



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenação Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão
COGEAE

Nathália Ribeiro Firmino Evangelista Silva

As Cargas Dinâmicas do Ônus da Prova no Novo CPC

São Paulo



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Coordenação Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

COGEAE

Nathália Ribeiro Firmino Evangelista Silva

As Cargas Dinâmicas do Ônus da Prova no Novo CPC

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a aprovação no Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu” – Especialização em Direito Processual Civil e obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob orientação do Professor Sidney Palharini Junior. Especialista em Direito Processual Civil

São Paulo

Março de 2016



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Dedico este trabalho, como tudo o que concretizo, às minhas irmãs, Danielle e Jaqueline, em razão do amor incondicional e pela doçura de sempre, bem como à D. Maria, avó querida que nos deixou, porque sua trajetória brilhante representou motivação para meus projetos de vida.



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

"Estou farto de um Direito tão comedido, De um Direito funcionário público com livro de ponto expediente e manifestações de apreço ao sr. Juiz. De um Direito que pára e vai averiguar no dicionário o cunho vernáculo de um vocábulo. Abaixo os puristas! De resto, um Direito sem sentimento não é Direito, Mas sim contabilidade, tabela de cossenos secretários do amante exemplar, com cem modelos de petições e diferentes maneiras de agradar. Quero antes o Direito dos loucos, dos bêbados, O Direito difícil e pungente dos bêbados, o Direito dos clowns. Não quero mais saber de Direito que não seja libertação! (Discurso proferido pelo Defensor Público Gustavo Octaviano Diniz Junqueira na cerimônia de colação de grau dos estudantes da PUC-SP, turma 2009, em homenagem ao poema "Poética", de Manoel Bandeira)".



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo central fazer uma análise profunda das cargas dinâmicas do ônus da prova contidas no da Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015 ou Novo Código de Processo Civil, sendo necessário levar em consideração, para compreensão do conteúdo, que a monografia foi redigida entre setembro de 2015 e fevereiro de 2016, quando já aprovado e sancionado, o CPC/2015 passava pela *vacatio legis* prevista para terminar em 18/03/2016.

Procurou-se demonstrar como é feita a distribuição estática do ônus da prova no Código de Processo Civil atual, de 1973, ressaltando que algum dinamismo há. Tecendo considerações sobre a Teoria Geral da Prova e com exposição didática dos conceitos de ônus.

Este tímido dinamismo presente no CPC/73, no entanto, não se mostrou suficiente para que o acesso à justiça fosse garantido a todos, sem importar posição hierárquica, econômica e social.

Desta forma, do presente trabalho constou, uma abordagem sistemática dos dispositivos legais que determinam a distribuição, tanto do CPC/73, quanto do CPC/15.

Esta abordagem, a qual compreendeu, também, análise das diversas teorias sobre o tema desenvolvidas pelo mundo, permitiu a conclusão de que as cargas dinâmicas do ônus da prova contidas no Novo CPC foi pensada, desenvolvida e materializada no Brasil para que se atendesse integralmente à três princípios básicos da Constituição Federal: o princípio do acesso à justiça, da efetividade do processo e da isonomia entre as partes.

Feitas essas considerações, foram analisados os dispositivos que permitirão a redistribuição dos ônus da prova no Novo Código de Processo Civil, suas implicações, e, por fim, o enriquecimento que estas cargas providenciarão para as inúmeras partes litigantes deste país.

Sumário

Capítulo I – Teoria Geral da Prova no CPC/73 e CPC/15.....	08
Capítulo II – O ônus da Prova.....	16
II.a - Conceito de ônus.....	16
II.b - Ônus Subjetivo e objetivo.....	21
II.c - Distribuição do Ônus da Prova no CPC/73.....	23
II.d - Inversão do ônus da prova: <i>ope judicis</i> e <i>ope legis</i>	30
Capítulo III – O ônus da Prova no Novo CPC.....	40
III.a – A Origem do Dinamismo.....	40
III.b - Os Princípios Constitucionais que alicerçam a nova distribuição dinâmica do ônus da prova.....	44
Capítulo IV – As cargas dinâmicas das provas no Novo CPC.....	48
Capítulo V – Da Convenção do ônus da Prova.....	56
Capítulo VI – Da antecipação da Prova.....	59
Capítulo VII – Conclusão.....	63
Capítulo VIII – Bibliografia.....	65

Capítulo I – Introdução: Teoria Geral da Prova no CPC/73 e CPC/15

As decisões proferidas em processos judiciais, assim como todas as outras decisões humanas, são preferidas após a realização de juízo de valor. Circunstâncias são avaliadas e elementos são analisados, para que então, as decisões possam ser tomadas.

No processo judicial, as decisões são tomadas após, em tese, tenham sido as provas produzidas, avaliadas e, mais, valoradas. O juiz após estes passos decide quem tem razão.

“A arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas.¹”

Por esta razão, o direito das partes à produzir as provas é um direito fundamental, desdobramento dos princípios do contraditório, ampla defesa e acesso à justiça. Nas palavras do ilustre Didier:

“Segundo o art. 5º, §2º da CF/88, os ‘direitos e garantias expressos neste Constituição não excluem

¹ BENTHAM, Jeremias: *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (tradução de Manoel Ossorio Florit), Buenos Aires, 1971, v. 1, p.10.

outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'. Percebe-se assim, que a CF abre suas cancelas para o acolhimento de outros direitos que não aqueles explícitos, 'expressos nesta Constituição'. Têm-se, ademais, outros nela implícitos que podem ser tanto internos, intrínsecos ao seu sistema, que são 'aqueles decorrentes de regime e dos princípios por ela adotados', como externos, oriundos de tratados internacionais cujas normas foram incorporadas ao nosso sistema.²

O direito à prova, desta forma, se enquadra nos dois casos, expressos por Didier: decorre da garantia constitucional do devido processo legal, encravado no art. 5º, LIV, das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório, estampados pelo inciso LV deste dispositivo, mas também, é expressamente previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica)³ e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁴. Ressalte-se que os pactos internacionais de direitos humanos aprovados pelo Congresso pelo rito de emenda

² DIDIER JR., Fredie: *Curso de Direito Processual Civil*, 6ª Edição, Editora Podivm, 2011, São Paulo, v. 2, p.19.

³ A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica) foi incorporada pelo Decreto 678/69, art. 8º.

⁴ O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi incorporado pelo Decreto 592/92, art. 14.1, 'e'.

constitucional, possuem *status* legislativo de emenda constitucional, conforme determina o art. 5º, §3º da Carta Magna.

Feita esta classificação do direito à prova, a respectiva conceituação faz-se necessária. Nos dizeres de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos Araujo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco:

“A prova constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos.⁵”

As disposições gerais concernentes às provas estão localizadas nos artigos 332 a 341 do Código de Processo Civil de 1973, enquanto no Novo Código de Processo Civil estão nos artigos 369 a 380.

Não houve na Teoria Geral da Prova, mudança substancial para o Novo Código. O que houve foi a inclusão do princípio da carga dinâmica da prova, os demais princípios norteadores foram, essencialmente, mantidos.

É o caso do Princípio da Atipicidade das Provas, o Princípio do Livre Convencimento Motivado, Princípio da Cooperação.

⁵ Grinover, Ada Pellegrini; Cintra, Antonio Carlos Araujo; Dinamarco, Cândido Rangel: *Teoria Geral do Processo*, 26ª edição, Editora Malheiros, 2010, São Paulo, p. 377.

O Princípio da Atipicidade das Provas é previsto pelo artigo 332 do CPC de 1973 e foi recepcionado pelo artigo 369 do Novo CPC. Referido princípio determina que *todos os meios legais e moralmente legítimos ainda que não previstos neste Código*, devem ser aceitos como provas. Ou seja, poderá ser admitido outros meios que não os elencados na lei. Trata-se de uma norma que combate o positivismo exagerado.

O Princípio do Livre Convencimento Motivado, atualmente, no CPC de 1973 está contido nas normas que tratam da atividade do juiz, mais especificamente no artigo 130. O Novo CPC o alocou junto aos dispositivos gerais das provas, no artigo 370. Didier assim o define:

“Não obstante apreciar as provas livremente, o juiz não segue suas impressões pessoais, mas tira sua convicção das provas produzidas, ponderando sobre a qualidade e a força probante destas; a convicção está na consciência formada pelas provas. Desenvolveu-se sob influência das ideias iluministas do século XVII. É o sistema seguido por nosso CPC.⁶”

Este princípio está alocado, também, no artigo 371 do NCPC, o qual seguiu os passos do artigo 131 do CPC/73. O primeiro, todavia, inovou

⁶ Didier: *op. cit.*, p. 40

e trouxe consigo o princípio da aquisição, pelo qual, pode o magistrado apreciar a prova independentemente de quem a houver produzido.

Por fim, foi recepcionado, também, o Princípio da Cooperação, o qual determina que a ninguém é permitido eximir-se de colaborar com o Poder Judiciário. No CPC de 1973 é o artigo 339 que foi repetido e se tornou o artigo 378 no Novo CPC.

Assim como os principais princípios norteadores, foi mantido na Parte Geral das Provas, seu objeto. Está expresso nos Códigos de Processo Civil (de 1973 e 2015 que entrará em vigor) que dependem de provas os fatos controvertidos (art. 451, CPC/73)⁷.

Ressaltamos que, em verdade, o objeto das provas são os fatos controvertidos, relevantes e determinados. Esta lição nos é passada, mais uma vez, por Didier:

“Controvertido: Onde não haja controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes, a questão se traduz à mera aplicação do direito. Independem de provados fatos: a) quando reclamada pelo juiz, para o fim de formar com mais segurança o seu convencimento; b)

⁷ Art. 451. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvidas as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.

quando a lide versar sobre direitos indisponíveis; c) quando a lei exija que a prova do ato jurídico se revista de forma especial.

Relevante: Devem ser provados apenas os fatos que tenham relação ou conexão com a causa ajuizada. Os fatos por provar devem ser relevantes ou influentes, isto é, em condições de poder influir na decisão da causa; “frustra probatur quod probatum non relevad”.

São irrelevantes: a) fatos que, conquanto possíveis, são impossíveis de se provar, seja por disposição legal (alegados contra presunção iuris et de iure), seja pela própria natureza (quando o fato não puder ser provado por determinado meio de prova); b) fato física ou juridicamente impossível: impossibilem allegans no auditur (não se ouve a quem alega o impossível): p. ex., provar que um homem está grávido.

Determinado: Apresentados com características suficientes que os distingam de outros que se lhes assemelham. O fato deve ser identificado no tempo e no espaço. Dessa regra resulta que o fato indeterminado, ou indefinido, é insuscetível de prova.⁸

⁸ Didier: *op. cit.*, p. 44/45.

Em outra corrente, parte da doutrina afirma que o objeto das provas é as alegações das partes e não os fatos em si, os quais existem ou não.

Cândido Rangel Dinamarco ensina, brilhantemente, que:

“(...) 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 prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.”⁹

Da mesma concepção compartilham Kelsen¹⁰, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹¹.

Da delimitação do objeto da prova, tem-se aqueles fatos que independem de provas. São os fatos: (i) notórios; (ii) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; (iii) admitidos, no processo, como

⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel: *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª edição, Editora Malheiros, 2005, São Paulo, v. 3, p.58.

¹⁰ KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*, 6ª edição, Editora Martins Fontes, Tradução de João Batista Machado, 2000, São Paulo.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz: *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª edição, Editora RT, 2005, t. 1, p. 142/143.

incontroversos; e (iv) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Os dispositivos 334 no CPC/73 e 374 no CPC/2015 são idênticos.

Sendo assim, conclui-se que, no geral, foram mantidos no CPC/2015 os princípios norteadores da Teoria Geral da Prova contidos no CPC/1973, de modo que as mudanças substanciais se referem aos ônus de provar, o que será objeto de estudo no próximo capítulo.

Capítulo II – O ônus da Prova

II.a – Conceito de ônus

Para que seja possível a análise profunda da distribuição dos ônus da prova no CPC/73 é necessário, antes, definir o conceito da palavra ônus, já que, muitas vezes, esta conceituação é subvertida pelos estudiosos.

Ônus, nas palavras de Didier é:

“O encargo atribuído à parte e jamais uma obrigação. Ônus, segundo Goldschmidt, são imperativos do próprio interesse, ou seja, *encargos* sem cujo desempenho o sujeito se põe em *situações de desvantagem* perante o direito.¹²”

O não cumprimento do ônus não sujeita a parte à coerção ou punição por cometimento de ato ilícito. Caso a parte onerada não consiga se desincumbir do encargo, estará sujeita a superioridade do adversário, recebendo decisão desfavorável.

¹² Didier: *op. cit.* p. 76.

Eduardo Couture discorre sobre o tema:

“Longe de ser conceituado como dever jurídico, na medida em que constitui imperativo de interesse próprio da parte, a disposição relativa ao ônus da prova pode sintetizar-se como ‘a exigência feita pelo legislador, a um, ou a ambos os litigantes, de que demonstrem a verdade dos fatos por eles alegados.’¹³”

Ônus não deve, pois, ser definido como um dever de quem o carrega, mas sim, como um poder, já que o mesmo não tem correlação com o comportamento da outra parte e é exercido pela livre vontade do onerado.

É abrangente a definição traçada pelo Professor Cassio Scarpinella:

“Relaciona-se com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá, muito provavelmente, um prejuízo

¹³ COUTURE, Eduardo: *Fundamentos do Direito Processual Civil*, Tradução de Rubens Gomes Souza. São Paulo, Editora Saraiva, 1946, p. 162.

para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente.¹⁴”

Assim, fácil concluir que Ônus da Prova é o poder da parte em formar o conjunto probatório adequado para auxiliar na composição da convicção do juiz.

O exercício do ônus da prova em um processo é facultativo. Em caso de descumprimento, não há coerção ou cometimento de ato ilícito por parte do onerado, razão pela qual, não se equivale a uma obrigação.

O descumprimento de uma obrigação no âmbito jurídico-processual implica em sanção para o caso de descumprimento, ou seja, o indivíduo tem a opção de infringir a obrigação e sofrer a respectiva sanção.

O que não ocorre com o não exercício do ônus da prova. Não haverá sanções, o máximo que poderá acontecer é que o onerado não convença o juiz de seus argumentos e não tenha uma decisão favorável, Marinoni e Arenhart fazem, inclusive uma ressalva a este respeito:

“(...) o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado

¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella: *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, tomo I, 4ª edição, Editora Saraiva, 2011, v. 2, p. 282.

desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário (...).¹⁵”

É essencial para a compreensão deste estudo, a exposição das diversas teorias do ônus da prova desenvolvidas pelo mundo. O destaque destas correntes foi feito por Wilson Alves Souza que de maneira ímpar elencou as principais, o que não poderia deixar de ser compilado:

- 1) “Teoria de Jeremy Bentham: a obrigação de provar deve ser imposta a quem tiver condições de satisfazê-la, com menos inconvenientes – temporais, econômicos, etc. Trata-se de teoria seguida por Demogue, com poucas variações. Aqui já se encontram os primeiros sinais de uma teoria dinâmica do ônus probatório.
- 2) Teoria de Bethmann-Holwegg: a quem deduz um direito, cabe provar sua existência – falando em prova de direito e, não, de fato.
- 3) Teoria de Gianturco: deve produzir prova aquele que dela auferir vantagem.
- 4) Teorias de Betti, Carnelutti e Chiovenda: que muito se assemelham e, em linhas bem gerais, dispõe que o autor deve

¹⁵ Marinoni e Arenhart: *op. cit.*, p. 164.

provar fatos que fundam sua pretensão e o réu deve provar fatos que baseiam suas exceções. Estas teorias são muito criticadas por Micheli, por levarem em consideração a relação jurídica abstratamente colocada, ignorando a situação real das partes da causa e suas possibilidades concretas de produzir provas.

- 5) Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (e a similar teoria do princípio da solidariedade e da cooperação) de Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello (na verdade, seus principais mentores): surgiu na Argentina onde os ditos autores, a partir da concepção do processo como situação jurídica de Goldschimdt, passaram a defender a repartição dinâmica do ônus da prova.¹⁶

O CPC/73 adota, basicamente, a quarta teoria, enquanto o Novo CPC que entrará em vigor em 2016, adota a quinta teoria, a qual, *data maxima venia*, nos parece a concepção mais acertada.

Destarte, tendo sido tratado o correto conceito de ônus da prova, o qual não pode ser assemelhado a uma obrigação, mas sim a um poder das partes, bem como, ventiladas as diversas teorias, necessário se faz distinguir sua função.

¹⁶ SOUZA, Wilson Alves: *Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*, Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA, Salvador, UFBA, 1999, n. 6, p. 243/244

II.b – Ônus Subjetivo e Objetivo

A doutrina divide o ônus da prova em dois aspectos: subjetivo e objetivo, visando destacar sua função. Parte dos doutrinadores afirma ser o ônus da prova, uma regra dirigida às partes, pois *permite dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato*¹⁷. Este é o ônus subjetivo (ou formal).

Por outro lado, há quem defenda que a regra seja dirigida ao juiz, já que a este é vedado o *non liquet*, ou seja, um julgamento deverá ser feito, mesmo diante da ausência de provas e uma das partes deverá suportar as consequências advindas do mau êxito na atividade probatória. Este é o ônus objetivo (ou material). A este respeito, não podemos deixar de citar Barbosa Moreira:

“A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando

¹⁷ CARPES, Artur: *Ônus Dinâmico da Prova*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, p. 52.

com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (ônus objetivo ou material).¹⁸”

Em resumo, diz-se que o ônus subjetivo é dirigido às partes e o ônus objetivo é dirigido ao juiz. O ônus objetivo, regra dirigida as partes está estampado no artigo 333 do CPC/73, enquanto o subjetivo no artigo 131.

Há, ainda, quem defenda que existe uma dúplice função do ônus da prova, como Pereira:

“1) Servir de regra de conduta para as partes predeterminando quais são os fatos que devem ser provador por cada uma delas e, assim, estimulando suas atividades; 2) Servir de regra de julgamento, distribuindo, entre as partes, as consequências jurídicas e os riscos decorrentes da suficiência ou da audiência da produção da prova.¹⁹”

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa: *Julgamento e Ônus da Prova*, Temas de Direito Processual Civil, 2ª série, Editora Saraiva, São Paulo, 1988, p. 74/75.

¹⁹ PEREIRA, Paulo Macedonia: *O ônus da prova*, Revista Jurídica, Porto Alegre, v 52, n 317, p. 53/68, 2004.

Mais uma vez, é clara e abrangente a conclusão de Didier que o *sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza. As regras de distribuição do ônus da prova são regras de juízo: orientam o juiz quando há um non liquet em matéria de fato e constituem, também, uma indicação às partes quanto à sua atividade probatória.*²⁰

II.c – Distribuição do Ônus da Prova no CPC/73

O Código de Processo Civil de 1973 levou em consideração três fatores para fazer a distribuição do ônus da prova: (i) a posição no processo (se é autor ou réu), (ii) a natureza dos fatos e da pretensão (fatos constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos), e o interesse em provar os fatos.

Estes três fatores são materializados no artigo 333, cuja transcrição faz-se necessária neste momento:

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.

²⁰ Didier: *op. cit.* p. 79.

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.

Nota-se, que o *Codex* de 1973 possui distribuição estática do ônus da prova, traz regras rígidas e inflexíveis, o que se transformou - com a evolução da sociedade como um todo, e, conseqüentemente, do direito – em falhas, insuficientes e inadequadas quando aplicadas aos casos concretos.

Arrisca-se dizer que a inflexibilidade da distribuição do ônus da prova no CPC/73, obsta à efetivação de diversos princípios constitucionais, já que a igualdade processual das partes se inviabiliza, não há possibilidade do direito à prova de forma equilibrada e não há o efetivo acesso à justiça.

Apesar de ser essencialmente estática a distribuição do ônus da prova no CPC/73, há alguns sinais de dinamismo, os quais originaram a grande reforma pela qual passou o assunto.

De início, destaca-se que o próprio parágrafo único do artigo 333 contempla certa dinâmica na distribuição. Para analisar a questão é oportuna sua transcrição:

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.

Ao afirmar que *é nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova* nas hipóteses dos dois incisos, o artigo determina que ressalvada estas duas situações (direitos indisponíveis e quando tornar excessivamente difícil o exercício do direito), poderá ser convencionalizada pelas partes, a distribuição do ônus da prova diversa da que preceitua o próprio artigo 333.

É o que concluiu, também, Zaneti:

“Nada mais natural e elementar que o magistrado possa, num determinado caso concreto, atribuir esse ônus também de maneira diversa do previamente estabelecido pelos incisos I e II do art. 333 do CPC, utilizando, por exemplo, a teoria da carga dinâmica da prova para tal (...).”²¹

Merece destaque, nesta seara, o artigo 51, VI, CDC que é norma processual, apesar de não residir no Código de Processo Civil. Referido artigo dispõe serem nulas as convenções que imponham ao consumidor o ônus da prova de suas alegações. Podemos considerar este dispositivo como complemento do parágrafo único.

O legislador acrescentou ao diploma, também, o artigo 130, que de uma maneira mais sutil do que o parágrafo único do artigo 333, dinamiza a distribuição do ônus da prova dando ao juiz a possibilidade de determinar a produção de provas que julgar necessárias para a formação do seu entendimento. Temos aqui, a materialização do aspecto objetivo ou material do ônus da prova.

É conveniente transcrever o dispositivo:

²¹ ZANETI, Paulo Rogério: *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*, Editora Malheiros, São Paulo, 2011, p. 144.

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.

Zaneti ensina que sendo o juiz o destinatário da prova, é corolário lógico que essa autoridade possa utilizar-se de teoria que facilite sua convicção quando as regras clássicas de partilhamento do ônus probatório representem obstáculo à sua atuação justa e efetiva.²²

O artigo 130 permite que o magistrado cumpra sua função, alterando o encargo probatório das partes, que até então era pré-fixado pelo artigo 333 e em busca de formar sua convicção da forma mais justa o quanto possível.

Apesar de *a prima facie* não identificarmos inovação no artigo 339 do CPC/73, este representa certa modernização na distribuição estática da distribuição dos ônus da prova. Referido dispositivo determina que *ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.*

A interpretação do artigo nos leva a concluir que todas as pessoas, sejam partes ou não em um processo, devem colaborar com o

²² Zaneti: *op. cit.*, p. 149.

descobrimto da verdade. Ora, vale dizer que as partes não poderão descumprir decisão de juiz que, mesmo contrariando as regras do artigo 333, determina que alguma delas produza certa prova, obviamente, através de decisão fundamentada.

O artigo 339 permite que o juiz determine diligências ou que alguma das partes entregue algum documento, ou mídia, ou qualquer outra prova, seja qual for o direito que alega, se este ato for colaborar para a apuração da verdade. É a transcrição do Princípio da Cooperação já tratado neste trabalho.

Havemos que destacar, ainda, o inciso I do artigo 125, *in verbis legis*:

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

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

Este dispositivo garante as partes o direito à igualdade no processo que deve ser viabilizado pelo juiz, sob pena de caracterizar-se falta funcional, já que está inserido no capítulo que trata de seus deveres. Referido princípio que é praticamente um dos alicerces nos quais deve se

escorar o Processo Civil, deve ser garantido pelo juiz, ainda que seja mediante flexibilização da distribuição dos ônus da prova entre as partes.

Entende-se, com o decorrer dos estudos realizados, ser dever do juiz que policie e avalie as condições em que as partes litigam, para que, verificada a sobreposição de uma a outra, sejam empregados meios para que não seja proferida uma decisão injusta.

Os Princípios do Livre Convencimento Motivado e o da Atipicidade das provas que se materializam, respectivamente, nos artigos 131 e 332 do CPC/73 são as últimas flexibilizações à distribuição do *onus probandi* inseridas neste diploma.

O artigo 131 determina que o magistrado deve se ater ao teor da provas, mesmo que certos fatos não tenham sido alegados. E mais, se fundamentar, não estará adstrito às referidas provas, podendo, desta forma, desvencilhar-se do poderio econômico e social de uma das partes. O artigo 332, por sua vez, livra o ordenamento jurídico do formalismo exagerado, na medida em que permite provas que não estejam previstas por lei, casos elas colaborem com a verdade, desde que sejam legais e moralmente aceitas. Este dispositivo é uma salvação para os tempos de constante evolução tecnológica, quando novas mídias surgem a cada dia.

O exposto até aqui, leva à conclusão de que a distribuição do ônus da prova no CPC/73 é estática, de caráter inflexível o que, muitas vezes traz resultados práticos desastrosos ao processo. Esta estaticidade exagerada vem sendo minimizada pela aplicação dos artigos 333, parágrafo único, 130, 339, 125, I, 131 e 332 que conferem ao juiz maiores poderes instrutórios.

II.d – Da Inversão do Ônus da Prova: *ope iudicis* e *ope legis*

O ordenamento jurídico atual permite a inversão do ônus da prova em poucas situações. As normas de inversão são divididas em normas de inversão legal (*ope legis*) e normas de inversão judicial (*ope iudicis*). A distinção entre ambos reside, basicamente, no momento da aplicação.

A inversão *ope legis* é determinada pela lei e não se trata de inversão do ônus da prova, propriamente dita. É mais adequado interpretá-la como exceção à distribuição traçada pelo artigo 333, CPC, já que, como vimos, nosso sistema processual traz este assunto engessado. Trata-se de regra de julgamento, ou seja, ao sentenciar o feito, o magistrado avalia se as partes se desincumbiram dos seus ônus processuais, só que não aplica o art. 333/CPC, mas sim, aquele específico.

Exemplo perfeito para este caso é o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor o qual, expressamente, determina que o *ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina*.

O porquê de não ser a inversão *ope legis* considerada verdadeira inversão do ônus da prova, é brilhantemente ensinado por Marcelo Abelha Rodrigues:

“Inversão do ônus da prova é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão. Não devem ser tomadas como inversão do ônus da prova, senão como simples distribuição do encargo probatório, as regras de direito material que abstratamente preveem que em determinados casos especificados na lei o encargo sobre determinados fatos é desta ou daquela parte do processo. É o que acontece no artigo 38, CDC, onde não se tem, a rigor, inversão do ônus de provar, já que a regra da distribuição é esta que o legislador

determinou. Inversão há quando se inicia com um encargo e se o altera no curso do processo.”²³

A inversão *ope iudicis*, por sua vez, representa a verdadeira inversão do ônus da prova, porquanto equivalem as normas de inversão judiciais. Tais regras oportunizam ao magistrado inverter, com efeito, o ônus da prova, mediante fundamentação e preenchimento de alguns requisitos. Por depender de apreciação subjetiva, trata-se de regra de atividade ou de instrução processual, já que a produção da prova deve ser permitida à parte que será onerada. A este respeito, Didier:

“Bem diferente é a inversão *ope iudicis*, esta sim verdadeira inversão do ônus da prova. Em casos tais, o legislador não excepciona a regra geral sobre o *ônus probandi*, mas abre a oportunidade para que o magistrado, no caso concreto, constatando a presença dos requisitos exigidos para tanto, o inverta (ex: art. 6º, VIII, CDC). Assim, prevalece, *a priori*, a regra geral do art. 333 do CPC, podendo o juiz, no caso concreto, a depender das circunstâncias, excepciona-la, dispondo de que forma será redistribuído o ônus da prova.”²⁴

²³ RODRIGUES, Marcelo Abelha: *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*, Editora Forense Universitária, São Paulo, 2003, p. 208.

²⁴ Didier: *op. cit.*, p. 84.

A inversão judicial, como bem destacou acima o estudioso, é representada pelo inciso VIII do artigo 6º do CDC, pelo qual poderá ser invertido o ônus da prova em favor do consumidor, *quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.*

A inversão *ope iudicis* é expressamente autorizada pelo Código de Defesa do Consumidor, como visto, em duas hipóteses: (i) quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras de experiência e (ii) quando o consumidor for hipossuficiente.

A regra estampada no art. 6º, VIII, CDC, trata-se de regra de instrução processual, não é demais relembrar, e não de regra de julgamento. Em se tratando de regra de processo, não é permitido ao magistrado aplicá-la quando do julgamento, porque isto causaria enormes prejuízos ao onerado pela aplicação do dispositivo.

*Se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia*²⁵ – Antonio Gidi.

²⁵ GIDI, Antonio: *Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*, Revista de Direito do Consumidor, Editora Revista dos Tribunais, n. 13, p. 38.

Em nossa opinião, respeitadas as contrárias, a inversão *ope iudicis* deve se operar no curso do processo e deve ser oportunizado ao novo onerado, a possibilidade de desincumbir-se do encargo, sob pena de grave cerceamento de defesa e do direito à produção da prova.

Deste mesmo modo, ou seja, defendendo que esta aplicação deve se dar antes da sentença, se posicionam: Fredie Didier, Antonio Gidi, Marinoni, Cambi, Artur Carpes, Maristela da Silva Alves, Manoel de Souza Mendes Junior, Francisco Gama Netto e há decisões neste sentido do STJ, TJ/MG, TJ/RS e TJ/RJ (súmula 91).

Posicionamentos distintos possui uma série de grandes e ilustres doutrinadores que defendem ser a técnica da inversão aplicada na sentença: Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Dinamarco, João Baptista Lopes, Nelson Nery Jr. e decisões do STJ, TJ/RS e TJ/MG.

Nota-se que o STJ e alguns tribunais de justiça ainda não lograram êxito em unificar sua jurisprudência. Prova disto é que proferem decisões conflitantes sobre um tema relevante ao qual deveria ser conferida mais atenção.

Digno de nota é o julgamento do REsp n.º 422.778-SP. A partir deste acórdão conclui-se que as próprias turmas dentro do STJ ainda não

unificaram posicionamento sobre ser a inversão do ônus da prova, técnica de julgamento ou de instrução processual.

No caso concreto em questão, a Terceira Turma julgou caso que, na origem, tratou-se de ação indenizatória, ajuizada por consumidor que perdeu a visão após ter o olho atingido violentamente pela tampinha da garrafa de refrigerante. A ação foi julgada improcedente em primeira instância. O autor, então recorreu ao Tribunal de Justiça de São Paulo que deu provimento ao recurso, sob o fundamento de que incumbia a empresa comprovar o fato negativo que alegava.

A decisão do Tribunal de São Paulo nada mais fez do que aplicar a inversão do ônus da prova, não na sentença (do que discordamos), mas no acórdão. Em face do *decisum* a empresa condenada recorreu ao STJ alegando tratar-se a inversão do ônus da prova de técnica de instrução processual e não de julgamento, como decidiu o tribunal *a quo*.

O Ministro Castro Filho, relator do caso, votou pelo provimento do recurso especial, acatando a tese da empresa de que se trata de regra de instrução a inversão e não de julgamento. Foi acompanhado pelo Ministro Humberto Barros.

A Ministra Nancy Andrighi, por sua vez, proferiu voto divergente, defendendo tratar-se de técnica de julgamento e que nenhum prejuízo seria atribuído a empresa por que esta espera em tese pelo ônus de provar e que a hipossuficiência do consumidor é extraordinária. Os Ministros Ari Pargendler e Menezes Direito a acompanharam e o recurso não foi conhecido.

Concluiu-se naquele momento, que a inversão do ônus da prova é regra de julgamento e que o assunto precisaria ser unificado. Confira-se ementa de julgamento:

“Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. inversão do ônus da prova em favor do consumidor. regra de julgamento. Doutrina e jurisprudência. arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC. - Se o Tribunal a quo entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação

subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n.º 7 deste STJ. - Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”. - Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória. Recurso especial não conhecido.”

Atualmente (acompanhando as evoluções do CPC/2015) o STJ possui entendimento majoritário de que a inversão não é regra de julgamento, mas de processo. Neste sentido, é essencial destacar a ementa do AgRg no REsp 1450473 / SC, relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques:

“PROCESSUAL CIVIL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. EXAME ANTERIOR À PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES DO STJ.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas. Precedentes: REsp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013; EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO

OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1450473/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014)”

Outros julgamentos de destaque ocorreram: REsp 1395254/SC AgRg no Ag 1295342 / MG, EREsp 422778 / SP, REsp 802832 / MG, REsp 1125621 / MG.

Aguarda-se, deste modo, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, que seja posto fim a estas celeumas e seja o posicionamento unificado, para que a segurança jurídica seja garantida.

Capítulo III – O ônus da Prova no Novo CPC

III.a – A Origem do Dinamismo

O Novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe evoluções substanciais que refletem a evolução social. O Processo Civil passou a não mais se contentar com a simples resolução de conflitos, fruto de formalismos exagerados e apego excessivo à letra pura da lei.

A noção atual de acesso à justiça compreende a tutela efetiva e justa dos direitos invocados, o que exclui, obviamente, a estática tão festejada no CPC de 1973. Assim, a verdade meramente formal está sendo deixada de lado para que a verdade real prevaleça.

Traçado este contexto, convém detalhar como foi determinada a distribuição do ônus da prova no Novo CPC, já que este elemento é um dos principais na busca pela verdade.

No CPC/73 a distribuição do ônus da prova é estática. O artigo 333 engessa a possibilidade de aplicação da teoria dinâmica, como já estudado, ao determinar que ao autor *incumbe provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao réu cabe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.*

Esta distribuição, por vezes, pode culminar com resultados injustos de processo, porque não assegura a igualdade real das partes no litígio.

Esta concepção estática foi mantida pelo artigo 373 do Novo Código de Processo Civil de 2015, todavia, inovações substanciais foram acrescentadas pelos parágrafos dos referidos dispositivos, os quais determinam que o juiz poderá alterar a distribuição do ônus da prova fixado, *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.*

Esta alteração, que será esmiuçada mais adiante, assegurará a aplicação de princípios constitucionais que dão sustento ao direito das partes de obter um resultado justo de seu processo, tais como, os princípios do acesso à justiça (que engloba o direito de ação e o da inafastabilidade da jurisdição), da efetividade do processo (engloba as normas do devido processo legal e do direito à prova) e da isonomia processual das partes (engloba contraditório, igualdade e ampla defesa).

O argentino Jorge Peyrano foi o precursor da teoria que distribuiu de maneira dinâmica o ônus da prova. Através da chamada *Teoría de las*

Cargas Probatórias Dinâmicas, o jurista objetivava romper com as regras rígidas já estabelecidas para a distribuição do *onus probandi*.

A teoria de Peyrano se alastrou pelo mundo e foi adotada em países como, além da Argentina, Uruguai, Espanha e Alemanha. No Brasil, com certo atraso, a teoria passou a ser adotada em 2015 através do Novo CPC, mas há anos, é objeto de estudo de diversos doutrinadores e operadores de direito. Em 2010, muito oportunamente, asseverou Vicente Higinio Neto que:

“[esta teoria é a que melhor acompanha] a evolução do direito constitucional no final do século XX e início do século XXI que concebe o direito processual como instrumento útil à concretização de direitos, especialmente de direitos fundamentais.”²⁶

Como bem observou Zaneti, a teoria de Peyrano *apenas repreende e critica o engessamento, a imobilidade, dessas regras em determinadas situações específicas nas quais as partes se encontrem em dificuldade de se desincumbir de seu ônus de provar.*²⁷

Didier, mais uma vez, imbatível, assim ensinou:

²⁶ HIGINIO NETO, Vicente: *Ônus da Prova: Teoria da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas*, Editora Juruá, Curitiba, 2010, p. 78.

²⁷ Zaneti, *op. cit.*, p. 58

“JORGE PEYRANO revela que a teoria das cargas dinâmicas tem evoluído no sentido de só admitir-se o afastamento das normas legais sobre a distribuição do ônus da prova quando sua aplicação for manifestamente injusta, em casos excepcionais. Mesmo assim, ainda que excepcionalmente seja imposto o ônus da prova aqueles que têm melhores condições de atendê-lo, o juiz deve ser especialmente cuidadoso na hora de avaliar os resultados da prova, porque a parte que a produziu, valendo-se de sua superioridade técnica e profissional, também está em condições de desvirtuá-la, de manipulá-la em seu benefício.²⁸”

Havemos de nos atentar, inseridos neste cenário, que a adoção da distribuição dinâmica dos ônus da prova contempla a materialização de três importantes princípios do direito processual, quais sejam: acesso à justiça, efetividade do processo e isonomia processual das partes.

²⁸ Didier: *op cit*, p. 99.

III.b - Os Princípios Constitucionais que alicerçam a nova distribuição dinâmica do ônus da prova

O princípio do acesso à justiça encontra-se previsto pelo artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito*. Em um primeiro momento, é possível que, desavisados, tenhamos a impressão de que acesso à justiça equivale à simplória possibilidade de ajuizar ação. Talvez em tempos sombrios de ditadura militar isto equivaleria à realidade, mas não hoje.

Hoje, para que haja acesso à justiça deve haver acessibilidade igualitária a todos e produção de resultados justos, como ensina Nelson Nery Jr.:

“Pelo princípio constitucional do direito de ação, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que esta tutela seja adequada, sem o quê estaria vazio o princípio.”²⁹

²⁹ NERY JR., Nelson e DE ANDRADE NERY, Rosa Maria: *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, Editora Revista dos Tribunais, 11ª edição, 2010, São Paulo.

Esse atual conceito humanista, nas palavras de Cappelletti e Garth, como colacionou Zanetti, é a terceira onda de modificações e aperfeiçoamento do princípio, sendo a primeira onda aquela que disponibilizou justiça gratuita aos pobres e a segunda onda a representação dos interesses difusos.³⁰

Assim, fica claro que a alteração da forma de distribuição do ônus da prova dará efetividade à construção de resultados processuais legítimos e probos, garantindo um real e verdadeiro acesso à justiça.

O princípio da efetividade do processo está intrinsecamente ligado aos princípios do devido processo legal e ao direito à prova. Se tomarmos como base a premissa de que o processo só é considerado efetivo quando realiza, efetua ou perfaz um direito material, ligamos o princípio da efetividade do processo à eficiência. O processo será efetivo quando conseguir alcançar, ao final de sua prestação jurisdicional, um resultado justo.

Os princípios do devido processo legal e ao direito à prova instrumentalizam o princípio da efetividade, já que fornecem meios ao resultado justo.

³⁰ Zanetti, *op. cit.*, p. 135

Assim, nas palavras de Zanetti, *a teoria das cargas dinâmicas da prova encontra espaço de aplicação pelo que atualmente se deduz acerca da efetividade do processo e com essa se compatibiliza perfeitamente*³¹.

O princípio da isonomia processual, por sua vez, possui a dura tarefa de mitigar a desigualdade entre as partes, principalmente, garantindo com que eventual diferença econômica, técnica, cultural ou hierárquica existente fora do processo, não refletirá no seu resultado.

Este princípio está estampado no artigo 5º, I, CF e no artigo 125, I do CPC/73, onde está determinado como regra inafastável que o juiz dirigirá o processo assegurando às *partes igualdade de tratamento*.

E neste cenário a teoria das cargas dinâmicas das provas se torna essencial para garantir equilíbrio e evitar situações de enorme disparidade probatória. O diagnóstico feito por Didier é de se destacar:

“[a paridade entre as partes] só será possível se atribuído o ônus da prova aquela que tem meios para satisfazê-lo.³²”

³¹ Zanetti, *op. cit.*, p. 139

³² Didier: *op cit*, p. 147.

Destarte, é certo que a Teoria da Carga Dinâmica da Prova adotada pelo Novo Código de Processo Civil, além de representar mais um passo para a humanização do ordenamento jurídico está devidamente embasado pelos princípios da Constituição de 1988.

Capítulo IV – As cargas dinâmicas das provas no Novo CPC

Após analisarmos o conceito de ônus da prova, a distribuição do ônus da prova no CPC/73, a origem da distribuição dinâmica do ônus da prova, os princípios constitucionais embasadores do dinamismo, é necessário passar à interpretação das cargas dinâmicas do ônus da prova no Novo CPC.

Conforme já estudado no capítulo anterior, o Novo Código de Processo Civil manteve a redação do artigo 333 do CPC/73 que trata da distribuição estática do ônus da prova, mas acrescentou-lhe parágrafos que são as cargas dinâmicas da distribuição do ônus da prova.

Revela-se essencial, acurada análise do artigo 373 do NCPC e seus parágrafos, razão pela qual, o mesmo segue transcrito:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos

termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

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

O *caput* foi fielmente reproduzido do CPC/73 e aqui não nos interessa. A sequência do artigo, todavia, a começar pelo primeiro parágrafo, merece atenção. Quando entrar em vigor o novo *Codex*, *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.

Logo no início do parágrafo primeiro, conclui-se que, a carga dinâmica do ônus da prova no NCPC dispensa previsão legal e poderá ser aplicada diante das peculiaridades de cada caso – reside aqui a principal distinção da inversão do ônus da prova do CDC, já que esta pode ser aplicada somente nas relações de consumo.

As peculiaridades a que se refere o parágrafo 1º do art. 373 devem estar relacionadas (i) impossibilidade de cumprimento do encargo, (ii) excessiva dificuldade de cumprir, ou (iii) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Assim, é fácil concluir que não é a complexidade da causa que deve ser levada em conta na decisão de alterar-se o ônus da prova, mas sim, a dificuldade de uma das partes em produzi-la.

Episódio curioso e que revela que as discussões sobre a possibilidade de redistribuir os ônus da prova perduram há anos, foi a rejeição de proposta de alteração legislativa apresentada em 13.03.2008 pelo Deputado Federal Manoel Junior (PSB-PB). O “nobre deputado”, como

os próprios se auto intitulam, apresentou o PL 3.015/08, objetivando introduzir um novo parágrafo ao art. 333 do CPC/1973, com a seguinte redação: “É facultativo ao juiz, diante da complexidade do caso, estabelecer a incumbência do ônus da prova de acordo com o caso concreto”. Sua justificativa foi tão infeliz, quanto a alteração que propunha. Afirmou o político: “A possibilidade de facultar ao juiz, diante da complexidade do caso, restabelecer as regras da prova consagra a referida teoria, e representa aplicação prática dos princípios constitucionais da adequação, da cooperação e da igualdade entre as partes”.

A proposta foi rejeitada, já que buscava desvirtuar a teoria da carga dinâmica dos ônus da prova, instituindo a complexidade da causa como fato gerador para sua aplicação, quando isto não ocorre.

Questão relevante é a necessidade expressa de ser a decisão que alterar o ônus da prova, fundamentada pelo juiz e que se abra oportunidade para que o novo onerado possa se desincumbir do ônus que recebeu.

Neste ponto, identificamos um posicionamento majoritário do STJ agora positivado pelo Novo Diploma: de que a inversão do ônus da prova é regra de instrução e não de julgamento, como já estudado aqui.

Vale dizer, que a inversão não poderá se dar na sentença. Terá natureza saneadora, conforme determina o artigo 357, III (a seguir transcrito) ou no início do litígio, por convenção (art. 373, § 4º):

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

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

Neste mesma teia, foi o legislador (através dos redatores do Novo CPC), cuidadoso a ponto de prever que esta decisão específica é passível de ataque por agravo de instrumento. Confira-se o artigo 1.015, XI:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

Pontue-se que, diferente do que ocorre no CPC/73, o Novo Diploma é taxativo ao elencar as hipóteses em que é cabível o agravo de

instrumento. Neste caso, em específico, não cabe o referido recurso contra decisão que manter o ônus da prova determinado pelo *caput* do art. 373, mas sim contra decisão que redistribuir o ônus da prova. Isto, a nosso ver, gerará inúmeras discussões, já que entendemos que a redistribuição não é faculdade do juiz, mas sim, obrigação.

Sobre este novíssimo tema, com muita prudência e afinco, escreveu Eduardo Cambi:

“Por isso, corretamente o art. 373, § 1.º, do NCPC asseverou que a decisão que aplica a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser fundamentada e “dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. Não há risco de arbítrio, porque a decisão judicial, ao proceder a distribuição dinâmica, deve sempre ser, rigorosamente, motivada (CF, art. 93, IX; NCPC, art. 373, § 1.º). Como a facilitação da atividade probatória deve ocorrer na decisão saneadora (NCPC, art. 357, III), nenhuma das partes será surpreendida, porque, sendo bem conhecidos os ônus de cada parte, permite-se clareza nas suas atuações subsequentes.²⁵ A parte que se sentir prejudicada, com a redistribuição do ônus

da prova, pode interpor agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015, XI). Com isso, não se prejudica o exercício das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, os quais incluem o direito à produção da prova contrária.”³³

No parágrafo segundo, verifica-se o quanto foi este artigo corretamente desenvolvido, já que há vedação para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica das provas quando a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou extremamente difícil, evitando-se assim, prejulgamento e a origem de eventual ônus diabólico para a parte contrária.

Assim, é certo que a gerencia da atividade probatória deverá ocorrer antes ou durante do processo, por convenção ou decisão fundamentada. O contraditório deverá ser plenamente observado evitando decisões surpresas, sob pena de subverter-se a alteração que nos parece, será bastante positiva.

Do exposto, podemos concluir que há limites materiais e formais para a redistribuição do ônus da prova.

³³ Cambi, Eduardo: Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição dinâmica do ônus da prova) - exegese do art. 373, §§ 1.º E 2.º do NCPC, Revista de Processo, vol. 246/2015, p. 85 – 111, Ago / 2015.

Limites materiais: a) o litigante onerado deve estar em posição privilegiada, em virtude do papel que desempenhou na situação que originou o feito; b) o ônus dinâmico não pode ser aplicado para compensar inércia das partes, mas, sim, para evitar a prova diabólica e que vantagens econômicas influenciem no resultado de um processo.

Limites formais: a decisão deve ser fundamentada e proferida antes da sentença, para que a parte onerada tenha a oportunidade de se desincumbir do encargo, seja produzindo a prova, seja comprovando que não possui condições de produzi-la.

Capítulo V – Da Convenção do ônus da Prova

O §3º do artigo 373 do CPC/2015 dá as partes à possibilidade de convencionar sobre o ônus da prova, salvo quando recair sobre direito indisponível da parte, tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. O §4º, por sua vez, admite a realização da convenção antes ou durante o processo.

Referidas disposições advém do inovador artigo 190 do CPC/2015, o qual permite que as partes decidam sobre os procedimentos processuais, se a lide versar sobre direitos disponíveis. *In verbis legis*:

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

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de

adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Sobre o artigo 190, Scarpinella nos ensina:

“De acordo com o caput, as partes plenamente capazes podem ajustar mudanças no procedimento, nos processos que tratem de direitos que admitem autocomposição, para ajusta-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Ao magistrado cabe, de ofício ou a requerimento, controlar a validade destes ajustes – que vêm sendo chamados de “negócios jurídicos processuais” -, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade – palavra que deve ser entendida amplamente para compreender qualquer violação de ordem pública – ou inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade (parágrafo único).”³⁴

³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella: *Novo Código de Processo Civil Anotado*, Editora Saraiva, 2015, São Paulo, p. 163.

Importante é destacar que o dispositivo em comento, assim como o parágrafo 3º do art. 373 não poderá ser aplicado só, dissociado de ditames fundamentais do ordenamento jurídico, sob pena de originar-se procedimentos nulos.

Esta é a conclusão do Fórum Permanente de Processualistas Civis que discutiu estes artigos a luz dos princípios constitucionais e de outras regras.

As partes poderão convencionar sobre o ônus da prova antes ou durante o processo, salvo quando recair sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis faz recomendações a partir de seus estudos, dentre elas: o negócio jurídico processual não poderá afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação (enunciado 6); a parte não poderá deixar de ser assistida por advogado (enunciado 18); herdeiros e sucessores da parte celebrante estarão obrigados (enunciado 115); defeitos processuais, vícios de vontade e vícios sociais podem dar ensejo à invalidação do negócio jurídico processual (enunciado 132); o descumprimento de convenção é matéria que depende de requerimento (enunciado 252).³⁵

³⁵ Bueno: *op. cit.*, p.163

Capítulo VI – Da antecipação da Prova

Relevante para conclusão deste estudo é a alteração que foi feita do CPC/73 para o Novo Código de Processo Civil, com relação à antecipação da prova.

O Novo CPC extinguiu todos os procedimentos cautelares nominados, inclusive, a Cautelar de Produção Antecipada de Provas prevista pelo artigo 846 e seguintes do CPC/73.

A possibilidade de antecipar a produção das provas, no entanto, foi mantida e está prevista pelo artigo 381, CPC/15. Referido dispositivo traz três hipóteses nas quais poderão as partes produzir suas provas antes de ajuizado o feito, das quais duas são inovadoras. Confira-se:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Os incisos II e III não existem no CPC/73 e são merecedores dos comentários do próprio Scarpinella:

“Chama a atenção a expressa previsão do inciso II, que admite a medida com o animo de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito.”

“Também é digno de destaque o inciso III, que autoriza a produção da prova antecipada mesmo quando não há perigo na sua colheita e conservação, mas bem diferentemente, porque o prévio conhecimento dos fatos pode justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Bem compreendida a hipóteses, ela mesma faz (ou pode fazer) as vezes de um meio adequado de resolução de conflitos.”³⁶

³⁶ Scarpinella: *op. cit.*, p. 277.

O §3º do artigo 381 dispõe sobre a competência, determinando que esta não será preventa para o ajuizamento da ação principal que venha a ser proposta. O §4º também inova ao fixar a competência da justiça estadual para produção de prova em face da União, quando não houver na comarca, vara federal.

Os artigos seguintes disciplinam a antecipação e põe fim a diversas celeumas que existem sobre a antecipação de provas, oriundos da omissão do CPC/73.

O artigo 382, por sua vez, trata do procedimento a ser observado e também define questões que na vigência do CPC/73 ficam a cargo da jurisprudência. Ali está estabelecido que o contraditório deverá ser observado, a não ser que não haja caráter contencioso (§1º), mas não será admitida defesa e recurso, salvo diante do indeferimento da prova (§4º).

A questão da inadmissão de recurso salvo diante do indeferimento da prova é um caso de inconstitucionalidade formal, segundo observa Scarpinella. Isto porque, trata-se de uma alteração feita pelos ilustres congressistas que extrapolou os limites do apuro da técnica legislativa ou redacional. Nos Projetos enviados á Câmara e ao Senado continha previsão de que recursos seriam cabíveis, também, no caso de

indeferimento parcial da produção da prova – assim, para esta hipótese, que mesmos diante da alteração do congresso permanece passível de recurso, deverá ser aplicado o artigo 1.015, XIII do CPC/2015.³⁷

³⁷ Scarpinella: *op. cit.*, p. 279.

Capítulo VII - Conclusão

Através do presente trabalho, foram realizadas análises, as quais estão demonstradas, através das quais foi possível tecer interpretação sistemática dos dispositivos que tratarão da possibilidade de redistribuição do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil, bem como dos princípios constitucionais que devem nortear a disciplina processual.

Foi possível concluir que a adoção da teoria dinâmica do ônus da prova, através dos parágrafos inseridos no artigo 373, nada mais representa do que a legislação processual acompanhando a evolução da sociedade.

Isto porque, a noção atual de acesso à justiça compreende a tutela efetiva e justa dos direitos invocados, o que exclui, obviamente, a estática celebrada pelo CPC de 1973. É fato que a verdade meramente formal está sendo deixada de lado para que a verdade prevaleça.

E as cargas dinâmicas do ônus da prova representam elementos essenciais da busca pela verdade. Nenhum resultado de processo será justo se não for proporcionado às partes o direito de litigarem em iguais condições, de modo que a flexibilização conferida nesta distribuição é determinante no exercício das garantias constitucionais.

Agora, o magistrado, verificada a disparidade na relação processual, bem como dificuldades excessivas ou impossibilidade de atos

processuais, poderá redistribuir este ônus, impondo àquele que mais pode, maiores incumbências.

O artigo 373 jamais pode ser analisado sozinho. Deve ser analisado à luz dos princípios constitucionais dos quais derivou e do artigo 357, III, donde verificamos originar a obrigatoriedade. Inverter o ônus da prova nos casos necessários, não é, pois uma faculdade do juiz, mas sim um dever.

Diante de todo este cenário traçado, concluimos, pois que a inovação com a contemplação da teoria das cargas dinâmicas trazida pelo novo Código de Processo Civil é digna de elogios, mas que deve ser bem aplicada para que a justiça se efetive nos casos concretos.

Calha lembrar uma clássica passagem de São Paulo sobre a inutilidade de boas leis mal aplicadas, brilhantemente, traduzida e interpretada por Rui Barbosa na festejada *Oração aos Moços*: “*Bona est lex, si quis ea legitime utatur*, boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem. Ou, mais lisa e claramente, se bem o entendo, pretenderia significar o apóstolo das gentes que mais vale a lei má, quando inexecutada, ou mal executada (para o bem), que a boa lei, sofismada e não observada (contra ele)”.³⁸

³⁸ Barbosa, Rui: *Oração aos moços*, 5ª edição, Rio de Janeiro, Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. p. 36.

Capítulo VIII – Bibliografia

1. Barbosa, Rui: *Oração aos moços*, 5ª edição, Rio de Janeiro, Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.
2. BENTHAM, Jeremias: *Tratado de las pruebas judiciales*. E. Dumont (tradução de Manoel Ossorio Florit), Buenos Aires, 1971, v. 1.
3. BUENO, Cassio Scarpinella: *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, tomo I, 4ª edição, Editora Saraiva, 2011, v. 2.
4. BUENO, Cassio Scarpinella: *Novo Código de Processo Civil Anotado*, Editora Saraiva, 2015, São Paulo.
5. Cambi, Eduardo: Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição dinâmica do ônus da prova) - exegese do art. 373, §§ 1.º E 2.º do NCPC, Revista de Processo, vol. 246/2015, p. 85 – 111, Ago / 2015.
6. CARPES, Artur: *Ônus Dinâmico da Prova*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010.
7. COUTURE, Eduardo: *Fundamentos do Direito Processual Civil*, Tradução de Rubens Gomes Souza. São Paulo, Editora Saraiva, 1946.

8. DIDIER JR., Fredie: *Curso de Direito Processual Civil*, 6ª Edição, Editora Podivm, 2011, São Paulo, v. 2.
9. DINAMARCO, Candido Rangel: *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª edição, Editora Malheiros, 2005, São Paulo, v. 3.
10. GIDI, Antonio: *Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor*, Revista de Direito do Consumidor, Editora Revista dos Tribunais, n. 13.
11. Grinover, Ada Pellegrini; Cintra, Antonio Carlos Araujo; Dinamarco, Cândido Rangel: *Teoria Geral do Processo*, 26ª edição, Editora Malheiros, 2010, São Paulo.
12. HIGINO NETO, Vicente: *Ônus da Prova: Teoria da redução do módulo da prova e das provas dinâmicas e compartilhadas*, Editora Juruá, Curitiba, 2010.
13. KELSEN, Hans: *Teoria Pura do Direito*, 6ª edição, Editora Martins Fontes, Tradução de João Batista Machado, 2000, São Paulo.

14. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz: *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª edição, Editora RT, 2005, t. 1.
15. MOREIRA, José Carlos Barbosa: *Julgamento e Ônus da Prova*, Temas de Direito Processual Civil, 2ª série, Editora Saraiva, São Paulo, 1988.
16. NERY JR., Nelson e DE ANDRADE NERY, Rosa Maria: *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*, Editora Revista dos Tribunais, 11ª edição, 2010, São Paulo.
17. PEREIRA, Paulo Macedonia: *O ônus da prova*, Revista Jurídica, Porto Alegre, v 52, n 317, 2004.
18. RODRIGUES, Marcelo Abelha: *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*, Editora Forense Universitária, São Paulo, 2003.
19. SOUZA, Wilson Alves: *Ônus da prova – considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas*, Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA, Salvador, UFBA, 1999, n. 6, p. 243/244.
20. ZANETI, Paulo Rogério: *Flexibilização das Regras sobre o Ônus da Prova*, Editora Malheiros, São Paulo, 2011.