônus da prova é regra de processo, que autoriza o desvio de rota; não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento. (DIDIER, 2011, p. 86)

Todavia, não se trata de posicionamento unânime. Nelson Nery Jr.¹⁷ afirma o contrário:

“o juiz, ao receber os autos para proferir sentença, verificando que serio o caso de inverter o ônus da prova em favor do consumidor, não poderá baixar os autos em diligência e deter que o fornecedor faça a prova, pois o momento processual para a produção dessa prova já terá sido ultrapassado. Portanto, caberá ao fornecedor agir no sentido de procurar demonstrar a inexistência do alegado direito do consumidor, bem como a existência de circunstâncias extintivas, impeditivas ou modificativas do direito do consumidor, caso pretenda vencer a demanda”. (NERY JR, p.217)

¹⁶ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Volume 2*. 6ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011

¹⁷ NERY JR, Nelson. “Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1

Outra questão controvertida diz respeito a quem compete o ônus da sucumbência quando invertido o ônus da prova.

Pode-se definir sucumbência como princípio que estabelece que a parte que perdeu a ação efetue o pagamento das custas processuais e honorárias advocatícias da parte vencedora. Desta forma, ela decorre do ato ou efeito de sucumbir, ou seja, de ser vencido.

Todavia, destaque-se, que, por vezes o órgão judicial requer o adiantamento de custas ou honorários, o que ocorre normalmente quando da pericial judicial, ficando a dúvida sobre quem deve pagar esse adiantamento quando houver essa inversão.

A melhor solução está em também inverter o ônus da sucumbência. Sustenta Eduardo Cambi¹⁸ que uma corrente jurisprudencial recorre à aplicação subsidiária do CPC para determinar que o consumidor, mesmo beneficiado pela inversão do ônus da prova, antecipe os honorários do perito e, por outro lado, a outra corrente afirma que tal aplicação é incompatível com o CDC. Corretamente, acolhe a segunda posição:

Assegurar a inversão do ônus da prova ao consumidor sem inverter, também, o ônus de adiantar as despesas processuais é o mesmo que garantir um direito apenas formal ao litigante reconhecidamente hipossuficiente na relação jurídica processual, na medida em que ainda persiste a dificuldade econômica que, aliás, é um dos pressupostos para a aplicação do art. 6º, inciso VIII, do CDC. Logo, quando se inverte o ônus da prova, transferem-se ao fornecedor todos os riscos, custos e responsabilidades quanto à atividade probatória. O entendimento contrário, ao perpetuar a dificuldade econômica, não facilita a defesa dos direitos do consumidor em juízo, mantendo o status quo anterior. Mantido o raciocínio, que se combate, muitos

¹⁸ Eduardo Cambi. Divergência jurisprudencial – Inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência, Ribeirão Preto (38): 11-8, fev/2003. TESHEINER, José Maria Rosa. Inversão do ônus da prova e ônus de antecipar os honorários do perito. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 3, nº 72, 10 de abril de 2003. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/artigos/126-artigos-abr-2003/3502-inversao-do-onus-da-prova-e-onus-de-antecipar-os-honorarios-do-perito>. Acessado aos 18.02.16.

consumidores, mesmo que reconhecidamente hipossuficientes, desistirão da prova pericial, em razão do seu custo elevado, o que resultará na total ineficácia e descrédito do instituto da inversão do ônus da prova, fazendo-se perder um valioso instrumento de efetivação da justiça. Ademais, afirmar que não deve haver distinção entre a inversão do ônus da prova e do ônus de antecipar as despesas processuais não implica considerar o consumidor isento desses encargos. Afinal, tendo o fornecedor, pela realização da prova, convencido o juiz de que tem razão, ficará o consumidor submetido ao pagamento dos ônus da sucumbência. Dessa maneira, a inversão do ônus do adiantamento das despesas somente contribuirá para com a justiça da decisão, pois o fornecedor se esforçará para demonstrar que tem razão até para, com isso, reaver aquilo que pagou para poder desincumbir-se do ônus *probandi* invertido. Com efeito, merecendo a tutela jurisdicional, não sofrerá nenhum prejuízo econômico. “Ainda, parece-nos equivocado tratar o art. 6º, inciso VIII, do CDC como mera regra de juízo (isto é, como critério de julgamento que o juiz somente leva em consideração, ao sentenciar, quando está em dúvida a respeito da suficiência do desincumbimento dos ônus probatórios pelas partes) para dizer que a inversão do ônus da prova é um mecanismo autônomo, o qual não guarda relação com o ônus de antecipação das despesas processuais. Afinal, as normas de repartição do ônus da prova não são somente regras de julgamento, mas também regras de comportamento dirigidas às partes, tendo a finalidade de indicar, de antemão, quais os fatos que cada um dos litigantes deve provar. Se a inversão do ônus da prova for conhecida somente na sentença, será um fator que causará surpresas, na medida em que não se assegurará ao fornecedor o exercício satisfatório de seu direito à prova contrária, resultando na violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV, CF)15. Além disso, contraria o princípio da boa-fé utilizar a regra do art. 6º, inciso VIII, do CPC para facilitar a defesa dos direitos do consumidor, às custas do sacrifício do direito de defesa do fornecedor.

4.7 DA PROVA DIABÓLICA E ÔNUS DA PROVA DE FATO NEGATIVO

Feitas essas ponderações sobre a inversão do ônus probatório, necessário ressaltar, que este visa justamente a evitar a ocorrência da prova diabólica no processo civil.

Inicialmente, cumpre destacar que a prova diabólica é aquela modalidade de prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, do qual a prova de fato negativo é o exemplo mais citado pela doutrina, sem embargo de outros como a prova de defeito do serviço ou produto colocado no mercado pelo consumidor.

Sendo assim, a prova diabólica é uma expressão utilizada nas hipóteses em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil de ser produzida. Ou seja, nenhum meio de prova possível é capaz de permitir tal demonstração.

Explica Fredie Didier¹⁹ que

a prova diabólica é aquela que é impossível, senão muito difícil, de ser produzida ‘(...) é expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração. (DIDIER, 2011, p. 92)

Prossegue o renomado autor:

A jurisprudência usa a expressão prova diabólica, outrossim, para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo. Sucede que *nem toda prova diabólica se refere a fato negativo* – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica. (DIDIER, 2011, p. 93)

Nesses casos em que a prova revelar-se diabólica a uma das partes exclusivamente – *prova unilateralmente diabólica* – poderá o juiz de ofício ou a requerimento das partes inverter o ônus probatório ou distribuir de forma dinâmica esse encargo, sobre o qual falará mais adiante, e assim encaminhar o processo para uma efetiva solução justa, já que não será mais necessário valer-se de presunções, isto é, a

¹⁹ DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Volume 2*. 6ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011

sentença estará com firmes fundamentados na situação de fato verdadeiramente ocorrida.

Todavia, como sustenta Marinoni²⁰, pode acontecer raramente que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes – *bilateralidade diabólica*. É o que o citado autor denomina de “situação de inesclarecibilidade”.

Cita o autor exemplo de nadador iniciante que se afoga em piscina de grande profundidade pertencente a um clube. A família ingressa com ação judicial indenizatória sob o argumento de que a vítima morreu afogada, pois a profundidade da piscina não era sinalizada. O clube, em sua defesa, arguiu que o falecimento deu-se em razão de problemas cardíacos que afetaram o nadador, fato natural excludente de responsabilidade. Sucede que nem uma nem outra prova é possível de ser realizada, porquanto o clube não mais existe e impossível a perícia no corpo do nadador falecido. Consta-se, portanto, que há no processo uma “situação de inesclarecibilidade”.

Arremata ao dizer 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 (princípios práticos), para se convencer da ocorrência do fato não provado.

Melhor seria, no entanto, uma vez que está vedado o *non liquet*, verificar o juiz, ao final da instrução, qual parte assumiu o “risco da inesclarecibilidade”, submetendo-se à possibilidade de uma decisão desfavorável. Assim, se o fato insusceptível for fato constitutivo do direito do autor e esse assumiu tal risco de inviabilidade probatória, deverá o magistrado dar pela improcedência. Contudo se o fato impossível de ser esclarecido for suscitado pelo réu a título de fato impeditivo, obstativo ou extintivo do direito, forçoso concluir pela procedência, aplicando-se, tanto no primeiro, como no segundo caso a regra geral esculpida no art. 333 do CPC.

Com relação aos fatos negativos, impende destacar, que não são todos impossíveis de serem comprovados, visto que todo fato negativo corresponde a um fato

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do ônus da Prova segundo as peculiaridades no caso concreto*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos2007061901315330.pdf>>. Acesso em 20.02.2016

positivo ou afirmativo e vice-versa. Noutras palavras, se não for possível comprovar a negativa nada impede, por outro lado, que se prove sua afirmação.

Desta forma, a doutrina divide o fato negativo em negativas absolutas e negativas relativas. A negativa absoluta seria a afirmação de um não fato sem limites temporais ou especiais, enquanto a negativa relativa também seria a afirmação de um não-fato com períodos de tempo e espaço definidos..

Nessa senda, nos dias atuais, somente as negativas absolutas seriam insusceptíveis de ser objeto de prova, menos pela negativa do fato em si, que como dito alhures pode ser comprovado pela sua afirmação, mas pela indefinição. Explica-se: impossível comprovar que a parte nunca esteve na cidade de São Paulo.

Por outro lado os fatos relativamente negativos são possíveis de serem comprovados. Valendo-se do mesmo exemplo acima é possível e até crível que a parte comprove que nunca esteve na cidade de São Paulo em março de 2015, porquanto no mesmo período estava a viajar para outra região do país.

4.8 DA DIVISÃO DINÂMICA DO ENCARGO PROBATÓRIO

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova nasceu da necessidade de aliar a legislação processual à moderna doutrina pós-positivista que confere aos princípios, sobretudo aqueles de natureza constitucional, a capacidade de moldar o direito positivo.

Nesse sentido, o direito de prova necessita ser conformado pelo princípio do devido processo legal tanto em seu aspecto formal, isto é, na possibilidade de se manifestar no processo sobre o que até então foi produzido, como em seu aspecto material que vai ao encontro a uma ordem processual eficiente e justa.

Historicamente a distribuição dinâmica do encargo probatório surgiu na doutrina argentina. Não que houvesse previsão legal, tendo sido criada academicamente e aplicada na prática para colmatar injustiças que muitas vezes ocorridas em razão da rigidez estática, quando houvesse impossibilidade de uma das partes produzir certa prova, ao passo que, em

razão de ordem econômica e técnica principalmente, seria processualmente mais adequado a parte contrária fazê-lo.

Em que pese a construção acadêmica do vizinho sul americano, ressalte-se que a idéia de uma distribuição probatória conforme a facilidade de prova já tinha sido proposta por Jeremy Bentham, para quem o ônus da prova seria daquele que pudesse produzi-la de maneira mais fácil e sem inconvenientes.

Feitas essas ponderações, destaque-se, que a distribuição do ônus probatório não é o mesmo que inversão do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova é um direito básico do consumidor cuja aplicação, desde que observado os requisitos legais, é obrigatório, na medida em que está prevista em norma de ordem pública de aplicação obrigatória, pois presume de antemão a hipossuficiência do trabalhador.

Em muito se assemelha a distribuição dinâmica, vez que busca identificar de antemão a parte que do encargo se desincumbiria de forma mais fácil e sem maiores percalços.

Entretanto, tais institutos não podem ser confundidos, pois somente há que se falar em inversão quando existe uma regra prévia na legislação que determina o ônus de cada um, sendo certo que o juiz procede a inversão. Na distribuição dinâmica o ônus é afastado para que o juiz imponha o encargo na decisão saneadora.

Ainda, na distribuição dinâmica não recai sobre a parte todo o ônus probatório, mas exclusivamente aquele em que o juiz observar que poderá ser trazido aos autos com maior facilidade pela parte *ex adversa*. Ao passo que, como dito acima, na inversão do ônus probatório, a maior parte do encargo probatório pertence ao fornecedor de bens ou serviços, vez que o legislador como positivada no art. 6º, VIII, do CDC, acaba por criar uma presunção de veracidade do fato constitutivo do autor, mantendo-se a regra de que ao réu compete a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Por fim, enquanto a inversão do ônus probatório no direito consumerista é a regra a distribuição dinâmica no novo CPC é regra de exceção para, repita-se, colmatar injustiças que a regra geral de distribuição estática não lida bem.

Ensina Bruno Braga da Silveira²¹ que:

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, a 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 caso extremos, quando a peculiaridade da causa assim requererem. (SILVEIRA, 2015, p. 155)

4.8.1 A DIVISÃO DINÂMICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO.

A distribuição dinâmica do ônus probatório tem previsão no novo CPC no parágrafo primeiro do art. 373. Prescreve, com efeito, a norma processual que 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. Arremata o parágrafo segundo que a decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Pontifica Eduardo Cambi²²:

a aplicação desse novel instituto esta sujeita a limites de ordem material e formal: “i) Limites materiais: a) o litigante dinamicamente onerado deve se encontrar em posição *privilegiada*,

²¹ FERREIRA, William Santos Coord. *Et All. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório*. 1ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015

²² FERREIRA, William Santos Coord. *Et All. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório*. 1ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015

em virtude do papel que desempenhou no fato gerador da controvérsia, por estar na posse da coisa ou instrumento probatório, ou por ser o único que dispõe da prova, se encontra em melhor posição de revelar a verdade (art. 373, §1º, NCPC). Exemplo típico é do médico ou do hospital em poder de que se encontra o prontuário; b) o ônus dinâmico não pode ser aplicado simplesmente para compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, mas única e tão somente para evitar a formação da prova diabólica diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e do direito material a ser tutelado. O importante é que com a dinamização do ônus da prova não se consagre uma *prabatio diabólica reversa* (art. 373, §2º, NCPC); ii) Limites Formais: a decisão que aplica o art. 373, §1º, deve ser fundamentada, sob pena de ser nula (art. 93, II da CF/89), e não pode se dar na sentença para não retirar a oportunidade da parte de desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, sob pena de violar a garantia constitucional do contraditório, não dando chance às partes a produção de prova contrária. Com efeito, se o magistrado pretender dinamizar o ônus, deverá, previamente, limitar as partes a respeito, fundamentando a decisão, para que não se promova a *retroatividade* oculta, com prejuízo da segurança jurídica. (CAMBI, 2015, p.190)

Não restam dúvidas a meu ver que o momento processual adequado para se aplicar a distribuição do ônus probatório, como já sustentado nas linhas acima, é no momento do saneamento do processo. Tal asserção decorre da própria lógica que se insinua do artigo 373 do novo código de processo civil, porquanto há necessária obrigação do magistrado de se manifestar sobre a impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput*.

Noutras palavras, a impossibilidade ou dificuldade excessiva não pode surgir simplesmente na sentença, quando do ato de julgar, ela necessariamente deve se revelar de antemão, sob pena de se estar aplicando a regra estática.

Acrescente-se, ainda, que para espancar qualquer dúvida acerca do momento processual oportuno o código de processo manda que o juiz explique as razões de tal decisão, mas acima de tudo conceda a parte contrária tempo para se desincumbir do novo encargo, o que inexoravelmente leva a conclusão de que doravante não existem fundamentos para se inverter ou dinamizar o ônus na sentença, mas sim e sempre na decisão de saneamento.

Mesmo na seara trabalhista, em que é comum a realização de audiências unas, para aplicação do novel instituto não resta outra opção ao magistrado senão particionar essa audiência com intuito de conferir tempo hábil para que a parte contrária e surpreendida com o novo encargo dele se desfaça, sob pena de flagrante violação ao princípio do contraditório e ampla defesa.

5. CONCLUSÃO

Procurou o presente trabalho realizar uma brevíssima exposição acerca do ônus da prova e institutos adjacentes, porquanto entendemos que ao lado da compreensão do direito material o ônus da prova é de importantíssima aplicação e utilização em todos os ramos do poder judiciário, pois de nada vale a parte alegar sem comprovar, razão pela qual a sua prévia ciência acerca de seus deveres processuais quanto a prova é de inegável relevo.

Desta forma, iniciou-se a dissertação trazendo à baila a relação do ônus probatório com institutos importantíssimos do processo como a jurisdição e o princípio da inércia processual e a vedação ao *no liquet*, bem como sua relação com o processo sua posição de regra subsidiária no campo do direito das prova.

Ao depois foi realizada uma breve exposição histórica onde se tomou por ponto de partida o código de 1939 refazendo a evolução legislativa do instituto até os dias atuais com a vigência do código de 2015.

Em seguida deu-se início a exposição doutrinária que é aberta com um quadro comparativo em que é possível observar as diferenças essenciais entre o atual código e o código de 2015.

Explicou-se a dupla função do ônus da prova, as divergências quanto ao momento de aplicação, seu aspecto subjetivo e objetivo, a distribuição estática, os fatos que independem de prova, as convenções probatórias e, por fim, a novel distribuição dinâmica.

Desta forma, para encerrar, o presente trabalho temos que tal dissertação alcançou seu objetivo de servir como um breve guia para dirimir as dúvidas que se colocam diariamente à frente do estudioso ou do aplicador do direito nos varas, juízos ou tribunais.

FONTES CONSULTADAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições do Direito Processual Civil: Volume I*. 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Volume 2*. 6ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2011

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro: Volume 2*. 16ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003

FERREIRA, William Santos Coord. *Et All. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório*. 1ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015

MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: Comentado artigo por artigo*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da Convicção e Inversão do ônus da Prova segundo as peculiaridades no caso concreto*. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos2007061901315330.pdf>>. Acesso em 20.02.2016

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Julgamento e ônus prova. Temas de Direito Processual Civil – segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988

NERY JR, Nelson. “Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1

WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª edição. São Paulo: Forense Universitária, 1988.