

**THIAGO ALESSANDRO GARCIA DA SILVA**

**Regras acerca do Momento de Distribuição do Ônus da  
Prova**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

São Paulo

2015

**THIAGO ALESSANDRO GARCIA DA SILVA**

**Regras acerca do Momento de Distribuição do Ônus da  
Prova**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO**

Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

Monografia apresentada à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como parte dos requisitos para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Professor José Alexandre Manzano Oliani

São Paulo

2015

# **THIAGO ALESSANDRO GARCIA DA SILVA**

## **Regras acerca do Momento de Distribuição do Ônus da Prova**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

### **BANCA EXAMINADORA**

---

Professor José Alexandre Manzano Oliani  
Orientador Acadêmico

---

Examinador 2

---

Examinador 3

Dedico o presente trabalho aos meus pais, José Marcos da Silva e  
Laura Aparecida Garcia da Silva, por cada gesto e palavra de  
encorajamento, bem como por confiar em mim e tornar as minhas  
metas como se fossem suas.

## **Agradecimentos**

Agradeço a Deus, pela vida, saúde e oportunidades.

À minha namorada Caroline Souza Santos, por toda paciência e apoio incondicional, que bem compreendeu a minha ausência durante o tempo necessário à conclusão da Especialização.

Ao Dr. Alessandro Segalla e Dr. Antonio Notariano Jr., pelo sincero apoio e tempo dispendido ao lerem e discutir os temas versados.

Aos professores da PUC-COGEAE, por todo o ensinamento, teórico e prático.

Aos amigos Thiago Travagli, Tiago Batista, Adriano Manzano e Wekson Lima, pelos sinceros votos de incentivo.

A todos estes, a minha sincera gratidão!

## **RESUMO**

O presente trabalho abordará sobre as regras de distribuição do ônus da prova, sobre o prisma da regra de julgamento e regra de procedimento. Distinções acerca das duas concepções serão estudadas com base na doutrina dominante e jurisprudência consolidada do STJ. Oportunamente, se interpelará sobre a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova, o momento adequado para a distribuição do ônus da prova, bem como de sua previsão e alterações atinentes ao novo Código de Processo Civil, Lei 13.10do Ônus da Prova5/2015.

Palavras-chave: Código de Processo Civil; prova; distribuição do ônus da prova; regra de julgamento; regra de procedimento; teoria dinâmica do ônus da prova; momento adequado para distribuição do ônus da prova.

## **ABSTRACT**

This study will discuss about the distribution rules of the burden of proof on the prism of judgment rule and rule of procedure. Distinctions about the two concepts will be studied based on the dominant doctrine and established case law from the Supreme Court . In due course , if it shall bring about the Theory Burden of Proof dynamics , the right time for the distribution of the burden of proof , as well as its forecast changes relating to the new Code of Civil Procedure , Law 13.105 / 2015 .

Keywords: Civil Procedure Code ; proof; distribution of the burden of proof; judgment rule ; rule of procedure ; dynamical theory of burden of proof ; appropriate time for distribution of the burden of proof .

## SUMÁRIO

|  |    |
|--|----|
| 1. INTRODUÇÃO.....                                     | 09 |
| 2. PROVA.....  | 11 |
| 2.1 Conceito.....                                      | 11 |
| 2.2 Objeto.....  | 15 |
| 2.3 Finalidade.....                                    | 16 |
| 2.4 Destinatário da Prova.....                         | 16 |
| 2.5 Prova Como Direito.....                            | 17 |
| 2.5.1 Concepção constitucionalista.....                | 17 |
| 2.5.2 Natureza do direito à prova.....                 | 18 |
| 2.6 Prova Como Ônus e Distinção de Obrigação.....      | 19 |
| 3. ÔNUS DA PROVA.....                                  | 21 |
| 3.1 Fator Histórico.....                               | 21 |
| 3.1.1 Origem.....                                      | 21 |
| 3.1.2 Inserção no Brasil.....                          | 26 |
| 3.2 Principais Teorias acerca do Ônus da Prova.....    | 27 |
| 3.3 Conceito, Finalidade e Importância.....            | 29 |
| 3.4 O Ônus da Prova e o Poder Instrutório do Juiz..... | 33 |
| 4. DUPLO ASPECTO DO ÔNUS DA PROVA.....                 | 35 |
| 4.1 Ônus da Prova como Regra de Julgamento.....        | 35 |
| 4.2 Ônus da Prova como Regra de Procedimento.....      | 38 |
| 5. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.....                  | 41 |

|  |    |
|--|----|
| 5.1 A Inversão do Ônus da Prova.....   | 44 |
| 5.2 Regra de Julgamento x Regra de Procedimento.....   | 46 |
| 6. MODIFICAÇÕES ADVINDAS COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL –<br>LEI 13.105 DE MARÇO DE 2015..... | 48 |
| 6.1 Dinamização do Ônus da Prova.....  | 48 |
| 6.2 Teoria Dinâmica do Ônus da Prova.....  | 52 |
| 6.3 Momento de Distribuição do Ônus da Prova e Acordos Procedimentais..                            | 54 |
| 7. CONCLUSÃO.....  | 56 |
| 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....   | 57 |

# 1. INTRODUÇÃO

Uma vez atribuída ao Estado a incumbência de dirimir litígios, com o propósito de salvaguardar a harmonia e equilíbrio da vida em sociedade, fora necessária a criação de órgãos e normas para este fim, com o intuito de alcançar-se soluções justas.

Com a eminente necessidade de atuação do poder estatal, por meio dos órgãos da jurisdição, na busca pela justiça ou, para o vislumbre equiparado da verdade fática à verdade apresentada em uma demanda, para valer-se da tutela jurisdicional/estatal, a parte deve demonstrar ao Estado os fatos que embasam seu pedido, fatos que serão consubstanciados através de provas.

Para se declarar a procedência ou não de determinado pedido, o juiz examina a questão sob perspectivas distintas, matéria de fato e matéria de direito.

No que compete à matéria de fato, o Juiz precisa ter conhecimento do ocorrido, portanto, é por intermédio das provas que o Magistrado encontrará embasamento fático para decidir a causa.

A matéria de fato depende em regra de produção de provas, visando o convencimento do Juiz da existência do que fora alegado.

Vislumbra-se, portanto, a necessidade da determinação da regra do ônus da prova para direcionar o julgador, bem como para padronizar a orientação das partes na instrução probatória do processo.

O presente estudo tem por finalidade analisar o momento adequado para distribuição do ônus da prova, com base na ótica moderna que influencia o direito processual civil brasileiro, pela regra de julgamento ou pela regra de procedimento.

Neste diapasão, primeiramente se analisará qual o conceito e finalidade das provas para o processo, com o intuito de se conceituar o termo *ônus da prova* e assim entender suas consequências práticas.

Urge-se salientar importância do estudo dos aspectos do ônus da prova, que serão determinantes para concepção moderna que rege o processo civil, ao passo de se tornar um instrumento eficaz, tendo em vista a litigiosidade atual.

Passaremos a verificar as regras de distribuição do ônus da prova, abordando questões com a possibilidade de sua dinamização ou flutuação, requisitos e busca da verdade real.

Importante esclarecer que, com o advento do Novo Código de Processo Civil, como regra se adotará a Teoria Estática e subsidiariamente se utilizará a Teoria Dinâmica ou Flutuante, sendo que de acordo com as peculiaridades do caso concreto, o Juiz poderá definir quem possui melhores condições de produzir determinada prova, havendo, portanto, o direcionamento de seu ônus.

Após, quanto à distribuição do ônus da prova, buscar-se-á entender qual é o momento adequado para sua aplicação.

## 2. PROVA

### 2.1 Conceito

A conceituação deste instituto está longe de ser tranquila, tendo em vista a diversidade de sentidos que podem ser vinculados ao termo “prova”.

Por ser uma expressão utilizada em outras ciências totalmente distintas do direito, a prova, em seu conceito *lato*, representa “todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém.”<sup>1</sup>

Já para Ferreira, ao citar Moacyr Amaral Santos, acerca do estudo da palavra prova, nos explica que “vem do latim – probatio – significando ensaio, verificação exame, inspeção, argumento, prova razão; um procedimento capaz de propiciar um saber.”<sup>2</sup>

Dito isto, devemos entender que no Processo Civil, para que se possa alcançar a mais razoável deliberação, o juiz e as partes adversas utilizam-se de mecanismos extrínsecos ao processo, que devem ser abarcados pelo ordenamento jurídico e seu regramento legal.

Cândido Rangel Dinamarco explicita que:

“(...) para que o processo civil possa produzir seus resultados, o juiz e as partes precisam valer-se de certos elementos externos que, quando trazidos para o processo e utilizados convenientemente, favorecem o conhecimento de realidades relacionadas com o conflito e a efetiva satisfação das pretensões amparadas pelo direito. Tais são os meios processuais instrumentais, representados pela prova (...)”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 20. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, v.2, p. 195.

<sup>2</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr apud FERREIRA, William Santo. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 53.

<sup>3</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v.2, p.614.

Na perspectiva daqueles que pactuam da possibilidade de se averiguar a verdade absoluta no processo, a noção de prova está atrelada a ideia de reconstrução de um fato passado, ou melhor a verificação de um fato<sup>4</sup>, pois “a verdade, enquanto exata correspondência, jamais pode ser atingida, uma vez que não se pode “recuperar” o que já passou”.<sup>5</sup>

No campo do processo civil, a prova possui duas acepções, conforme ensinam Silva e Gomes : “pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz”.<sup>6</sup>

Exato, igualmente, o uso do termo prova ao manifestar-se sobre a persuasão a respeito da existência ou não de determinado evento<sup>7</sup>, ou seja, similarmemente estabelece a forma pela qual o magistrado estabelece a convicção pertinente para solucionar as alegações controversas numa demanda<sup>8</sup>. Pois, conforme ensinam Cintra, Grinover e Dinamarco:

“As afirmações de fato feitas pelo autor podem corresponder ou não à verdade. E a elas ordinariamente se contrapõem as afirmações de fatos feitas pelo réu em sentido oposto, as quais, por sua vez, também podem ou não ser verdadeiras”.<sup>9</sup>

No mesmo sentido, Carnelutti corrobora deste entendimento, ao mencionar que a “prova não se chama somente o objeto que serve para o conhecimento de um fato, mas também o próprio conhecimento fornecido por tal objeto”.<sup>10</sup>

Nesta linha de pensamento, Marinoni, Arenhart e Mitidiero elucidam que no tocante à prova:

---

<sup>4</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v.2, p. 249.

<sup>5</sup> *ibidem*, p. 250.

<sup>6</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 295

<sup>7</sup> *Ibidem* ., p. 296.

<sup>8</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel,. **Teoria Geral do Processo**. 27.ed.São Paulo: Malheiros. 2011. p.377.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> CARNELUTTI, Francesco (tradução: Adrian Sotero de Witt Batista). **Instituições do Processo Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1, p. 307.

“(…) seu conceito, sua função e suas particularidades não devem ser encontrados exclusivamente no campo do direito (ou, mais restritivamente, no campo do direito processual), mas, ao contrário, são informados por elementos das mais diversas ciências, *não obstante ingressem no direito processual com visão e regime particular*”.<sup>11</sup>

De maneira complementar, Scarpinella Bueno elucida que:

“(…) há polêmica interessante na doutrina do direito processual civil sobre a natureza jurídica das regras de prova: se são normas de direito *material* ou de *direito processual*.

(…)

Rigorosamente, ao direito material cabe disciplinar as condições essenciais à prova dos atos e fatos jurídicos em geral e o seu respectivo valor probante. Ao direito processual civil, de seu turno, cabe a disciplina de como transportar aquelas provas para o plano do processo e de como viabilizar a sua *produção* em juízo em termos amplos.

(…)

“normas heterotópicas”, isto é, aquelas normas que, sendo típicas de direito processual civil, são veiculadas por lei civil ou vice-versa. E, desta forma, o que se põe em cada caso concreto é a necessidade de verificar qual das normas que, eventualmente, disciplinam um *mesmo assunto* prevalece sobre a outra. De resto, à medida que não há essa primazia de uma norma sobre a outra, a solução correta é a de compatibilizar os diversos comandos.”<sup>12</sup>

Ainda, Reicheld ressalta que a palavra “prova” pode assumir diferentes conotações não apenas no processo civil, mas também em outras ciências.<sup>13</sup>

O consenso conclusivo quanto à expressão prova, ao menos no âmbito processual civil, corrobora-se com a ideia de todo procedimento necessário para a solução adequada de um litígio, instrumento necessário que proporcione ao julgador pleno convencimento mínimo da existência ou não de determinado fato, tornando-se instrumento processual do conhecimento da demanda pelo juiz.

Possível, portanto, verificar que para valer-se de uma instrução probatória adequada no processo, a prova deve abarcar requisitos previstos em nosso ordenamento jurídico, contudo, é perceptível que a prova não é questão apenas

---

<sup>11</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 248-249.

<sup>12</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil – Procedimento Comum: Ordinário e Sumário**. ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 243-244.

<sup>13</sup> REICHELDT, Luís Alberto. **A Prova no Direito Processual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p.19 e ss.

versada pelo direito processual, o que por sua vez propicia a existência de diversas definições para a prova.

Conforme conceituação por Wambier; Talimini, em consonância com o art. 332 do CPC:

“Prova, portanto, é o modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão das partes. É instituto tipicamente processual (embora haja certa dose de discussão na doutrina a esse respeito), pois sua produção ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais(...).

Assim, conceitua-se prova como o instrumento processual adequado a permitir que o Juiz forme convencimento sobre fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.”<sup>14</sup>

Acerca de nosso tema, Ferreira se restringe ao processo civil, explicitando que:

“Finalmente, por *prova cível* deve ser entendida aquela que se relaciona às questões fáticas no *âmbito não penal*, isto é, naqueles casos em que o *fato probando* se integra ao espectro cognoscível necessário para a solução de ações cíveis, estas entendidas como aquelas em que não se apura a ocorrência de um ilícito penal para fins de persecução criminal, mas sim na solução de casos cíveis, não penais; ou seja, o enquadramento se dá por método classificatório residual.”<sup>15</sup>

Prova, portanto, é todo meio considerado idôneo, desenvolvido dentro dos parâmetros do Direito, capaz de fornecer ao Juiz subsídios probabilísticos aptos para fundamentar coerentemente a sua decisão, de maneira a gerar sua aprovação lógica pelas partes.

Quando se estuda “prova”, na verdade, se deve ter a impressão que se estuda os meios necessários para viabilizar o conhecimento do juiz com relação ao quanto se alega, portanto, se demonstram as alegações daquele fato que se leva ao poder judiciário.

Neste contexto são destacados os aspectos formais da prova, que se desenvolvem dentro dos parâmetros do direito, que revestidas dos requisitos legais e morais, bem como o aspectos funcionais da prova, buscam fornecer meios ao

---

<sup>14</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil : Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015. 1 v. p.560.

<sup>15</sup> FERREIRA, Willian Santos, op. cit., p. 58.

jugador na obtenção do convencimento acerca da lide e para fundamentação da sentença.

Por fim, a prova pode ser observada por duas vertentes, sendo o prisma objetivo, que consiste nos elementos que permitem o juiz auferir o conhecimento da verdade (meios de prova) e, o prisma subjetivo, formação de convencimento do próprio juiz perante as provas produzidas no processo.

## 2.2 Objeto

Inicialmente, ressalta-se que não se necessita provar o direito alegado.

Ensinam Wambier e Talamini que:

“Devem-se provar fatos, não o direito (...) o direito alegado não é objeto da prova, mas apenas os fatos, ou seja, aquilo que ocorreu no mundo (...) para significar que basta à parte demonstrar que os fatos ocorreram para que o juiz aplique o direito correspondente”<sup>16</sup>.

Portanto, “a prova diz respeito aos fatos”<sup>17</sup>, mais precisamente as afirmações de fatos narrados pelas partes em uma lide<sup>18</sup>.

Destacam Silva e Gomes que “hão de ser objeto de prova apenas os fatos em que se funda a ação ou a defesa, o que significa dizer que apenas os fatos relevantes para a decisão da controvérsia devem ser provados.”<sup>19</sup>

Daí observa-se que somente os fatos duvidosos ou controvertidos devem ser objetos de provas, mas desde que pertinentes e relevantes à causa, “os fatos que, direta ou indiretamente, relacionem-se com aquilo que o juiz precisa estar convencido para julgar.”<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> Ibidem, p. 565.

<sup>17</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros. 2011. p.378.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 251.

<sup>19</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. op. cit, p. 298-299.

<sup>20</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 245.

Porém, nem tudo necessita de prova<sup>21</sup>, pois fatos considerados como notórios, impertinentes, irrelevantes, incontroversos, cobertos por presunção legal de veracidade ou impossíveis, não necessitam da produção probatória<sup>22</sup>.

### 2.3 Finalidade

A finalidade da prova corrobora-se no convencimento do Juiz, não se buscando a certeza absoluta, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

No mesmo sentido, Dinamarco, Grinover e Cintra ensinam que “a prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos o processo”.<sup>23</sup>

Para Theodoro Júnior, o Juiz busca uma solução aos conflitos, por meio da verdade real, que consta no processo, *in verbis*:

“O processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real e é, na Prova dos autos, que o Juiz busca localizar essa verdade. Como, todavia, o processo não pode deixar de prestar a tutela jurisdicional, isto é, não pode deixar de dar solução jurídica à lide, muitas vezes esta solução, na prática, não corresponde à verdade real. (...) Assim, se a parte não cuida de usar das faculdades processuais e a verdade real não transparece no processo, culpa não cabe ao juiz de não ter feito a justiça pura, que sem dúvida, é a aspiração das partes e do próprio Estado.”<sup>24</sup>

Trata-se em atingir o convencimento do magistrado por via da constatação da verdade processual com vistas à verdade real, ou seja, aquilo que está ao alcance no caso em concreto.

### 2.4 Destinatário da Prova

A prova serve para o conhecimento dos fatos e o convencimento do juiz, pois é deste a incumbência de solucionar a demanda de forma mais adequada.<sup>25</sup> Desta

---

<sup>21</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, . op cit . p.378.

<sup>22</sup> Ibidem, p. 378-379

<sup>23</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel,.op cit, p.377.

<sup>24</sup> THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**.55.ed. 1 v .Rio de Janeiro: Forense.2014.p.465..

<sup>25</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. op. cit., p.563.

maneira, patente está que o destinatário de toda a produção probatória é o magistrado.

Neste sentido, Marcato ensina:

“Como o julgador é pessoa necessariamente estranha aos fatos em discussão (sob pena de perder a imparcialidade e dar margem a seu afastamento do feito [...]) não tem como formar uma opinião acerca de sua verdade senão através dos elementos que lhe sejam trazidos pelas partes, ou qualquer forma daqueles que venham aos autos por iniciativa dele próprio, juiz, mediante o uso de seus poderes instrutórios”.<sup>26</sup>

Já Carnelutti complementa que “o bom resultado do processo depende de que o juiz tenha à sua disposição as provas necessárias para a valoração dos fatos relevantes para a composição da lide ou para a gestão do negócio”.<sup>27</sup>

E acrescenta, “as partes fornecem provas ao juiz, não só com as declarações que fazem ou com as coisas que mostram, como também com a atitude que guardam no processo, da qual o juiz ‘pode deduzir argumento de prova’”.<sup>28</sup>

## 2.5 Prova como Direito

### 2.5.1 Concepção Constitucionalista

A concessão do direito à prova para parte trata-se de manifestação essencialmente de cunho constitucional da ação e da defesa<sup>29</sup>.

Portanto, a idealização pertinentemente superior do instituto da prova é aquela que a eleva ao patamar de verdadeiro instituto constitucional.

Neste sentido, Couto nos ensina que:

“Este direito constitucional diz respeito à produção de provas que, precisamente, nessa seara, reflete a oportunidade que a parte tem (deve ter) de apresentar provas ao juiz de forma ampla.”<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> MARCATO, Antonio Carlos (coord.) **Código de Processo Civil Interpretado**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1039-1040.

<sup>27</sup> CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p. 311-312.

<sup>28</sup> Idem.

<sup>29</sup> CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 112.

Neste diapasão, afirmar-se que embora o direito à prova não seja contemplado como um dos institutos imprescindíveis do ordenamento processual, preenche uma colocação de suma importância para o direito processual, pois, em sua ausência, as proteções da lide judicial e da defesa seriam desprovidos *de conteúdo substancial*; afinal, furtar a parte de seu direito à prova importaria na impossibilidade de se valer de meios legítimos de acesso à *ordem jurídica justa*, a serviços da qual o processo deve estar constitucionalmente predisposto.<sup>31</sup>

Cabe ainda salientar que a doutrina atual vem consolidando entendimento de que o reduto constitucional do acesso à justiça é o compêndio e razão existencial de todas as demais garantias constitucionais, explícitas ou implícitas, inclusive a do devido processo legal, tendo em vista que contém em sua natureza nuclear a dever do Estado em realizar uma prestação jurisdicional, cujo deslinde do processo seja efetivo, tanto acerca do direito material, bem como em consonância com as garantias constitucionais<sup>32</sup>.

Ante as ponderações supra, a missão da prova sob o aspecto constitucional é o de conceder elementos imprescindíveis à satisfação ao direito do indivíduo, que comporta por essência o amparo aos fundamentos do devido processo legal.

## 2.5.2 Natureza do Direito à Prova

O direito à prova abarca em real direito de caráter cogente subjetivo dos litigantes à produção de provas no decorrer da marcha processual.<sup>33</sup>

Por consequência, Campo elucidada que:

“O direito à prova não significa apenas o direito da parte de poder apresentar ao órgão jurisdicional suas alegações e pretensões, mas também implica real oportunidade de praticar todos os atos processuais

---

<sup>30</sup> COUTO, Camilo José D'Ávila. **Dinamização do Ônus da Prova no Processo Civil: Teoria e Prática**. Curitiba: Juruá Editora, 2014, p. 23.

<sup>31</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 204 e p. 221.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 186.

<sup>33</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.463.

lícitos que objetive, influenciar positivamente o convencimento do julgador e a formação do provimento jurisdicional definitivo.”<sup>34</sup>

Oportunamente, deve-se mencionar a importância do empenho do Estado-Juiz na busca pela verdade real, conforme apresenta José Roberto dos Santos Bedaque ao ser citado por Santos :

“(...) essa participação maior do juiz no contraditório, especialmente em relação à prova, confere efetividade ao princípio da isonomia, que, evidentemente, encontra amparo em sede processual. Fala-se aqui da garantia real, não apenas formal. Esta não satisfaz ao jurista preocupado com o fim social do direito e que, por isso, não se contenta com meras figuras da retórica”.<sup>35</sup>

## 2.6 Prova como Ônus e Distinção de Obrigação

Preliminarmente, cabe-nos ressaltar que ônus diverge de obrigação/dever de produzir prova, pois sua ausência não configura nenhum ato contraditório ao ordenamento jurídico passível de sanção, sendo apenas eminente à parte que não produzir prova auferir decisão não favorável, sujeitando-se às consequências do ato normativo.

Neste sentido, Marinoni e Arenhart concluem:

“Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário(...)”.<sup>36</sup>

Couto diferencia obrigação de ônus:

“Obrigação é o termo adequado para indicar poder de outrem sobre um sujeito, o qual, justamente em decorrência desse vínculo obrigacional, não tem outra opção de agir, tendo que se sujeitar em detrimento de seus próprios interesse.

Ônus, para ciência jurídica, significa sujeição, só que no interesse do próprio sujeito onerado. Alguns juristas pátrios discordam que à ideia de

---

<sup>34</sup> COUTO, Camilo José D'Ávila, op cit., p. 27.

<sup>35</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos apud DOS SANTOS, Sandra Aparecida Sá. **A Inversão do Ônus da Prova**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 50.

<sup>36</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, AREHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.164-165.

ônus corresponda a de sujeição, mesmo que seja em seu próprio interesse, ligando-a a de mera faculdade ou a de risco.”<sup>37</sup>

Desta maneira, ao tratarmos de prova como ônus, nos debruçamos acerca da compartimentação de incumbência da produção de provas e os seus consequentes efeitos processuais, provenientes de sua ausência ou insuficiência. Conclui-se, portanto, que prova umbilicalmente se conecta à sujeição e ao risco e não ao sentido de obrigação/dever, assim, “ pode-se concluir que os conceitos de ônus e de obrigação são heterogêneos, sendo inaceitáveis as teorias que os aproximam.”<sup>38</sup>

É certo afirmar que o ônus da prova reflete consideravelmente sobre o processo, consistindo-se em uma diretriz utilizada pelo Estado-juiz que o possibilita proferir decisões definitivas, mesmo em casos em que há insuficiência de convicção dos fatos ocorridos.

---

<sup>37</sup> COUTO, Camilo José D’Ávila. op. cit., p. 44.

<sup>38</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.36.

### 3. ÔNUS DA PROVA

#### 3.1 Fator Histórico

##### 3.1.1 Origem

Não se pode precisamente confirmar a gênese das primeiras aplicações do ônus da prova, isto posto, seguramente nos é mais adequado iniciar a análise com base no escorço do direito romano, que consideravelmente serviu de alicerce para os institutos aplicados no nosso direito pátrio, pois a história não deixa claro a quem tocava, nos albores da ciência do direito, o ônus da prova<sup>39</sup>.

Segundo entendimento baseado nas normas acerca do ônus da prova estabelecidas no CPC de 1973, em seu art. 333, I e II, entende-se que o berço do ônus da prova fora no sistema processual civil romano.

Conforme elucida Higino Neto:

“A regra do CPC brasileiro é oriunda do direito romano *“semper onus probandi ei incumbit qui dicit”* ou *“semper necessitas probandi incumbit illi qui agit”* (o ônus da prova incumbe a quem afirma ou age). Assim, o ônus da prova não se transferia ao réu, mesmo que negasse os fatos alegados pelo autor.”<sup>40</sup>

Entretanto, também é corroborada a vasta atuação germânica acerca da prova no processo, conforme salienta Pacífico:

“A posição do réu era diversa daquela ocupada no processo romano, em que lhe bastava negar o direito afirmado pelo autor. O ônus da prova não incumbia a este, mas ao réu, e, em virtude do caráter formalista do processo e da importância ostentada pelo juramento, era visto mais como um direito do que propriamente como um encargo.”<sup>41</sup>

Com o passar dos consagrados episódios humanísticos, as influências fundiram-se em razão do fadário e desenvolvimento humano, tendo-se como exemplo a perda da soberania Romana, passando à total submissão face ao domínio dos povos bárbaros, intolerâncias religiosas e místicas em primazia, a

---

<sup>39</sup> CIRIGLIANO, Raphael. **Prova Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 27.

<sup>40</sup> HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da Prova: Teorias de Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 99.

<sup>41</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit., p.69.

Opressão, o ativismo da Igreja Católica, as marchas educacionais e científicas das Universidades e o progresso comercial.<sup>42</sup>

“Aconteceu, porém, que os germânicos, também chamados bárbaros, possuíam noções jurídicas muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana. (...). No entanto, paralelamente ao processo civil bárbaro (que não se distinguia do penal), a Igreja Católica preservava as instituições do direito romano, adaptando-as ao direito canônico. (...) Da fusão de normas e institutos do direito romano, direito germânico e do direito canônico apareceu o direito comum, e com ele o processo comum, que vigorou desde o século XI até o século XVI, encontrando-se vestígios seus até hoje nas legislações processuais do Ocidente”<sup>43</sup>

Acerca da combinação jurídica perpetrada durante a evolução humana, Cremasco nos esclarece:

“Ocorre que em nosso ordenamento, tal qual se dá com todos aqueles de linhagem romano-germânica, veda ao juiz a possibilidade de não proferir decisão, de se abster de solucionar o conflito de interesses, ainda que não tenha certeza acerca dos fatos controvertidos.”<sup>44</sup>

Nascimento assevera em complemento outras peculiaridades do ordenamento germânico, atestando que o procedimento contemplava para fins de prova que “as partes tinham de se manter na esfera estrita da demanda e suas circunstâncias; competia ao juiz, antes de tudo, ater-se às alegações das partes.”<sup>45</sup>. Mencionou, ainda, a participação popular maciça, durante a juridicidade que era tutelada pelos magistrados.

Conclusivamente, entende-se, portanto, que desde os primórdios o processo romano dividiu-se em três grandes fases, distintas entre si.

Nascimento ainda pontua que:

“O primeiro período (754 a 149 a.C.) abrange o sistema das *actiones legis*, em número de cinco (...) dividia-se em duas fases: *in jure*, perante o magistrado, que, concedendo a ação, fixava o objeto do litígio (*litiscontestatio*), e *in iudicio*, perante o *iudex*, ou *arbiter*, que não era autoridade ou funcionário do Estado, mas um simples particular, o qual,

---

<sup>42</sup> THEODORO Jr., Humberto. **Conceito, História e Fontes do Direito Processual Civil. In: Curso de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 14

<sup>43</sup> Loc. Cit.

<sup>44</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.** Rio de Janeiro: GZ. 2009.p. 31

<sup>45</sup> NASCIMENTO, Walter Vieira. **Lições de História do Direito.** Rio de Janeiro: Forense. 1984.p. 141

produzidas as provas e tendo as partes debatido os seus direitos, proferia a sentença.”<sup>46</sup>

Neste ciclo mais longínquo, o julgador privado detinha de extensos poderes para conferir prestígio às provas e aos atributos das partes, em vista da inexistência de regras delineadoras para tal sistema, é o que elucida Pacífico:

“Portanto, no período das ações da lei, quando não existiam provas suficientes e a apreciação das qualidades das partes não viabilizava a decisão da causa – e se o juiz não preferisse abster-se de julgar – a actio seria rejeitada, diante do princípio segundo o qual o ônus da prova incumbia ao autor, princípio esse despido de caráter de prescrição legal, mas norteado por uma regra empírica de bom senso e oportunidade.”<sup>47</sup>

O segundo ciclo nomeado de “formular” (149 a.C. e 294 d.C.) elevou-se com o principal propósito de esmaecer o formalismo - das “solenidades impostas” – ativos no primeiro ciclo e continha a especificidade de que “o ônus da prova incumbia à parte que alegasse os fatos”<sup>48</sup>

Não sendo possível, ou, no eminente fracasso em busca do convencimento necessário para dirimir determinada demanda, era facultado ao atribuído desta tarefa de ausentar-se de julgar, conforme aduz Pacífico:

“Tanto nas legis actiones quanto no período formular, a prolação de decisão não era imperiosa para o árbitro: caso não alcançasse suficiente convicção, mesmo tendo se valido de todos os meios para tanto, podia jurar *sib non liquere*, livrando-se da obrigação de sentenciar, ao que se seguia a nomeação de outro juiz pretor.”<sup>49</sup>

Nesta etapa um novo princípio passou a vigorar, possibilitando ao réu, no momento de apresentação de sua defesa, manifestar-se acerca das restrições do direito do autor, sob a responsabilidade de comprovar suas alegações, é o que nos ensina Pacífico ao citar Cruz e Tucci e, Azevedo:

“Conforme doutrina CRUZ E TUCCI e AZEVEDO é bem de ver que, ao tempo das ações da lei, o único meio do qual o réu dispunha para se defender era a simples negativa (*infitiari*), ao passo que, já sob a égide do processo formular, se encontrava aberta a possibilidade de o demandado alegar, por meio da *exceptio*, qualquer circunstância que pretendesse fazer

---

<sup>46</sup> Ibidem, p. 143.

<sup>47</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, op. cit., p. 46.

<sup>48</sup> NASCIMENTO, Walter Vieira. Op. cit., p. 145.

<sup>49</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, op. cit., p. 41.

valer em favor de seu direito (causa exceptione), defendendo-se positivamente diante da causa petendi deduzida pelo autor.”<sup>50</sup>

O terceiro ciclo do processo romano corresponde à *cognitio extraordinária*, cuja existência do julgador privado não é mais utilizada, cabendo ao Estado o poder de julgar privativamente e, conclusivamente, deixa de ser uma faculdade e passa ser uma obrigação que o magistrado de fim decisório às demandas que lhe são concedidas a apreciação.

Desta maneira, desaparece a natureza arbitral, convolvendo-se em manifestação soberana do entendimento estatal, conforme menciona Nascimento:

“A partir daí, desaparece a divisão do processo em duas fases distintas e, em consequência, extingue-se a figura do *iudex* ou *arbiter*, competindo, então, ao magistrado dirigir o processo e proferir a sentença. Portanto, no sistema extraordinário, contrariamente, aos sistemas das ações da lei e das fórmulas, o magistrado se punha em contato direto com as pessoas e as coisas do processo. Ele mesmo ouvia as partes e testemunhas, investigava os fatos e ditava a sentença. Enfim, o que caracterizava a *cognitio extraordinaria* era o poder de que estava dotado o magistrado.”<sup>51</sup>

Significa dizer que, em que pese a cognição do magistrado não alcançasse o patamar necessário para lhe fornecer segurança, conforto e solidez no momento de julgar determinada demanda, ainda assim, imperiosa era a manifestação estatal ao ponto de dirimir a questão, conforme explicita Pacífico:

“Ao juiz moderno – e mesmo ao magistrado romano, na fase da *extraordinaria cognitio* -, que exerce o *munus* público por meio do qual o Estado objetiva alcançar relevantíssimos escopos, a decisão da controvérsia é inafastável e deve ocorrer mesmo neste caso.”<sup>52</sup>

Urge-se salientar que a elucubração teórica acerca das negativas nascidas entre os séculos XI a XIV, momento em que prevalecia a amplificação cultura do direito romano pelos acadêmicos e clérigos, de onde nasceu o sistema romano canônico, cuja constituição deu fundamento ao direito comum.

É relevantemente vital tratarmos, inclusive, sobre a menção teórica que circunda em torno da matéria de negativas, cujo período corresponde aos séculos XI e XIV, em que ponderava-se o amplo caráter cultural a respeito do direito romano

---

<sup>50</sup> CRUZ E TUCCI; AZEVEDO, Carlos. Lições de História do Processo Civil Romano [s.d] p. 97 apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, op. cit. p. 43

<sup>51</sup> NASCIMENTO Walter Vieira. Op. cit., Loc. Cit.

<sup>52</sup> PACÍFICO Luiz Eduardo Boaventura. op. Cit. p. 16

por clérigos e universitários, gênese do sistema romano canônico, cuja formação de base para difusão do direito comum.

Portanto, “no direito comum, o célebre fragmento de PAULO (D. 22, 3, 2), aliado a um rescrito imperial de DIOCLECIANO e MAXIMILIANO (C. 4, 19, 23), mereceu a interpretação de que os fatos negativos não podem constituir objeto de prova.”<sup>53</sup>

A problemática constatada acerca sobre a alegação e comprovação de fatos negativos pelo autor teve uma relevância considerável no direito contemporâneo.

Ademais, durante aquele período histórico, considerava-se semelhante à ratificação da concepção romana acerca da distribuição do ônus da prova, conciliada ao trabalho intelectual dos pensadores, conforme elucidação de De Sarlo citado por Pacífico:

“Para DE SARLO, os escritores do direito comum se esforçaram em explicar, com argumentos lógicos, os princípios sobre o ônus da prova formados no direito romano. O resultado teria sido a consagração da distribuição segundo a qualidade – afirmativa ou negativa – do fato objeto da prova, e não em virtude da qualidade jurídica que tem no processo aquele que sustenta a existência do fato.”<sup>54</sup>

Em que pese tal parâmetro, com base na natureza matriz do fato negativo ou positivo e, ter sido firmemente compartilhada durante a Idade Média, bem como ter sido peça fundamenta no direito canônico, a teoria de PAULO sofreu graves críticas, conforme elucida Pacífico:

“PUGLIESE a contesta veementemente, asseverando: “*qui negat*, em contraposição a *qui dicit*, não quer dizer ‘quem alega um fato negativo’, mas sim ‘quem nega ou contesta o quanto afirmado pelo adversário’ e, por conseguinte, *qui dicit* não é ‘quem afirma um fato positivo’, mas ‘quem afirma um fato qualquer.’”<sup>55</sup>

Pacífico salienta ainda que “em outros termos, o elemento positivo ou negativo está na conduta da parte, e não no fato por ela afirmado.”<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Ibidem, p. 59-60.

<sup>54</sup> DE SARLO. *Ei incumbit probatio qui dicit*. p. 193 apud PACÍFICO. Op.cit. p. 60

<sup>55</sup> PUGLIESE. *Regole e direttive sull’onnere della prova*. p. 609 apud PACÍFICO. Op.cit. p. 63

<sup>56</sup> Loc. Cit.

Não foram apenas os juriconsultos clássicos que divergiram, Chiovenda, por sua vez, entendia ser dificultoso a distinção de fato negativo de fato positivo, conforme menciona Pacífico:

“(…)via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa. Em caso de predicados contrários isso é evidentíssimo: quem diz móvel, diz não imóvel, quem diz escravo, diz não livre, quem diz maior, diz não menor”.<sup>57</sup>

Não obstante o conflito, claramente, a máxima de PAULO restou por prevalecer na atualidade, sobretudo quanto às “negativas indefinidas cuja prova seja de impossível produção.

### 3.1.2 Inserção no Brasil

O direito português (seguindo e aplicando as fontes do direito romano) teve influência direta no Brasil, pois toda a regulamentação sobre o ônus da prova era disciplinada pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

As Ordenações do Reino espelham fielmente o legado dos princípios romanos sobre o ônus da prova do direito brasileiro, por intermédio das Ordenações Filipinas, que aqui vigoraram até 1917.

A intervenção do direito comum firmou seu lugar dentre as Ordenações do Reino, obra em que se concentravam o ordenamento do Império, com o ditame de que “o ônus da prova incumbe ao autor e, quanto à exceção, ao réu excipiente; ademais nelas se encontravam expressas referências à teoria das negativas”.<sup>58</sup>

“Assim as Ordenações do Reino espelham fielmente o legado dos princípios romanos sobre o ônus da prova ao direito brasileiro, por intermédio das Ordenações Filipinas, que aqui vigoraram por mais de três séculos, até 1917.”<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> CHIOVENDA. Instituições de Direito Processual Civil. V.2.p. 378 apud PACÍFICO. Op.cit. p. 64

<sup>58</sup> Ibidem. p. 76.

<sup>59</sup> Ibidem. p. 77.

Após este período o Regulamento 737 nada previu sobre a matéria, por isso o destaque ficou por conta dos Códigos Processuais dos Estados, conforme ensina Cremasco:

“Em seguida, submeteu-se à disciplina do Decreto-Lei nº 737/1850, que nada dispunha acerca da matéria. Além disso, a disciplina esteve regulamentada também pelos Códigos de Processo Civil Estaduais. No caso de Minas Gerais, a regra foi inserta no art. 225 da Lei Estadual nº 830, de 07.09.1922, que impunha o ônus da prova àquele litigante que alegava o fato, salvo a existência de presunções de direito.”<sup>60</sup>

O ônus da prova foi inserido como regra no ordenamento pátrio, a partir de 1939, o art. 209 do Código de Processo Civil dispunha:

Art. 209 O fato alegado por uma das partes, quando a outra o não contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas.

§1º Se o réu, na contestação, negar o fato alegado pelo autor, a este incumbirá o ônus da prova.

§2º se 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.

Este é o direcionamento da norma até os nossos dias por influência da teoria de distribuição do ônus da prova criada por Chiovenda, apoiada nos critérios de posição ocupada pela parte no processo e natureza dos fatos.<sup>61</sup>

### **3.2 Principais Teorias acerca do Ônus da Prova**

Em vista das diversas teorias sobre o ônus da prova, abordaremos apenas as principais elucidações que deram sustentação ao ordenamento jurídico atual.

A teoria de Chiovenda consiste no entendimento de que o ônus se reparte entre partes no tocante à afirmação e comprovação de suas alegações, ao ponto de

---

<sup>60</sup> CREMASCO, Suzana Santi. Op.cit. p. 60.

<sup>61</sup> Ibidem., p. 62.

que cada litigante é incumbido de seu encargo de provar os fatos que almeje serem apreciados pelo julgador<sup>62</sup>.

Ao citar Chiovenda, Pacífico conclui tal pensamento no seguinte sentido:

“Em suma, CHIOVENDA enuncia o princípio do *ônus probandi* nos seguintes termos: “O autor deve provar os fatos constitutivos, isto é, os fatos que normalmente produzem determinados efeitos jurídicos; o réu deve provar os fatos impeditivos, isto é, a falta daqueles fatos que normalmente concorrem com os fatos constitutivos, falta que impede a estes produzir o efeito que lhes é natural. Outras formulações, ou coincidem com essa, ou são inexatas”<sup>63</sup>.

Em contrapartida, a teoria de Carnelluti não utiliza como padrão fundamental o interesse de provar, mas o interesse de afirmar certo fato, isto posto, o autor afirma o fato constitutivo e o réu o fato extintivo, modificativo ou impeditivo<sup>64</sup>.

Betti por sua vez expressa crítica considerável às teorias de Chiovenda (por entender equivocado o critério acerca do interesse de provar) e de Carnelutti (pois entende que o interesse à afirmação é bilateral, mesmo que em menor escala que o interesse à prova) no sentido de que o melhor critério para repartição do ônus da prova deve focar no ônus da afirmação, ou seja, quem arguir determinado pedido ao magistrado deve apresentar fundamentos fáticos que o autorizem<sup>65</sup>.

Por outro lado, há a teoria de Micheli, sustentando que o ônus da prova é definido pela posição da parte em relação ao efeito jurídico pedido, sendo devidamente citada por Pacífico:

“(…) a repartição do ônus da prova é estabelecida precipuamente pela posição ocupada pela parte em relação ao efeito jurídico pedido: tal relação é determinada pelo direito material, enquanto este disciplina a *fattispecie* legal, e pelo direito processual, enquanto se tenha presente o perfil unilateral adotado por cada uma das partes do processo, isto pe, a situação processual posta em prática pela parte que formula uma própria demanda em juízo”<sup>66</sup>.

As doutrinas elaboradas pelos autores supracitados foram decisivas para o nosso atual ordenamento jurídico, pois o Código de Processo Civil brasileiro,

---

<sup>62</sup> LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais., 2007, p. 41.

<sup>63</sup> CHIOVENDA, Giuseppe apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. op. cit., p. 98.

<sup>64</sup> GRECCO FILHO, Vicente. op. cit., p.203.

<sup>65</sup> ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das Regras Sobre o Ônus da Prova**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p.101.

<sup>66</sup> MICHELI, Gian Antonio apud PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura, op. cit., p.121.

especificamente em seu artigo 333, adota a teoria fundada na natureza dos fatos e posição assumida pelas partes em juízo, também conhecida como Teoria Estática de Distribuição do Ônus da Prova.

Dispõe o artigo 333, inciso I do CPC atual, que ao litigante lhe compete comprovar suas alegações fáticas, assim “ do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito por ele invocado; do réu, as provas dos pressupostos da exceção.”<sup>67</sup>.

### 3.3 Conceito, Finalidade e Importância

Conforme já demonstrado acerca da prova, conceituar o instituo de seu ônus trata-se de tarefa equiparavelmente dificultosa, em vista dos diversos aspectos históricos e filosóficos que envolvem o tema.

Preliminarmente, urge-se esclarecer que ter “ônus” não significa ter “obrigação”, pois a obrigação nasce do descumprimento de um dever jurídico, já o ônus não pressupõe a existência de direito de outrem, conforme ensina Lopes, em verdade “entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio”.<sup>68</sup>

Para Wilhelm Kisch, ao ser citado por Marques, ônus da prova é conceituado como “a necessidade de provar para vencer.”<sup>69</sup>

No mesmo sentido, para Cintra, Grinover e Dinamarco “o ônus da prova consiste na necessidade de provar, em que se encontra uma das partes, para possivelmente vencer a causa.”<sup>70</sup>

Conforme ensinamentos de Didier Junior:

---

<sup>67</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, . op cit., p. 379-380.

<sup>68</sup> LOPES, João Batista. op. cit., , p.38.

<sup>69</sup> KISCH, Whilhelm apud MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium, 2000, v.3, p.340.

<sup>70</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, . op cit . p.380.

“Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem *interesse* em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.

*Ônus da prova* é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato .”<sup>71</sup>

Já Rosenberg, ao citar Schulung Stölzel menciona que a imposição do ônus da prova corresponde à metade de todo processo, contudo, ao citar Verhandlugen Hamm pondera que o mais correto é considerar que a teoria da distribuição do ônus da prova trata-se da coluna vertebral do processo civil, conforme *in verbis*:

“Por eso, quizá se diga demasiado al sostener que "la imposición de la carga de la prueba equivale a la mitad de la pérdida del proceso", pero es correcto afirmar que la teoría de la distribución de la carga de la prueba es "la espina dorsal del proceso civil".<sup>72</sup>

Para Wambier e Talimi ônus da prova consiste:

“(…) na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito. Ou seja, prescreve-se ao onerado uma conduta a adotar, pela qual ele poderá obter uma vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável.”<sup>73</sup>

Na percepção de Silva e Gomes, ônus “é uma consequência do ônus de afirmar”<sup>74</sup>, pois há intuito de se legitimar, constatar, certificar e atestar ou não devido acontecimento, para que se possa obter a melhor prestação jurisdicional e por consequência uma decisão favorável.

Complementam, ainda, Cintra, Grinover e Dinamarco que o ônus incide sobre a parte que se vale positivamente dos efeitos conquistados pela confecção de determinada prova<sup>75</sup>.

Pactum deste entendimento Silva e Gomes ao mencionarem que:

---

<sup>71</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 10.ed.Salvador: Podivm, 2015. V.2. p.106-107.

<sup>72</sup> STÖZEL, Schulung; HAMM,Verhandlugen apud ROSENBERG, LEO. **La Carga de La Prueba**. Buenos Aires: 2002: Euros Editores S.R.L, 2 ed, p. 80.

<sup>73</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. op. cit., p. 569.

<sup>74</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. op. cit, p. 302.

<sup>75</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel,. op cit., loc. cit.

“(…)como todo direito sustenta-se em fatos, aquele que alega em juízo possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça”<sup>76</sup>.

Para Rosenberg, cada parte absorve o ônus da prova sobre a existência de todos os aspectos, sendo eles positivos ou negativos para sua preste pretensão:

“Los inconvenientes de esta incertumbre recaen sobre la parte cuyo triunfo en el proceso depende de la aplicación de la norma jurídica en cuestión. De este modo obtenemos el principio de la carga de la prueba: aquella parte cuya petición procesal no puede tener éxito sin la aplicación de un determinado precepto jurídico, soporta la carga de la prueba con respecto a que las características del precepto se dan en el acontecimiento real, o – dicho más brevemente – soporta la carga de la prueba respecto de los presupuestos del precepto jurídico aplicable. Soporta esta carga, porque en caso de no demostrarse la existencia de esas características no se aplica el precepto jurídico favorable a la parte y se imputa a ésta la incertidumbre relativa a los hechos. Como se ha visto, la esencia de la carga de la prueba reside, precisamente, en la resolución con respecto a esta duda.”<sup>77</sup>

Ressalta-se, evidentemente, que as provas pertencem ao juízo e não às partes.<sup>78</sup> Tendo em vista a falta de conectividade entre os objetos das demandas judiciais postos sob a tutela com o estado, ou seja, as intenções demandadas são de puro interesse das partes, “o Estado-juiz nada ganha e nada perde no processo, conforme o resultado da causa”<sup>79</sup>.

Desta forma, atividade do magistrado consiste na busca pela verdade dos fatos e, por consequência, a competente aplicação do direito adequado ao caso concreto, não exercendo atividades de deleite próprio, pois está a regular interesses de terceiros (dos litigantes), conforme ensina Dinamarco:

“(…)não tem disponibilidade alguma sobre esses interesse, que não são seus, nem sobre as situações jurídicas-processuais ocupadas por elas. Todos os poderes que a lei lhe outorga são acompanhados do dever de exercê-los. Quando o juiz defere a produção de prova, ele não o faz porque optou por isso, mas porque a parte que a requereu tem direito a ela; nem há opção pessoal do juiz, ou mesmo do Estado-jurisdição, com referência ao processamento de uma causa, de um recurso etc.”<sup>80</sup>

---

<sup>76</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. op. cit, p. 301.

<sup>77</sup> ROSENBERG, LEO. **La Carga de La Prueba**. Buenos Aires: 2002: Euros Editores S.R.L, 2 ed, p. 27

<sup>78</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 216.

<sup>79</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, op.cit., p. 209.

<sup>80</sup> DINAMARCO, Cândido Range. **Instituições de Direito Processual Civil**. Op.cit., p. 208.

Assim, “se não tem faculdade processuais, o juiz também não pode ter ônus.”<sup>81</sup>

O ônus da prova é, pois, a incumbência, conferida a uma das partes, de asseverar a existência ou inexistência daqueles fatos controvertidos no processo, necessários para o convencimento do juiz.

Segundo os ensinamentos de Gonçalves, “o ônus da prova pode ser encarado sob o aspecto subjetivo e o objetivo”.<sup>82</sup>

O aspecto subjetivo consiste na distribuição do ônus às partes. Nesta hipótese, o ônus somente interessa ao autor e ao réu, mas não ao juiz. As partes, cientes de seu ônus, devem realizar as medidas necessárias para cumpri-lo, sob pena de ter o pronunciamento desfavorável de sua pretensão.

Já sob a égide do aspecto objetivo, o ônus da prova interessa não às partes, mas sim ao magistrado, cujo tem o dever de buscar a verdade dos fatos para formar sua convicção, independentemente de iniciativa das partes. Desta forma, com base no art. 130 do CPC, o juiz poderá determinar de ofício as provas necessárias a formar seu livre convencimento motivado.

Atualmente, o processo civil brasileiro analisa o ônus sob os dois aspectos conjuntamente, atribuindo ao julgador a incumbência de buscar as provas, e, às partes o ônus de produzi-las sempre que tiverem condições, com o fito de se evitar a tutela jurisdicional do Estado de forma equivocada e prejudicial.

Vislumbra-se, que acerca da problemática em comento, ônus da prova ora remete-se a pessoa do julgador ora às partes, de maneira uniforme, indivisível. Entretanto, necessário nos aprofundarmos sobre distinção da aplicação da regra do ônus da prova no exercício processual do juiz e no exercício processual das partes, possuindo, portanto, duplo aspecto.

---

<sup>81</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.**, op.cit., p. 209.

<sup>82</sup> GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento.** 11.ed.São Paulo: Saraiva.2014. p. 414.

### 3.4. O Ônus da Prova e o Poder Instrutório do Juiz

Previamente ao averiguarmos o duplo aspecto dado ao ônus da prova, cabe-nos elucidar sobre a relação que o ônus possui com vistas ao artigo 130 do Código de Processo Civil, instituto que auxilia o magistrado ao formar sua convicção e decisão, ante as limitações do poder instrutório do juiz.

Segundo Arruda Alvim,

“o art 130 do CPC, somente poderá ser corretamente aplicado pelo juiz às hipóteses em que não opere a teoria do ônus da prova e desde que haja um fato incerto, mas incerteza emergente da prova já produzida. O art 130, pois, aplicar-se-á como um ‘posterius’ à insuficiência da prova produzida, e não tem lugar na teoria do ônus da prova. Nunca deverá o juiz sub-rogar-se no ônus subjetivo da parte inerte ou omissa.”<sup>83</sup>

Evidencia-se que a crucial restrição ao poder instrutório do juiz é o ônus da prova. Isto porque, conforme ensina Theodoro Júnior:

“(...)segundo as regras que tratam dos ônus processuais e presunções legais, na maioria das vezes a vontade ou a conduta da parte influi decisivamente sobre a prova e afasta a iniciativa do juiz nessa matéria.”<sup>84</sup>

Em complemento Theodoro Júnior afirmar que:

“(...)uma vez estabelecida a verdade plena acerca do fato constitutivo do direito disputado no processo, por força da confissão não cabe iniciativa alguma do juiz para buscar outras provas contra a versão do confitente, máxime quando se tratar de litígio acerca de direitos disponíveis.”<sup>85</sup>

Ao se aceitar o princípio do ônus da prova e a presunção legal de veracidade, leva-se a crer que o presente dispositivo é resguardado pelo sistema processual brasileiro, entretanto, mais adequada é a concepção de que tais limitadores são constituídos como atenuantes do poder probatório do magistrado.<sup>86</sup>

De maneira mais democrática e em alusão ao Novo Código de Processo Civil Lei 13.105/2015, Marinoni, Arenhart e Mitidiero esclarecem:

“O juiz, portanto, tem o dever de esclarecer as alegações de fatos relevantes da causa, aplicando o art. 370, e só após, se ainda remanescer

---

<sup>83</sup> ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 503.

<sup>84</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Op. cit., p.468.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 461.

<sup>86</sup> PORTANOVA, Rui. op. cit., p. 207.

dúvida a respeito desses fatos, e só após, se ainda remanescer dúvida a respeito desses fatos, julgar com base na regra do ônus da prova. Com efeito, se o juiz tem o dever de esclarecer a situação fática, julgando o mais próximo possível daquilo que realmente ocorreu, não há como se negar a possibilidade dele determinar prova de ofício, para somente após, em caso de insucesso, julgar com apoio na referida regra do ônus da prova.”<sup>87</sup>

Ante a esta constatação, conclui-se que o ônus da prova corresponde à alternativa final do magistrado, em vista da vedação atual do *non liquet*.

Assim, o ônus da prova é vital para o ordenamento jurídico atual, contudo, deve ser utilizado com ressalvas, conforme ensina Marcato:

“(…)pois o que se pretende com a atividade jurisdicional é que os provimentos dela emanados retratem a realidade, não meras ficções essa é a única relação que se pode dizer existente entre o poder instrutório do juiz e o ônus da prova.”<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op.cit., p. 286.

<sup>88</sup> MARCATO, Antônio Carlos. op. cit., p. 400.

## 4. DUPLO ASPECTO DO ÔNUS DA PROVA

### 4.1 Ônus da prova como regra de julgamento

Cristalino é a propósito da prova no convencimento do magistrado a respeito dos fatos, contudo, em que pese a inexistência de provas, o Juiz estará obrigado a dirimir sobre a demanda. Nestes casos o uso das regras do ônus da prova observam os ditames da regra de decisão ou de julgamento.

Esta corrente coaduna com o entendimento de que o juiz deve inverter o ônus probatório na sentença, oportunidade que terá para analisar a valoração das provas, o que seria essencial para formar sua convicção quanto à necessidade da inversão.

As partes têm a obrigação de produzir todas as provas necessárias à formação de convicção do magistrado, independentemente de carregarem ou não o ônus probatório.

Essa é perspectiva conferida pela 3ª Turma do STJ, que passou a ser difundida por ocasião do julgamento do REsp.422.778/SP:

“Recurso Especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. inversão do ônus da prova em favor do consumidor. regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. Arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC.

(...)

*- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º Do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.*

Recurso especial não conhecido.”

Nelson Nery Jr. E Rosa M. A. Nery afirmam:

“Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC 6.º VIII), porque não se trata de regra de procedimento. 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 juiz, na sentença, somente vai socorrer-se das regras relativas ao ônus da prova se houver o *non liquet* quanto à prova, isto é, se o fato não se encontrar provado. Estando provado o fato, pelo princípio da aquisição processual, essa prova se incorpora ao processo, sendo irrelevante indagar-se sobre quem tinha o ônus de provar e dele não se desincumbiu.(...)A parte que teve contra si invertido o ônus da

prova(...) não poderá alegar cerceamento de defesa porque, desde o início da demanda de consumo, já sabia quais eram as regras do jogo e que, havendo *non liquet* quanto à prova, poderia ter contra ela invertido o ônus da prova. Em suma, o fornecedor (CDC 3.º) já sabe, de antemão, que tem de provar tudo que estiver a seu alcance e for de seu interesse nas lides de consumo. Não é pego de surpresa com a inversão na sentença”<sup>89</sup>

No mesmo sentido, entende Lopes, ratificando que:

“(...) é orientação assente na doutrina que o ônus da prova constitui regra de julgamento e, como tal, se reveste de relevância apenas no momento da sentença quando não houver prova do fato ou for ela insuficiente. Diante disso, somente após o encerramento da instrução é que se deverá cogitar da aplicação da regra da inversão do ônus da prova. Nem poderá o fornecedor alegar surpresa, já que o benefício da inversão está previsto expressamente no texto legal.”<sup>90</sup>

O jurista Câmara ainda complementa que a prova é destinada ao juiz, pouco importando quem produzirá em razão do princípio da comunhão da prova, ementa *in verbis*:

“Quanto ao chamado ônus objetivo da prova, há que se afirmar, calcado nas lições da mais moderna doutrina, que as regras sobre distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, a serem aplicadas, como já afirmado, no momento em que o órgão jurisdicional vai proferir seu juízo de valor acerca da pretensão do autor.

É de afirmar, em primeiro lugar, que a visão subjetiva do ônus da prova tem mais relevância psicológica do que jurídica. Em verdade, no momento da produção da prova, pouco importa quem está produzindo este ou aquele meio de prova. Isto se dá em razão do princípio da comunhão da prova, segundo o qual, uma vez levadas ao processo, as provas não mais pertencem a qualquer das partes. O juiz só deverá considerar as regras sobre distribuição do ônus da prova, portanto, no momento de julgar o mérito, eis que só assim poderá verificar quem será prejudicado em razão da inexistência de prova sobre determinados fatos.”<sup>91</sup>

Percebe-se, conforme elucida Marcato, que “a indeclinabilidade própria da atividade jurisdicional, no Estado de Direito moderno, impede que nas situações de dúvida pura e simplesmente deixe o juiz de julgar a causa por não saber qual a interpretação adequada a ser dada aos fatos (...)”.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> NERY JR., NELSON, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante em Vigor**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p.723.

<sup>90</sup> LOPES, João Batista. op. cit., p. 51.

<sup>91</sup> CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.363.

<sup>92</sup> MARCATO, Antônio Carlos. op. cit., p. 1044.

Ferreira ainda ilustra que “o ônus da prova é saída para “carência probatória” (regra de julgamento), evitando o *non liquet*, devendo ser empregado quando frustrados os meios instrutórios para o esclarecimento do *thema probandum*.”<sup>93</sup>

E acrescenta:

“Singelamente analisar o ônus da prova sob uma perspectiva de orientação da conduta de cada uma das partes na instrução (ponto de vista subjetivo do ônus) é um equívoco que se contrapõe à *cooperação instrutória* que se de nortear os atos das partes, com base na boa-fé e que deságua na importantíssima compreensão dos *princípios da aquisição e comunhão da prova*, que devem orientar a todos os partícipes para uma posição ativa na produção probatória, até porque, independentemente do responsável pela introdução de uma prova nos autos, o que importará é sua *qualidade* para a solução da questão fática, sendo que o primeiro beneficiário desta é aquele que tem o dever de decidir, o juiz.”<sup>94</sup>

Conclusivamente, Marcato assevera que “a razão primordial da existência de regras de tal ordem reside na necessidade de fixação de critérios objetivos para a orientação da decisão judicial nas hipóteses em que, por alguma razão, não seja possível ao juiz chegar a uma conclusão segura no plano fático.”<sup>95</sup>

No mesmo sentido, Marinoni e Arenhart elucidam que:

“Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, julgar o mérito e colocar fim ao processo. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova”.<sup>96</sup>

Pontes de Miranda Salieta:

“O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova. O ônus da prova, objetivo, regula consequência de se não haver produzido prova. Em verdade, as regras sobre consequências da falta da prova exaurem a teoria do ônus da prova. Se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar a quem se carga a prova”<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> FERREIRA, William Santos. op. cit., p. 251.

<sup>94</sup> FERREIRA, William Santo. Ibidem, p. 253.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 1044.

<sup>96</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 160.

<sup>97</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 228.

Por conseguinte, haja visto tal inquietação, tornaram-se necessárias a criação de normas que direcionassem à melhor solução de determinada demanda, cujas averiguações fáticas estivessem prejudicadas.

Assim, conforme já abordado, o magistrado está compelido à julgar toda demanda que lhe é concedida sua apreciação, inclusive que as apresentarem ausência de meios fáticos, devendo-se observar o prescrito no artigo 333 do Código de Processo Civil, cabendo ao magistrado limitar-se aos elementos dos autos.

Há, todavia, certo questionamento com relação a sua aplicabilidade pois conforme observa-se no dia a dia, a análise do ônus da prova, não raras vezes é interpretada de maneira subjetiva, emoldurando-se ao caso concreto, relativizando seu caráter objetivo e rígido e natureza clássica.

Verifica-se, portanto, que essa corrente entende que a inversão do ônus da prova como critério de julgamento atribui maior facilidade à defesa da parte mais vulnerável da lide processual, isto posto, não se pode ser determinada senão após a produção e valoração das provas.

## **4.2 Ônus da Prova como Regra de Procedimento**

Já a segunda corrente compartilha o entendimento de que a inversão do ônus da prova deve ocorrer em momento anterior à abertura da instrução probatória ou na própria fase de dilação probatória, com o fito de se evitar surpresas às partes e por consequência por prestigiar os princípios do contraditório e do devido processo legal.

Esse é o entendimento atual da 4ª Turma do STJ, que começou a se consolidar por ocasião do julgamento do REsp.662.608/SP, ementa *in verbis*:

“RECURSO ESPECIAL. CDC. APLICABILIDADE ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ENUNCIADO N. 297 DA SÚMULA DO STJ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART.6º, INCISO VIII, DO CDC). MOMENTO PROCESSUAL. FASE INSTRUTÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. Há muito se consolidou nesta Corte Superior o entendimento quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras (enunciado n. 297 da Súmula do STJ) e, por conseguinte, da possibilidade de inversão do ônus da prova, nos termos do inciso VIII do artigo 6º da Lei consumerista.

2. O Tribunal de origem determinou, porém, que a inversão fosse apreciada somente na sentença, porquanto consubstanciaria verdadeira “regra de julgamento”.

3. Mesmo que controverso o tema, dúvida não há quanto ao cabimento da inversão do ônus da prova ainda na fase instrutória – momento, aliás, logicamente mais adequado do que na sentença, na medida em que não impõe qualquer surpresa às partes litigantes -, posicionamento que vem sendo adotado por este Superior Tribunal, conforme precedentes.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no ponto, provido.”

Sobre o tema, Scarpinella Bueno já prescreveu:

“Toda temática relativa ao ônus da prova, inclusive as hipóteses de sua inversão – máxime se aceite a referida “*teoria dinâmica*” –, seja ela convencional ou legal, deve ser entendida como regra de *procedimento* e não como regra de *juízo*. Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma das *reais* possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidade de *variação* das regras gerais (estatísticas) dos incisos do art. 333. Mais ainda quando há, nos diversos procedimentos – e expressamente no procedimento *ordinário* (art. 331, § 2º; v. n. 4.2 do Capítulo 2 da Parte III) –, um específico momento ou, quando menos, um instante procedimental mais oportuno, para que o magistrado se volte precipuamente à análise dos “pontos controvertidos” e sobre a necessidade da produção de sua prova correlata. Não há como, na atualidade do pensamento do direito processual civil, entender diferentemente. Tratar o ônus da prova com mera regra de “juízo”, de “juízo” acaba revelando uma visão privatista que desloca o magistrado dos fins – que são invariavelmente *públicos* – do processo.”<sup>98</sup>

Igualmente, Marques aduz que:

“(…) os princípios sobre o ônus da prova orientam a atividade processual das partes, visto que lhes mostram a ‘necessidade jurídica de serem diligentes, se pretendem evitar prejuízos e inconvenientes.’”<sup>99</sup>

O processualista Humberto Theodoro Júnior também já esclareceu:

“A correta aplicação da teoria exige a observância dos seguintes requisitos:  
(...)  
C) a *redistribuição não pode representar surpresa a parte*, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo; não se tolera que o juiz, de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo os ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz e, também entre o juiz e as partes, numa completa reciprocidade entre todos os sujeitos do processo.”<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 257-258.

<sup>99</sup> MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 341.

<sup>100</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit., p. 449-450.

Por fim, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, perfeitamente, elucidam qu “o resultado da atividade probatória, como regra, decorre do que tiverem contribuído as partes com sua atividade, para o processo”<sup>101</sup>

E continuam no seguinte sentido:

“A sociedade e o direito material, consoante se observou, encontram-se em intensa transformação, razão pela qual a regra geral disposta no art. 333 do CPC, concebida para a realidade existente na década de 1970, não pode ser aplicada de modo inflexível, a qualquer hipótese, como se os sujeitos da relação jurídica se encontrassem, sempre, em condições de igualdade (*waffengleichhert*).”<sup>102</sup>

Diante de tais ensinamentos, fica evidente que a principal característica dessa corrente é de que o processo se desenvolva de forma clara, sem acarretar surpresas para as partes quanto ao ônus probatório.

---

<sup>101</sup> MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno – Parte Geral e Processo de Conhecimento**.ed.2.São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011. p.247.

<sup>102</sup> MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Ibidem*, p. 249

## 5. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova, em regra, é atribuído à parte que alega os fatos, sob a égide do art. 333, I do CPC, incumbindo ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito.

Ao réu caberá a incumbência do ônus sempre que formular defesa de mérito indireta, tal como alegar fatos novos que impedem, modificam ou extinguem o direito pleiteado pelo autor, conforme prevê o art. 333,II do CPC. No entanto, o réu se desvencilha deste encargo ao formular defesa de mérito direta, por negativa absoluta ou indeterminada.

Conclui-se que o ônus da prova é analisado com base em qual polo processual o litigante assume em determinada demanda. Na qualidade de autor deverá comprovar o fato que possui o condão de gerar o direito concedido à apreciação do poder judiciário, com o intuito lograr êxito futuro. Já na qualidade de réu será incumbido de demonstrar os fatos que obstam os efeitos da relação jurídica objeto da demanda processual em curso. Um ou alguns dos efeitos que naturalmente ocorreriam da relação jurídica”; fato modificativo, aquele que “demonstra alteração daquilo que foi expresso no pedido; e por fatos extintivos, aqueles que “fulminam no todo o pedido, fazendo cessar a relação jurídica original.<sup>103</sup>

Em estudo à regra de distribuição do ônus da prova, elucidam Marinoni e Arenhart:

“A regra do art. 333 do CPC, que distribui o ônus da prova entre autor e réu, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, mas não a *não existência* daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção.

Não há racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento pelo juiz. Isso deve ser feito por aquele que pretende que o direito não seja reconhecido, isto é, o réu.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo, op. cit., p. 571

<sup>104</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; AREHART, Sérgio Cruz. **Prova**. op. cit., p. 159.

Assimila-se, portanto, que os fatos constitutivos do direito “devem ser entendidos aqueles tomados como base para a afirmação de um direito de que se imagine ela titular, e que pretenda ver reconhecido em juízo”.<sup>105</sup>

Contudo, deve-se manter certo cuidado acerca do ônus de incumbência do réu, , “pois não se confundem eles com a mera negativa dos fatos aduzidos pela parte adversa”.<sup>106</sup>

Tabosa refleti sobre o tema ao expor que:

“(…) pode ocorrer que o réu, com o escopo de contrariar a versão trazida com a petição inicial, formule defesa direta, simplesmente excluindo a ocorrência dos fatos afirmados pelo autor (pela negação singela ou pela alegação concreta de outros fatos que os desmintam) ou ainda dando a um mesmo fato versão diversa, e criando eventualmente a falsa impressão de que ele também, réu, esteja narrando fatos de seu interesse, dependentes de demonstração por ele [...] o tratamento, nessas hipóteses, será uniforme, sendo do autor o ônus da prova quanto à ocorrência e circunstâncias do fato originário.

(...)

coisa diversa, entretanto, é cogitar a parte não propriamente de negar o fato porventura afirmado pela outra, mas de afirmar um segundo fato ou circunstância, contemporâneo ou posterior àquele, que ao invés de excluir o primeiro tome por pressuposto sua realidade, mas que de alguma forma sobre ele interfira, impedindo a produção de seus efeitos naturais, modificando-os ou mesmo extinguindo-os [...] nesses casos, o ônus da demonstração do aspecto secundário será da parte que o tenha alegado.”<sup>107</sup>

Desta maneira, é preferível atestar que o ônus da prova, incumbe àquele que fizer a alegação. Em outras palavras, “cada parte produza sempre prova das alegações que fizer”<sup>108</sup>, visto que “o critério utilizado pelo nosso CPC, é inegável, atende a um grande número de situações; contudo, está sujeito a não poucas exceções. Por isso, não se pode fazer interpretações inflexível do art. 333 da nossa lei processual.”<sup>109</sup>

---

<sup>105</sup> MARCATO, Antônio Carlos (coord.), op. cit., 1046.

<sup>106</sup> Idem, ibidem.

<sup>107</sup> Idem, ibidem.

<sup>108</sup> Idem, ibidem.

<sup>109</sup> PORTANOVA, Rui, op. cit., p. 215.

Em que pese o artigo 333 do CPC estabelecer o ônus da prova entre as partes, a regra geral “é que independentemente da posição no processo cada parte venha a provar os fatos constitutivos do próprio direito, bem como os impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alheio”.<sup>110</sup>

Pois,

“(…) a catalogação dos fatos em constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos é artificial e sem ajuste com a realidade (...). Ou seja, a cada parte corresponde o ônus de provar os fatos que servem de base à norma que consagra o efeito jurídico perseguido por ela, qualquer que seja sua posição processual.”<sup>111</sup>

Logo, é igualmente devido analisarmos a ressalva do parágrafo único do art. 333 do CPC.

É possível a flexibilização do ônus da prova, ressalvadas as hipóteses quando tratar-se de direito indisponível ou se tornar excessivamente difícil o exercício do direito, é o que aduz Theodoro Junior:

“Como as partes têm disponibilidade de certos direitos e do próprio processo, é perfeitamente lícito que, em cláusula contratual, se estipulem critérios próprios a respeito do ônus da prova, para a eventualidade de litígios a respeito do cumprimento do contrato.

Isto, porém, só será admissível quando a cláusula referir-se a direitos *disponíveis*, ou quando não tornar impraticável o próprio direito da parte.”<sup>112</sup>

Trata-se, portanto, de uma flexibilização consensual do ônus prova, observada pelo ordenamento jurídico, que pode ocorrer por conveniência das partes, “pacto que pode se dar tanto em termos prévios, extrajudicialmente, no momento da formação de determinado negócio jurídico, como também já no curso do processo.”<sup>113</sup>

---

<sup>110</sup> MARCATO, Antônio Carlos (coord.). op. cit., p. 1045.

<sup>111</sup> PORTANOVA, Rui, op. cit., p. 214.

<sup>112</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 476.

<sup>113</sup> MARCATO, Antônio Carlos (coord.). op. cit, p. 1047-1048.

## 5.1 A Inversão do Ônus da Prova

Inverter o ônus da prova significa distribuí-lo de forma diversa ao que rege o art. 333, I e II do CPC, sendo sua realização por meio de 3(três) espécies: a inversão convencional, inversão legal e inversão judicial.

A inversão convencional do ônus da prova caracteriza-se pelo acordo de vontade das partes, conforme coaduna o art. 333, parágrafo único do CPC. Tal hipótese deve ser vedada nas causas que versam sobre direitos indisponíveis e nos casos que se torne excessivamente difícil o exercício do direito.

A inversão legal do ônus da prova consiste nos casos de presunção, nos termos do art. 334, IV do CPC.

A inversão judicial do ônus da prova ocorre por decisão do Juiz embasada em texto legal.

Ocorre que o legislador omitiu-se quanto ao momento processual adequado para o magistrado decidir a respeito da Inversão. Averigua-se, portanto, se o momento adequado é a sentença ou antes da sentença.

Dá-se a inversão do ônus da prova não somente por convenção entre as partes, a qual menciona o Código de Processo Civil. Outras ocasiões também necessitam ou levam a referida inversão.

A mais corriqueira é a tratada no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor: O CDC restringiu-se a citar a possibilidade de inversão somente, levando a crer que 333 do CPC atua em caráter subsidiário, por trazer as regras basilares e o marco da inversão do ônus da prova, conforme afirma Marcato:

“Recorda-se que o CDC, em diversos momentos, já prevê a responsabilidade objetiva desse fornecedor, além de também imputar a ele, desde logo, o ônus probatório em diversas situações [...]. Nas hipóteses em que efetivamente estabelecida responsabilidade objetiva no plano material, inevitável esperar que o fornecedor demonstre a ocorrência de alguma das excludentes previstas em lei, como também é natural aguardar que se desincumba de ônus probatório determinados quando pela própria lei a ele atribuídos, e por mais difíceis que se apresentem.”<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> MARCATO, Antônio Carlos, op. cit., p. 1048.

Na inversão do ônus da prova em comento, verifica-se que o julgador gera uma nova regra procedimental, que aplica-se exclusivamente no caso ali abordado e, acertadamente, não é concedida automaticamente, sendo necessária a observância de certos requisitos. “O pronunciamento judicial relativo à inversão do ônus da prova pode ocorrer no curso do processo ou no bojo da sentença judicial a ser proferida (...)”.<sup>115</sup>

Destarte, não há afronta ao princípio da isonomia processual, “visto que trata desigualmente pessoas que se encontram em situações (técnicas ou financeiras) também desiguais, uma em posição privilegiada, se comparada à da outra.”<sup>116</sup>

Vislumbrando a extensão deste instituto, Explanam Marinoni e Arenhart que:

“A ideia de que somente as relações de consumo reclamam a inversão do ônus da prova não tem sustentação. Considerada a natureza das relações de consumo, é certo que ao consumidor não pode ser imputado o ônus de provar certos fatos (...). Porém, *isso não quer dizer que não existam outras situações de direito substancial que exijam a possibilidade de inversão do ônus da prova ou mesmo requeiram uma atenuação do rigor na aplicação da regra do ônus da prova, contentando-se com a verossimilhança.*”<sup>117</sup>

Explicam também que:

“Em princípio, a inversão do ônus da prova somente é admissível como regra dirigida às partes, pois deve dar à parte que originariamente não possui o ônus da prova a possibilidade de produzi-la. Quando se inverte o ônus é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a *possibilidade* de cumpri-lo, pena de a inversão do ônus da prova significar a imposição de uma perda, e não apenas a transferência de um ônus. Nessa perspectiva, a inversão do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem possibilidade de demonstrar a não existência do fato constitutivo.”<sup>118</sup>

---

<sup>115</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 490.

<sup>116</sup> Idem.

<sup>117</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. op. cit., p. 186.

<sup>118</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. op. cit., p. 188-189.

A inversão do ônus da prova não se trata de um dever imposto à parte, mas de uma responsabilidade, pois na iminência de não ser realizada, igualmente ao que ocorre no ônus da prova, o litigante poderá ser prejudicado, tratando-se assim de uma responsabilidade imposta.<sup>119</sup>

## **5.2. Regra de Julgamento x Regra de Procedimento**

Conforme observado, existem duas correntes, que dividem a doutrina, contudo, jurisprudência tem se firmado o entendimento quanto ao ônus de distribuição da prova observar a regra de procedimento, conforme posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

A primeira corrente entende que o ônus da prova é regra de julgamento segundo o aspecto objetivo do ônus da prova.

Já a segunda corrente, por sua vez, corrobora o entendimento de que o ônus da prova é regra de procedimento.

O ônus da prova, descrito o artigo 333 do CPC, apresenta regras ao juiz quanto às partes, conforme verificado anteriormente.

O que nos parece razoável, é que se torna viável a observação sobre o duplo aspecto do ônus da prova, devendo ser aplicadas concomitantemente, desde a distribuição da demanda judicial até a prolação da sentença.

Por não tratarmos de prova como em demais países, nos é difícil compreender o seu real papel nos procedimentos processuais pois, conforme já mencionado, é equivalente à coluna dorsal do processo de conhecimento.

Ademais, por direcionar todo o tramite probatório, o ônus da prova vem norteia a atividade das partes do início ao fim do processo, devido ao receio de decisão desfavorável. Aliás, igualmente direciona o raciocínio feito pelo juiz ao dirimir sobre o litígio.

---

<sup>119</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael, op. cit., p. 491.

Todavia, Tabosa compreende que:

“Finalisticamente, portanto, não se discute que o ônus da prova diga respeito à atividade judicial. Mas, em termos operacionais, é sem dúvida dirigido às partes (...) Cronologicamente, assim, na marcha do processo regras de tal ordem se dirigem antes às partes do que ao julgador. Depois de comunicados os sujeito parciais acerca dos critérios a prevalecer em cada caso e de lhes dar oportunidade de agir em função deles, na busca de um resultado favorável, é que apenas então caberá cogitar da extração concreto dos efeitos respectivos, nesse momento passando a sobressair o aspecto objetivo a que antes se aludiu, vale dizer, a regra de julgamento. O entendimento dessa ambivalência é decisivo não apenas para a compreensão do alcance do ônus da prova como também para o correto tratamento de situações que envolvam sua inversão.”<sup>120</sup>

Portanto:

“No extremo, o enfoque exclusivo sobre o ônus da prova como critério de julgamento permitiria, por hipótese, tomar por aplicáveis de imediato novas regras legais sobre sua distribuição promulgadas depois de remetidos os autos ao juiz para sentença, perspectiva que certamente foge ao razoável.”<sup>121</sup>

Portanto, a regra de julgamento e a regra de procedimento não possuem preponderância de uma sobre a outra, pois tratam-se de institutos equiparavelmente relevantes, por orientarem todos os envolvidos em uma demanda processual.

De fato, há muitas divergências a serem sanadas quanto ao ônus da prova, entretanto, analisando as diversas vertentes do direito de maneira una, conclui-se que tal matéria situa-se mais às partes do que ao juiz, ressaltando-se, que implementação conjunta destes institutos é fundamental.

---

<sup>120</sup> TABOSA PESSOA, Fabi Guidio apud MARCATO, Antônio Carlos, op. cit., 1045.

<sup>121</sup> MARCATO, Antônio Carlos, Ibidem, p. 1049.

## **6. MODIFICAÇÕES ADVINDAS COM O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI 13.105 DE MARÇO DE 2015**

### **6.1 Dinamização do Ônus da Prova**

No direito brasileiro, sobretudo, tema da prova é um tema muito mal abordado, em parte por conta de um discurso muito comum, que afirma ser descabido teorizar sobre provas, pois o juiz faz o que quer, analisa e conclui sobre prova da maneira que bem lhe convier e, por outro lado, falta no sistema jurídico brasileiro base teórica para discutir sobre prova da maneira que este instituto é abordado em outros países.

Ao que nos parece, as duas premissas supramencionadas além de serem falsas nos colocam em uma posição de grande deficiência em matéria de teoria de direito processual, especificamente acerca da fase instrutória, pois não restam dúvidas que o tema da prova é sem sombra de dúvidas fundamental para quem quer pensar a estrutura processual moderna em sua perspectiva mais recente, bem como é ela que em muitas vezes constitui o grave obstáculo para o acesso à justiça e, há claro uma série de procedimentos que são estruturados a partir da teoria da prova (Mandado de Segurança, Tutelas de Evidência etc).

Cabe salientar que com base neste entendimento, em muitas vezes consegue-se acelerar a prestação jurisdicional ou retardá-la, em razão de alguma técnica probatória instituída ou retirada de um determinado tipo de procedimento.

Neste diapasão, entendemos que a legislação brasileira atual apresenta diversas falhas no campo da prova, até porque trata-se de uma legislação que fora concebida (1973) para uma época que não corresponde com o cotidiano presente.

Neste sentido e, acerca do tema propriamente abordado na presente pesquisa, temos a matéria do ônus de prova, pois nossa estrutura reflete um padrão clássico, formal e rígido, que o distribui através de um conceito pré-determinado sobre funções processuais entre as partes, que muitas vezes não é capaz de atender as peculiaridades de situações concretas de certas relações jurídicas e, portanto, constitui não raras vezes uma das grandes inexactidões para certos tipos de demanda - Teoria Estática.

A doutrina nacional classicamente separa essa distribuição estática em dois aspectos, o objetivo e subjetivo, conforme já mencionado acima, cada parte deve comprovar as suas alegações.

Quanto ao aspecto subjetivo o autor prova o fato constitutivo e o réu prova o fato modificativo, extintivo ou impeditivo.

Já acerca do aspecto objetivo, este é direcionado ao juiz, pois trata-se do destinatário principal das provas, assim, o ônus objetivo se reflete em uma regra de julgamento, ou seja, se ao autor incumbe provar o fato constitutivo do seu direito, se ele não prova a ação será improcedente, o juiz tem que julgar, pois se o autor não se desincumbiu de seu ônus o resultado final será a improcedência da demanda. Agora, se o réu alega a famosa defesa indireta (fato modificativo, extintivo ou impeditivo) ao trazer esses fatos, se ele não conseguir provar o que está alegando automaticamente haverá sua sucumbência, e conseqüente procedência do pedido do autor - Ônus Processual Perfeito.

Em vista disso o novo código se posiciona de maneira concreta a respeito da natureza da regra sobre o ônus de prova, a doutrina por sua vez perpetua uma imensa polêmica sobre a natureza desta regra, se seria uma regra de julgamento (é uma regra que deve orientar o juiz no momento de julgar o caso, portanto, uma regra subsidiária de julgamento para ser aplicada na hipótese em que o juiz esteja em dúvida a respeito de como deve entender um fato não provado) ou se seria uma regra de procedimento (uma regra que orienta a conduta processual das partes, com o intuito de conduzir os litigantes sobre qual fato deve comprovar no curso do processo – autor deve comprovar o fato constitutivo e o réu deve comprovar o fato extintivo, modificado ou impeditivo).

Muito por conta desta divergência da natureza do ônus da prova é que surgiu na jurisprudência brasileira tal discussão, que acabou sendo consolidada no STJ a respeito do momento adequado para que o juiz determine o momento da inversão do ônus da prova, sendo que prevaleceu que regra do ônus da prova seria a de procedimento.

Com o advento do novo código, fora perpetrado o entendimento já consolidado por orientação no STJ, acerca da regra do ônus da prova como de procedimento, portanto, uma regra que orienta a conduta processual das partes, sendo que o juiz deve previamente avisar os litigantes sobre sua incumbência probatória.

Assim, avoca-se para o novo CPC a aplicação da Teoria da Dinamização do ônus da prova, que consistirá em uma importante inovação, salientando-se que já era uma prática utilizada em certos campos chancelados pela jurisprudência do STJ, que estendeu os efeitos do art 6º, VIII do CDC, para que seja aplicada em outros campos, o que culminou na criação de hipótese de modificação do ônus da prova através de princípios específicos.

Tal modificação propiciará sua aplicação de maneira ampla para qualquer espécie de litígio, o que será muito útil, pois permite que se torne maleável uma norma rígida e, portanto, adaptável, adequada às circunstâncias de cada caso determinado.

Fundamentalmente, o novo CPC aplica uma orientação de fora do Brasil, que é manusear com essa dinamização a partir de 2 critérios fundamentais, que são a dificuldade ou facilidade na obtenção ou juntada da prova.

Aquele que em princípio tem maior facilidade de produção da prova é quem deve aportar a prova ao processo, já aquele que possui maior dificuldade em produzir a prova em princípio pode ser desonerado desse dever probatório, e eventualmente os ônus de prova decorrentes da não prova do fato podem ser aplicadas em relação a essa conduta do litigante no campo do processo.

Lembrando que o novo CPC sempre exige que o magistrado advirta primeiro as partes de que pode haver a modificação do ônus da prova no curso do procedimento, para não gerar afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Tal modificação encontra amparo no artigo 373 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, conforme *in verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

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

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

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

No atual código que fora elaborado em 1973, a matéria é abordada pelo artigo 333, cujo sistema de ônus da prova possibilitava ao juiz a análise sobre um prisma objetivo na resolução do mérito da demanda.

Assim, conforme já mencionado, a carga da prova era estática, fixada pelos incisos I e II, deste artigo. Cabe salientar que os incisos I e II, mantiveram-se na nova redação, sendo que a inovação encontra-se entabulada nos parágrafos 1º e 2º.

O parágrafo 1º introduziu o sistema da carga dinâmica da prova. Essencialmente, esta teoria implica que a carga probatória recai sobre quem está em melhores condições de esclarecer os fatos.

O raciocínio que se permeia é que prova quem pode, quem possui melhores condições de provar, ou seja, há a teoria estática, contudo, o magistrado possui a total liberalidade de flutuar com a distribuição do ônus da prova.

Na Teoria Dinâmica, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, o Juiz poderá definir quem possui melhores condições de produzir determinada prova, havendo, portanto, o direcionamento de seu ônus.

No novo CPC, a teoria estática será utilizada como regra e, subsidiariamente se adotara a teoria dinâmica do ônus da prova.

Assim, o juiz terá o amparo legal para em determinadas demandas atribuir o ônus da prova à outra parte, em situações patentes de impossibilidade ou excessiva dificuldade em se comprovar as alegações levadas ao poder Judiciário.

## 6.2 Teoria Dinâmica do Ônus da Prova

A Teoria Dinâmica do Ônus da Prova não é algo tão recente quanto se imagina, conforme já abordado, tal entendimento já vem sendo utilizado no ordenamento jurídico brasileiro na seara consumerista, em procedimentos que envolvem Direito Ambiental, responsabilidade civil médica e com relação a contratos bancários, contudo, sua manifestação mais antiga ocorreu em 1823, pelo filósofo inglês Jérémie Bentham, em seu livro chamado Tratado de las Pruebas Judiciales<sup>122</sup>.

Esta teoria passou a ser compartilhada, vindo a chegar à Europa continental, especialmente na Alemanha, pelas obras de Wilhein Kisch e Leo Rosenberg.

Na Argentina, a matéria passou a ser abordada com afinco pelas investigações de Arazi, entretanto, a teoria da carga dinâmica foi delineada e estruturada por via dos estudos de Jorge W. Peyrano em 1978, ao aplicar a carga dinâmica em uma demanda consubstanciada em erro médico.

Cambi preconiza acerca da teoria da carga dinâmica:

“Portanto, a distribuição do ônus (ou carga) da prova se dá de forma *dinâmica*, posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica – fática, axiológica e normativa – presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos (intérpretes).

A facilidade da demonstração da prova, em razão desses argumentos de ordem técnica, promove, adequadamente, a *isonomia* entre as partes (art. 125, inc. I, CPC), bem como ressalta o princípio da *solidariedade*, presente, no sistema processual, no dever de os litigantes contribuírem com a *descoberta da verdade* (arts. 14, inc. I, e 339, CPC), na própria exigência da *litigância de boa-fé* (p. ex., arts. 17, 129 e 273, inc. II, CPC) e no dever de

---

<sup>122</sup> ZANETI, Paulo Rogério. Op. cit., p.94.

prevenir ou reprimir atos contraditórios à dignidade da justiça (arts. 125, inc. III, e 600, CPC).”<sup>123</sup>

No mesmo sentido, Barbeiro, ao ser citado por Zaneti elucida que “o ônus probatório se faz recair sobre quem está em melhores condições de provar”, não sendo relevante qual polo ocupa o litigante.<sup>124</sup>

Zanetti continua, ao citar Airasca,:

“(…) chama-se doutrina das cargas probatórias dinâmicas porque o *onus probandi* se se para de enfoques apriorísticos, isto é, se libera do papel de autor ou de demandado da parte no processo, e dos tipos a provar, para limitar-se a indicar que o ônus d aprova pesa sobre quem está em melhores condições técnicas de fato ou profissionais para produzir a prova respectiva”.<sup>125</sup>

Creiasco, ao citar Peyrano, expõe seu entendimento de que a teoria da carga dinâmica probatória deveria ser utilizada em casos específicos em que o ordenamento ordinário não possa trazer efeito prático ou que impossibilitassem os esforços na confecção de determinada prova:

*“La llamada doctrina de las cargas probatorias dinamicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, segun fueren lãs circunstancias del caso, em cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fáticas para producirlas, mas allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratar-se de hechos constitutivos, impositivos, modificativos o extintivos”*<sup>126</sup>.

Assim, conclui-se que a teoria de Peyrano é observada como regra excepcional, aplicável exclusivamente em casos concretos em que as regras ordinárias de repartição do ônus da prova não se mostrarem efetivas para a busca da verdade real e consequente solução da demanda.

No Brasil, o tema vem ganhando espaço e teve sua primeira abordagem formal em 2001, realizada pelos estudos de Dall’Agnol, sendo que o autor entende que:

---

<sup>123</sup> CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 342.

<sup>124</sup> BARBERIO, Sergio José apud ZANETI, Paulo Rogério. Op. cit., p.117.

<sup>125</sup> AIRASCA, Ivana María apud ZANETI, Paulo Rogério. Ibidem, p.118.

<sup>126</sup> PEYRANO, Jorge W. apud CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit., p. 73.

“Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto, (a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; (b) ignorável é a posição da parte no processo; (c) e desconsiderável se mostra a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos etc. Relevam, isto sim: (a) o caso em sua concretude e (b) a natureza do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo.”<sup>127</sup>

Acerca do tema Tesheiner salienta em seu ensaio sobre o ônus da prova, publicado na obra em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão:

“*Aqui, sim, temos algo de substancialmente diverso. Trata-se de repartir o ônus da prova, de maneira a recair sobre a parte que se encontre em melhores condições de esclarecer os fatos (...) distribui-se o ônus da prova caso a caso, segundo o prudente arbítrio do juiz. Renuncia-se à fixação de regras gerais, necessariamente apriorísticas. Em lugar da lei, a consciência do juiz.*”<sup>128</sup>

Ante ao até aqui discorrido, verifica-se o posicionamento jurídico pendente para este entendimento acerca do ônus da prova, que conseqüentemente serviu de alicerce para o posicionamento atual do STJ, o que culminou na previsão legal advinda pelo novo Código de Processo Civil.

### **6.3 Momento de Distribuição do Ônus da Prova e Acordos Procedimentais**

Outras questões abortadas no novo CPC que trazem certo liame ao ônus probatório dizem respeito ao momento adequado para sua distribuição, bem como a possibilidade da sua flexibilização por via de contratos que antecedem o procedimento judicial.

Vislumbrado o fato de ser possível a inversão do ônus probatório, de forma parcial ou total, cria-se em nosso cenário atual uma nova problemática no que tange ao momento adequado para distribuição dessa inversão.

Quanto ao momento procedimental adequado para proferir a decisão que distribui o ônus probatório, fica claro que o novo código confirma que deve ser no saneamento e organização do processo, conforme o inciso III, do artigo 357, do novo CPC:

---

<sup>127</sup> DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 92-107.

<sup>128</sup> TESHEINER, José Maria. **Sobre o Ônus da Prova**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) **Estudos de Direito Processual Civil (em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 363-365.

“Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

(...)

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;”

Assim o aviso prévio às partes ganha instituto jurídico específico, que será aplicada a carga dinâmica da prova, evitando-se, assim, surpresas, com a consequente violação do contraditório.

Acerca do negócio jurídico processual previsto pelo artigo 190, do novo CPC, há manifestação expressa nos parágrafos terceiro e quarto, do artigo 373.

“Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”

O CPC de 1973 já trazia em seu bojo algumas permissões de alteração procedimental, contudo, a ampla flexibilização do procedimento por convenção das partes no novo CPC traz uma proposta efetivamente mais intrépida, pois possibilitará a repartição do gerenciamento processual, que até então é predominante incumbido ao magistrado.

O que se verifica acerca deste no novo instituto é a tentativa de se buscar maior celeridade, economia processual e financeira para todos envolvidos no trâmite processual, assegurando melhor adequação das medidas a serem realizadas na lide.

Todavia, é preciso manter a moderação ao evocar o novo dispositivo, com o fito de se evitar um retrocesso com o modelo de processo paritário ou isonômico, cujos magistrados assumem um papel ajunto e totalmente passivo, com as partes tomando para si as rédeas acerca do rumo do processo.

## 7. CONCLUSÃO

Cumpra esclarecer que a jurisprudência majoritária, apesar de não pacificada, sedimentou entendimento de que a inversão do ônus da prova é regra de procedimento de maneira excepcional, observando-se ainda como procedimento ordinário o ônus da prova como regra de julgamento e, portanto, deve ocorrer no momento da prolação da sentença, posto que nele o magistrado fará a valoração das provas e numa visão processual moderna as regras gerais de atribuição do ônus da prova devem ser relativizadas, permitindo a constante busca pela verdade real.

O princípio dispositivo não impede que o magistrado busque as provas, investigando ativamente os fatos, com a força de seu poder instrutório. Ademais, o juiz tem o dever de investigar e determinar as provas necessárias para que todas as questões de fato sejam solucionadas e o direito objetivo possa ser aplicado ao caso concreto.

Por sua vez, as partes têm o dever de agir com lealdade processual, cooperando com a atividade da justiça, produzindo todas as provas necessárias para o deslinde da questão.

Contudo, o processo tem que contar com regras claras e bem definidas a fim de se evitar surpresa para a parte e de garantir o devido processo legal, respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Conclui-se, assim, que ao examinar a possibilidade de dinamização/flutuação/distribuição do ônus da prova, muito entende-se como momento adequado o do despacho saneador, por ser o momento da fixação dos pontos controvertidos e anterior à instrução do processo, o que evita prejuízos à ampla defesa do réu, classificando, assim, a inversão como regra de procedimento, garantindo as partes a possibilidade de evitar ser surpreendido ao final do processo.

Diante de tais considerações, percebe-se que o direito processual civil caminha na busca da garantia de uma prestação jurisdicional efetiva à sociedade, com decisões seguras, pautadas na realidade dos fatos, e não mais em presunções criadas por normas apegadas ao excesso de formalismo.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, Sidney da Silva. **Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil - Procedimento Comum: Ordinário e Sumário**. ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

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

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARLYLE, Edward. **Direito Processual Civil**. 2. Ed. Niterói: Impetus, 2008.

CARNELUTTI, Francesco (tradução: Adrian Sotero de Witt Batista). **Instituições do Processo Civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 27.ed. São Paulo: Malheiros. 2011.

CIRIGLIANO, Raphael. **Prova Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

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

CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ. 2009.

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2001.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. **A Prova no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Teoria do Precedente, Decisão Judicial, Coisa Julgada e Antecipação dos Efeitos da Tutela**. 10.ed. Salvador: Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1996

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. vol. II.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.vol. I

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 16. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DOS SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil**. 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DOS SANTOS, Sandra Aparecida Sá. **A Inversão do Ônus da Prova**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, William Santo. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Novo Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral e Processo de Conhecimento**.11.ed.São Paulo: Saraiva.2014.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 20. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

HIGINO NETO, Vicente. **Ônus da Prova: Teorias de Redução do Módulo da Prova e das Provas Dinâmicas e Compartilhadas**. Curitiba: Juruá, 2010

LOPES, João Batista. **A prova no Direito Processual Civil**.3.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARCATO, Antonio Carlos (coord.) **Código de Processo Civil Interpretado**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil:Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Millennium, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno – Parte Geral e Processo de Conhecimento**.ed.2.São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2005.

NASCIMENTO, Walter Vieira. **Lições de História do Direito**. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

NERY JR., NELSON, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Extravagante em Vigor**.13.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais.2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **Ônus da Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

REICHELDT, Luís Alberto. **A Prova no Direito Processual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

ROSENBERG, LEO. **La Carga de La Prueba**. Buenos Aires: 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 27. Ed.atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2011.

STJ, 3ªT., REsp. 422.778/SP, Rel. Min. Castro Filho, ac. 19.06.2007, DJU 27.08.2007.

STJ, 4ªT., REsp. 662.608/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, ac. 12.12.2006, DJU 05.02.2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 4. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

TESHEINER, José Maria. **Sobre o Ônus da Prova**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.) **Estudos de Direito Processual Civil (em homenagem ao professor Egas Dirceu Moniz de Aragão)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO Jr., Humberto. **Conceito, História e Fontes do Direito Processual Civil**. In: **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**.55.ed.Rio de Janeiro: Forense.2014, v1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil : Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 15.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.2015. 1 v.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das Regras Sobre o Ônus da Prova**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.