

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
**Pós-Graduação, Especialização, MBA e Extensão**  
**COGEAE**

BEATRIZ HLAVAI MATTOS

TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

São Paulo  
2015

BEATRIZ HLAVAI MATTOS

TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Trabalho de Pós-Graduação, apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE, como parte das atividades para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientadora: Prof. Dra. Berenice Soubhie Nogueira Magri

São Paulo  
2015

Mattos, Beatriz Hlavai.

Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova/ Beatriz Hlavai Mattos – 2015.

41 f. 30cm

Trabalho de conclusão de curso (Pós-Graduação em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE, 2015.

Bibliografia: f. 39-41

BEATRIZ HLAVAI MATTOS

TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Trabalho de Pós-Graduação, apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE, como parte das atividades para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dra. Berenice Soubhie Nogueira Magri  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

---

Prof.  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

---

Prof.  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

À base da minha vida, minha mãe Milena.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço especialmente à Professora Dra. Berenice Soubhie Nogueira Magri, minha orientadora, que, com seu profissionalismo e dedicação, tornou esse trabalho possível.

Ao meu pai Hugo, que, com seu rigor e cobranças constantes, me faz buscar sempre mais.

À minha irmã eleita Carolina, pelo amor fraterno, capaz de me dar força para continuar na luta.

Por fim, a minha mãe Milena, que me proporciona a vida, em todos os sentidos da palavra. Por estar sempre ao meu lado, mostrando-me os caminhos, abrindo-os quando obscuros ou criando-os quando inexistentes.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo do Ônus da Prova no Direito Processual Civil Brasileiro, em especial no que diz respeito à aplicação da Teoria da Carga Dinâmica e as inovações incorporadas pelo Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15).

Partindo de tais premissas, nos propomos a estudar o conceito e objeto da prova no Processo Civil Brasileiro, com base no disposto no ainda vigente Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), analisando, ainda, as disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), aplicáveis às relações consumeristas, mas muito semelhantes a teoria de dinamização em estudo.

Nos detemos aos ensinamentos doutrinários relacionados à Teoria da Carga Dinâmica, que se destina a flexibilização da então estática estrutura antes conhecida, na busca da verdade real e como forma de conferir efetividade ao processo.

Por fim, verificaremos a positivação da Teoria da Carga Dinâmica na sistemática do Novo Código de Processo Civil, as mudanças trazidas por tal legislação e recentes decisões proferidas pelos Tribunais nacionais, ainda na vigência da Lei nº 5.869/73.

Palavras-chave: Direito. Direito Processual Civil. Ônus da Prova. Carga Dinâmica. Inovações Novo Código de Processo Civil.

## **ABSTRACT**

This study aims to explore the Burden of Proof in Brazilian Civil Litigation, especially with regard to the implementation of the Dynamic Load Theory and innovations incorporated by the New Civil Procedure Code (Nº 13.105/15).

Starting from these premises, we propose to study the concept and object of the proof in the Brazilian Civil Law, including Civil Procedure Code (Nº 5.869 / 73), Consumer Code (Nº 8.078/90), applicable to consumers relations.

We also study the flexibility of the general rule, considering the static structure formerly known, in the search for truth, in order to give effectiveness to the process.

Finally, we study the legal regulation in the new Civil Procedure Code, the changes brought by such legislation and recent judgments handed down by national courts, regarding the Law Nº 5.869/73.

Keywords: Law. Civil Procedure. Burden of Proof. Dynamic load. Innovations New Code of Civil Procedure.

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
2	<b>DA PROVA NO PROCESSO CIVIL</b> .....	12
2.1	CONCEITO E OBJETO .....	12
2.2	O PODER DE INSTRUÇÃO DO JUIZ .....	14
3	<b>ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973</b> .	16
4	<b>ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR</b> .	19
4.1	HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA .....	20
4.2	HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA .....	21
5	<b>TEORIA DA CARGA DINÂMICA</b> .....	23
5.1	MOMENTO DA PRODUÇÃO DA PROVA .....	23
5.2	O DIREITO À PROVA .....	23
5.3	DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS .....	25
5.4	CUSTEIO DA PROVA .....	32
6	<b>ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015</b> ..	34
7	<b>CONCLUSÃO</b> .....	37
	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	39

## INTRODUÇÃO

Tema de suma relevância processual, a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova, em voga desde a década de 90, vem merecendo especial destaque nos últimos anos, em especial por força do Novo Código de Processo Civil.

Em decorrência das constantes modificações processuais e, mais do que isso, da natural evolução social, a regra estática de produção de provas do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/73) não mais coaduna com a constante busca pela verdade real, acesso à justiça e cooperação entre as partes.

Assim, claro é que a prova, como mecanismo capaz de proporcionar o livre convencimento motivado do juiz e, em última análise, viabilizar o efetivo direito de ação, tem o condão de atestar de forma segura a existência de direito à parte.

Para tanto, a regra estática do art. 333, do Código de Processo Civil de 1973, nem sempre pode ser admitida, sendo imperiosa sua dinamização, valendo-se dos poderes instrutórios do juiz (art. 130, do CPC/73, ou art. 370, CPC/15), com flexibilização da repartição do ônus da prova entre as partes.

Assim, ao Autor, além do dever de demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, e ao Réu, além da prova dos fatos impeditivos, modificativo ou extintivos do direito do Autor, poderá recair o encargo de demonstrar fatos que antes seriam imputados ao seu adversário, caso verificado que este possui melhores condições de fazê-lo.

Como se verá ao longo desse trabalho, destinado ao estudo da Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro, não se trata de uma nova regra de alteração do ônus, a exemplo do que já existe na legislação consumerista (arts. 12, §3º, e 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor), mas apenas e tão somente a possibilidade de o juiz, sensível ao caso em concreto, flexibilizar a rígida regra anteriormente conhecida, em prol do objetivo final do processo – busca da verdade real.

Como não poderia deixar de ser, além das regras atualmente vigentes, por força do Código de Processo Civil de 1973, faremos um estudo sobre as inovações do Novo Código (Lei nº 13.105/15), o qual, de forma satisfatória, positivou o que, há muito, defendiam os doutrinadores e admitiam os Tribunais brasileiros.

Muito mais que a necessidade de flexibilização, o presente trabalho se presta a demonstrar sua legalidade e limitações, para que, de forma imparcial, se garanta a busca pelo correto e justo deslinde do feito.

## 2. DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

### 2.1. Conceito e Objeto

Por todo o mundo, em sociedades adotantes do Sistema de Common Law ou de Civil Law tem-se priorizado a busca do ideal de justiça, de forma não só qualificada, mas igualmente justa. Nessa seara, em que pesem os graves problemas decorrentes da organização judiciária, o que, nitidamente, tem o condão de retardar a prestação jurisdicional, tem-se verificado a maior atribuição de poderes aos magistrados justamente em prol da simplificação e celeridade almejadas.

A instrução probatória do processo visa, ao contrário do que ocorre em casos que envolvem matérias unicamente de direito – as quais o juiz tem o dever de conhecer de plano (*iura novit cúria*) – demonstrar a verdade dos fatos expostos pelas partes nos autos. Isso significa dizer que só devem ser provados os fatos, não o direito. Assim sendo, abrimos parênteses para destacar o significado da palavra *prova*:

“O vocábulo prova provém do latim (*probatio*), com o significado de verificação, exame, inspeção. No meio jurídico, ‘o termo é empregado como sinônimo de demonstração (dos fatos alegados no processo)’<sup>1</sup>.

Dessa forma, como meio hábil à demonstração dos fatos alegados pelas partes no processo, a prova se traduz como o mecanismo empregado na busca da verdade real. Estamos diante, então, da ferramenta processual capaz de assegurar a busca pela realidade dos fatos descritos pelas partes. Como destaca José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier:

“À realização do direito liga-se a necessidade de que haja apuração de fatos. Se é certo que se deve assegurar, no plano do processo, a existência de mecanismos tendentes a realizar eficazmente os direitos subjetivos, não menos certo é dizer que devem existir, também no processo, instrumentos que permitam atestar, com segurança, a existência de direitos, o que se dá não apenas com correta compreensão do sistema jurídico, mas, também, como o entendimento

---

<sup>1</sup> LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 3ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007, p. 25.

preciso de como surgiu o direito da parte, no plano dos fatos. A apuração destes fatos se dá, no processo, através da prova”<sup>2</sup>.

Assim sendo, *“a prova dos fatos controversos é indispensável não só para a apuração da verdade (e da certeza) mas também para conferir segurança às decisões judiciais e credibilidade à atividade jurisdicional”*<sup>3</sup>.

Nessa seara, é reconhecida a necessidade de se provar todos os fatos *“relevantes, pertinentes, controversos e precisos”*, ou seja, *i)* os que influenciam o julgamento da lide; *ii)* que têm relação direta ou indireta com a causa; *iii)* os que venham a ser impugnados pelo adversário; e *iv)* os que têm o condão de especificar ou determinar situações importantes para a causa.<sup>4</sup>

Doutrinariamente, as provas são *classificadas* em razão do *objeto*, do *sujeito* e da *forma*. Quanto ao objeto, elas se subdividem em *direta* ou *indireta*, sendo a primeira aquela que *“se refere ao próprio fato probando”* e a última aquela que *“se refere a fato diverso do que se pretende demonstrar, mas que, por meio de uma operação mental (raciocínio, dedução), permite chegar ao fato objeto da prova”*<sup>5</sup>.

No que diz respeito ao sujeito, a prova é *pessoal* ou *real*, tida como pessoal a *“declaração ou afirmação sobre a veracidade de um fato, como o depoimento testemunhal e o depoimento pessoal”*, e real, por seu turno, *“é a prova consistente no próprio fato e suas circunstâncias”*<sup>6</sup>.

Para a forma, podemos apontar as subclassificações *oral* ou *escrita*, que são autoexplicativas.

De qualquer forma, tem-se na própria essência do processo de conhecimento a *análise dos fatos*, através das provas produzidas pelos litigantes, para que se possa extrair daí uma solução justa ao conflito que foi levado ao Poder Judiciário.

---

<sup>2</sup> MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Parte Geral e Processo de Conhecimento – Processo Civil Moderno – V.1. 3ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2013, p. 234.

<sup>3</sup> LOPES, *op. cit.*, p. 27.

<sup>4</sup> *ibidem*, p. 31 e 32.

<sup>5</sup> *ibidem*, p. 35.

<sup>6</sup> *ibidem*, p. 35/36.

O direito à prova, revela-se, então, como “*consectário do direito de ação*”, o qual confere à parte o direito de demonstrar “*a verdade dos fatos que alega e a falsidade dos fatos alegados pela parte adversária*”<sup>7</sup>.

Tendo em vista a exposição de motivos acima, o processo não se limita a mera alegação de fatos, mas ao instrumento capaz de conferir ao juiz meios para a verificação da verdade. A prova, assim, se revela como meio de convencimento do juiz.

## 2.2. O Poder de Instrução do Juiz

Considerando a necessidade de convencimento do juiz dos fatos alegados pelas partes, estabelece o art. 130, do CPC/73<sup>8</sup>, que, como destinatário da prova e presidente do processo, ele deve determinar aquelas necessárias à instrução do processo, *indeferindo diligências inúteis ou protelatórias*.

A possibilidade de determinação, de ofício, das provas necessárias à instrução do processo em nada viola o dever de imparcialidade do juiz, considerando que, dentro do cenário de busca pela verdade material, a determinação de produção de provas não requeridas pelas partes não se confunde com atuação investigatória, essa, sim, repelida.

Busca-se assim, dentro do Estado Constitucional, a igualdade material entre os litigantes, sem que permitam desequilíbrios em decorrência da atuação mais enérgica ou não dos patronos das partes. A atuação do juiz, imparcial, não neutro, traduz o “*interesse estatal, em que a lide seja composta de forma justa e segundo as regras do direito*”<sup>9</sup>, até porque:

“A evolução do direito processual, rumo à plenitude do devido processo legal, modernamente visto como o processo justo, conduziu à superação dos velhos limites opostos à iniciativa judicial em matéria

---

<sup>7</sup> MEDINA; WAMBIER, *op. cit.*, p. 235.

<sup>8</sup> Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

<sup>9</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 51ª ed. Ed. Forense. Rio de Janeiro: 2010, p. 427.

de instrução probatória. Acima do ônus da prova – cujas regras atuam na fase final do julgamento da lide e não durante a coleta dos elementos de instrução da causa – prevalece o compromisso com a verdade real<sup>10</sup>.

Dessa forma, o juiz, presente na pesquisa da verdade material, não se inclina para a produção de provas que beneficiam uma das partes, mas fiscaliza a instrução probatória do feito e garante a isonomia e paridade de armas, exercendo seus poderes de forma justa e racional. Nas palavras de Vicente Greco Filho:

“O instituto do ônus da prova e seus fundamentos decorrem de três princípios prévios: 1º) o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, segundo o qual o juiz não pode, como podia o romano, esquivar-se de proferir uma decisão de mérito a favor ou contra uma parte, porque a matéria é muito complexa, com um *non liquet*; 2º) o princípio dispositivo, segundo o qual às partes cabe a iniciativa da ação e das provas, restando ao juiz apenas atividade de complementação, a elas incumbindo o encargo de produzir as provas destinadas a formar a convicção do juiz; 3º) o princípio da persuasão racional na apreciação da prova, segundo o qual o juiz deve decidir segundo o alegado e provado nos autos (*secundum allegata et probata partium*), e não segundo sua convicção íntima (*secundum propriam conscientiam*)”<sup>11</sup>.

Dito isso, passaremos à análise dos deveres das partes no que diz respeito à instrução probatória no processo civil brasileiro.

---

<sup>10</sup> *ibidem*, p. 428.

<sup>11</sup> GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. 19ª ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2008, p. 201.

### 3. ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

Ao contrário do que pode parecer em uma primeira e superficial análise, o ônus da prova não é o *dever de provar*, mas a assunção do risco de fracasso no processo caso não restem demonstrados os fatos alegados pela parte. Trata-se, pois, da *necessidade de provar*.

Para muitos, o ônus da prova pode ser traduzido como auto-responsabilidade da parte, que poderá ser prejudicada diante de sua própria inércia, visto que não conseguiu se desincumbir do encargo que lhe fora atribuído.

Há quem defina o ônus probatório como “*a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio; obrigação é a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio*”<sup>12</sup>.

Esse é, justamente, o entendimento que se traduz do art. 333, incisos I e II, do CPC/73:

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.

Tem-se claro que o ônus da prova no Direito Processual Civil Brasileiro de 1973 é fixo ou estático. Tal regra é utilizada não só como guia para as partes ao longo da instrução, mas também como guia para exercício da atividade jurisdicional, sem que existam surpresas ou julgamentos arbitrários.

De plano, todas as partes do processo têm plena ciência das regras que lhe são aplicáveis, podendo assumir seus encargos de maneira lógica e consciente para obtenção de solução justa para o litígio. Fala-se, aqui, no ônus da prova como *regra de instrução*.

---

<sup>12</sup> LOPES, *op. cit.*, p. 37.

Como *regra de julgamento*, o ônus da prova se revela norteador para o magistrado que, ao final da instrução, não se convence das alegações das partes. De acordo com os ensinamentos do art. 333, do CPC/73, a dúvida do magistrado deve ser suportada por aquele que possuía o encargo legal de provar. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior:

“Inexistindo a obrigação ou dever de provar para a parte, o ônus da prova se torna, em última análise, um critério de julgamento para o juiz: sempre que, ao tempo da sentença, se deparar com falta ou insuficiência de prova para retratar a veracidade dos fatos controvertidos, o juiz decidirá a causa contra aquele a quem o sistema legal atribuir o ônus da prova, ou seja, contra o autor, se foi o fato constitutivo de seu direito o não provado, ou contra o réu, se o que faltou foi a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo invocado na defesa”<sup>13</sup>.

Digno de destaque, entretanto, que o ônus da prova decorre do ônus da alegação, devendo a parte, antes da instrução probatória, alegar os fatos que motivam seus pedidos. Justamente por esse motivo que antes de qualquer decisão em relação ao ônus da prova, deve o juiz fixar os pontos controvertidos. Como ensina João Batista Lopes:

“(...) a parte a quem a lei atribui um ônus tem interesse em dele se desincumbir; mas se não o fizer nem por isso será automaticamente prejudicada, já que o juiz, ao julgar a demanda, levará em consideração todos os elementos dos autos, ainda que não alegados pelas partes (CPC, art. 131)”<sup>14</sup>.

Tem-se, assim, a regra geral do ainda em vigor Código de Processo Civil, adotante da doutrina de Chiovenda, é do *ônus subjetivo* da prova, pela qual cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, do CPC/73).

Nessa seara, revela-se como impeditivo o fato que “*obsta as consequências jurídicas objetivadas pelo autor*”, modificativo o que “*opera alteração na relação jurídica*” e extintivo “*o que acarreta o fim da relação jurídica*”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 430.

<sup>14</sup> LOPES, *op. cit.*, p. 37.

<sup>15</sup> *ibidem*, p. 42.

Em contrapartida, o *ônus objetivo* da prova, de acordo com a melhor doutrina, não está vinculado ao sujeito que deve provar (*ônus subjetivo*) e à efetiva comprovação dos fatos controvertidos (*ônus objetivo*), mas ao fato de que o juiz, como destinatário da prova, julgará o feito a partir dos elementos obtidos, não importando qual o sujeito que contribuiu para obtenção do resultado.

Muito se discute na doutrina sobre o momento de inversão convencional do *ônus* da prova, o que, com o advento no Novo Código nos parece ser pacificado, conforme se verá adiante. Quanto a referida possibilidade de inversão convencional, o CPC vigente estabelece no parágrafo único do art. 333, que:

“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”.

Do supracitado artigo, vigente no Código de Processo Civil de 1973, se extrai a admissão da convenção sobre o *ônus* da prova, com livre distribuição entre as partes, sem que isso represente qualquer violação a ordem jurídica, desde que, como dito, haja respeito aos limites impostos pela própria lei.

Destaque-se aqui que, conforme estabelece o parágrafo 2º, art. 331, do CPC/73<sup>16</sup>, pouco importa divagar sobre o *ônus* da prova quando verificado que os fatos já estiverem suficientemente provados nos autos.

---

<sup>16</sup> § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.

#### 4. ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor, em toda sua estrutura, revela-se sensivelmente diverso das regras gerais da legislação civilista.

Tem-se claro nos arts. 12, §3<sup>o17</sup>, e 14, § 3<sup>o18</sup>, do Código de Defesa do Consumidor, que, no que diz respeito à responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou serviço<sup>19</sup>, o ônus da prova já nasce a ele atribuído.

Trata-se, no caso da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço, de inversão *ope legis*, ou seja, decorrente de lei, não sendo necessária valoração do juiz para que se opere entre as partes. É uma regra de julgamento e, portanto, dirigida ao juiz, mas também dirigida ao comportamento processual da parte no que diz respeito ao rumo da sua atuação durante a instrução probatória.

Tal regra não se confunde com a *possibilidade* de inversão do ônus da prova prevista no art. 6<sup>o</sup>, inciso VIII, também do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 6<sup>o</sup> 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;

Destaque-se que aqui não há uma imposição legal de inversão do ônus, deixando a critério do juiz tal opção. Assim, a inversão do ônus da prova, prevista no art. 6<sup>o</sup>, da legislação consumerista, depende de prévia análise e deferimento judicial, trata-se, portanto, de inversão *ope iudicis* e não *ope legis*<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> § 3<sup>o</sup> O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

<sup>18</sup> § 3<sup>o</sup> O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

<sup>19</sup> Relacionado à acidente de consumo, quando se está diante de produto ou serviço defeituoso, capaz de causar dano ao consumidor.

<sup>20</sup> RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6<sup>o</sup>, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope iudicis'), como no caso dos autos,

Nessa análise do magistrado, caso a caso, seja na legislação consumerista ou não, deve-se observar e diferenciar não só a hipossuficiência técnica, mas também a hipossuficiência financeira, sob pena de injustamente sobrecarregar o adversário. Vejamos.

#### 4.1. Hipossuficiência técnica

Como visto, exceção à regra geral do Código de Processo Civil, a legislação consumerista, por vezes, pressupõe a hipossuficiência dos consumidores e, com isso, lhes garante diversas medidas protetivas.

Via de regra, excetuados os casos de fato do produto, nas palavras de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves, “*é evidente que não basta, nesse caso, a relação consumerista, cabendo ao juiz analisar no caso concreto o preenchimento dos requisitos exigidos por lei*”<sup>21</sup>.

Verifica-se, pois, que a inversão não é regra, mas exceção, exigindo maior cautela e presença de ambos os requisitos: verossimilhança das alegações e hipossuficiência do consumidor. Deve, ainda, ser interpretada restritivamente, sob pena de dar ao consumidor vantagens excessivas e incompatíveis com o caso concreto.

Ademais, **uma vez concedida a inversão pretendida, é essencial a fixação de limites para tal ônus, pois não se deve confundir a referida inversão com a obrigação de realizar ‘prova negativa’ pelo fornecedor.** Tanto é assim que a nossa doutrina registra:

**“inversão do ônus da prova não significa que o consumidor foi presenteado com o direito de atuar no processo com meras**

---

versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão ‘ope judicis’ ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão ‘ope judicis’ do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (STJ -S2 – REsp 802832 / MG Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO – DJe 21/09/2011).

<sup>21</sup> Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. Ed. Método. São Paulo: 2013, p. 541.

**alegações, passando ao fornecedor o ônus de provar o inverso.**

*O direito às provas permanece inalterado, restando à disposição das partes para livremente, dentro do controle formal do juízo, serem produzidas a seu critério, podendo se dizer que o que efetivamente mudou é a probabilidade de, se preciso for, inversão do ônus da prova em favor do consumidor, o que exige do réu, fornecedor de serviços e produtos, obrigatoriamente mais cautela dentro de um processo nas condições que a nova lei de consumo lhe impôs”<sup>22</sup>*

A obrigação da análise caso a caso e da motivação das decisões judiciais, se revela obrigatória não só nas relações consumeristas, mas, igualmente, nas relações civilista, conforme diante estudado.

#### 4.2. Hipossuficiência financeira

Digno de especial destaque o fato de que a inversão do ônus da prova não implica na alteração do custeio da prova. Faz-se necessário avaliar a capacidade financeira da parte, sob pena **privilegiar a propositura de ações infundadas e desprovidas de provas, desincumbindo arbitrariamente os consumidores dos encargos financeiros incorridos no processo.**

Confira-se, a respeito, entendimento jurisprudencial do Colendo Superior Tribunal de Justiça e do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado:

“Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Ônus da prova. Inversão. Conteúdo fático. Súmula 7/STJ. **Honorários Periciais. Pretensão de atribuir-se o ônus de pagamento à parte contrária. Descabimento.** I – A **inversão do ônus probatório** não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência o que, **se concedida, não acarreta, de qualquer modo, o encargo financeiro de custear as despesas pela parte adversa,** mas apenas, o faz arcar com as consequências jurídicas pertinentes. II – Agravo regimental desprovido”. (Agravo regimental nº 884.407/SP, Quarta turma, STJ, Rel. Ministro Aldir Passarinho. Julgado em 21.08.2007, DJ 5.11.2007, p. 278)<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Eduardo Galdão de Albuquerque in “a prova no direito do consumidor”

<sup>23</sup> “Prova pericial - Custeio - A inversão do ônus da prova não se confunde com a inversão do ônus financeiro de adiantar as despesas decorrentes da realização de atos processuais - **A inversão do ônus da prova não implica o custeio das despesas da parte adversa,** uma vez que é regra de julgamento e não de antecipação de despesas - **Prova pericial foi solicitada pela requerente, razão pela qual caberá a ela o custeio dos honorários** - Prescrição - Inocorrência - Dano decorrente de relação contratual - Prazo decenal Art. 205 do CC Princípio actio nata - Preliminar afastada - Agravo parcialmente provido a fim de determinar que a perícia seja custeada pelos agravados”. (Apelação Cível nº 2058866-79.2014.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Hélio Faria. Julgado em 02.07.2014).

Assim, havendo deferimento do pedido de inversão do ônus da prova, necessária a fixação dos limites de tal ônus, para que não haja qualquer confusão com a obrigação de produção de “prova negativa” pelo fornecedor, tampouco que haja a inversão do ônus financeiro da prova.

Nas relações consumeristas, com exceção aos casos previstos nos arts. 12, §3º, e 14, § 3º, a inversão do ônus da prova não é decorrência de conversão das partes ou determinação do legislador, mas determinação do juiz, não de forma automática, mas após análise do caso em concreto.

---

"AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL INVERSÃO DO ÔNUS **ÔNUS ECONÔMICO VERSUS TEORIA DA CARGA DINÂMICA - PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS Prestação de serviço bancário Caracterizada a relação de consumo entre as partes Aplicação das regras consumeristas - Inversão do ônus da prova, conforme artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor - Reconhecimento de que, nas relações de consumo, em face da inversão do ônus da prova, o banco não é obrigado a arcar com o ônus econômico da produção desta, mas assume as consequências pela não-produção da prova, conforme jurisprudência** Aplicação da teoria da carga dinâmica da prova Agravo provido em parte." (TJ-SP - AI: 20585039220148260000 SP 2058503-92.2014.8.26.0000, Relator: Salles Vieira, Data de Julgamento: 04/09/2014, 24ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 10/09/2014 – sem grifo no original).

*"Intempestividade - Desentranhamento ordenado - Inconformismo sustentando a possibilidade de conhecimento dos fundamentos jurídicos - Importância da permanência da peça e seus documentos no deslinde da demanda - Recurso provido. PROVA PERICIAL - Ação de ressarcimento de danos - Ônus da prova Inversão determinada Custeio da prova Critério **A inversão do ônus da prova não implica na alteração do dever de custear a prova** - Incumbência afastada, mantidos com o prestador os efeitos decorrentes da não produção da prova - Recurso provido". (Agravo de Instrumento nº 2019569-65.2014.8.26.0000, 19ª Câmara de Direito Privado, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Mario de Oliveira. Julgado em 14.07.2014).*

## 5. TEORIA DA CARGA DINÂMICA

### 5.1. *Momento de Produção da Prova*

No que diz respeito ao momento da produção da prova no Direito Processual Civil, tem-se na doutrina a distinção em 3 (três) etapas: *i)* mera indicação genérica; *ii)* especificação; e *iii)* efetiva produção.

A primeira fase, de indicação genérica, ocorre na petição inicial, para parte autora, e na contestação, para parte ré. Ato contínuo, há a especificação, com individualização dos meios de provas necessários ao deslinde do feito.

Garante-se ao juiz, inclusive, como destinatário da prova, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as que considerar inúteis ou protelatórias<sup>24</sup>.

Essa segunda fase, prevista no art. 331, do CPC, ocorre em audiência preliminar, momento em que, não obtida a conciliação, deve o juiz fixar os pontos controvertidos, decidir as questões processuais pendentes e, ainda, determinar as provas a serem produzidas (§ 2º).

Apenas após observância das 2 (duas) etapas anteriormente descritas, inicia-se a fase de efetiva produção de provas, excetuando-se, por óbvio, os casos de produção antecipada de provas, onde as circunstâncias do caso concreto exigem a adoção das medidas do art. 846 e seguintes, do CPC/73.

### 5.2. *O Direito à Prova*

Na sistemática do processo civil moderno, sensível à necessidade de efetividade do processo e legitimação do exercício do poder jurisdicional, o direito à prova se traduz como a possibilidade conferida à parte de demonstrar os fatos por ela alegados, os

---

<sup>24</sup> Art. 130, CPC. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

quais fundamentam a pretensão deduzida em juízo, no caso do autor, ou sua defesa, no caso do réu. Nesse sentido, ensina Eduardo Cambi:

“O direito à prova tem uma conotação democrática e é uma situação jurídica ativa, porque possibilita às partes a mais ampla possibilidade de participação processual, ampliando suas condições de influir na formação do convencimento do juiz. Com isso, percebe-se que as partes não têm apenas ônus, mas também direitos, que devem ser observados pelo Estado-juiz”<sup>25</sup>.

Para Cambi, o direito à prova pode ser subdividido em duas dimensões, a primeira relativa ao *interesse privado* da parte para obter uma decisão a seu favor, e a segunda em relação ao *interesse público* de aplicação justa e correta do direito material<sup>26</sup>.

Trata-se, pois, do meio capaz de assegurar o acesso à ordem jurídica justa, com respeito aos princípios constitucionais, conforme abaixo destacado:

“À luz da efetividade do processo, do instrumentalismo substancial, do processo civil de resultados, a ação deve garantir o direito ao devido processo legal e colimar o acesso à ordem jurídica justa. Para tanto, não basta assegurar o acesso formal e protocolar ao juiz ou tribunal: é de rigor garantir o direito à tutela jurisdicional qualificada, ao devido processo legal, com respeito ao contraditório, à ampla defesa, à igualdade de tratamento das partes, ao juiz natural, à proibição das provas ilícitas, etc.”<sup>27</sup>.

Como se vê, o direito à prova se mostra deveras amplo, considerando o objetivo principal de efetividade do processo. Nessa seara, há de se considerar não só o direito de deduzir os meios pelos quais se pretende demonstrar as alegações já lançadas nos autos, mas também de efetivamente produzi-las e de demonstrar o contrário do que alegou a parte adversária. Para Humberto Theodoro Júnior:

“A evolução do direito processual, rumo à plenitude do devido processo legal, modernamente visto como o processo justo, conduziu à superação dos velhos limites opostos à iniciativa judicial em matéria de instrução probatória. Acima do ônus da prova – cujas regras atuam na fase final de julgamento da lide e não durante a coleta dos elementos de instrução da causa – prevalece o compromisso com a verdade real”<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> CAMBI, Eduardo. O direito à prova no Processo Civil in Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000, p. 148.

<sup>26</sup> *ibidem*, p. 148.

<sup>27</sup> LOPES, *op. cit.*, p. 167.

<sup>28</sup> THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 428.

A prova, como direito fundamental que é, serve de “*instrumento para legitimação do exercício do poder jurisdicional*”<sup>29</sup>. Dessa forma, os operadores jurídicos devem repensar a prova, como elemento de efetividade processual, analisando não somente a resposta concedida pelo legislador, mas, igualmente, busca uma solução justa na busca pela verdade real.

### 5.3. Distribuição do ônus

Tem-se claro que a realidade dos Tribunais e a busca pela verdade real não se coadunam com o estático sistema de distribuição do ônus da prova previsto no Código de Processo Civil Brasileiro:

“Não poucas vezes o acesso à verdade real por parte do juiz fica comprometido ou prejudicado se se mantiver o esquema de apreciação do litígio rigidamente imposto no momento de concluir a instrução processual, e de enfrentar o julgamento do mérito segundo a fria aplicação das presunções que haveriam de defluir da literalidade do art. 333”<sup>30</sup>.

Viabilizando um “abrandamento” do rígido sistema, surgiu a *Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova* ou *Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório*. Trata-se, pois, de mais uma vertente do princípio da isonomia, considerando a inviabilidade de imputar a alguém ônus que tal pessoa não poderá se desincumbir.

Em outras palavras, isso significa, dentro das fases processuais normais, a atribuição, pelo juiz, do encargo probatório àquele que detenha melhores condições de fazê-lo, seja pela facilidade de demonstração, conhecimentos técnicos ou acesso à informação debatida. Sobre o tema, ensina Fredie Didier:

“Enfim, de acordo com essa teoria: i) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente; ii) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica; iii) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu); iv) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo do direito – ou o

---

<sup>29</sup> CAMBI, *op. cit.*, p. 156.

<sup>30</sup> THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 432.

interesse em prová-lo, mas, sim, quem tem mais possibilidade de fazer a prova.

Nesse contexto, o juiz permanece no posto de gestor das provas e com poderes ainda maiores, pois lhe incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, à luz das circunstâncias concretas – sem estar preso a critérios prévios, gerais e abstratos. Pauta-se o magistrado em critérios abertos e dinâmicos, decorrentes das regras de experiência e do senso comum, para verificar quem tem mais facilidade de prova, impondo-lhe, assim, o ônus probatório. Explora a dinâmica fática e axiológica presente no caso concreto, para atribuir a carga probatória àquele que pode melhor suportá-la<sup>31</sup>.

Tal distribuição dinâmica tem o condão de *“atender à paridade de armas entre os litigantes e às especificidades do direito material afirmado em juízo”*<sup>32</sup>.

Veja-se que, com isso, o ônus é transferido da parte originalmente incumbida, para o seu adversário, considerando as peculiaridades de cada caso. Importante destacar, contudo, que tal dinamização não pode franquear a insegura jurídica e atos arbitrários do magistrado, sendo imperiosa a observância de limites. Vejamos.

Tem-se claro que para quebra da regra geral do ônus estático da prova (art. 333, do CPC), é indispensável que *“os elementos disponíveis no processo tornem verossímil a versão afirmada por um dos contendores e que o juiz, na fase de saneamento, ao determinar as provas necessárias (art. 331, § 2º), defina também a nova responsabilidade pela respectiva produção”*<sup>33</sup>.

O comprometimento com a verdade real e busca pela atividade jurisdicional justa, cuja base deve ser pautada na boa-fé e lealdade processual, coaduna com a cooperação entre os litigantes.

Tem-se claro, contudo, que tal regra de maleabilidade não tem o condão de dispensar o ônus da parte que originalmente detinha o encargo legal, mas apenas retirar parte de tal responsabilidade, em especial àquela da qual não tem acesso ou condições de investigação satisfatória. Nesse sentido, ensina a melhor doutrina:

---

<sup>31</sup> DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. V. 2. Ed. JusPodivm, Salvador: 2008, p. 91/92.

<sup>32</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2008, p. 337.

<sup>33</sup> THEODORO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 432.

“(...) havendo prova incompleta, mas configurada a verossimilhança segundo a experiência do que comumente acontece, o juiz estaria autorizado a exigir o esclarecimento completo do ocorrido ao outro litigante, ou seja, àquele que detenha, de fato, condições para demonstrar que o evento não teria se passado de acordo com o afirmado pela parte considerada hipossuficiente, em termos probatórios. A não-elisão dos fatos constitutivos do direito exercitado em juízo, por aquele contra quem o ônus fora invertido, acarretará a vitória daquele que do mesmo ônus fora liberado. O juízo, antes de verossimilhança, se consolidará graças ao novo rumo emprestado à distribuição dinâmica do ônus da prova”<sup>34</sup>.

Destaque-se, aqui, que a parte não passa a carregar o ônus legalmente imputado ao seu adversário, mas assume a função, quando possível, de “*esclarecer o fato controvertido*”<sup>35</sup>.

Não se autoriza, contudo, que essa redistribuição represente surpresa para a parte, sendo indispensável conferir-lhe tempo hábil para assumir seu encargo, com especial atenção aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, a exemplo do que ocorre nas relações de consumo, somente há a possibilidade de inversão do ônus da prova também em relações puramente cíveis, **quando existente um desequilíbrio ou vulnerabilidade**, de ordem técnica ou científica de uma das partes.

Nas palavras de Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior: “*Há de demonstrar o fato, pouco releva se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo*”<sup>36</sup>.

A referida Teoria pretende acompanhar a tendência moderna de descobrimento da verdade real dos fatos e colaboração das partes com o Judiciário, de modo que quem se encontre em melhores condições de comprovar determinada situação fique com tal encargo, em atenção ao princípio da solidariedade entre as partes: “*A carga da prova deve ser imposta, em cada caso concreto, àquela das partes que a **possa produzir com menos inconvenientes**, isto é, com menos delongas, vexames e despesas*”.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> *ibidem*, p. 432.

<sup>35</sup> *ibidem*, p. 433.

<sup>36</sup> DALL’AGNOL JÚNIOR, ANTÔNIO JANYR. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios in Revista dos Tribunais. Vol. 788, p. 92. Jun/ 2001.

<sup>37</sup> *ibidem*, p. 92.

Destaque-se ainda importante ensinamento sobre o tema:

“Essa técnica é uma técnica é uma tentativa de adequar o procedimento às situações de direito material a serem jurisdicionalmente tuteladas, servindo de mecanismo para promover o princípio da igualdade, visto que há relações de direito processual em que as partes não estão em posição isonômica. Obrigar uma dessas partes a provar determinados fatos, para que possa obter a proteção dos seus direitos substanciais, significaria negar-lhe acesso à tutela jurisdicional, porque a demonstração dessas alegações seria extremamente difícil ou, mesmo, praticamente impossível”.<sup>38</sup>

Vale dizer que a aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da Prova objetiva promover igualdade entre as partes, colocando-as em posição isonômica, para que seja possível a produção de provas que não seriam realizadas se não houvesse a distribuição do ônus pelo magistrado. É o caso, por exemplo, de instituição financeira que é, obviamente, a parte mais apta a apresentar um contrato por ela firmado e discutido por um prestador de serviço.

Infelizmente, tem-se verificado falhas na aplicação da Teoria aos casos práticos, quando, por vezes, as partes são literalmente surpreendidas com a decisão judicial que dinamiza o encargo, tardiamente.

Nessa seara, não pode o magistrado ignorar regras processuais consagradas, como a preclusão *‘pro judicato’*, por exemplo. Não há como se admitir, então, a revisão de posicionamento jurisdicional anterior, com reapreciação do tema em favor da dinamização do ônus da prova.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive, tem, corretamente, reformado decisões que em prol da Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova tenham reapreciado matérias de ofício, causando inegável insegurança jurídica às partes. Vejamos:

Ação reparatória por danos materiais e extrapatrimoniais. Revisão de anterior decisão judicial que atribuiu à autora a responsabilidade pelo recolhimento dos honorários do perito, sob o fundamento de incidência na espécie, da teoria da carga dinâmica das provas. Preclusão “pro judicato” verificada na hipótese. Preclusão da prova pericial

---

<sup>38</sup> CAMBI, Eduardo. A Prova Civil – Admissibilidade e Relevância. Ed. RT, 2006, p. 410.

reconhecida. Agravo provido (TJSP, AI nº2130603-45.2014.8.26.0000, Rel. Soares Levada, j. 15.09.14).

Destaque-se, aqui, que a Teoria da Carga Dinâmica, ao contrário do que muitos acreditam, não é uma inovação do Novo Código de Processo Civil. O Novo Código apenas tratou de positivizar o que, há anos, vem sendo estudado e reconhecido pelos Tribunais nacionais. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. **APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. CABIMENTO. Verificado nos autos que a parte demandada possui maiores condições técnicas de demonstrar a forma em que ocorreram os fatos descritos na exordial, referentes à alegada falha na aplicação de agrotóxicos em lavoura próxima à propriedade da requerente, impõe-se atribuir àquela o ônus probatório, sob pena de se exigir da parte suplicante a produção de prova considerada diabólica.** Albergada, pois, a teoria da carga dinâmica da prova. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70052255668, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 12/12/2012) (TJ-RS - AI: 70052255668 RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 12/12/2012, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 25/01/2013 – sem grifo no original).

AÇÃO AMBIENTAL. Mogi das Cruzes. Desassoreamento do Rio Tietê. Inversão do ônus da prova e custeio da perícia. - 1. Perícia. Custeio. A remuneração do perito será paga pelo autor, quando a prova é requerida por ambas as partes ou determinada de ofício pelo juiz. A determinação de que os réus antecipem os honorários do perito, se a prova foi requerida pelo autor, ofende o disposto no art. 19 e 33 do CPC, disposição válida também na ação civil pública: REsp nº846.529-MS, STJ, 1ª Turma, 19-4-2007, Rei Teori Albino Zavascki, inclusive quando movida pelo Ministério Público: AgRg no REsp nº 1.091.843-RJ, 2ª Turma, 12-5-2009, Rei. Humberto Martins. -2. **Carga dinâmica das provas. A teoria da distribuição dinâmica da carga das provas, oriunda da Argentina e do Uruguai, visa a uma nova inter-pretação do art. 333 do CPC; tem aplicação restrita a casos especiais e cuida de quem deve produzir determinada prova. Cuida da produção, não do pagamento da prova. A teoria não altera a aplicação do art. 33; pois custeia a prova quem tem o ônus de produzi-la. Inexis-tente demonstração de que as rés tenham melhor condição para produzir a perícia, a teoria não tem aplicação. Cabe ao autor custear a prova que requereu.** - 3. Perícia. Custeio. O art. 18 da LF nº 7.347/85 dispensa o autor da antecipação das despesas processuais, mas não as transfere para o réu. Entendimento pacificado no EResp nº 733.456-SP, STJ, 1ª Seção. Para o juiz, as partes têm iguais direitos e obrigações, ainda mais quando a parte autora - o Estado, por um de seus braços - é naturalmente mais forte que o réu. Normas sobre a distribuição dos

ônus da prova e distribuição das despesas que não se confundem nem estão em conflito. - Agravo provido. (TJ-SP - AG: 990093707390 SP, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 08/04/2010, Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 16/04/2010 – sem grifo no original).

Contudo, processualmente é indispensável que se respeitem 2 (duas) condicionantes à dinamização dos ônus da prova: i) motivação da decisão (cf. art. 93, IX, da CF<sup>39</sup>); e ii) concessão de efetiva oportunidade àquele que originalmente não possuía tal encargo, para exercício da ampla defesa (cf. art. 5º, LV, da CF<sup>40</sup>).

Deve o magistrado, quando verificar a presença dos requisitos autorizadores, determinar a dinamização, mediante a indicação, uma a uma, as razões pelas quais não aplicará a regra geral do art. 333, do CPC, esclarecendo quais os motivos que levaram ao seu convencimento de que a parte originalmente desonerada deve, agora, assumir tal encargo.

Igualmente, deve-se observar a necessidade de concessão de prazo para que a parte exerça livre e amplamente o direito de defesa, reabrindo, se for o caso, a fase instrutória.

Quando corretamente aplicado, essa Teoria revela absolutamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, até porque o próprio artigo 332, do CPC, esclarece que *“Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”*.

Mais do que isso, tal Teoria se coaduna com o dever de colaboração com o Poder Judiciário, expressamente previsto no art. 339, também do CPC/73<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

<sup>40</sup> Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>41</sup> Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

O que se admite, então, é “*uma flexibilização da doutrina tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que essa objetiva, sem dúvida, garantir o direito a quem realmente o titule*”<sup>42</sup>.

Não existe, claramente, qualquer óbice, seja na legislação constitucional ou infraconstitucional, à dinamização, uma vez que:

“à vista de determinados casos concretos, pode se afigurar insuficiente, para promover o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, uma regulação fixa do ônus da prova, em que se reparte prévia, abstrata e aprioristicamente o encargo de provar.

(...)

Nesse sentido, dentro de um processo civil organizado a partir da ideia de colaboração, deve o juiz, no cumprimento de seu dever de auxílio para com as partes, dinamizar o ônus da prova sempre que as suas condicionantes materiais e processuais se façam presentes, a fim de outorgar tutela jurisdicional adequada e efetiva mediante um processo justo”<sup>43</sup>.

Essa dinamização, de maneira nenhuma, visa acarretar uma *probatio diabolica* à parte, ou seja, “*incumbir a parte contrária, a princípio desonerada, de uma prova diabólica*”<sup>44</sup>, mas apenas e tão somente transferir tal encargo àquele que possua melhores condições de fazê-lo, considerando a dinâmica processual de boa-fé e colaboração entre as partes, para busca da verdade real. Trata-se, pois, nas palavras de Dall’Agnol Júnior de:

“(...) nítida aplicação do princípio da boa-fé no campo probatório. Ou seja, deve provar quem tem melhores condições para tal. É logicamente insustentável, que aquele dotado de melhores condições de demonstrar os fatos, deixe de fazê-lo, agarrando-se em formais distribuições dos ônus de demonstração. O processo moderno não mais compactua com táticas ou espertezas procedimentais e busca, cada vez mais, a verdade”<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> DALL’AGNOL JÚNIOR, ANTÔNIO JANRYR. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios in Revista dos Tribunais. Vol. 788, p. 92. Jun/ 2001, p.6.

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2008, p. 337.

<sup>44</sup> *ibidem*, p. 337.

<sup>45</sup> DALL’AGNOL JÚNIOR, *op. cit.*, p. 9.

#### 5.4. Custeio da Prova

A exemplo do que ocorre na legislação de defesa do consumidor, nas relações cíveis, há de se considerar que a dinamização do ônus da prova não pressupõe alteração do dever de custeio de tal prova.

O custeio da prova deve ser adiantado por aquele que a requereu, mesmo que se reconheça que seu adversário possui melhores condições de cumprir com tal encargo, aplicando-se a Teoria da Carga Dinâmica do Ônus da Prova. Sobre o tema o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Ação revisional de prestações e saldo devedor. Prova pericial. Inversão do ônus, para fim do seu custeio. **Aplicação da regra do art. 33 do CPC e da Teoria da Carga Dinâmica da Prova. Pagamento dos honorários sob responsabilidade daquele que requereu.** Prova necessária para averiguação da correta aplicação dos índices. Documentos constantes nos autos não tem o condão de formar a convicção.

(...)

Por derradeiro, não é demais relembrar que **são distintas a inversão do ônus da prova com a obrigação de adiantar os honorários periciais.**

**Aquele, diante da Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas, pode ser atribuída para a parte que tenha melhores condições de cumprir e esta é sempre encargo da parte que requereu a produção**, o qual poderia ser dispensado, caso o solicitando fosse beneficiário da assistência judiciária, o que não ocorre *in casu*, pois, somente alegar, como feito às fls. 707, sem a devida comprovação, é o mesmo que não alegar (TJ-SP, Relator: Beretta da Silveira, Data de Julgamento: 12/11/2013, 3ª Câmara de Direito Privado – sem grifo no original).

Mesmo em casos de dinamização do ônus, deve ser mantida a regra dos arts. 19, § 2º<sup>46</sup> e 33<sup>47</sup>, ambos do Código de Processo Civil de 1973, para que cada parte arque com as provas que houver requerido ou que tal custo fique à cargo do autor, quando a produção for requerida por ambas as partes ou determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

<sup>46</sup> Art. 19 – CPC/73 - Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.

(...)

§ 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público.

<sup>47</sup> Art. 33 – CPC/73 Cada parte pagará a remuneração do assistente técnico que houver indicado; a do perito será paga pela parte que houver requerido o exame, ou pelo autor, quando requerido por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz.

Abra-se parênteses aqui para esclarecer que o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) repetiu a regra do § 2º, do art. 19, do CPC/73, em seu artigo 82, § 1º, mas inovou ao estabelecer no art. 95 que as provas requeridas por ambas as partes ou determinadas de ofício pelo juiz serão rateadas entre as partes<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Art. 95, CPC/15. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

## 6. ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

As regras do Novo Código de Processo Civil vêm, em grande parte, para positivizar preceitos há muito defendidos pela doutrina e, há tempos, aplicadas pelos Tribunais. Após cenário de inexistência de regras específicas à dinamização, sobreveio o Código de Processo Civil de 2015, onde o legislador supre necessidade antiga e se manifesta expressamente sobre o tema:

“(...) do modo como essa teoria vinha sendo construída, conferia praticamente um cheque em branco ao juiz, como se ele pudesse escolher, caso a caso, se deveria cumprir a lei (regra do ônus fixo da prova) ou a Constituição (isonomia), mesmo sem declarar a lei inconstitucional. Como o NCPC adota regra expressa sobre o tema, a discussão ficou superada”<sup>49</sup>.

Antes da aprovação do texto do Novo Código de Processo Civil, muito já se falava da distribuição dinâmica da prova ou da Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas, como forma de adequação dos dispositivos legais da década de 1970 para a realidade atual. Nas palavras de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier:

“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”<sup>50</sup>.

Assim, além de haver a previsão da regra clássica de atribuição do ônus, como não poderia deixar de ser, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/15), de forma satisfatória, fixou, no §1º, do art. 373, que:

“§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”.

---

49 LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações sobre a prova no Novo CPC in Revista do Advogado. Ano XXXV, Maio de 2015, nº 126, p. 178.

<sup>50</sup> MEDINA; WAMBIER, *op. cit.*, p. 248.

Garantindo o tratamento isonômico entre as partes, em consonância com o modelo constitucional vigente, prevê o Novo Código de Processo Civil:

“§ 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”.

Tem-se, pois, que a nova legislação, além de assegurar o modelo tradicional e estático do ônus da prova, antes previsto no art. 333, do CPC/73, inova ao disciplinar, expressamente, situações de modificação legal ou judicial das regras anteriormente garantidas.

Trata-se, claramente, de uma regra que visa garantir uma modificação prévia do ônus, de modo a permitir que a parte se desincumba dele de forma satisfatória:

“Os §§ 1º e 2º do art. 373, por sua vez, inovam ao admitir e disciplinar expressamente os casos em que pode haver modificação (legal ou judicial) das regras constantes dos incisos do caput. O § 1º deixa claro que deve haver decisão judicial prévia que determine a modificação e que crie condições para que a parte efetivamente se desincumba do ônus respectivo, com as condicionantes do § 2º, que veda o que usualmente é conhecido como ‘prova diabólica’, isto é, aquela impossível ou excessivamente difícil para uma das partes (a prova negativa de um fato inespecífico, como, por exemplo, nunca ter estado em um determinado lugar) ”<sup>51</sup>.

Encerrando as discussões sobre o tema e visando evitar decisões equivocadas, como acima citado, estabelece o art. 357, III, do CPC/15<sup>52</sup>, que o momento processual para inversão do ônus é no saneamento do processo, sendo tal decisão combatível por meio de Agravo de Instrumento, na forma do art. 1.015, XI, do CPC/15<sup>53</sup>.

Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno, as inovações trazidas pelo art. 357, do CPC/15, “*viabilizará que, de antemão, no limiar da fase instrutória, autor e réu saibam com precisão o que se espera deles (e reciprocamente) e do próprio magistrado e*

---

<sup>51</sup> BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. Ed. Saraiva, São Paulo: 2015, p. 314.

<sup>52</sup> Art. 357, CPC/15 – Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

<sup>53</sup> Art. 1015, CPC/15 – Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: (...) XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º.

*eventuais terceiros ao longo da produção da prova e, se for o caso, na audiência de instrução e julgamento*<sup>54</sup>.

Tal inversão revela-se, então, como regra de procedimento, não de julgamento, traduzindo o modelo de cooperação entre as partes. Justamente por tal motivo, suas regras estão previstas no saneamento e organização do processo, de modo que a alteração anteceda a fase instrutória<sup>55</sup>.

As alterações do Novo Código de Processo Civil serão utilizadas, inclusive, em processos distribuídos em data anterior ao início de sua vigência, por força do que estabelece o art. 1.046<sup>56</sup>, do CPC/15. No que diz respeito à fase probatória, contudo, deve-se observar a regra especial do art. 1.047, do CPC/15, o qual estabelece que *“As disposições de direito probatório adotadas neste Código aplicam-se apenas às provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início de sua vigência”*.

Como se vê, a partir de texto expresso de lei, *“o que importa para a aplicação das regras de direito probatório do CPC de 2015 é que a atividade probatória tenha início sob sua égide”*<sup>57</sup>, aplicando-se, inclusive, às situações em que a fase instrutória já tenha ocorrido, mas seja necessária sua reabertura.

Seguindo toda a nova sistemática processual, prevista expressamente no art. 190, do CPC/15<sup>58</sup>, os §§3º e 4º, do art. 373, do CPC/15, disciplinam a possibilidade de convenção entre as partes, antes ou durante o processo, do ônus da prova. Trata-se, claramente, de uma positiva inovação, atendendo aos anseios da comunidade jurídica e favorecendo o acesso à justiça e efetividade do processo.

---

<sup>54</sup> BUENO, *op. cit.*, p. 305.

<sup>55</sup> BUENO, *op. cit.*, p. 315.

<sup>56</sup> Art. 1.046, CPC/15 – Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

<sup>57</sup> BUENO, *op. cit.*, p. 311.

<sup>58</sup> Art. 190, CPC/15 - 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.

## CONCLUSÃO

Conclui-se do presente trabalho que, de forma positiva, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15) positivou o que, há muito, se reconhecia, não só na doutrina brasileira, como nos Tribunais nacionais.

A Teoria da Carga Dinâmica, como se viu, a exemplo do que ocorre na legislação consumerista, altera o ônus processual estabelecido como regra no art. 333, do CPC/73 ou art. 373, do CPC/15, para, na busca da verdade real e princípio da colaboração das partes com o Judiciário, quem detém as melhores condições de provar determinada situação, fique com tal encargo.

Tal dinamização, contudo, deve ocorrer até o saneamento do processo, nos termos do que estabelece o art. 357, III, do CPC/15, de modo a permitir que a parte tenha tempo hábil de se desincumbir do encargo que lhe foi imposto.

Trata-se de uma maneira, então de distribuir tal ônus de acordo com a dinâmica processual de boa-fé e colaboração entre as partes, jamais visando acarretar uma *probatio diabolica* à parte.

O Novo Código, além da positivação de tal dinamização, ainda disciplina a possibilidade de convenção entre as partes, antes ou durante o processo, quanto à atribuição do encargo (cf. art. 190, e §§3º e 4º, do art. 373, do CPC/15).

Tal dinamização, do mesmo modo que ocorre no Código de Defesa do Consumidor, não pressupõe uma alteração do ônus financeiro da prova. O custeio da prova continua sendo um encargo daquele que a requereu, mesmo que o magistrado reconheça no adversário melhores condições de cumprimento.

Ao nosso ver de maneira justa, o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), além de repetir a regra do § 2º, do art. 19, do CPC/73, inovou ao estabelecer que as provas requeridas por ambas as partes ou determinadas de ofício pelo juiz serão rateadas entre as partes (art. 95, CPC/15).

Tente-se, assim, que as positivas alterações, que acompanham a natural evolução social, se revela um importante mecanismo capaz de proporcionar o livre convencimento motivado do juiz, viabilizando, ainda, o efetivo direito de ação, como forma de atestar, com segurança, a existência de direito à parte.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Eduardo Galdão de. A prova nas ações do consumidor. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, nº 53, 01.01.02. Disponível em: [jus.com.br/artigos/2489](http://jus.com.br/artigos/2489). Acesso em: 27.10.15.

BUENO, Cássio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil Anotado. Ed. Saraiva, São Paulo: 2015.

\_\_\_\_\_. Manual de Direito Processual Civil. Volume Único. Ed. Saraiva, São Paulo: 2015.

CAMBI, Eduardo. A Prova Civil – Admissibilidade e Relevância. Ed. RT, São Paulo: 2006.

\_\_\_\_\_. O direito à prova no Processo Civil *in* Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 34, 2000.

DALL'AGNOL JÚNIOR, ANTÔNIO JANRYR. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios *in* Revista dos Tribunais. Vol. 788, p. 92. Jun/ 2001.

DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. V. 2. Ed. JusPodivm, Salvador: 2008.

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

DUARTE, Ronnie Preuss; PEREIRA, Mateus Costa. A distribuição dinâmica do ônus da prova e o Novo CPC *in* Revista do Advogado. Ano XXXV, Maio de 2015, nº 126.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. Vol. 2. 19ª ed. Ed. Saraiva, São Paulo: 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações sobre a prova no Novo CPC *in* Revista do Advogado. Ano XXXV, Maio de 2015, nº 126.

LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. 3ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2007

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Parte Geral e Processo de Conhecimento – Processo Civil Moderno – V.1. 3ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2013.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. A inversão do ônus probatório nas ações de consumo *in* Aspectos Processuais do Código de Defesa do Consumidor. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. Vol. 1. Ed. RT.

NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 45ª ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2013.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. 2ª ed. Ed. Método. São Paulo: 2013.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. 3ª ed. Ed. Método. São Paulo: 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1. 51ª ed. Ed. Forense. Rio de Janeiro: 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e Sistematização. Ed. Forense, Rio de Janeiro: 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Novo Código de Processo Civil Comparado. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2015.

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

[www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)