

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC/SP - COGEAE

Curso de Direito Processual Civil

Pós Graduação *Lato Sensu*

**ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA
PROVA**

André Sobral Ferrer

São Paulo

2015

André Sobral Ferrer

**ÔNUS DA PROVA E A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA
PROVA**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Processual Civil na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Rafael Motta e Correa.

São Paulo

2015

FOLHA DE APROVAÇÃO

André Sobral Ferrer.

Ônus da prova e a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) - COGEAE, como parte das exigências para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

EXAMINADORES

Professor Rafael Motta e Correa

Professor

Professor

É muito difícil você conseguir vencer. Para vencer você tem que lutar, e essa luta muitas vezes significa se indispor de certa forma com algumas pessoas, para prevalecer aquilo que você acredita. Seu ponto de vista, sua cabeça, a sua personalidade acima de tudo. E se você não lutar para valer, você acaba perdendo o seu próprio rumo. E se você perde o seu próprio caminho, você não é ninguém. Então, para conseguir manter essa linha de conduta, você tem que lutar muito. E, muitas vezes, tem que brigar mesmo. Deus é forte, Ele é grande, e quando Ele quer, não tem quem não queira.

Ayrton Senna

RESUMO

Via de regra, na atual sistemática do processo civil brasileiro, incumbe ao Autor provar fato constitutivo de seu direito e, ao Réu, fatos impeditivos, extintivos ou modificativos do direito do Autor. Contudo, muito em razão da necessidade de flexibilização de uma norma que acaba por mecanizar a dinâmica do processo, iniciou-se um movimento na jurisprudência que resultou na aplicação da denominada “teoria da carga dinâmica”. Idealizada pelo jurista argentino Jorge W. Peyrano, em breve síntese, caberia o ônus da prova à parte em melhores condições de demonstrar os acontecimentos do caso concreto, relativizando-se assim, a regra mecanizada do ônus das provas, tratando-se inclusive de inovação no novo código de processo civil.

Palavras-chave: Processo Civil. Novo Código de Processo Civil. Inversão do Ônus da Prova. Teoria da Carga Dinâmica das Provas.

ABSTRACT

As a general rule, in the current systematic of the Brazilian Civil Procedure, lies with the Author the responsibility of proving the constitutive fact of its right and, with the Defendant, the impeditive, extinctive or amending acts of the Author's right. However, due to the need of flexibilization of a norm that ends up mechanizing the process dynamics, a movement in the jurisprudence began, resulting in the implementation of the entitled "Dynamic Burden of Proof Theory". Idealized by the Argentinian jurist Jorge W. Peyrano, in short, the burden of proof would lie upon the one in better conditions of demonstrating the events of the case, putting into perspective the mechanized burden of proof rule, as an innovation on the new civil procedure.

Keywords: Civil Procedure. New Civil Procedure. Burden of Proof. Dynamic Burden of Proof Theory.

SUMÁRIO

1. Introdução	7
2. Das provas	9
2.1. Conceito de provas	9
2.2. Objeto das provas	11
2.3. Princípios do devido processo legal e da isonomia e as provas no processo civil	14
3. Noções de ônus da prova	20
4. Crítica à regra atual do ônus da prova adotada no direito processual brasileiro	24
4.1. A problemática da prova diabólica	30
5. Possibilidade de inversão do ônus da prova prevista no código de defesa do consumidor	32
5.1. Distinção entre distribuição dinâmica do ônus da prova e a inversão do ônus da prova prevista no código de defesa do consumidor	35
6. Origem da teoria da distribuição do ônus da prova	37
7. A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil	40
7.1. Manutenção da regra estática como regra geral e utilização da distribuição dinâmica como exceção	41
7.2. Requisitos para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova	42
7.3. Distribuição do ônus da prova como regra de procedimento	44
8. Conclusão	46
9. Bibliografia	48

1. INTRODUÇÃO.

O presente trabalho irá tratar dos principais aspectos acerca do ônus da prova dentro da sistemática do direito processual civil brasileiro, bem como analisará o novo código de processo civil, com enfoque na introdução da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

A atual sistemática adotada pelo código de processo civil está disposta no seu artigo 333, caracterizando uma visão estática da distribuição do ônus da prova.

Assim, de acordo a referida regra estática, o ônus da prova é do autor quanto ao fato constitutivo de seu direito. Seria do réu o ônus da prova de fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do autor.

Ocorre que, principalmente nos últimos anos, a doutrina mais moderna vem tratando sobre o tema de maneira muito mais flexível daquela tratada classicamente, considerando que a extrema rigidez da norma dificulta sobremaneira a utilização da prova no caso concreto.

Há quem afirme que a incidência da regra estática é ineficaz do ponto de vista processual, pois deixa de analisar no caso concreto quem está em melhores condições de provar determinado fato.

Ora, afinal, há situações em que a parte terá grandes dificuldades em provar os fatos relativos ao direito que almeja, podendo vir a ser mais fácil para que a outra parte tenha o ônus desta prova.

Já observamos, na legislação, hipóteses expressas de flexibilização da regra estática, sendo um exemplo clássico a possibilidade de inversão no ônus da prova prevista no artigo 6, inciso VIII do código de defesa do consumidor.

Atento à problemática do ônus da prova, quem vem sendo tema recorrente na doutrina e na jurisprudência, o legislador decidiu incluir mudanças no projeto do novo código de processo civil.

Assim, veremos que o legislador adota regras originárias da doutrina argentina, desenvolvida por Jorge W. Peyrano e, nas palavras de Paulo Henrique dos Santos Lucon¹ *“com ela, visa-se superar a probatio diabolica, transferindo a contraprova de determinados fatos à parte contrária, quanta esta possua conhecimentos científicos, técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade para sua demonstração”*.

Diante de todo o exposto, no presente trabalho será estudada a atual regra estática do ônus da prova bem como as peculiaridades da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e sua aplicação no novo código de processo civil.

Espera-se demonstrar o grande avanço que ocorrerá dentro do processo civil com a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual se insere de maneira mais adequada ao processo civil moderno, possibilitando a mais justa busca pela verdade dos fatos e, conseqüentemente, da justiça.

1 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Formalismo Processual e Dinamização do Ônus da Prova**. “In” Processo Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012.p.38.

2. DAS PROVAS

Antes de adentrar no ponto central do presente trabalho, necessário se faz sedimentar o entendimento geral acerca das provas dentro do contexto do ordenamento jurídico pátrio.

2.1. CONCEITO DE PROVAS

De acordo com os ensinamentos do Professor Cássio Scarpinella Bueno², prova é *“tudo que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor”*.

Assim, incumbe às partes produzirem as provas suficientes para a consolidação do direito almejado.

Ou seja, trata-se de meios previstos no ordenamento jurídico para que as partes possam vir a convencer o juiz a acolher seu pleito, demonstrando que os fatos alegados correspondem à verdade.

Podem ser consideradas em dois sentidos. O objetivo, por meio do qual a prova é o instrumento capaz de demonstrar a existência dos fatos alegados pela parte. E o subjetivo, que nada mais é do que a certeza da ocorrência do fato, em razão exatamente da produção da prova.

São, pois, fundamentais dentro da sistemática processual, sendo certo que, se não bem utilizadas pelas partes, podem acabar por sucumbir ante a

2 SCARPINELLA BUENO, Cassio. *“Curso sistematizado de direito processual civil”*. 2010. Vol 2, Tomo I. 3ª ed. Saraiva, São Paulo, p. 261.

impossibilidade de o juiz formar a melhor convicção acerca dos fatos ocorridos e narrados dentro do processo.

Barbosa Moreira bem destaca a importância da prova dentro do processo civil, esclarecendo que o juiz deve buscar a verdade real, devendo determinar a realização das provas que entender necessárias ao deslinde da causa, observando que *“Ao juiz, incumbe precipuamente julgar. Que é julgar? Julgar é aplicar a norma ao fato. Então, é preciso que o juiz conheça tanto a norma quanto o fato. Isto está dentro da sua função precípua.”*³

Por fim, podemos destacar as provas como instrumento para obtenção de um direito, bem como a atividade praticada pela parte para a demonstração dos fatos narrados no processo.

Neste mesmo sentido, Ovídio Baptista da Silva⁴ discorre sobre o sentido da palavra prova dentro da sistemática processual: *“No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra prova não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz”*.

Resta evidente a importância da prova. Um processo construído com fatos meramente alegados sem que sejam provados padecerá em fracasso, sendo a prova instrumento indispensável às partes.

3 MOREIRA, Barbosa. **Os poderes do juiz**. In **O Processo Civil Contemporâneo**, vários autores. Juruá, 1994, p. 95.

4 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 6ª ed. V. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 335.

2.2. OBJETO DAS PROVAS

Cândido Rangel Dinamarco⁵ leciona que *“objeto de prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos. Fazem parte dele as alegações relativas aos fatos pertinentes à causa e não os fatos em si mesmos. O vocábulo prova vem do adjetivo latino probus, que significa bom, correto, verdadeiro; conseqüentemente, provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e, portanto, condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo, portanto, insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prova-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.”*

Logo, vê-se que as provas são fundamentais para a solução dos litígios existentes na sociedade, tendo por objeto a consagração dos fatos alegados perante o juiz.

Fredie Didier⁶, em sua obra, menciona a existência de três teorias sobre a finalidade da prova: *“A primeira dessas teorias não pode prevalecer, porque, a verdade é uma noção ontológica, objetiva, e o conhecimento que cremos ter dela é subjetivo. Assim, como já se viu anteriormente, é absolutamente impossível ao ser humano atingi-la ou, ao menos, ter a certeza de tê-la atingido. A segunda dessas teorias está intimamente vinculada ao sistema do tarifamento legal das provas. Por meio dela, admite-se que o legislador, ciente da impossibilidade de se alcançar a verdade acerca dos fatos, estabeleça critérios para que se possa reputar, ainda que formalmente demonstrados os fatos alegados pelas partes no processo. Resignada diante da impossibilidade de alcançar uma verdade absoluta e, ao mesmo tempo, insatisfeita com a solução formal dada pelo legislador para conformar a realidade do processo a uma possível realidade dos fatos, surge a terceira teoria, segundo a qual o objetivo da*

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 58.

6 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. JusPodivm: Salvador, 2010, p.74.

prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado.”

Assim, temos que o destinatário da prova será o juiz e a finalidade dela é exatamente convencê-lo acerca da veracidade dos fatos alegados.

Nos ensinamentos de Alfredo Buzaid⁷, “*a atividade judicial opera assim em dois planos: um é o do exame da norma como vontade da lei (questão de direito) e outros dos fatos que transformaram em concreta a vontade da lei (questão de fato)*”.

Importante destacar o trecho acima, retirado de artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no remoto ano de 1962 e, portanto, antes mesmo da vigência do código de processo civil atual de 1973, idealizado por este mesmo autor.

Em que pese se tratar de um texto antigo, nos traz ensinamentos fundamentais acerca da sistemática das provas bem como da importância da consagração dos fatos perante o juiz, com o consequente êxito ao final do processo.

Importante destacar que, via de regra, apenas os fatos deverão ser provados em juízo, exceção feita ao regramento do artigo 337 do código de processo civil vigente e 376 do novo código de processo civil que possuem redações diferentes, mas com interpretação igual:

Art. 337 CPC - A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

⁷ BUZAID, Alfredo. In “Do ônus da prova”.<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66398/69008>. Visitado em 12.01.2015

Art. 376 NCPC - A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.

Ainda, também podemos mencionar que não dependem de prova, os fatos notórios; afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; admitidos no processo, como incontroversos; em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade⁸.

Sobre os fatos notórios, baseado na premissa de que *notoria non egent probatione*, há maior divergência dentro da doutrina. Há autores mais liberais, e aqueles mais restritivos na interpretação do artigo.

Certo é que, na nossa interpretação, fato notório é aquele passível de ser conhecido pelo homem de cultura média, devendo ser analisado cada caso concreto, a depender das partes integrantes da lide até por que, vige no direito processual civil brasileiro, o princípio do livre convencimento motivado⁹.

Segundo Moacyr Amaral dos Santos¹⁰, *“Os fatos notórios dispensam prova, eis que são conhecidos pela cultura normal e média de determinado local, não dependendo tal notoriedade de prévia cognição do juiz que, para alcançá-lo, basta que realize simples pesquisa nos meios de comunicação disponíveis, podendo utilizar as conclusões nelas obtidas para o julgamento da causa.”*

Em relação aos fatos afirmados por uma parte e confessados pela outra, realmente não faz nenhum sentido que uma parte seja incumbida de provar um fato que jamais foi rebatido pela parte contrária.

8 Artigo 334 do código de processo civil. Artigo 374 do novo código de processo civil.

9 Artigo 131 CPC: O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Artigo 371 NCPC: O juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

10 SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, 2º volume. 23ªed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 343.

Ou seja, se uma parte deveria se manifestar sobre determinada alegação e silencia, tal fato se torna incontroverso e, portanto, dispensada a prova do fato.

Portanto, os fatos incontroversos relacionam-se diretamente com o princípio da eventualidade, por meio do qual toda a matéria de defesa deverá ser alegada em contestação, sob pena de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor.

A presunção legal representa a quase certeza de que algum fato já foi provado nos autos, ainda que a prova direta não tenha sido efetivamente produzida. Mas outras condições probatórias constantes nos autos já seriam suficiente para trazer a certeza desejada pelo juiz.

2.3. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA ISONOMIA E AS PROVAS NO PROCESSO CIVIL

Segundo o professor Cássio Scarpinella Bueno¹¹, “o *modelo constitucional do direito processual civil brasileiro compreende, para fins didáticos, quatro grupos bem destacados: os “princípios constitucionais do direito processual civil”, a “organização judiciária”, as “funções essenciais à Justiça” e os “procedimentos jurisdicionais constitucionalmente identificados”.*

Assim, diante do modelo constitucional do direito processual civil, não se pode cogitar a discussão de um tema do direito processual civil sem mencionar os princípios previstos na constituição federal que se aplicam ao tema.

11 SCARPINELLA, Cassio Bueno. In: **O Modelo Constitucional do Direito Processual Civil: Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações.** <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>. Acessado em 05.03.2015

Diversos são os princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil e, especificamente, às provas.

Nos próximos parágrafos, iremos adentrar ao tema, especificamente quanto aos princípios da igualdade e do devido processo legal.

Não se pode deixar de lado a relação entre a prova e o devido processo legal, garantido pelo artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Assim, na interpretação processual deste dispositivo constitucional, a doutrina entende que o devido processo legal "significa a garantia concedida à parte processual para utilizar-se da plenitude dos meios jurídicos existentes"¹².

Diante desta interpretação, podemos considerar e afirmar que, dentro do conceito do devido processo legal, estão contidos outros princípios processuais, tais quais a isonomia, a inafastabilidade da jurisdição, a proibição da prova ilícita, a publicidade, o duplo grau de jurisdição e, por fim, o princípio da motivação das decisões judiciais.

A vedação às provas ilícitas, prevista no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal é, portanto, uma garantia decorrente do princípio do devido processo legal.

Sobre a definição das provas ilícitas, trazemos a completa definição de Cândido Rangel Dinamarco¹³:

"Provas ilícitas são as demonstrações de fatos obtidas por modos contrários ao direito, quer no tocante às fontes de prova, quer quanto aos meios probatórios. A prova será ilícita – ou seja, antijurídica e

12 TAVARES, André Ramos, **Curso de Direito Constitucional**. 1ª edição. São Paulo Saraiva, 2002, p. 483.
13 DINAMARCO, Cândido Rangel. Op.cit. p. 50/51.

portanto ineficaz a demonstração feita – quando o acesso à fonte probatória tiver sido obtido de modo ilegal ou quando a utilização da fonte se fizer por modos ilegais. Ilicitude da prova, portanto, é ilicitude na obtenção das fontes ou ilicitude na aplicação dos meios. No sistema do direito probatório, o veto às provas ilícitas constitui limitação ao direito à prova. No plano constitucional, ele é instrumento democrático de resguardo à liberdade e à intimidade das pessoas contra atos arbitrários ou maliciosos.”

Podemos citar como exemplos de provas ilícitas a interceptação telefônica clandestina, a prova obtida sem a observância do contraditório, o documento falso, dentre outras.

Contudo, muito se discute acerca do alcance desta vedação, inclusive quanto à confrontação com outros princípios, como, por exemplo, o princípio da verdade real.

Assim, a fim de não se aprofundar em demasia neste assunto, ficamos com o entendimento de Fredie Didier Jr., por meio do qual se adota o princípio da proporcionalidade para avaliar se determinada prova ilícita deverá ou não ser aproveitada para a formação da convicção do juiz:

Esta última é a posição que prevalece e, sem dúvida, parece-nos a mais correta. Quando se está diante de um conflito de normas jusfundamentais (direito à prova versus vedação da prova ilícita), a solução deve ser dada sempre casuisticamente, à luz da ponderação concreta dos interesses em jogo, isto é, à luz do princípio da proporcionalidade. Os que admitem sempre a prova ilícita, ou não a admitem nunca, pecam por considerar de modo absoluto e apriorístico os direitos fundamentais em jogo. Aqueles que entendem que a prova ilícita somente é admissível excepcionalmente, e apenas no processo penal, pecam por dois motivos: primeiro, por entender que sempre, no processo penal, há discussão em torno do direito à liberdade, o que é

falso, pois nem todas as penas envolvem a privação da liberdade; segundo, por entender que nenhum outro direito fundamental, a não ser o direito à liberdade, pode ser mais relevante que o direito fundamental à vedação da prova ilícita, o que também é indefensável à luz da teoria dos direitos fundamentais¹⁴.

Outro princípio que podemos mencionar, o qual também se relaciona diretamente com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, é o princípio da igualdade.

O princípio da igualdade está previsto no artigo 5º da Constituição Federal, sendo fundamental para a garantia do Estado democrático de direito.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵, *“por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e os atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim mais proveitosas que detrimosas para os atingidos”*.

O princípio da igualdade deve garantir que toda situação de desigualdade seja devidamente tratada, de modo que seja expurgada da sociedade.

Segundo Alexandre de Moraes¹⁶, *“O princípio da isonomia opera em duas formas diferentes. De um lado, frente ao legislador ou ao próprio executivo na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que sejam criados tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas em situações idênticas. Do outro lado, na obrigatoriedade ao intérprete, ou seja, a autoridade*

14 DIDIER JUNIOR, Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. II. 6ª Ed. Editora JusPodivm. 2011, p. 38.

15 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p.18.

16 MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**, 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 65.

pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem que se faça diferença em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social”.

Cabe também, portanto, aos poderes legislativo e executivo garantir a aplicação deste princípio, sendo certo que deverão ser editadas leis pautadas pela isonomia.

Não é admissível dentro do ordenamento jurídico, ante a vigência do princípio da igualdade, a subsistência e edição de leis que criem diferenciações abusivas e que não atinjam toda a coletividade. Deve-se sim, buscar a normatização de medidas hábeis a tratar desigualmente os desiguais, com o único objetivo de possibilitar que estes possam estar em pé de igualdade com os demais cidadãos da sociedade.

Dentro do contexto do processo civil, o princípio da igualdade se traduz no princípio da igualdade entre as partes, cabendo portanto ao legislador garantir a criação de normas não discriminatórias e, ao juiz, sendo imparcial mas evitando tratamento que leve uma das partes à desvantagem dentro do processo.

Neste sentido, dispõe o artigo 125 do código de processo civil atual:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Assim, nota-se que ao juiz cabe garantir aos jurisdicionados a igualdade dentro do processo, mantendo todos em equilíbrio de condições para, ao final, seja efetivamente solucionada a lide e obtida a real justiça.

Atentos a estes problemas, a jurisprudência e a doutrina já vêm garantindo a flexibilização desta norma estática, visando exatamente a dinamização do processo e a garantia de igualdade entre as partes, evitando-se julgamentos injustos.

E é exatamente para que se evitem injustiças que Fredie Didier Jr. defende a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova¹⁷: *“Essa distribuição rígida do ônus da prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos”*.

Diante desta breve explanação, logo podemos observar que a doutrina estática de distribuição do ônus da prova vai de encontro com o princípio da igualdade, uma vez que não se observa o caso concreto e as condições das partes, levando muitas vezes a situações de desigualdade, o que não é mais concebível no ordenamento jurídico.

17 DIDIER JR., Fredie. Op.cit, p. 519.

3. NOÇÕES DE ÔNUS DA PROVA.

Para melhor compreensão do assunto abordado neste trabalho, é importante solidificar qual o real significado do termo ônus da prova dentro do contexto do direito processual civil.

Inicialmente, destacamos o significado da palavra “ônus”. Segundo o dicionário digital Michaelis¹⁸:

ônus - sm sing e pl (lat onus) 1. Aquilo que pesa; carga, peso. 2. Encargo, obrigação, responsabilidade. 3. Imposto gravoso ou pesado.

Assim, temos que o ônus nada mais é do que um encargo atribuído a alguém, que poderá realizar determinada ação que lhe trará benefícios.

Ultrapassada a definição da palavra ônus, passamos a definir o que seria o ônus da prova. Seria o ônus da prova uma obrigação/dever ou um encargo/interesse das partes em produzir determinada prova? Vejamos.

As regras de distribuição do ônus da prova surgiram com o objetivo de evitar o non liquet, comum no direito romano e inaceitável no direito processual civil moderno.

Tratava-se exatamente do não julgamento de uma ação em razão da situação não ser clara o suficiente para o julgador, evitando assim a prática de eventuais injustiças causadas pela obscuridade do caso.

18 <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=%F4nus>. Acessado em 24.02.2015.

Assim sendo, no direito moderno não se admite que o juiz se esquive de julgar um processo sob a alegação de que não há provas suficientes para a formação de sua convicção.

A doutrina, de forma majoritária, coaduna com o entendimento de que o ônus probatório não é uma obrigação da parte, que atuará em seu próprio favor e interesse caso venha a produzir determinada prova. Não há penalidade ou prejuízo direto caso a prova não seja produzida.

Neste exato sentido, transcrevemos o entendimento de João Batista Lopes¹⁹:

“Entende-se por ônus a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro alheio.”

Contudo, ainda que não seja uma obrigação das partes, haverá prejuízos indiretos caso determinada prova não seja produzida pela parte uma vez que, no momento da prolação da sentença, o juiz observará todo o conjunto probatório constante dos autos e, com base no princípio do livre convencimento motivado, formará sua convicção.

Humberto Theodoro Junior²⁰ esclarece com sabedoria que, apesar de não ser uma obrigação, a não produção de determinada prova poderá acarretar em prejuízos à parte: *“Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isso*

19 LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p.37.

20 THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Forense: Rio de Janeiro, 2006, volume 01, p. 462.

porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente”.

Diante disto, caso a parte não produza as provas necessárias para comprovar a veracidade de suas alegações e fatos, poderá ter que arcar com possível sucumbência no momento do julgamento.

Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina²¹ vão além e diferenciam ônus, faculdade e dever processual: *“Ônus constitui-se como atividade a ser desempenhada pela parte que lhe gera benefícios. Omissa nesta atividade, gera para parte consequências negativas. A faculdade consiste em opção pela parte de determinado ato processual sem consequências, como por exemplo indicar bens à penhora com a petição inicial, conforme a regra do art. 652, § 2º do CPC. O dever processual se liga a conduta e não ao ato isolado.”*

Arruda Alvim²² também menciona importante distinção entre o ônus e obrigação, que, segundo ele, *“é a circunstância de esta última ter um valor e poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus.”*

Trata-se, portanto, de encargo de uma das partes no processo, com o fito de utilizar-se das provas necessárias para a demonstração da existência ou inexistência de fatos alegados, bem como se esclarecendo pontos que eventualmente sejam controvertidos.

A doutrina classifica o ônus da prova como ônus objetivo e ônus subjetivo.

21 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues e MEDINA, José Garcia, **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**. Vol.3 São Paulo, Ed RT, 2011, p. 77.

22 ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 476.

O ônus subjetivo se vincula com a atividade das partes, ou seja, na necessidade de se fornecer as provas dos fatos a seu favor.

Ônus objetivo se relaciona com a atividade jurisdicional, notadamente com a regra de julgamento aplicada pelo juiz no momento de sentenciar o processo.

Fredie Didier Jr.²³ salienta que *“importante não é a conduta das partes na instrução (ônus subjetivo), mas o resultado da instrução e sua avaliação e julgamento pelo juiz (ônus objetivo). Não interessa quem produziu a prova, mas sim o que se provou e sua análise pelo magistrado”*.

23 DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. JusPodivm: Salvador, 2010, p. 78.

4. CRÍTICA A REGRA ATUAL DO ÔNUS DA PROVA ADOTADA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO.

Fortemente influenciado pelos códigos europeus, o sistema de distribuição do ônus da prova vigente no código de processo civil de 1973 é o estático, conforme disposição do artigo 333 do Código de Processo Civil:

Art. 333 - O ônus da prova incumbe:

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

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

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Sobre essa regra, Moacyr Amaral dos Santos²⁴ ensina que: “A cada uma das partes, em verdade, incumbe fornecer a prova dos fatos por ela afirmados, cabendo ao autor, em regra, a prova dos fatos constitutivos do direito que pleiteia e ao réu, em regra, a prova dos fatos extintivos, impeditivos ou modificativos desse direito.”

Ocorre que a questão relativa à distribuição do ônus da prova sempre foi centro de várias discussões na doutrina, em especial em razão do engessamento do poder do juiz quanto à produção das provas.

Ora, se o objeto da prova são os fatos e estes são fundamentais para que se chegue à verdade real, resultando numa sentença de mérito justa, não seria concebível que o juiz ficasse preso às regras do artigo 333 do Código de Processo Civil.

²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. São Paulo. Saraiva. 5ª edição. 1983, vol. 1, p. 153.

Neste ponto, interessante trazer o entendimento de Camilo José d'Ávila Couto²⁵, segundo o qual *“A dinamicidade das relações sociais e a evolução tecnológica modificam a todo instante as relações jurídicas daí derivadas, influenciando o como provar (meios), o que deve e necessita ser provado (thema probandum), quem pode provar e quem deve sofrer as consequências da ausência de provas (ônus da prova). Em decorrência, o sistema processual perde em legitimidade ao continuar se servindo de regras absolutamente rígidas e não consegue evoluir no mesmo passo que a sociedade exige. Assim, não se pode considerar moderno um sistema processual no qual a distribuição do ônus da prova é estabelecida exclusivamente de forma prévia e abstrata, i.e., antes dos fatos ocorrerem no mundo real, como se fosse possível prever todas as hipóteses prováveis e plausíveis e enquadrá-las nessa mesma norma jurídica”*.

Fica evidente a precariedade da aplicação do sistema estático. Não é mais admissível que o juiz, diante de uma patente situação de desigualdade, tenha que obrigatoriamente seguir a regra inflexível de distribuição do ônus da prova prevista no código de processo civil de 1973.

O objetivo do processo não pode ser dificultar ou até mesmo impossibilitar a obtenção do direito de uma das partes, mas sim viabilizar que todos possuam as mesmas condições de armas, ou seja, possam atuar em igualdade a fim de que se preste o mais correto provimento jurisdicional.

E qual não é o objetivo da atividade jurisdicional se não a distribuição da Justiça pelo Estado, constituindo-se em um verdadeiro poder-dever, invocado quando a parte busca a tutela de seu direito perante o Judiciário, órgão do Estado.

25 COUTO, Camilo José d'Ávila. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática**. 2011. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011, p. 279.

Também crítico à regra estática, Paulo Rogério Zaneti²⁶ salienta a possibilidade de o juiz aplicar a teoria da carga dinâmica da prova utilizando-se dos poderes instrutórios conferidos pelo artigo 130 do CPC: *“em determinados casos concretos a única forma de o juiz prestar a adequada e efetiva tutela jurisdicional remonta à possibilidade de o magistrado, valendo-se de seus poderes instrutórios do art. 130 do CPC, flexibilizar as regras clássicas da distribuição do ônus da prova, adotando, para esse fim, a teoria da carga dinâmica da prova, que atribui ônus probatório à parte que tem melhores condições e facilidade de fornecer a prova para o deslinde do litígio. Impõe-se o ônus, destarte, àquele que realmente pode e tem condições de convencer o magistrado acerca da veracidade, ou não, dos fatos alegados no processo.”*

Ainda, é interessante verificar que a jurisprudência já vem aceitando a aplicação da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, em detrimento da regra estática do código de processo civil atual.

A fim de melhor ilustrar tal aplicação, é interessante transcrever o julgado abaixo, proveniente do Tribunal de Justiça de São Paulo e de relatoria do professor e Desembargador José Maria Câmara²⁷:

*RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. Vazamento. Rede de abastecimento de água. Infiltração de humidade na residência. Indenização. Dano material e moral. TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. As circunstâncias que envolvem o objeto litigioso afastam a atribuição estática do encargo probatório à autora. Inadmissibilidade. **A atividade probatória deve ser incumbida à parte que reúne melhores condições de produzir a prova. A aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova configura regra de instrução e não de julgamento.** As informações trazidas pela prova documental*

26 ZANETTI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**, Editora Malheiros, 2011, p. 151.

27 TJ-SP - APL: 00111755220108260127 SP 0011175-52.2010.8.26.0127, Relator: José Maria Câmara Junior, data de Julgamento: 29/10/2014, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 30/10/2014,

associam-se à inversão do ônus da prova para formar convencimento motivado, seguro e consistente do dever de indenizar. MÉRITO. Meios de prova reúnem informações que motivam convicção segura acerca da configuração do dever de indenizar. Ato comissivo de sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Vazamento de água em local muito próximo à residência do autor. Dano oriundo de infiltração de humidade. Aplicação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. Nexo causal demonstrado. DANOS MATERIAIS. Dano emergente comprovado. Valor fixado considerando o valor de mercado à época para aquisição de bens e materiais com a finalidade de recomposição do prejuízo. Dano material fixado em R\$ 4.468,20. DANOS MORAIS. Configuração. Indenização compensatória. Relevância do fato para qualificar o sofrimento e o sentimento experimentado pela vítima. Sanção de ordem pecuniária que visa compensar o mal causado. Fixação do valor da indenização em R\$ 10.000,00, levando em consideração a amplitude do dano sofrido. CRITÉRIO DE INCIDÊNCIA DOS CONSECTÁRIOS LEGAIS. Juros de Mora. Súmula 54 do STJ. Incidência desde a data do ilícito. Aplicação do artigo 406 do Código Civil. Atualização monetária da indenização do dano patrimonial devida desde o desembolso. Correção monetária dos danos morais desde a sentença. Precedentes. VERBA HONORÁRIA. O provimento do recurso dos apelantes determina a inversão dos ônus da sucumbência. Inteligência da Súmula 326 do STJ. Arbitramento considera a regra do § 4º do art. 20 do CPC, fundada no princípio da equidade, levando-se em conta o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; e, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, conforme alíneas a, b e c, do § 3º do art. 20 do CPC. RECURSO PROVIDO.(g.n).

No mesmo sentido vêm entendendo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais²⁸:

MEDICAMENTO. PROVA PERICIAL. INVERSÃO. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. - A inversão do ônus da prova no caso específico é perfeitamente possível, pois em caso contrário estar-se-á ferindo o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. - Se a prova pode ser realizada por médicos do SUS, o ônus do Estado/agravante é o menor possível, se comparado com o do agravado.

Por fim, em julgado do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra NANCY ANDRIGHI já solidificou o entendimento da possibilidade da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova inclusive no procedimento monitorio²⁹:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PROCEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. REGRA GERAL DO ART. 333 DO CPC. INCIDÊNCIA. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. 1. O processo monitorio divide-se em duas fases distintas -monitoria e executiva - apartadas por um segundo processo, os embargos, de natureza incidental e posto à disposição do réu para, querendo, impugnar as alegações do autor. 2. A fase monitoria é de cognição sumária, sempre inaudita alter pars, cabendo ao juiz verificar a regularidade formal da ação, a presença dos pressupostos para o regular desenvolvimento do processo e, sobretudo, a idoneidade do documento apresentado como

28 TJ-MG - AI: 10024101975951004 MG , Relator: Wander Marotta, Data de Julgamento: 02/04/2013, Câmaras Cíveis / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 05/04/2013.

29 STJ - REsp: 1084371 RJ 2008/0185677-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/12/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/12/2011.

prova da existência do crédito. 3. Opostos os embargos pelo réu, inaugura-se um novo processo que, nos termos do art. 1.102-C, § 2º, do CPC, tramitará pelo rito ordinário, dotado de cognição plena e exauriente, com ampla dilação probatória. Assim, a cognição, que em princípio é sumária, será dilatada mediante iniciativa do réu em opor embargos, permitindo que se forme um juízo completo e definitivo sobre a existência ou não do direito do autor. 4. O processo monitorio não encerra mudança na regra geral de distribuição do ônus da prova contida no art. 333 do CPC. O fato de, na ação monitoria, a defesa ser oferecida em processo autônomo, não induz a inversão do ônus da prova, visto que essa inversão se dá apenas em relação à iniciativa do contraditório. 5. O documento que serve de base para a propositura da ação monitoria gera apenas a presunção de existência do débito, a partir de um juízo perfunctório próprio da primeira fase do processo monitorio. Trazendo o réu-embargante elementos suficientes para contrapor a plausibilidade das alegações que levaram à expedição do mandado de pagamento, demonstrando a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado na inicial, caberá ao autor-embargado superar os óbices criados, inclusive com a apresentação de documentação complementar, se for o caso. 6. Apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitorio admite a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

Na doutrina mais moderna, já encontramos majoritariamente o entendimento de que a regra do código de processo civil atual não é hábil em atingir seu objetivo, especialmente no que tange à questão da prova diabólica.

4.1. A PROBLEMÁTICA DA PROVA DIABÓLICA

A prova diabólica tem sido muito discutida pela doutrina e jurisprudência, sendo muito comum sua ocorrência no sistema atual de distribuição do ônus da prova, acarretando na impossibilidade de produção da prova pela parte.

Assim Fredie Didier Jr.³⁰ entende que *“nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, veem-se diante de prova diabólica. E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento).”*

A prova diabólica é, pois, aquela prova de difícil ou impossível produção, relacionando-se diretamente com a parte onerada e diante das peculiaridades do caso concreto.

Assim, para Alexandre Freitas Câmara³¹, *“prova diabólica é a expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração. Também a jurisprudência emprega a expressão, normalmente, para fazer referência à prova de que algo não ocorreu.”*

Ora, pela definição que utilizamos sobre a prova diabólica, logo se observa que se trata de uma problemática gerada exatamente pelo sistema da distribuição estática do ônus da prova.

30 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, op. cit., p. 90.

31 CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças preexistentes e Ônus da prova. O problema da prova diabólica e uma possível solução.** Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo. Dialética. 2005. nº 31.

Por muitas vezes a incumbência rigidamente imposta a uma parte de provar determinado fato acaba por impossibilitar o justo deslinde de um processo, ocasionando disparidades entre as partes.

Até porque, nem sempre quem detém determinado ônus da prova possui condições de arcar com o mesmo, seja em razão de sua condição financeira, intelectual ou até mesmo documental.

Desta forma, mais vez, vemos a necessidade da flexibilização das normas atinentes à distribuição do ônus da prova, visando sempre a obtenção da justiça.

Neste sentido, entendem Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero em sua obra³²: *“O desiderato que se assinala ao ônus da prova está em possibilitar que se alcance a justiça do caso concreto. Eis aí sua razão motivadora. E, evidentemente, não se pode imaginar que se chegará a uma solução justa atribuindo-se a produção de prova diabólica a uma das partes, ainda mais quando a outra parte, dadas as contingências do caso, teria melhores condições de provar. Tal ocorrendo, não pode incidir o art. 333, CPC. Logo, em seguida, deve-se aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar. Vale dizer: se terá maior facilidade em produzir a prova.. Tendo, legitimada está a dinamização do ônus da prova”*.

Assim, resta evidente que a regra estática prevista no Código de Processo Civil de 1973 está obsoleta, seja do ponto de vista da doutrina, seja da jurisprudência, o que ocasionou na ebulição da utilização da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, ainda que sem previsão legal expressão no direito pátrio.

32 MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*, ed. Revista dos Tribunais, 2008, p. 337.

5. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PREVISTA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Nos capítulos anteriores, verificamos as diversas inconveniências que a regra estática de distribuição do ônus da prova prevista no artigo 333 do código de processo civil atual traz em alguns casos.

Contudo, já há casos na legislação pátria em que a distribuição do ônus da prova é aplicada de forma diversa daquela prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Pode ocorrer a chamada inversão do ônus da prova por atuação do juiz (ope judicis), em que a prova antes atribuída por uma parte passa a ser da outra, conforme disposto no artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, in verbis:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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

Vale também mencionar a possibilidade de inversão do ônus da prova em razão da lei (ope legis), prevista no artigo 38 do código de defesa do consumidor, atinente a distribuição do ônus da prova em causas envolvendo publicidade.

Humberto Theodoro Júnior³³ explica que “*para as demandas intentadas no âmbito das relações de consumo existe regra especial que autoriza, em certos casos, a inversão do ônus da prova, transferindo-se do autor (consumidor) para o réu (fornecedor) (art. 6.º, VIII, do CDC). Não se pode, todavia, entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas ações de consumo. Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que deverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal. Em segundo lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo, sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova.*”

Da leitura do artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, extraímos que é necessária a ocorrência de um dos requisitos lá constantes: ou quando as alegações da parte forem verossímeis ou quando for hipossuficiente.

Dúvidas não pairam. Basta a ocorrência de alguma das situações para que o juiz possa inverter o ônus da prova.

Há verossimilhança das alegações quando a prova aponta uma probabilidade relevante da veracidade das alegações do consumidor.

É importante, ainda, o consumidor demonstrar sua hipossuficiência, que não se caracteriza somente pela inferioridade econômica, mas também pela fragilidade técnica.

Ora, é evidente que numa relação de consumo tenhamos uma parte mais forte e outra mais fraca. Via de regra, o consumidor estará numa condição de inferioridade em relação ao fornecedor, seja ela financeira, documental ou técnica.

A inversão do ônus da prova não é automática. Cabe ao julgador apreciar se é devida ou não a aplicabilidade da disposição contida no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, não devendo proporcionar ao consumidor vantagem indevida ou ainda obstar ao fornecedor o contraditório e a ampla defesa, o que afrontaria os ditames basilares constantes na Constituição Federal.

Ademais, a própria Constituição Federal prevê a proteção do consumidor, cuja responsabilidade é do Estado, conforme o artigo 5º, XXXII e 170, V.

Em relação ao momento da declaração de inversão do ônus da prova, temos que o momento correto não pode ser no julgamento da ação, mas sim no momento do saneamento do processo, sempre antes do término da fase instrutória.

Vejamos o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo³⁴:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – MOMENTO PROCESSUAL ADEQUADO – REGRA DE INSTRUÇÃO

Destarte, a inversão do ônus probatório deve ocorrer no momento de saneamento do feito ou antes do encerramento da fase instrutória do processo, de forma a atribuir a cada parte seus direitos e obrigações, pois, entendimento contrário, poderia ensejar cerceamento de defesa da parte que, pega de surpresa, teria a atribuição do ônus da prova só no momento do julgamento da lide, ocasião na qual, já finda a instrução probatória, ficaria a mercê das provas ali produzidas, sobretudo na condição de parte ré. Destarte,

a fim de evitar que as partes tenham seu direito à ampla defesa ofendido, o que provocaria nulidade insanável, a inversão do ônus da prova havia, mesmo, que ser aplicada como regra de instrução, e não de julgamento.”

Do contrário, estaríamos diante do processo inquisitório, desconsiderando-se as regras do contraditório e ampla defesa, impossibilitando o fornecedor de produzir as provas adequadas a cada caso concreto.

5.1. DISTINÇÃO ENTRE DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Em que pese haver certa semelhança com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em especial em razão do ônus da prova ser distribuído àquele que possui melhores condições para a produção da prova, não se tratam de institutos idênticos.

Inicialmente, podemos destacar que a inversão do ônus da prova acarreta no deslocamento do encargo da prova de uma parte para a outra e não na dinamização do ônus da prova.

Ou seja, se determinada prova incumbia ao autor, passará a incumbir ao réu, de forma que não haverá uma flexibilização, mas sim pura e simplesmente a inversão.

Ainda, podemos afirmar que a inversão do ônus da prova decorre de previsão expressa no código de defesa do consumidor. Assim, uma vez preenchidos os requisitos legais, deverá o juiz transferir o ônus da prova à parte contrária e, caso não esteja, aí aplica-se a regra estática.

Assim, em síntese, a inversão do ônus da prova ocorrerá quando cumpridos os requisitos previstos expressamente no código de defesa do consumidor.

Já a distribuição dinâmica do ônus da prova possui caráter mais subjetivo, e sua aplicação dependerá da análise do caso concreto, para aí então, através de decisão fundamentada, o juiz proceder com a redistribuição do ônus da prova. Neste caso, trata-se de exceção à regra estática.

6. ORIGEM DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se originou da doutrina, sendo certo que a mais remota manifestação acerca dela se deu ainda no século XIX pelo jurista inglês Jeremy Bentham³⁵, para quem o ônus da produção da prova deveria ser imposto a depender do caso concreto e sempre àquele que possuísse melhores condições de produção, evitando-se injustiças, vexames e gastos desnecessários:

“En un régimen de justicia franca e simple, en un procedimiento natural, és muy fácil contestar. La carga de la prueba debe imponerse, em cada caso concreto, a aquella de las partes qui pueda aportarle con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos. Pero –se dirá- es a la parte que inicia el juicio, que formula la alegación, a la que corresponde probar la veracidad de la misma. Tal es el aforismo que se presenta por sí mismo y que, en apariencia, es muy plausible. Pero, por muy plausible que sea, la experiencia há demostrado que cuanto más se la ha querido seguir, más se ha apartado del fin que se proponía y mayores han sido las dilaciones, los vejámenes y los gastos. En una palabra, dicho aforismo más ha servido para crear dificultades que para resolverlas.”

Observa sabiamente que, apesar de ser lógica a sistemática em que o autor prova o direito que alega, com o tempo se verificou que este formato causa injustiças e dilações processuais desnecessárias.

É o precursor da moderna dinamização do ônus da prova, cujo expoente é o doutrinador argentino Jorge Walter Peyrano.

35

BENTHAM, Jeremy; *“Tratado de las pruebas judiciales”*, ed. Librería El Foro, Buenos Aires 2003, p. 406/407.

Suzana Santi Cremasco, em sua obra, salienta que nos primórdios do século XX, na Alemanha, já havia menção à distribuição dinâmica do ônus da prova, notadamente nos artigos 285, 831, 891 e 892 do BGB (código civil alemão de 1900), por meio do chamado *Beweisumkehr*³⁶.

Contudo, tal entendimento limitou-se a pensamentos filosóficos e doutrinários, limitados a pouca aplicação prática, sem que fosse dada a devida ênfase ao desenvolvimento e utilização desse mecanismo dinâmico.

Assim e como vimos, vigorou por muitos anos a doutrina estática do ônus da prova até que, no começo dos anos 80, o jurista argentino Jorge W. Peyrano se aprofundou no tema, inclusive publicando um artigo intitulado *“Lineamentos de las cargas probatorias dinámicas”*.

Sobre esta obra, destacamos o ponto abaixo transcrito, onde verificaremos que Jorge W. Peyrano defende a utilização da doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova segundo as circunstâncias do caso concreto³⁷:

“La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas 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, según fueren las circunstancias del caso, em cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, em cabeza de quien está em mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado de o tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.”

36 CREMASCO, Suzana. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 75

37 PEYRANO, Jorge W. **Lineamentos de las cargas probatorias “dinámicas”**. In: Jorge W. Peyrano (Org.).

Cargas probatorias dinámicas. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.p.19/20.

É importante verificar, da leitura do trecho acima, que o autor não descarta totalmente a aplicação da regra estática, apenas relativiza a sua aplicação em determinadas situações.

No Brasil, como já vimos nos tópicos anteriores, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus das provas é admitida pela doutrina e pela jurisprudência, como exceção à regra estática adotada pelo código de processo civil de 1973 sem que haja, contudo, menção expressa no texto da lei.

Contudo, como veremos em detalhes no próximo capítulo, o projeto do novo código de processo civil irá adotar expressamente a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, o que por certo será inovador dentro da sistemática processual, com a necessidade da capacitação dos operadores do direito para a melhor utilização deste mecanismo.

7. A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Como vimos acima, o código de processo civil de 1973 adotou, conforme o artigo 333, a teoria estática do ônus da prova. Assim, cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos do direito e, ao réu, incumbe provar os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Contudo tal sistema se mostrou ineficaz, razão pela qual grande parte da doutrina e da jurisprudência passaram a admitir a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, em especial quando diante da prova diabólica.

Assim, o projeto do novo código de processo civil, já sancionado, prevê expressamente a aplicação da teoria da carga dinâmica das provas:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

§ 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. Neste caso, o juiz 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 difícil a uma parte o exercício do direito.

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

Torna-se expressa, também, a possibilidade de convenção das partes quanto à modificação das regras do ônus da prova, conforme o §3º do artigo 373 do novo código de processo civil, mantendo-se as exceções previstas no código de processo civil de 1973.

Nos próximos itens serão analisados os principais pontos deste artigo inovador do novo código de processo civil, principalmente no que tange à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

7.1. MANUTENÇÃO DA REGRA ESTÁTICA COMO REGRA GERAL E UTILIZAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA COMO EXCEÇÃO.

Da simples leitura do artigo acima mencionado, já notamos que a regra estática de distribuição do ônus da prova não foi excluída do ordenamento jurídico pátrio.

Ou seja, via de regra, continuará valendo a regra onde ao autor incumbe o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito e, ao réu, a existência de fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Segundo Humberto Theodoro Júnior³⁸, *“não se trata de revogar o sistema do direito positivo, mas de complementá-lo à luz de princípios inspirados no ideal de um processo justo, comprometido, sobretudo, com a verdade real e*

38 THEODORO JUNIOR, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I, 55ª Edição, Forense, 2014, p. 449.

com os deveres de boa-fé e lealdade que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional”.

Contudo, o novo código de processo civil, em seu parágrafo primeiro, faz menção expressa à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, exigindo para tanto algumas atitudes do juiz quando a for aplicar.

7.2. REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.

Vale destacar que tal distribuição deverá sempre objetivar a igualdade entre as partes e não o contrário. Ou seja, não poderá acarretar em desvantagem a outra parte, que ficará com a carga da prova.

O que efetivamente se pretende com a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é reduzir a desigualdade existente entre as partes, afastando-se, por exemplo, a ocorrência da prova diabólica dentro do processo civil brasileiro.

Neste sentido, caberá ao juiz a verificação de alguns requisitos e a adoção de algumas providências para que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova seja corretamente aplicada.

Ora, considerando que a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova é uma forma excepcional de se atingir uma situação de equilíbrio de forças dentro do processo, é necessário observar se a parte que receberá o ônus possui efetivamente a capacidade de produção da prova pois, do contrário, manter-se-á a situação de disparidade entre as partes.

Assim, entendemos que não haverá um critério objetivo ou até mesmo uma obrigação do juiz em aplicar a distribuição dinâmica do ônus da prova. Neste ponto é importante destacar que o texto do parágrafo 1º do artigo 373 do novo código de processo civil é claro ao dispor que o juiz poderá e não deverá atribuir o ônus da prova de maneira diversa.

Caberá ao juiz a verificação da verossimilhança da alegação da parte que alega não ter condições de produzir a prova e se a outra parte possui de fato melhores condições.

A decisão que distribuir o ônus da prova dinamicamente deverá ser devidamente fundamentada, contendo as justificativas do juiz que o levaram a entender ser conveniente a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Na sequência, deverá ser dada oportunidade para que a parte se desincumba do encargo, em observância aos princípios do contraditório e ampla defesa e garantindo que a distribuição dinâmica do ônus da prova não seja aplicada de forma a manter o desequilíbrio processual, apenas o transferindo à outra parte.

Não faria sentido na nova sistemática processual que a redistribuição do ônus da prova transfira à outra parte a impossibilidade de sua produção, perpetrando no nosso sistema a prova diabólica, exatamente o que se deseja afastar.

A atuação do juiz será fundamentada, afinal com a nova sistemática processual, uma das hipóteses de interposição do recurso de agravo de instrumento³⁹ é exatamente quando houver a redistribuição do ônus da prova segundo o artigo 373, §1º do novo código de processo civil, o que poderá acarretar numa enxurrada de recursos em face dessas decisões, sobrecarregando os tribunais.

³⁹ Art. 1015 NCPC – Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º.

Tais idas e vindas processuais somente poderão ser evitadas com a cautela dos juízes em analisar detidamente os casos e fundamentando corretamente as decisões, para que não sejam utilizadas decisões padrões, como se costuma ocorrer durante o saneamento do processo.

7.3. DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE PROCEDIMENTO.

Verificamos também que o legislador assumiu o entendimento de que a redistribuição do ônus da prova é regra de procedimento e não de julgamento, no exato momento em que afirma no parágrafo 1º do artigo 380 que “neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Tal entendimento por certo irá encerrar a constante discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do momento da inversão do ônus da prova.

Ora, se o legislador afirma que o juiz deverá conceder à parte contrária a oportunidade de se desincumbir do ônus probatório, obviamente este momento não poderá ocorrer no momento do julgamento da demanda, mas sim, tão somente durante a instrução processual.

Neste ponto, é importante trazer o ensinamento de Cássio Scarpinella Bueno⁴⁰ acerca do assunto, com o qual concordamos: *“Toda a temática relativa ao ônus da prova , inclusive as hipóteses de sua inversão máxime se aceita a referida 'teoria dinâmica' -, seja ela convencional ou legal, deve ser entendida como regra de procedimento e não como regra de julgamento . Como é o magistrado o destinatário da prova, é importante que ele verifique com cada uma*

40 SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**, Vol. 2, Tomo I, 5ª edição, Editora Saraiva, 2012, p. 290/291.

das partes as reais possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidades da produção das provas de suas alegações em casos em que haja possibilidade de variação das regras gerais (estáticas) dos incisos do art. 333. (...) Tratar o ônus da prova como mera regra de julgamento, de juízo acaba revelando uma visão privatista que desloca o magistrado dos fins que são invariavelmente públicos do processo”.

Assim, ao menos a discussão acerca do momento correto da redistribuição do ônus da prova ficou totalmente superada, em mais um sinal de que o legislador busca aproximar o direito processual dos princípios constitucionais relacionados com o processo, notadamente neste caso com o contraditório e a ampla defesa.

8. CONCLUSÃO

A teoria estática do ônus da prova, prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil vigente, têm-se mostrado ineficiente diante da atual complexidade das relações jurídicas.

O critério rígido de distribuição do ônus da prova, que leva em consideração tão somente a posição da parte no processo e a natureza do fato trazido não garante ao juiz o pleno convencimento acerca da verdade.

A discutida problemática da distribuição prévia e estática do ônus da prova, baseada na posição processual da parte e na natureza dos fatos objeto da prova, será finalmente superada com a positivação da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

O projeto do novo código de processo civil traz uma relevante flexibilização das regras de distribuição do ônus da prova, permitindo ao juiz que, diante de uma situação de nítido desequilíbrio das condições probatórias entre as partes decida de forma motivada, a readequação da distribuição do ônus da prova ao caso concreto.

Assim, o ônus recairá sobre a parte que estiver em melhores condições de produzir a prova, sempre se observando a razoabilidade, ocorrendo quando ao autor for de grande dificuldade a prova do fato constitutivo de seu direito e, ao réu, a produção de tal prova for mais viável, valendo também o raciocínio contrário.

A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil deve ser motivo de satisfação aos operadores do direito, uma vez que representará a tipificação de um processo civil mais justo e

efetivo, garantindo às partes a aplicação do princípio da igualdade e do devido processo legal.

Ou seja, a modificação da sistemática do ônus da prova com certeza colabora com a adequação do código de processo civil aos princípios processuais constitucionais.

Será fundamental a adaptação dos operadores do direito para um melhor entendimento deste mecanismo e para que, conseqüentemente, atinja-se o objetivo de viabilizar um julgamento mais justo e igualitário, em consonância com o modelo constitucional do direito processual civil.

9. BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BENTHAM, Jeremy; **“Tratado de las pruebas judiciales”**, ed. Librería El Foro, Buenos Aires: 2003.

BUZUID, Alfredo. In **“Do ônus da prova”**. <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66398/69008>. Visitado em 12.01.2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Doenças preexistentes e Ônus da prova. O problema da prova diabólica e uma possível solução**. Revista dialética de direito processual nº 31, São Paulo: Editora Dialética, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Editora Bookseller, 2001.

COUTO, Camilo José d'Ávila. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2011.

CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Minas Gerais: Editora GZ. 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 2ª ed., vol. II, Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

_____, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. 6ª ed., vol. II, Salvador: Editora JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Formalismo Processual e Dinamização do Ônus da Prova. “In” Processo Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MORAES, Alexandre de, **Direito Constitucional**. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. **Por um processo socialmente efetivo**. Revista de Processo. São Paulo, v.27, n.105, jan./mar. 2002.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PEYRANO, Jorge W. **Lineamentos de las cargas probatorias “dinâmicas”**. In: Jorge W. Peyrano (Org.). **Cargas probatorias dinâmicas**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 23ª ed., vol. II, São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____ Moacyr Amaral, **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5ª ed., vol. I, São Paulo: Editora Saraiva.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3ª ed., vol. II, tomo I, São Paulo: Editora Saraiva, 2010. Vol 2, Tomo I. 3ª ed.

_____ **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 5ª ed., vol. II, tomo I, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____ **In O Modelo Constitucional do Direito Processual Civil: Um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações**.
<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>.
Acessado em 05.03.2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 6ª ed. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 39ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

_____, Humberto – **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 55ª ed., vol. I. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

ZANETTI, Paulo Rogério. **Flexibilização das regras sobre o ônus da prova**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues e MEDINA José Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**. vol.3, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.