

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

DAIANE BARBOSA SILVA

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015**

**CURITIBA
2018**

DAIANE BARBOSA SILVA

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015**

**Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção de grau de Bacharel em Direito, do
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientador: Professor MSC. Ruy Alves Henriques
Filho**

**CURITIBA
2018**

DAIANE BARBOSA SILVA

**A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador: _____

Prof. Membro da Banca

Curitiba, de _____ de 2018.

À minha família, em especial
à mulher mais importante da minha vida,
minha mãe, D. ZÊ, exemplo de vida e amor.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus por toda a honra, e por ter me dado forças para não desistir dos meus sonhos.

À minha família: minha amada mãe, que sempre me incentivou e me apoiou em todos os momentos; ao meu pai e aos meus irmãos que amo.

Ao meu orientador, pelos ensinamentos, dedicação, e principalmente pela paciência.

Aos mestres desta Instituição, que foram os principais formadores do meu conhecimento jurídico.

“A injustiça num lugar qualquer é uma
ameaça à justiça em todo o lugar”.

(MARTIN LUTHER KING)

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar as alterações na distribuição do ônus da prova realizadas pelo Novo Código de Processo Civil 2015, bem como analisar a aplicabilidade da teoria de distribuição dinâmica do ônus probatório, o qual busca a efetivação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a fim de obter um processo justo e igualitário. A metodologia utilizada nessa pesquisa foi interpretativa, analisando as normas processuais vigentes e revogadas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o uso de doutrinas e jurisprudências. Inicialmente, conceitua-se a Prova no processo civil e seu desenvolvimento histórico, a fim de melhor compreender as mudanças ocorridas no regramento processual. Para tanto, é essencial abordar o direito fundamental à prova, bem como seu objeto e sua finalidade. Por fim, após essas considerações, faz-se um aprofundamento ao estudo do ônus da prova, bem como, seus meios de distribuição quais são: estática; nas relações de consumo; dinâmica; e por convenção das partes; considerando no novo regramento do Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Ônus. Prova. Distribuição. Processo Civil. Teoria Dinâmica. Distribuição Estática.

ABSTRACT

The present work has the purpose of demonstrating the changes in the distribution of the burden of proof performed by the New Code of Civil Procedure 2015, as well as to analyze the applicability of the theory of dynamic distribution of the burden of proof, which seeks to enforce the principles of contradictory and ample in order to obtain a fair and equitable process. The methodology used in this research was interpretative, analyzing the procedural norms in force and repealed in the Brazilian legal system, as well as the use of doctrines and jurisprudence. Initially, it is conceptualized the Proof in the civil process and its historical development, in order to better understand the changes occurred in the procedural regulation. To do so, it is essential to address the fundamental right to proof, as well as its object and purpose. Finally, after these considerations, a deepening is made to the study of the burden of proof, as well as, its means of distribution which are: static; in consumer relations; dynamics; and by agreement of the parties; considering in the new regulation of the Code of Civil Procedure.

Keywords: Burden. Proof. Distribution. Civil lawsuit. Dynamic Theory. Static Distribution.

LISTA DE SIGLAS

- CPC - Código de Processo Civil
- NCPC - Novo Código de Processo Civil
- CDC - Código de Defesa do Consumidor

SUMÁRIO

RESUMO.....	07
ABSTRACT.....	08
LISTA DE SIGLAS.....	09
1 INTRODUÇÃO.....	11
2 PROVA.....	13
2.1 Evolução Histórica.....	15
2.2. Direito à Prova.....	20
2.3 Objeto e Finalidade da Prova.....	22
2.4 Destinatário da Prova.....	24
3 ÔNUS DA PROVA.....	25
3.1 A distribuição estática do ônus da prova de acordo com o CPC/73.....	28
3.2 A distribuição do ônus da Prova como medida protetiva – Código de Defesa do Consumidor.....	31
3.3 As mudanças na distribuição do ônus da prova trazidas pelo CPC/2015	33
4 A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA.....	35
4.1 A Carga Dinâmica do Ônus da Prova no Código de Processo Civil de 2015.....	37
4.2 Os Poderes Instrutórios ao Juiz e a Carga de Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova.....	42
4.3 O Momento Processual Adequado para Determinar a Dinamização do Ônus Probatório.....	44
5 A DISTRIBUIÇÃO DIVERSA DO ÔNUS DA PROVA POR CONVENÇÃO PROCESSUAL.....	46
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS.....	52

1 INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil aprovado em 2015, trouxe várias modificações ao direito processual brasileiro. Dentre elas, a possibilidade de dinamizar o ônus da prova, já defendida doutrinariamente e aplicada por diversos tribunais.

Essa modificação ocorreu diante da necessidade de melhorar a efetividade do processo, bem como viabilizar a obtenção da tutela do direito material, proporcionando as partes melhores condições processuais em um Estado Democrático de Direito. Assim, a dinamização do ônus preocupa-se em obter um processo justo, pautado em garantias constitucionais observando o devido processo legal e o acesso à Justiça.

Isso significa que, o processo deve fazer valer o direito em juízo, envolvendo todas as garantias essenciais para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, e influir na formação do convencimento do juiz, disponibilizando condições para as partes postulem suas pretensões em juízo¹. Nesse sentido, o processo deve se amoldar ao direito material, aplicando técnicas processuais idôneas e adequadas, afim de preservar a titularidade do direito reclamado.

Assim, o processo não deve servir de obstáculo ao alcance do direito material, pois, de outro modo, constituiria a denegação da Justiça². Nesse sentido, o presente trabalho abordará as regras de distribuição do ônus prova, considerando a regra geral do art. 373, I e II, do NCPC, bem como a possibilidade de distribuir ônus de forma dinâmica.

Com efeito, para atingir esse objetivo, o primeiro capítulo faz uma análise sobre a prova processual, bem como a sua evolução história, analisando o direito a prova e seus objetivos e finalidades dentro do processo. O segundo capítulo, dedica-se a analisar ônus da prova e seus meios de distribuição, bem como especificar as mudanças realizadas pelo NCPC. No terceiro capítulo, examina-se a teoria dinâmica do ônus da prova, bem como sua aplicação, considerando os poderes instrutórios do Juiz, tal como o momento adequado de sua distribuição. Por fim, no quarto e último

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; et.al. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo-SP: Malheiros. 2009. p. 90.

² PAMPLONA, Danielle Anne apud BAZZANEZE, Thaís. Distribuição dinâmica do ônus probatório: análise do devido processo legal e do acesso à justiça. In: **Devido processo legal: aspecto material**. Curitiba-PR: Juruá, 2004. p. 58.

capítulo, é abordada a distribuição do ônus probatório por convenção das partes, conceituando os negócios jurídicos processuais, analisando sua eficácia e aplicabilidade.

2 PROVA

Ao recorrer ao Poder Judiciário, os litigantes esperam alcançar uma justa resolução de suas demandas. Relatam os fatos e os declaram como verdadeiros, sejam eles fatos constitutivos ou meios de defesa. Surge-se assim o processo.

Com a formação de uma relação jurídica, o juiz exerce uma função de dirigente da atividade jurisdicional, pois atua com o intuito de solucionar conflitos aplicando a vontade concreta da lei. Assim, ao se deparar com as alegações trazidas ao processo, deve-se fazer uma adequação aos fatos com relação as normas jurídicas pertinentes, a fim de formar a sua convicção e poder solucionar a lide.

Deste modo, ao defrontar-se com as afirmações apontadas no processo, pelo autor e pelo réu, o magistrado, habitualmente encontra versões controversas diante dos fatos, haja vista que são relatados de maneira diversa pelas partes. Assim, o juiz para formar o seu convencimento e decidir a lide, necessita da real demonstração do ocorrido, ou seja, a comprovação por meio de provas da existência ou inexistência, dos fatos alegados.

Didier esclarece:

Qualquer decisão humana, qualquer que seja o ambiente em que tenha sido proferida, é resultado de um convencimento produzido a partir do exame de diversas circunstâncias (de fato ou não) é baseada em diversos elementos de prova. No processo jurisdicional, o objeto principal é a efetivação de um determinado resultado prático favorável a quem tenha razão, que seja produto de uma decisão judicial que se baseie nos fatos suscitados no processo (...)³.

Nesse sentido, a “prova” tem importância fundamental em todo o desenvolvimento processual, desde da distribuição da petição inicial até a elaboração da sentença, podendo ser entendida como um instrumento que pode levar ao conhecimento de um fato.

Logo, para Chiovenda, “*Provar*” significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos pertinentes ao processo⁴.

³DIDIER JR., Fredie, et.al. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2, Salvador-BA: Editora. JusPodivw, 2014. p.15.

⁴CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas-SP: Editora Bookseller, 2009. p. 1047.

Vicente Greco, conceitua a prova como todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. No processo a prova é todo o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato⁵.

Deste modo, considera-se como prova todo conjunto de atos destinados a formar a convicção do juiz, acerca das afirmações realizadas pelas partes litigantes.

Enrico Tulio Liebmann citado por Frederico Marques, explica que as afirmações realizadas pelas partes em juízo consistem em deduzir determinadas consequências jurídicas de alguns fatos acontecidos no passado, o qual, o juiz não tem conhecimento. Portanto, é necessário, que se dê ao magistrado a possibilidade de formar uma opinião sobre esses fatos⁶.

Isto posto, a prova pode ser disciplinada tanto por leis de direito material quanto por leis de direito processual. Assim explica, João Batista Lopes:

O direito material ocupa-se precipuamente com a essência das provas, indicando seu valor, sua admissibilidade, suas consequências, etc. Já o direito processual procura disciplinar a forma de colheita das provas, o momento e o lugar de sua produção, as regras sobre o ônus, os poderes do juiz na produção da prova, etc.⁷

Logo, o processo é um mecanismo utilizado para a realização do direito material, tendo em vista que, no sistema probatório trilha-se um caminho em busca da verdade, o qual pode ser constatar por vários meios de prova.

Assim, no processo a prova tem importância incomparável, pois sem ela não se pode exercer a tutela jurisdicional. Por essa razão, durante o trâmite processual há uma fase específica para a produção de provas, essa fase é conhecida como instrutória, ou probatória.

A fase instrutória é dedicada, portanto, as partes, para que se produzam as provas de suas alegações. Ocorre que em muitas ações as provas são produzidas antecipadamente, como em casos em que o autor junta na inicial, documentos que

⁵GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Brasileiro**. Curitiba-PR: Editora Saraiva, 2003. p. 181-182

⁶LIEBMAN, Enrico Tulio apud MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. Vol. II, Campinas-SP: Editora Bookseller, 1997. p. 253.

⁷LOPES, João Batista. A Prova no Direito Processual Civil. **Revista dos Tribunais**, 2002. p. 29.

comprovam as suas alegações, formando o convencimento do juiz sem a necessidade de se produzir outras provas.

Em outros casos, o processo nem chega na fase instrutória, haja vista que o autor e o réu, consecutivamente, na inicial e em sede de contestação, já apresentam documentos suficientes afim de formar o convencimento do juiz.

Entretanto, quando a demanda chega a fase instrutória, significa que os documentos apresentados na fase postulatória e saneadora são insuficientes para formar a convicção do magistrado, devendo o processo ser instruído com novos tipos e meios de prova.

Elpídio Donizetti, em seu artigo explica:

Se o processo chegou a essa fase é porque os elementos de prova, sobretudo documentos, apresentados na fase postulatória não foram suficientes para formar a convicção do juiz, a fim de que pudesse ele compor o litígio, com o acolhimento ou rejeição do pedido do autor. Sendo assim, urge conceder às partes oportunidade de provarem suas alegações.⁸

Deste modo, independentemente da fase em que a prova for produzida, ela surge como um meio para demonstrar a realidade dos fatos, incumbindo às partes, em regra, o dever de provar aquilo que alega.

2.1 Evolução Histórica

A origem da palavra “prova” deriva-se da palavra latim “proba”, verbo “*probare*”, definida como aquilo que é correto, verdadeiro⁹.

⁸DONIZETTI, Elpídio. **Fase instrutória ou probatória**. 18.jan.2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/01/18/fase-instrutoria-ou-probatoria/>. Acesso em: 03 mar.2018.

⁹DICIONÁRIO ETIMOLOGICO. **Prova**. 2018. Disponível em: <<https://www.dicionarioetimologico.com.br/prova/>>. Acesso em: 03 mar.2018.

A história da prova acompanha o homem desde dos primórdios da civilização. Segundo Márcio Túlio Viana¹⁰, “muito antes de haver um processo, os homens já julgavam os seus semelhantes.”. Nesse sentido, não muito diferente dos dias de hoje, diante de uma desavença, ou crime era necessário indicar e encontrar um culpado.

Os povos que antecederam a civilização romana, mais precisamente os da Babilônia, tiveram que criar suas regras de conduta, permissão e julgamento, produzindo assim a primeira legislação, “O Código de Hamurabi” considerado um dos maiores influenciadores do Direito.¹¹

João Batista Lopes¹², explica que os povos primitivos não conheceram critérios técnicos e racionais como meios de apuração de provas, acreditava-se que os fatos e a verdade eram relevados por Deus, invocava-se a proteção divina em busca da verdade, deste modo, apreciação das provas era fortemente influenciada pela religião.

Com a evolução social, o direito processual civil foi ganhando um cenário científico. No mundo clássico greco-romano, os processos já se desvinculavam-se dos preceitos religiosos e superstições, iniciava-se novos procedimentos processuais.

Humberto Theodoro Junior¹³, explica que nessa época o processo observava a oralidade, conheciam-se as provas testemunhais e documentais, no qual, faziam-se restrições aos testemunhos de mulheres e crianças, dava-se grande importância aos documentos.

Em Roma, o processo foi fortemente influenciado pelas normas processuais gregas, no tocando a livre apreciação das provas, evoluindo e desenvolvendo-se por meio de três fases.

A primeira fase foi denominada como período primitivo, as partes só podiam manipular as “ações da lei”, que eram postuladas pessoalmente, tendo um procedimento processual extremamente solene, o qual, seguia um ritual de palavras e gestos indispensáveis para o julgamento. Nessa fase, desenvolvia-se o procedimento oralmente, apresentado em duas etapas, uma perante o magistrado, que concedia a ação da lei e fixava o objeto do litígio; e a outra perante os cidadãos,

¹⁰VIANA, Márcio Túlio. Aspectos Curiosos da Prova Testemunhal. **Revista Tribunal Regional do Trabalho**, Belo Horizonte, v.48, n.78, jul./dez.2008. Disponível em; <<http://docplayer.com.br/17105877-Aspectos-curiosos-da-prova-testemunhal-sobre-verdades-mentiras-e-enganos.html>>. Acesso em: 03 mar.2018.

¹¹GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**, Belo Horizonte-MG: Editora Del Rey, 2011. p. 10.

¹²LOPES, João Batista, 2002. p. 19.

¹³THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso do Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro-RJ: Editora Forense, 2004. p. 10.

que eram escolhidos como árbitros, a eles cabia a função de coletar as provas e proferir a sentença¹⁴.

Na segunda fase denominada como período formulário, surgiram novas e complexas demandas jurídicas, cujas soluções não mais comportavam a aplicação das *legis actiones*. Aboliram-se as “ações de lei”, e foram criadas as “fórmulas” de ações, cuja, eram aptas a compor qualquer lide que se apresentasse ao magistrado. Assim, quando se apresentava uma nova demanda entregava-se ao autor uma *fórmula* escrita, que era encaminhada ao árbitro para julgamento. Nessa fase já se aplicava o princípio do livre convencimento do juiz e do contraditório, bem como já se admitia a intervenção de advogados¹⁵.

A terceira fase ficou conhecida como *cognitio extraordinária*, nesse período a função jurisdicional no império romano passou a ser privativa do Estado, sendo exercida por meio de funcionários, encerrando-se o exercício das atividades por árbitros privados. O procedimento processual assumiu a forma escrita, no qual, compreendia-se o pedido e a pretensão do autor, a defesa do réu, a instrução da causa, a prolação da sentença e a sua execução. Nesta fase, a citação já era realizada por funcionários públicos e já se admitia recursos sobre as sentenças¹⁶.

Com a queda do Império Romano, houve forte dominação militar e política dos povos germânicos, inclusive a imposição de seus costumes e direitos. Dessa forma, com princípios e noções jurídicas rudimentares, o direito processual europeu que foi fortemente influenciado por normas jurídicas romanas, sofreu um enorme retrocesso. Logo, houve a exacerbação do fanatismo religioso, no qual os juízes adotavam absurdas práticas na administração da Justiça, como “juízos de Deus”, “duelos judiciais” e as “ordálias”.

João Batista Lopes, explica:

As ordálias, também denominadas julgamentos ou juízos de Deus, foram utilizados pelos germanos antigos e tinham por finalidade a descoberta da verdade mediante emprego de expedientes cruéis e até mortais, como a “prova de fogo”, a “prova das bebidas amargas”, a “prova das serpentes”, a “prova da água fria”, etc.¹⁷

¹⁴THEODORO JÚNIOR, 2004., p. 11.

¹⁵THEODORO JÚNIOR, loc. cit.

¹⁶THEODORO JÚNIOR, loc. cit.

¹⁷LOPES, 2002, p. 19.

Nesta época, o processo era rígido e formal, e os meios de prova eram restritos às hipóteses legais, tendo o juiz a função de somente verificar a existência da prova. O processo era acusatório, que se iniciava pela acusação do autor, o qual, se considerava ofendido, assim, o ônus da prova cabia ao acusado. Entretanto, conjuntamente com o processo civil bárbaro, a Igreja Católica resguardava as instituições do direito romano, adaptando-as ao direito canônico.¹⁸

Após a aplicação das normas e institutos do direito germânico, surgiu o direito comum e o processo comum, que prevaleceu desde o século XI até o século XVI. Nessa época, o processo era escrito, lento e excessivamente complicado, a produção de provas e a sentença voltaram a inspirar-se pelo sistema romano, admitindo-se a eficácia *erga omnes* da coisa julgada, por influência do direito germânico. No entanto, mesmo sendo abolida as “ordálias” e “juízos de Deus”, as torturas foram preservadas, como meios de obtenção da verdade no processo.¹⁹

A fase moderna ou científica do direito processual, foi marcada com a liberdade e a atribuição de poderes outorgados ao magistrado para apreciar as provas trazidas ao processo. Assim, o processo civil, passou a ser visto como instrumento de pacificação social, e reabilitação da vontade da lei. Tendo-se assim, a concentração de maiores poderes nas mãos do juiz, possuindo mais liberdade para analisar e valorar as provas, reproduzindo maior celeridade e dinamismo aos atos processuais²⁰.

No Brasil, o direito processual foi fortemente influenciado pelo direito romano e canônico por meio de decreto imperial, sendo mantidas em vigência as normas processuais das Ordenações Filipinas e das leis portuguesas.

O processo era escrito e desenvolvia-se por fases, paralisando ao fim de cada uma delas, e se desenrolava por exclusiva iniciativa das partes [...]. Observava-se o princípio dispositivo em toda plenitude: autor e réu eram donos do processo, cuja movimentação era privilégio dos litigantes; [...] A prova ficava exclusivamente a cargo da parte, e o juiz só tomava conhecimento de fato provado nos autos se alegado pelas partes; [...].²¹

¹⁸THEODORO JÚNIOR, 2004, p.13.

¹⁹THEODORO JÚNIOR, loc. cit.

²⁰THEODORO JÚNIOR, loc. cit.

²¹THEODORO JÚNIOR, 2004, p.14.

Em 1850 o Brasil editou o seu primeiro Código Processual Nacional, denominado Regulamento n.º 737, que somente regulamentava o processamento das causas comerciais. Após a consolidação da legislação formal civil em 1876, o regulamento n.º 737 foi estendido também aos efeitos civis.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1891, se estabeleceu a divisão entre Justiça Federal e Justiça Estadual, bem como o poder de legislar sobre o processo. Theodoro Junior²², explica:

Elaboraram-se, então o direito processual da União (Consolidação preparada por Higinio Duarte Pereira, aprovada pelo Decreto n.º 3084, de 1898) e os vários códigos estaduais de Processo Civil, todas simples adaptações do figurino federal por falta de preparo científico dos legisladores para renovar e atualizar o direito processual pátrio.

Com o fracasso do direito processual estabelecido em códigos estaduais, a Constituição de 1934 atribuiu a União a competência de legislar a respeito. Deste modo, o Governo atribuiu a uma Comissão, a função de elaborar o Código Nacional de Processo Civil, o qual foi elaborado no ano de 1939, entrando em vigor a partir de 1º de março de 1940.

Entretanto, no ano de 1973 ocorreu a reforma do Código de 1939, entrando em vigor novo estatuto processual em 11 de janeiro de 1973. Deste modo esse novo código, operou uma grande atualização na aplicação do direito processual civil brasileiro.

Theodoro Junior, se manifesta:

Inspirado nos padrões mais atualizados do direito europeu, o Código Buzaid consagrou a tríplice divisão do processo civil, recomendada pela melhor doutrina, em “processo de conhecimento”, “processo de execução”, e “processo cautelar”, correspondentes às três modalidades distintas com que o Estado presta a tutela jurisdicional.²³

²²Ibid, p.15.

²³THEODORO JÚNIOR, 2004, p.16.

Diante da socialização direitos, e a necessidade de acelerar a prestação jurisdicional fez se necessária à reforma do Código de Processo Civil de 1973. Dessa forma, se manifestou o Ministro do Supremo Tribunal de Justiça Luiz Fux em uma entrevista:

Fux, que presidiu a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de reforma do novo CPC, detalhou as principais inovações da proposta, que, segundo ele, teve como principal objetivo combater os entraves processuais responsáveis pela morosidade da Justiça. Ao longo do programa, ele analisou os obstáculos à celeridade os quais atribuiu a três grandes causas: excesso de formalidades, expressivo volume de demandas e grande número de recursos no sistema processual em vigor.²⁴

Perante essas necessidades, em 2015 foi sancionada o projeto de Lei n.º 13.105/2015, atual Código de Processo Civil, o qual entrou em vigor em 18 e março de 2016.

2.2 Direito a Prova

O direito a prova é um direito fundamental garantido constitucionalmente, o qual é positivado na Constituição Federal de 1988, conforme art. 5º, LV e LVI:

Art. 5, LV: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;
LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;²⁵

²⁴FUX, Luiz. Ministro Fux explica reforma do CPC. STJ, **Boletim informativo**, s/d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/LuizFux/Entrevistas/900673.pdf>>. Acesso em 11 dez. 2017.

²⁵BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. 1988.

Eduardo Cambi, explica que o titular do direito à prova é toda pessoa que faz parte do processo, desde do início ou posteriormente (sucessor ou interveniente processual), pois o direito a prova é um direito fundamental, deve ser reconhecido como prioritário para o sistema processual²⁶.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr, relata:

O direito à prova é também um direito fundamental. Esse direito fundamental também está previsto em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro: (i) Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Decreto n. 678/69, no seu art. 8º; (ii) o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, incorporado pelo Decreto n.º 592/92, no seu art. 14.1, alínea “e”. (...).²⁷

O “direito a prova” propicia as partes garantias constitucionais, como o devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório. Essas garantias asseguram “meios e resultados”, proporcionando instrumentos processuais adequados a solucionar conflitos, viabilizando resultados eficazes aos que recorrem ao Judiciário.

Isto posto, as partes têm o direito de provar a “verdade dos fatos”, aqueles afirmados, em que se fundam no pedido e na defesa, bem como a possibilidade de se provar a falsidade dos fatos afirmados pela parte contrária, exigindo-se a produção das provas, que se encontram em poder da outra parte.

Assim, a prova tem papel fundamental nas demandas judiciais, o qual, o direito à prova está inserido no direito constitucional, que acarreta ao magistrado o poder de reconhecer a possibilidade de admissão de todos os meios de prova permitidos a fim de auxiliar no resultado da demanda.

Dessa forma, cabe às partes escolherem quais os fatos que desejam provar, e quais os meios de prova a se utilizar para demonstrar esses fatos, tendo em vista que, um mesmo fato pode ser provado por diferentes meios de prova.²⁸

Por outro lado, tendo as partes o direito à prova, o juiz tem como dever possibilitar o exercício dessa atividade processual, desde que sejam preenchidas as

²⁶CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil**. Admissibilidade e Relevância. Curitiba-PR: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 20.

²⁷DIDIER JR. et.al., 2014, p.17.

²⁸CAMBI, 2006, p. 20.

exigências do direito processual. Assim, o direito as partes de produzirem provas, nada mais é do que a faculdade de indicar e requerer ao juiz meios de provas que entendam como necessárias para esclarecer os fatos alegados.

2.3 Objeto e Finalidade da Prova

A prova tem como objeto os fatos articulados no processo pelo autor e pelo réu, assim tudo aquilo que é alegado pelas partes necessita ser provado. Nesse sentido, em regra, os fatos a serem provados devem ser relevantes, ou influentes. Isto é, ter condições de poder influenciar na decisão da causa²⁹.

Assim, quando não há controvérsia dos fatos alegados, a questão se reduz à mera aplicação do direito, pois segundo o art. 374 do CPC/2015 e incisos, os fatos incontroversos independem de prova, pois não há divergência quanto ao seu entendimento.

Nesse sentido, similarmente, independem de prova os fatos notórios, tendo em vista que, a sua notoriedade se revela sozinha, pois são presumidamente do conhecimento do público, motivo pelo qual não necessitam ser provados.

Logo, de acordo com a legislação vigente e a doutrina, os fatos a serem provados no processo, devem ser relevantes, pertinentes, controversos e precisos, ou seja, prova-se os fatos que versam a lide.

Desse modo, fatos relevantes são os acontecimentos que influenciam o julgamento da lide; fatos pertinentes são aqueles que tem relação direta e indireta com a causa; os fatos controversos são aqueles afirmados por uma das partes e que são refutados pela parte contrária; já os fatos precisos são os que determinam ou especificam situações importantes no processo³⁰.

Nesse contexto, os fatos principais são aqueles que devem ser afirmados na petição inicial e na contestação, destinando a demonstrar quem tem razão. Já os fatos

²⁹SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR: Editora Saraiva, 1999. p.335.

³⁰LOPES, 2002, p. 32.

secundários são aqueles incapazes de demonstrar diretamente a verdade das afirmações de fato³¹.

Entretanto, esses fatos são comprovados por meio de instrução probatória, e tem como regra, a finalidade de formar a convicção do magistrado quanto a sua existência trazida à demanda. Assim, leciona Vicente Greco Filho: "...no processo a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz".³²

Nesse sentido, as provas buscam a recomposição formal dos fatos para que se chegue o mais aproximado possível da realidade, devendo-se analisar se as alegações das partes procedem, para com base nelas poder-se julgar.

Contudo, compete às partes produzirem provas, oferecendo ao juiz condições de proferir uma sentença justa, tendo em vista que não poderá ir além do que restou demonstrado aos autos.

Assim, para a segurança das partes envolvidas, somente é lícito julgar o que foi alegado e provado aos autos, visto que, o que não se encontra nos autos, para o julgador não existe.

Em contrapartida, a finalidade da prova não consiste somente em formar a convicção do juiz, mas sim buscar o convencimento das próprias partes. Dessa forma se posiciona os doutrinadores Didier Jr., Paula Braga e Rafael Oliveira:

As próprias partes precisam estar convencidas da tese que estão sustentando ou que vão sustentar em juízo. [...]. Antes de ir a juízo, seja para deflagrar uma demanda judicial, seja para resistir a uma demanda que lhe é dirigida, as partes naturalmente precisam avaliar os elementos de que dispõe para sustentar a sua posição jurídica, ativa ou passiva.³³

Compreende-se, que a atividade probatória não busca somente o convencimento do juiz acerca dos fatos trazidos ao processo, mas sim uma análise antecipada das provas pelas partes integrantes, a fim de indicar suas reais chances de êxito na demanda³⁴.

³¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. Curso de Processo Civil, **Revista dos Tribunais**, v.2, 2015. p. 251.

³²GRECO FILHO, 2003, p. 182.

³³DIDIER JR. et.al., 2014, p.73.

³⁴DIDIER JR. et.al., 2014, p.72-73.

2.4 Destinatário da Prova

O destinatário da Prova é o Juiz, a prova não se destina nem ao autor nem ao réu, pois uma vez produzida passa a integrar o processo, assim ao juiz é legalmente permitido buscar elementos cognitivos que tenham a função de auxiliar a formação de sua convicção³⁵.

Nesse seguimento, conforme artigo 371 do CPC/2015, o juiz é livre para formar o seu convencimento a partir das provas juntadas aos autos, não tendo a sua convicção presa a nenhuma valoração imposta pela lei.

Deste modo, Vicente Greco Filho, leciona:

Pertence às partes a iniciativa de enunciar os fatos e de produzir as provas de suas alegações. Ao juiz cabe atribuir-lhes o valor que merecem, daí decidindo sobre a procedência ou improcedência do pedido. [...] Na avaliação das provas é possível imaginar três sistemas que podem orientar a conclusão do juiz: o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional.³⁶

Assim, de acordo com o sistema da livre apreciação ou da convicção íntima, o juiz tem liberdade para decidir, se convencendo da verdade dos fatos segundo critérios de valoração íntima.

Sintetiza Didier Jr.: “Ao propiciar o convencimento do juiz, tem se dito que ele, é o seu principal destinatário: ele é quem precisa saber a verdade quanto aos fatos, para que possa decidir”.³⁷

Dessa forma, o juiz está vinculado na relação jurídica processual por poderes-deveres, instituídos pelo ordenamento jurídico, com o intuito de conduzir o processo, devendo decidir de acordo com os fatos e provas trazidas aos autos.

³⁵CAMBI, 2006, p.21.

³⁶GRECO FILHO, 2003, p.198.

³⁷DIDIER JR., et.al. op.cit., p.57.

3 ÔNUS DA PROVA

A terminologia Ônus originalmente do latim *onus* quer dizer carga, peso, já o *Onus probandi* traduz-se como o dever de provar³⁸, trata-se de um dever no sentido de interesse.

No âmbito do direito processual, o ônus está ligado diretamente na aplicação das provas, atribuindo às partes o encargo de provar a ocorrência dos fatos alegados na petição inicial. Assim Eduardo Cambi conceitua:

O ônus da prova é uma regra de conduta para as partes, uma vez que determina indiretamente quais são os fatos que cada um dos litigantes deve provar para serem considerados certos pelo juiz e para servirem de fundamento para as suas respectivas pretensões ou exceções.³⁹

Entende-se que tanto o *autor* quanto o *réu* possuem a iniciativa de se produzir provas, agindo segundo interesses próprios e com a mesma finalidade, qual seja, formar o convencimento do juiz. Chiovenda *apud* Moacyr Amaral Santos, explica:

O ônus de afirmar e provar se reparte entre as partes, no sentido de que é deixado à iniciativa de cada uma delas provar os fatos que deseja sejam considerados pelo juiz, isto é, os fatos que tenha interesse sejam por estes tidos como verdadeiros.⁴⁰

Nesse sentido, as partes têm liberdade para agir segundo seus próprios interesses, demonstrando aos autos as provas que ao seu ver são relevantes ao processo e que possam lhe trazer um resultado favorável.

Logo, não se pode considerar o ônus da prova como um dever ou uma obrigação, tendo em vista, que não se pode exigir seu cumprimento⁴¹, e nem impor

³⁸SANTOS, Moacyr Amaral., 1999, p.344.

³⁹CAMBI, Eduardo, 2006, p.317.

⁴⁰CHIOVENDA *apud* SANTOS, 1999, p.347.

⁴¹DIDIER JR., et.al., 2014, p.75.

sanções em casos de descumprimento. Pois caso as partes descumpram um comando normativo, apenas assumem o risco de obter um resultado desfavorável.

Dessa forma, a produção de provas não é uma conduta necessária ou obrigatória para um julgamento favorável, mas sim um indicativo que a parte que não produzir provas se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, a não realização desse ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário⁴².

Assim, se manifesta Eduardo Cambi:

O ônus da prova possui uma especificidade em relação à categoria do ônus em sentido geral, porque o seu simples cumprimento não assegura, necessariamente, uma consequência favorável, isto é, realizar a prova não é um dado decisivo ou único meio para conseguir a obtenção da tutela jurisdicional plena⁴³

Nesse sentido, não basta que as partes produzam provas para que seu pedido ou sua defesa sejam acolhidas, mas sim, que as provas produzidas tenham força persuasiva suficiente para convencer o juiz de que as alegações são verdadeiras.⁴⁴

Entretanto, a doutrina tende a classificar o ônus da prova a partir de duas perspectivas. A primeira, classificada como *ônus subjetivo*, predetermina os encargos probatórios como uma regra de conduta para as partes, estabelecendo previamente a quem cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato, indicando a responsabilidade de cada um na formação do material probatório a fim de obter uma decisão favorável.⁴⁵

Por outro lado, o ônus da prova pode ser analisado por uma perspectiva objetiva: trata-se de um regramento dirigido ao juiz, ou seja, uma regra de julgamento, o qual, diante das situações em que as provas produzidas sejam insuficientes para demonstrar a veracidade dos fatos, impõe-se ao magistrado o dever de julgar, tendo em vista que é vedado o *non liquet*⁴⁶. Deste modo, diante da insuficiência do material probatório, o juiz é obrigado a julgar, devendo apontar qual dos demandantes irá

⁴²MARINONI; ARENHART, 2015. p.203.

⁴³CAMBI, 2006, p.376.

⁴⁴Ibid.

⁴⁵DIDIER JR., et.al., op. cit., p. 110.

⁴⁶ DIDIER JR., et.al., 2014., p.111

suportar as consequências negativas decorrentes da ausência ou insuficiência de provas⁴⁷.

Assim, o ônus da prova tem por objetivo estabelecer a instrução probatória, a fim de gerar maiores chances de convencimento do juiz, orientando tanto as partes quanto o próprio julgador, exercendo uma função decisória no processo, o qual influencia na decisão de mérito, incidindo como uma regra de julgamento. Nesse sentido, o juiz poderá decidir de maneira desfavorável contra a parte que tinha o ônus de provar e não o fez.

Dessa forma, a regra do ônus da prova é um indicativo que visa livrar o juiz do estado de dúvida, a fim de convencê-lo sobre como os fatos se passaram. Entretanto, nem sempre o magistrado conseguirá se livrar desse estado de incerteza e indecisão, e formar um convencimento acerca da demanda.

Pois, se falta “a prova” que comprove os fatos, deve se analisar a quem se carrega a prova, ou seja, quem deveria a ter produzido. Deste modo, o problema do ônus da prova, é o de determinar a quem pertence às consequências de não haver provado⁴⁸.

Desta forma, Bruna Braga da Silveira, explica:

A regra do ônus da prova existente em nosso sistema processual se destina a iluminar o juiz que chega ao final da instrução probatória sem ter um convencimento formado acerca da matéria posta sob análise, a apontar mecanismos de julgamento a serem empregados pelo juiz. Ou seja, o magistrado será obrigado a decidir, ainda que não possua elementos probatórios suficientes.⁴⁹

Logo, ao findar-se todas as tentativas de formação de seu convencimento, o magistrado deverá utilizar-se da regra de distribuição do ônus da prova, tendo em vista que não pode deixar de julgar a demanda.

⁴⁷CAMBI, 2006, p.328.

⁴⁸SILVEIRA, Bruna Braga da. Notas sobre a teoria dinâmica do ônus da prova. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.13, n. 52, p. 266, out./dez.2012.

⁴⁹Ibid, p.03.

Essa regra de distribuição do ônus da prova ocorre de três formas: pelo legislador – *ope legis*, pelo juiz - *ope judicis*, e por *distribuição convencional* do ônus da prova, ou seja, por convenção das partes⁵⁰.

A distribuição *ope legis* é determinada pela lei independentemente do caso concreto e da atuação do juiz, essa forma de atribuição é conhecida como “distribuição estática”, pois determina a cada um dos litigantes o encargo de provar as suas alegações.

Na distribuição *ope judicis* o juiz redistribui o ônus da prova para a parte que tem melhor condições de produzi-la, essa redistribuição é conhecida como “distribuição dinâmica do ônus da prova” podendo ser realizada de ofício ou por requerimento das partes, mediante o preenchimento dos requisitos do §1º do art. 373 do CPC/2015⁵¹.

Por fim, a distribuição do ônus da prova poderá ocorrer de forma *convencional*, o qual os próprios litigantes distribuem o ônus da prova mediante acordo de vontades, determinando assim como será exercida essa distribuição, podendo ocorrer antes ou no curso do processo⁵².

Deste modo, o presente trabalho fará um estudo detalhado sobre os meios de distribuição do ônus da prova desde da vigência do CPC/73, bem como, as mudanças apresentadas pelo Novo Código.

3.1. A Distribuição Estática do Ônus da Prova de acordo com o CPC/73

O sistema de distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973, encontrava-se previsto no art. 333, o qual era atribuída pelo legislador, sendo aplicada de forma estática e rígida.

Deste modo, Haroldo Lourenço, explica:

⁵⁰ DIDIER JR., et.al, p. 110-130.

⁵¹ Ibid, p. 125.

⁵² Ibid, p. 123.

No CPC de 1973, Lei 5.869/1973, no art. 333, distribuiu-se o ônus da prova entre os litigantes, com a mesma marcante influência das lições de Chiovenda e Carnelutti, incumbindo tal encargo ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto ao fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito do autor.⁵³

Nesse sentido, cabia ao autor o provar suas alegações de fato, e ao réu era atribuído o ônus da prova sobre os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito do autor.

Segundo, Bruna Braga da Silveira⁵⁴ essa regra de distribuição do ônus probatório, tem nítida influência da Teoria das Normas, que ganhou prestígio pelas obras do autor alemão Leo Rosenberg, o qual, defendia que cada parte deveria afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, ou seja, cada parte deveria arcar de provar as suas alegações.

Assim, se manifesta Artur Thompsen Carpes:

O CPC/73 dispunha, portanto, de disciplina normativa fixa ou estática, isto é, de critério de distribuição que, em linha de princípio, não considerava outra possibilidade de regulação que não aquela determinada a partir da “vontade do legislador”, qual seja, aquela obtida pela interpretação literal do art. 333.⁵⁵

Desta forma, diante da interpretação do art. 333 do CPC/73, não se considerava nem admitia aspectos relacionados à realidade do caso concreto para facilitar a produção de provas, pois ao regular tal modo de distribuição do ônus, o legislador atentou-se para a segurança jurídica processual, e pela igualdade formal entre as partes.

Assim, ao positivar a distribuição do ônus da prova de maneira estática e rígida, sem exceções, o legislador pensou estar resolvendo todo e qualquer problema relacionado à regulamentação probatória, assim sua intenção era garantir a

⁵³LOURENÇO, Haroldo. Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC. São Paulo-SP: Editora Método, 2015. p.25

⁵⁴SILVEIRA, 2012.

⁵⁵CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no Novo CPC do Estático ao Dinâmico**. Curitiba-PR: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 95

imparcialidade na igualdade entre as partes, que por serem consideradas iguais, deveriam ser tratadas independente do caso sem distinção⁵⁶.

Entretanto, esse modo de distribuição estática na prática torna-se imperfeita, pois no caso em que o autor não consiga demonstrar o fato constitutivo de seu direito por motivos alheios a sua vontade, terá seu pedido julgado improcedente.

Logo, esse modelo de distribuição do ônus aplicado como regra de julgamento é imperfeito e defeituoso, pois dificulta a instrução, pois nem sempre o autor e o réu terão condições de atender o ônus legal. Como por exemplo, nos casos de insuficiência de provas, em que o magistrado ao aplicar essa regra se depara a um estado de incerteza, podendo decidir de forma injusta, tendo em vista que, está diante de um obstáculo que prejudica à efetividade da jurisdição.⁵⁷

Todavia, o parágrafo único e inc. o art. 333 do CPC/73 dispõe uma exceção à regra do *caput* desse artigo, permitindo a distribuição do ônus nas hipóteses de convenção entre as partes (desde que se trate de direito disponível e que não onere demais uma das partes). Nesse sentido, se manifesta Artur Carpes ao dispor que:

“É nula a convenção que distribui de maneira diversa os ônus probatórios quando” o ônus implicar fragilização de “direito indisponível da parte” ou venha a “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício de um direito”, o legislador teve a intenção de autorizar exceção à regra legal de distribuição do ônus da prova tão somente nas hipóteses de convenção.⁵⁸:

Assim, o CPC/73 somente previa a distribuição diversa do ônus probatório por convenção das partes, não considerando outras formas de dinamizar o encargo probatório diante as peculiaridades do caso concreto. Entretanto, a aplicação isolada da regra estática tornou-se insatisfatória, deixando de ser um instrumento hábil a conferir a tutela adequada ao direito⁵⁹.

⁵⁶ CARPES, 2017, p.97.

⁵⁷ SILVEIRA, 2012.

⁵⁸ CARPES, op. cit., p.97.

⁵⁹ BAZZANEZE, Thaís. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios: Análise à Luz do Devido Processo Legal e do Acesso à Justiça. **Revista de Processo**, 2012. p. 61.

3.2. A distribuição do Ônus da Prova Como Medida Protetiva – Código de Defesa do Consumidor

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou-se a ver o processo como um modelo garantista de jurisdição, voltado à proteção efetiva dos direitos fundamentais rompendo o paradigma da legalidade estrita⁶⁰.

Nesse sentido, leciona Artur Carpes

No Brasil, no entanto, os direitos fundamentais ganharam status teórico-normativo apenas depois do advento da Constituição de 1988, cujo texto cataloga diversos direitos fundamentais materiais e processuais. O art. 5º, incisos XXXV e LIV, por exemplo, são disposições cujo sentido fornece as bases para a construção do direito fundamental ao processo justo.⁶¹:

Deste modo, o processo para ser considerado justo deve observar as garantias, os princípios e as regras expostas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, se adequando aos preceitos do devido processo legal e do acesso à Justiça⁶². Assim, a interpretação das regras processuais deve estar pautada pelo direito fundamental, devendo cumprir com a sua finalidade de dar tutela aos demais direitos materiais⁶³.

No entanto, após o advento da Constituição de 1988, entrou em vigor a Lei nº 8.078/1990 – o Código de Defesa do Consumidor, destinada a regulamentar as relações de consumo, a fim de obter uma melhor participação do consumidor em juízo. Assim, o legislador conferiu ao magistrado a conformação constitucional do processo, outorgando poderes para que a tutela dos direitos do consumidor ocorra de forma efetiva e adequada⁶⁴.

O art. 6º, inc. VIII do CDC, tem por finalidade facilitar a defesa do consumidor diante as pendências que surgem nas relações de consumo. Assim, perante uma demanda judicial, permite-se a *inversão do ônus* da prova em favor do consumidor nas hipóteses de verossimilhança e de hipossuficiência.

⁶⁰ CARPES, 2017, p. 101

⁶¹ CARPES, loc. cit.

⁶² BAZZANEZE, 2012. p. 56

⁶³ CARPES, op. cit., p. 102.

⁶⁴ CARPES, loc. cit.

Desta forma, a inversão do ônus da prova é uma técnica utilizada a fim de proteger a parte que obtém dificuldade na produção de provas, bem como, oferecer proteção a parte que se encontra em posição de desigualdade no processo. É uma tentativa de adequar o procedimento ao direito material a ser juridicamente tutelado, servindo de mecanismo para promover o princípio da igualdade, visto que há relações processuais em que as partes não estão em posição isonômica⁶⁵.

Dessa forma, Eduardo Cambi, leciona:

Inverter o ônus prova é uma técnica legislativa que permite o emprego das presunções simples, na medida em que o juiz, antes de proceder ou não à inversão do *onus probandi*, deve analisar os aspectos legais que permitem essa medida.⁶⁶

Assim, o art. 6º, VIII do CDC, consagra o princípio constitucional da isonomia, tendo em vista que ao considerar o consumidor como a parte mais vulnerável da relação, deve ser tratado de maneira diferenciada⁶⁷. Visto que ao exigir dele a produção de prova tornava-se algo difícil de suportar, tendo em vista que para comprovar as suas alegações quase sempre lhes faltam os meios, sejam eles financeiros e técnicos.

Assim, se manifesta Rodrigo Xavier Leonardo:

Ao propugnar pela facilitação dos direitos do consumidor, o artigo 6º, inc. VIII, da Lei 8.078/90, pressupõe o reconhecimento, pelo legislador, de uma desigualdade processual – proveniente da real posição de vulnerabilidade do consumidor no mercado para consumo -, que necessita ser superada por técnicas processuais tais como a inversão do ônus da prova.⁶⁸

Deste modo, a inversão do ônus probatório nas ações consumerista, visa a paridade das armas entre consumidor e fornecedor, tendo em vista que o consumidor é considerado a parte mais fraca na relação de consumo.

⁶⁵ CAMBI, 2006, p.410.

⁶⁶ CAMBI, loc. cit.

⁶⁷ CAMBI, op. cit, p.412.

⁶⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e Inversão do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro-RJ: Editora Renovar, 2004. p.70.

Nesse sentido, Eduardo Cambi explica:

O art. 6º, inc. VIII, CDC, atribui ao consumidor uma vantagem processual, porque o dispensa de provar o fato constitutivo do seu direito, que, se não tivesse invertido o ônus probatório, deveria ser por ele demonstrado, já que se aplicaria as normas do CPC. Conseqüentemente, a inversão do *onus probandi* representa, para o consumidor, verdadeira isenção de seu ônus da prova, cujo encargo é transferido ao fornecedor.⁶⁹

Entretanto, a inversão do ônus da prova não se configura de forma automática, devendo ser atribuída pelo magistrado, que deve verificar e analisar se estão expostos os requisitos legais de inversão⁷⁰. Deste modo, deve-se verificar se o consumidor é hipossuficiente ou se a alegação é verossímil.

Assim, ao considerar uma alegação como *verossímil* o magistrado deve presumi-las como verdadeiras, tendo em vista que não se exige um juízo de probabilidade, bastando somente a alegação de fato, independentemente de qualquer elemento de prova⁷¹.

Por outro lado, essa inversão poderá ocorrer quando o consumidor se encontra hipossuficiente, ou seja, diante de uma situação de vulnerabilidade processual, não podendo dispor de condições materiais, técnicas, sociais ou financeiras de produzir a prova de suas alegações⁷².

Dessa forma, a inversão do ônus da prova busca equilibrar as relações de consumo, afim de facilitar o trâmite processual em favor do consumidor, desde que se encontre em situação de vulnerabilidade processual.

3.3. As Mudanças na Distribuição do Ônus da Prova trazidas pelo CPC/2015

Após as mudanças e conquistas realizadas no ordenamento jurídico brasileiro, e diante das evoluções sociais e processuais, a aplicação do CPC/73 passou a ser insuficiente para tutelar os direitos processuais. Deste modo, em 08/06/2010 foi

⁶⁹ CAMBI, 2006, p.413.

⁷⁰ CAMBI, loc.cit.

⁷¹ Ibid, p. 414.

⁷² DIDIER JR., et.al. 2014, p. 132.

apresentado o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, buscando a atualização das técnicas processuais para ajustar-se a realidade social e política.

Depois de anos de tramitação, o novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015, foi sancionado em 16 de março de 2015, iniciando sua vigência em março de 2016.

O novo caderno processual, inovou ao legitimar a distribuição dinâmica do ônus da prova, tendo em vista que essa teoria já era aplicada na vigência do CPC/73 por intermédio de decisões judiciais. No entanto, manteve a regra geral de distribuição estática, preservando o caput do art. 333 do CPC/73, o qual, determina ao autor a produção de provas de fato constitutivo de seu direito, e ao réu as provas de fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor⁷³.

O legislador ao regulamentar a teoria dinâmica do ônus, a traz com uma política de exceção, devendo ser aplicada nos casos previstos em lei, e diante das peculiaridades do caso concreto, conforme exposto § 1º do art. 373. Nesse sentido, essa possibilidade de distribuição está relacionada a impossibilidade ou dificuldade em uma das partes realizar a instrução probatória, de modo que, o magistrado poderá atribuir o “ônus de provar” à parte contrária por meio de decisão fundamentada, para que esta produza as provas necessárias e indispensáveis ao processo.

No entanto, a decisão modificadora do encargo probatório não poderá gerar uma situação de impossibilidade ou de extrema dificuldade à parte contrária, conforme previsto § 2º do art. 373, tendo em vista que antes de decidir sobre a matéria o magistrado deverá analisar se a parte contrária terá condições necessárias de cumprir tal encargo.

Por fim, o novo CPC no § 3º do art. 373, formalizou a distribuição diversa do ônus da prova por convenção entre as partes, essa modalidade já existia no CPC/73, porém, de uma maneira contraditória, dando duplo sentido em sua interpretação. Assim, o novo diploma processual, confirmou a outorga de poderes atribuídos as partes para dinamizar o ônus, mediante acordo de vontades, antes ou durante o processo judicial⁷⁴.

⁷³ARDITO, Gianvito. **O ônus da prova no novo código de processo civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição do ônus da prova.** Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório. Salvador: JusPodivm, v.5, 2015. p. 215-217.

⁷⁴ CARPES, 2017, p. 154.

4 A TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A teoria da carga dinâmica da prova busca a flexibilização do sistema clássico e estático da distribuição do ônus probatório. Essa flexibilização teve origem nas teorias estudadas por Jeremy Bentham que entendia que ônus da prova deveria ser imposto caso a caso, ou seja, atribuído a parte que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes, levando em consideração as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto.

Todavia, a sistematização dessa teoria ocorreu no final do século XX, pelo jurista argentino Jorge Walter Peyrano que sob o fundamento da doutrina de James Goldschmidt deu contornos a teoria da carga dinâmica da prova. Considerando o argumento de que, a distribuição prévia e estática não atendia os fins buscados pelo processo⁷⁵.

Nesse sentido, relata Bruna Braga da Silveira:

O processo não está vinculado a uma relação jurídica estática entre as partes, mas sim à conduta judicial e à tutela jurisdicional pretendida, ou seja, à análise do Poder Judiciário, em uma perspectiva dinâmica. As partes vivenciam uma situação jurídica de expectativa da tutela jurisdicional, o que lhe faz agir em juízo, provando os fatos conforme o seu interesse, de acordo com as possibilidades do processo.⁷⁶

Assim, no século passado essa teoria já era aplicada na Alemanha, o qual a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Alemão utilizava em casos de responsabilidade médica com culpa gravíssima, no direito ambiental, e nas relações de consumo⁷⁷.

No direito espanhol, essa teoria é amplamente aplicada, o qual o Tribunal Supremo Espanhol pacificou sua aplicação com base no dever de colaboração das partes na descoberta da verdade, e na obtenção de um resultado justo.

⁷⁵ BAZZANEZE, 2012, p.54.

⁷⁶ SILVEIRA, 2012.

⁷⁷ Ibid.

Na Argentina o primeiro precedente registrado ocorreu em 1957, quando a Corte Suprema de Justiça de la Nación, determinou que um funcionário público na qualidade de réu, fizesse prova de seu enriquecimento, alegando que este teria melhor condição de produzir a prova do que o Estado, o qual era autor da ação⁷⁸. Entretanto, somente após a década de 90 que a doutrina argentina progrediu sobre o tema.

Assim, se manifesta o doutrinador Peyrano: “A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, deve recair sobre a parte que se encontre em melhores condições profissionais, técnicas ou fáticas para produzir a prova do fato contravertido”.⁷⁹:

Logo, diferentemente de Bentham que trata a distribuição do ônus como uma regra geral, Peyrano trata a teoria da carga dinâmica como uma regra excepcional, aplicável somente quando, no caso concreto, as regras clássicas de repartição do ônus se mostrarem inadequadas⁸⁰.

Deste modo, a dinamização do ônus, não afasta a aplicação da teoria rígida e estática, mas sim a complementa e aperfeiçoa o encargo de provar, sendo aplicada somente em determinados casos, ou seja, quando, a distribuição estática se apresenta como um obstáculo para a adequada prestação jurisdicional⁸¹.

Assim, a carga dinâmica busca atribuir excepcionalmente o ônus da prova à parte que, diante das circunstâncias, apresenta melhores condições de levar a prova em juízo e colaborar em busca da verdade, independentemente da posição processual, e da natureza dos fatos.

Entretanto, segundo doutrinadores brasileiros e argentinos, essa teoria funda-se no princípio da “colaboração” ou “cooperação” das partes com o juiz⁸², uma vez que os jurisdicionados devem colaborar harmonicamente com o órgão julgador, a fim de obter a verdade real dos fatos.

Deste modo, a aplicação dinâmica da prova busca a verdade dos fatos, viabilizando a igualdade processual das partes, a fim de possibilitar o direito à prova de forma equilibrada, bem como o real e efetivo acesso à justiça.

⁷⁸SILVEIRA, 2012.

⁷⁹PEYRANO, Jorge W. (Dir.); WHITE, Inés Lépori (Coord.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Buenos Aires, AG: Rubinzal : Culzoni Editores, 2004. p.21.

⁸⁰ZANETTI, Paulo Rogério. **Flexibilização das Regras Sobre o Ônus da Prova**. Curitiba-PR: Editora Moderna, 2005, p.123.

⁸¹SILVEIRA, 2012.

⁸²ZANETTI, op.cit., p.132.

Um dos princípios fundamentais dessa teoria é o “princípio da igualdade”, sendo aplicada de forma substancial, isto é, oferecendo um tratamento diferenciado aos desiguais diante de suas peculiaridades. Deste modo, essa distribuição busca superar a igualdade formal presente na distribuição estática, reduzindo as desigualdades probatórias entre os litigantes.

Nesse sentido, se posiciona Bruna Braga da Silveira: “Nos casos em que há desigualdade na produção probatória, a dinamização do ônus nada mais é que uma técnica de para a conformação constitucional do procedimento probatório”.⁸³

Assim, caso seja reconhecida a igualdade substancial no processo, está se diante do primeiro requisito de aplicação da carga dinâmica da prova. Por outro lado, caso essas diferenças sejam insignificantes para a formação probatória, não há que se falar em dinamização⁸⁴.

Outro princípio basilar para a compreensão dessa teoria é o “direito fundamental à prova”. Logo, somente haverá fragilização desse princípio nas hipóteses em que, a prova, embora seja possível, se apresenta obstaculizada à parte onerada⁸⁵. Dessa forma, ocorrendo essas desigualdades entre as partes, deve-se reconhecer tais princípios, de modo que estes são requisitos fundamentais para a dinamização.

Por fim, essa teoria busca adaptar a distribuição do ônus ao caso concreto, atendendo as peculiaridades existentes no processo, atribuindo o “encargo de provar” à parte que possui condições de cumprir tal atribuição.

4.1 A Carga Dinâmica do Ônus da Prova no Código de Processo Civil de 2015

No direito processual brasileiro a distribuição dinâmica da prova, teve início na vigência do CPC/73, sendo defendida e aplicada de forma jurisprudencial pelos tribunais, tendo em vista que, na prática, a regra geral de distribuição estática tornava-se insuficiente para solucionar casos específicos.

⁸³ SILVEIRA, 2012.

⁸⁴ CARPES, 2017, p. 154

⁸⁵ CARPES, loc. cit.

Nesse contexto, decisões judiciais começaram a impulsionar a justiça no caso concreto, dinamizando a regra estática probatória. Deste modo, relata Thaís Bazzaneze⁸⁶, “cumpre mencionar que a teoria se desenvolveu no repertório jurisprudencial brasileiro, principalmente no Tribunais dos Estados do Sul e Sudeste do País.”

Assim, uma das primeiras decisões consagrada no Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, ocorreu em 1996 no julgamento do REsp 69.309/SC, que relatava o seguinte:

O v. acórdão apenas se colocou ao lado da orientação que hoje predomina na matéria sobre culpa médica, que é a da teoria dinâmica da prova, segundo o qual cabe ao profissional esclarecer ao juízo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica.⁸⁷

Semelhantemente, decidiu a Ministra Nancy Andrighi em 2013 no julgamento do REsp 128.6704/SP:

Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.⁸⁸

No entanto, em 2015 com o advento do Novo Código de Processo Civil, o legislador positivou tal regra ao ordenamento jurídico, atribuindo ao magistrado a possibilidade de modificar a distribuição do ônus prova, conforme exposto no art. 373, § 1º:

Art. 373, § 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,

⁸⁶ BAZZANEZE, 2012. p.67.

⁸⁷DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n.280, fev./2001. Disponível em: <<http://spud.adv.br/wp-content/uploads/2015/08/Distribuicao-dinamica-do-onus.pdf>>. Acesso em 17 mar. 2018.

⁸⁸Acórdão citado pela relatora Rel. Ministra Nancy Andrighi STJ, REsp 1286704/SP , Terceira Turma, julgado em 22.10.2013, DJe 28.10.2013.

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.

Assim, com a leitura do parágrafo primeiro compreende-se três hipóteses de aplicação da carga dinâmica da prova: a) nos casos previstos em lei; b) diante das peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo; c) maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário⁸⁹.

A primeira hipótese pode ser relacionada ao art. 396 do CPC/2015, o qual dispõe: “O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder”. Assim, poderá o magistrado romper a carga estática probatória para determinar que à parte contrária, àquela que alegou o fato, apresente a prova documental ou coisa que esteja em seu poder⁹⁰.

Na segunda hipótese as peculiaridades da causa devem estar relacionadas à “impossibilidade” ou a “excessiva dificuldade” de cumprir o ônus, assim, o magistrado deverá analisar o caso concreto, e se há impossibilidade ou dificuldade de cumprimento desse encargo nos termos da regra geral, para somente assim atribuí-lo de maneira diversa, devendo verificar se a parte contrária terá reais condições de produzir as provas necessárias⁹¹.

Nesse seguimento, se manifesta Arthur Carpes:

Ao referir que tais peculiaridades dizem respeito à “impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput”, o novo CPC dispõe que a aplicação das regras deve ser mediada pelo direito fundamental à prova, Além disso, o texto da lei refere que a aplicação das regras dependerá também do exame quanto “à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”, o que significa que a dinamização depende da constatação de que a parte desonerada encontra-se em posição de vantagem no que diz respeito à prova, hipótese em que o juiz deverá promover a paridade de armas.⁹²

⁸⁹THAMAY, Renan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. **RJLB**, ano 2, n. 4, 2016. p. 1461-1462. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/4/2016_04_1441_1465.pdf>. Acesso 17 mar. 2018.

⁹⁰ THAMAY, loc. cit.

⁹¹ THAMAY, loc. cit.

⁹² CARPES, 2017, p.116.

A última hipótese refere-se à facilidade em produzir a prova, assim será identificada pelo magistrado à parte que detém melhores condições de produzi-la, considerando as condições técnicas, científicas e o acesso aos elementos probatórios.

Assim, antes de realizar a distribuição do ônus de forma dinâmica, o juiz deve analisar o caso concreto e se perguntar: “*É impossível, ou extremamente difícil, a produção da prova pela parte onerada?*”; ou, “*É mais fácil, à outra parte, produzir prova da hipótese contrária?*”⁹³. Deste modo, sendo positivas as respostas, o juiz poderá atribuir o ônus à parte, que segundo ele, terá melhor condições de produzi-la, devendo atentar-se as formalidades expressas no código.

Uma dessas formalidades, é a decisão motivada, ou seja, o juiz ao redistribuir o ônus deve o fazer por meio de decisão fundamentada, conforme os requisitos previstos no § 1º art. 489 do CPC. Deste modo, deverá o magistrado demonstrar os motivos e requisitos que o levaram a redistribuir o ônus da prova a parte contrária.

A segunda formalidade atribuída ao magistrado está regulamentada art. 373, § 2º do CPC, o qual, cabe ao juiz verificar se a redistribuição do ônus da prova não implicará em prova diabólica. Assim, segundo Didier Jr.⁹⁴, prova diabólica é aquela cuja sua produção é considerada impossível ou extremamente difícil.

No entanto, quando se afirma que um fato ou enunciado é difícil de ser provado, significa dizer que há uma dificuldade em criar uma convicção racional de consciência entre a realidade processual narrada e a realidade de fato.⁹⁵

Contudo, há casos em que a prova é unilateralmente diabólica, ou seja, impossível ou extremamente difícil para uma das partes, mas possível de realização para a outra, nesses casos, o juiz poderá aplicar a dinamização do ônus. Por outro lado, existem situações em que a prova é impossível ou extremamente difícil para ambas as partes, neste caso, se está diante de uma prova bilateralmente diabólica.⁹⁶

Nesse contexto, diante da impossibilidade de ambas as partes produzirem provas, surge entre elas uma situação de igualdade, pois ambas estão no mesmo nível de dificuldade. Portanto, nesses casos não há que se falar em dinamização do

⁹³CARPES, 2017, p.117.

⁹⁴DIDIER JR., et.al., 2014, p. 116

⁹⁵SILVA, Paula Costa; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**, n.222, ago. /2013. p.8. Disponível em: <http://www.academia.edu/8941789/Prova_dif%C3%ADcil_da_probatio_levior_%C3%A0_invers%C3%A3o_do_%C3%B3nus_da_prova>. Acesso 18 mar.2018.

⁹⁶DIDIER JR., et.al., op. cit., p.119.

ônus, tendo em vista que não houve a fragilização do direito fundamental à igualdade.⁹⁷

Assim, o magistrado para formar o seu convencimento deverá analisar o caso concreto, e verificar qual das partes arcará com as consequências da insuficiência de provas. Nesse sentido, aduz Didier Jr.: Para definir qual será sua regra de julgamento (ônus objetivo) cabe ao juiz verificar ao final da instrução, qual das partes assumiu o “risco da inesclarecibilidade”, submetendo-se à possibilidade de uma decisão desfavorável.⁹⁸

No entanto, se a inviabilidade da prova for para comprovar o fato constitutivo do direito do autor, e está for impossível de ser produzida por ele e pelo réu, aplica-se a regra geral prevista no art. 373, I, CPC/2015, tendo em vista que, dinamizar o ônus implicaria em hipótese de prova diabólica reversa.⁹⁹

Dessa forma, se manifesta Artur Carpes

O fenômeno da probatio diabólica reversa decorre da aplicação indevida da técnica de dinamização. Em outras palavras: quando a transferência do ônus da prova acarreta semelhante dificuldade probatória para a parte contrária.¹⁰⁰

Logo, ao se inverter o ônus é preciso prever, que a parte que irá assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, sob pena dessa distribuição significar a transferência de um prejuízo e não apenas de um ônus. Nesse contexto, explica Paula Costa Silva:

Quando se impõe a alguém que faça prova de um facto, parte-se do princípio que o facto, em si, é susceptível de ser provado. E quando se impõe a um concreto sujeito a prova de um determinado facto, quando este é invocado em um determinado contexto, parte-se do princípio que a prova de certo trecho da realidade é mais facilmente realizável por esse sujeito do que pelos demais a quem tal facto interessar¹⁰¹.

⁹⁷ CARPES, 2017, p.117.

⁹⁸ DIDIER JR., et.al., 2014, p. 119.

⁹⁹ CARPES, op. cit., p.121.

¹⁰⁰ CARPES, loc. cit.

¹⁰¹ SILVA; REIS, .2013, p.7.

Dessa forma, a dinamização do ônus probatório só será eficaz, quando a impossibilidade ou dificuldade, atingir apenas uma das partes, tornando-se viável ou muito mais fácil a sua produção pela parte contrária.

Em contrapartida, a dinamização do ônus da prova, poderá ser realizada de forma convencional, isto é, por acordo entre as partes, conforme previsto no § 3º do art. 373 do CPC, o qual será objeto de estudo no capítulo seguinte.

4.2 Os Poderes Instrutórios ao Juiz e a Carga de Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

Poderes instrutórios são aqueles exercidos pelo magistrado para determinar que as partes realizem diligências para instruir o processo, tendo como principal objetivo formar o seu convencimento.¹⁰²

O Código de Processo Civil de 1973 em seus arts. 130 e 131, atribuía ao magistrado poderes para determinar de ofício ou a requerimento das partes, as provas necessárias para a instrução do processo, bem como a livre apreciação do conjunto probatório incluído aos autos, ainda que não alegados pelas partes, desde que informasse na sentença os motivos que formaram o seu convencimento.

Contudo, tal aplicação utilizada conjuntamente com o art. 333, tornava-se incoerente, pois diante da regra estática de distribuição do ônus, o magistrado não poderia dispor dos poderes instrutórios para modificar o encargo atribuído as partes. Assim, tais dispositivos somente eram aplicados após a instrução probatória, nos casos de permanência de dúvida pelo magistrado, tendo em vista que a atribuição de poderes ilimitados ao juiz ocasionaria um abandono a teoria estática do ônus da prova.

Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos explica:

Cumprir observar, porém que o poder de iniciativa judicial, nesse terreno, deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes, para que seja somente utilizado nos casos em que houver necessidade de melhor esclarecimento da verdade, sem o que não fosse possível ao juiz, de consciência tranquila proferir sentença. A regra é que as provas sejam

¹⁰²CASTRO, Daniel Penteadó. **Poderes Instrutórios do Juiz**. Fundamentos, interpretações e dinâmica. São Paulo-SP: Editora Saraiva. 2013. p. 175.

propostas pelas partes: por exceção o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa.¹⁰³

Assim, a doutrina pátria entendia que ao instituir poderes ao magistrado, estaria violando o princípio da imparcialidade, isto é, defendia-se que a atividade probatória deveria ser realizada exclusivamente pelas partes, sem qualquer intervenção do juiz.¹⁰⁴

No entanto, Bedaque¹⁰⁵ discorda desse entendimento doutrinário de violação ao princípio da imparcialidade, pois segundo ele, quando o magistrado determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber seu resultado, o poder instrutório do juiz não favorece nenhuma das partes, apenas possibilita uma apuração mais completa dos fatos.

Nesse sentido, leciona José Carlos Barbosa Moreira, citado por Bedaque:

Não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo, e com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tenha razão, ou seja, aquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material.¹⁰⁶

Isto posto, os poderes instrutórios do juiz devem ser independentes e neutros com relação ao interesse das partes, pois está pautado no princípio da igualdade e do contraditório. De modo que ao designar a produção de uma determinada prova, deve possibilitar que a parte contrária se manifestar sobre ela.

Com o advento do CPC/2015 e com a possibilidade de dinamizar o ônus da prova, os poderes instrutórios do juiz passaram a ser ampliados, conforme previsto no art. 139 do CPC/2015. No que se refere as provas, foi outorgado ao magistrado a capacidade de alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela de direitos.¹⁰⁷

¹⁰³ SANTOS, 1999, p. 350.

¹⁰⁴ GRECO FILHO, 2003, p. 227-228.

¹⁰⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3ª Ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 107-108.

¹⁰⁶ MOREIRA apud BEDAQUE, 2001, p. 108.

¹⁰⁷ CARPES, 2017, p.92.

Essa mudança, está pautada no modelo de cooperação (art. 6º do NCPC), o qual vê o processo de forma democrática, constituindo uma moderna concepção da relação jurídica processual, com a finalidade de obter uma decisão de mérito justa e igualitária.

Nesse sentido, se posiciona Marinoni e Arenhardt: O processo não busca atender somente os interesses das partes, há um interesse público na correta solução do litígio.¹⁰⁸

Logo, os poderes outorgados ao juiz possibilitam um melhor desempenho da atividade jurisdicional, pois tem como objetivo tornar o processo mais eficiente, mudando a imagem do juiz inerte e alheio a realidade dos fatos.¹⁰⁹

4.3. O Momento Processual adequado para determinar a Dinamização do Ônus probatório

Considerando que na vigência do CPC/73 a distribuição do ônus da prova era tão somente aplicada de forma estática, as partes ao buscar o Judiciário, já sabiam quais encargos probatórios iriam assumir, assim, ao ingressar com uma ação judicial, o autor já apresentava as provas do fato constitutivo de seu direito.

Assim, após promulgação da CF/88 e do CDC, a doutrina, passou a entender que para garantir o princípio do contraditório e da ampla defesa a inversão do ônus da prova deveria acontecer antes da fase instrutória, para que assim se permitisse o direito de manifestação¹¹⁰.

Nesse sentido, o direito do contraditório, ganhou contornos definitivos com o advento do NCPC, pois ao atribuir a distribuição dinâmica da prova, possibilita que a parte contraria possa se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. Deste modo, o momento apropriado para atribuir a dinamização do ônus da prova é aquele que possibilita à parte onerada o cumprimento desse encargo, ou a possibilidade de se desincumbir.

Desse modo, se manifesta Artur Carpes¹¹¹:

¹⁰⁸ MARINONI; ARENHART, 2000, p. 192.

¹⁰⁹ CARPES, op. cit., p.93.

¹¹⁰ LOURENÇO, 2015, p.25.

¹¹¹ CARPES, 2017, p.93.

O momento adequado é, portanto, aquele que melhor outorgue à parte que recebe o ônus a possibilidade de seu respectivo cumprimento, o qual coincide com a fase de saneamento e organização do processo, conforme determinado no art. 357 do CPC/2015.

Por fim, o legislador foi específico ao determinar a distribuição do ônus na fase de saneamento. Tal determinação tem por finalidade organizar o processo para que não ocorra violação do direito fundamental à prova, e assim obter a efetividade da tutela jurisdicional.

5 A DISTRIBUIÇÃO DIVERSA DO ÔNUS DA PROVA POR CONVENÇÃO PROCESSUAL

Conforme mencionado no terceiro capítulo desse trabalho, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de distribuir o ônus da prova por convenção das partes, essa modalidade está prevista no § 3º do art. 373 do CPC/2015.

Trata-se assim de um negócio jurídico processual, o qual era aplicado na vigência do CPC/73. Assim, conceitua Antônio Pereira Gaio Junior:

Os negócios jurídicos processuais são atos processuais de natureza negocial, que permitem às partes demasiada manifestação da autonomia da vontade privada na flexibilização procedimental de seus direitos, de determinada matéria de caráter processual.¹¹²

Deste modo, o art. 190 do NCP, permite que as partes, plenamente capazes e de comum acordo, nas causas que versam o direito da autocomposição, estipulem mudanças no procedimento para ajustá-los às especificidades da causa, bem como convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Assim, tratando-se de negócio jurídico, a convenção deverá obedecer aos requisitos impostos na legislação civil, entre eles o regime jurídico de nulidade¹¹³.

Isto posto, os negócios jurídicos processuais são meios de flexibilização que visam adequar o processo à realidade escolhida diante da manifestação da autonomia privada das partes. Contudo, instituído a demanda, o negócio jurídico processual torna-se uma forma de gestão do processo¹¹⁴.

Essa negociação possui fundamentos no princípio da cooperação processual, o qual impõe a colaboração dos sujeitos processuais entre si, com intuito de solucionar a lide. Tal princípio encontra-se positivado no art. 6º do CPC/2015: “Todos os sujeitos

¹¹² GAIO JUNIOR, 2017, p. 57.

¹¹³ PONTES, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio Jurídico Processual e Flexibilização do Procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v.16, jul.-dez/2015. p.308. Disponível em: <file:///C:/Users/131092187/Downloads/19968-65055-1-PB.pdf>. Acesso 21 mar.2018.

¹¹⁴ PONTES; ROMÃO, loc. cit.

do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Dessa forma, explica Gaio Junior:

Torna-se imprescindível a cooperação entre todos os sujeitos do processo, o que impõe às partes e advogados mútuo respeito, colaboração e boa-fé e, ao magistrado, precipuamente, o dever de dialogar com aqueles, para esclarecer, prevenir, auxiliar ou sanar eventuais percalços procedimentais. E, a partir disso, dar “concretude ao dever de cooperação entre juiz e as partes, por meio do diálogo, do esclarecimento, do auxílio e da prevenção.”¹¹⁵

Assim, a convenção processual permite que as partes negociem entre elas procedimentos para conduzir o processo, prevendo possibilidades de negociação processual, como por exemplo: a fixação de obrigações e sanções; ampliação de prazos de qualquer natureza; dispensar o efeito suspensivo do recurso de apelação; entre outras possibilidades.¹¹⁶

Deste modo, percebe-se que há uma inclusão da autonomia privada dentro da esfera processual, o qual, atribui aos demandantes poderes para solucionar seus conflitos por meio da autocomposição. Assim, o Novo Código de Processo proporciona um sistema mais democrático aliado às expectativas das partes. No entanto, esse poder atribuído as partes não deve ser compreendido com uma tendência de privatização do processo, mas sim como um meio de resolução de conflitos. Nesse sentido, se manifesta Marcelo Dias Pontes e Pablo Freire Romão:

Esse poder das partes, não pode ser entendido como uma predisposição à privatização do processo, mas retrata o entendimento de que aquelas, como destinatárias da prestação jurisdicional, possuem interesses em deliberar sobre a atividade-meio e, em determinadas situações, encontram-se mais habilitadas do que o magistrado para escolher os rumos do procedimento e estabelecer providências em consonância com os escopos publicísticos do processo civil.¹¹⁷

No que diz respeito ao ônus da prova, o parágrafo 3º do art. 373 do Novo Código regulamenta o negócio jurídico processual em torno de sua distribuição, nesse

¹¹⁵ GAIO JUNIOR, 2017, p. 59-60.

¹¹⁶ PONTES; ROMÃO, 2015, p.311.

¹¹⁷ PONTES, ROMÃO, loc. cit.

sentido se posiciona Marinoni: O ônus da prova pode ser distribuído, a princípio, livremente entre as partes, que podem estabelecer, de comum acordo, que determinado fato deva ser provado por esta ou aquela.¹¹⁸

Conjuntamente, o Código regulamenta o momento de sua formação, podendo ser constituída antes ou durante o curso do processo, conforme expresso no §4º do art. 373. No entanto, Pontes de Miranda¹¹⁹, defendia que a convenção acerca do ônus da prova somente poderia ser constituída antes do surgimento de um processo, nesse sentido aduz: “Se traçaram dois limites a tal acordo entre figurantes de algum negócio jurídico com a previsão de algum dia se iniciar alguma ação”.¹²⁰

Porém, não faz sentido que a convenção do ônus da prova seja formada antes do início de um processo, tendo em vista que, as partes, muitas vezes, por agirem de boa-fé, não esperam um surgimento de um litígio entre elas, além do mais, não existe qualquer vedação sobre a convenção de distribuição do ônus acontecer no decorrer do processo, pelo contrário, a própria legislação prevê tal modo de distribuição.¹²¹

No entanto, ocorrendo a convenção acerca da distribuição do ônus da prova extrajudicialmente, isto é, antes de se iniciar um processo, é relevante que seja analisada o boa-fé objetiva das partes, para que se evite um comportamento contraditório da parte beneficiada com a inversão do ônus.

Deste modo, considerando que a vontade é elemento fundamental do negócio jurídico, é necessária a manifestação expressa das partes quanto a aceitação de distribuição do ônus probatório por convenção, para que assim se configure o negócio jurídico processual, tendo em vista que a convenção do ônus probatório, constitui renúncia a regra geral de distribuição do ônus (art. 373, I e II, do CPC), devendo ser interpretados os termos do art. 114 do Código Civil.¹²²

Entretanto, nada impede que após a convenção de distribuição do ônus, o magistrado investigue a negociação realizada entre as partes, tendo em vista que o

¹¹⁸MARINONI, 2015, p.200.

¹¹⁹MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro-RJ: Editora Forense, 2001. p.273

¹²⁰ MARINONI, op.cit.

¹²¹MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do Ônus da Prova por Convenção Processual. **Revista de Processo**. 2015. p.409

¹²²Ibid, p.410.

negócio jurídico processual poderá acarretar o cometimento de fraudes, que poderiam vim a prejudicar terceiros¹²³.

Contudo, o CPC prevê algumas restrições acerca da distribuição do ônus da prova por convenção, segundo o legislador não será permitida a convenção quando essa: *i) recair sobre direito indisponível da parte; ii) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.*

No que diz respeito à implicação do direito indisponível da parte, a restrição visa impedir que convenção venha mascarar as disposições do direito indisponíveis¹²⁴. Assim, nas lições de Jacinto Fernandez Rodrigues Bastos, o direito será indisponível quando: “o seu titular não puder se privar dele por simples acto de vontade”¹²⁵, seja por determinação legal, por sua natureza, ou por torna-lo inalienável.

A segunda restrição, versa sobre a “excessiva dificuldade” atribuída a uma das partes, trata-se do mesmo requisito geral para a dinamização do ônus probatório, o qual, fragiliza o direito fundamental à prova, pois torna sua produção onerosa pela parte contrária.

Entretanto, o Código de Defesa do Consumidor também prevê que a dinamização convencional do ônus probatório não pode ocorrer em prejuízo ao consumidor, conforme previsto no art. 51, VI. Assim, a inclusão de cláusula em contrato de adesão, prevendo a modificação do ônus da prova de maneira que prejudique o consumidor, deve ser declarada nula de pleno direito.

Por fim, a convenção acerca do ônus da prova é considerada uma hipótese de dinamização do ônus estabelecida de comum acordo entre as partes, com o propósito de flexibilizar a regra geral de distribuição probatória.

¹²³MOUZALAS,; ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p.409.

¹²⁴DIDIER JR., et.al., 2014, p. 120.

¹²⁵BASTOS, Jacinto Fernandez Rodriguez. **Código Civil Português**. Almedina, 2008. p.38.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo é considerado um instrumento pelo qual são praticados atos regulados pelas normas jurídicas processuais de modo a exercer a função jurisdicional. Dessa forma, em um Estado Democrático, o processo deve servir como uma garantia fundamental aos litigantes, de modo que sejam garantidos, a efetividade dos princípios do contraditório, da ampla defesa, e da isonomia.

Isto posto, para obter uma pretensão desejada na relação processual, é indispensável a comprovação dos fatos alegados, assim, a instrução probatória tem importância fundamental no desenvolvimento do processo, tendo em vista que é um mecanismo que busca o conhecimento de um fato. Nesse sentido, não dúvidas de que as normas referentes a distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, isto é, são normas que orientam o magistrado a decidir a causa quando há uma insuficiência de material probatório, tendo em vista que esse

Deste modo, as partes devem ser incentivadas a produzir as provas, de modo que assim haverá um melhor desenvolvimento processual. No entanto, nem sempre as partes conseguiram atingir a finalidade de se produzir as provas necessárias a formar o convencimento do magistrado, diante dessa impossibilidade forma-se uma insuficiência probatória no processo.

Para solucionar esse tipo de pendência, o Novo Código de Processo Civil regulamenta a possibilidade de distribuir o ônus da prova de forma dinâmica, atribuindo o encargo de provar a parte que obtém melhores condições processuais, ou seja, melhores condições de auxiliar na formação do convencimento do juiz.

Dessa forma, a nova legislação processual busca solucionar conflitos, que anteriormente eram julgados improcedentes diante da insuficiência de provas. Essa perspectiva, visa uma postura cooperativa entre as partes, a fim de otimizar o debate processual, e atingir a finalidade do processo, qual seja, o julgamento da demanda.

Logo, o magistrado deverá analisar o caso concreto, e verificar se é necessário a dinamização do ônus, bem como se a parte contrária terá condições de cumprir com tal atribuição. Desta feita, a modificação do ônus deverá ocorrer em momento que permita ao onerado a oportunidade de cumprir tal encargo, não podendo ocorrer em momentos processuais que dificulte ou prejudique a parte onerada, como por exemplo, na sentença.

No entanto, considera-se a fase de saneamento, o momento processual mais adequado para distribuir o ônus de forma diversa, pois atribui a parte onerada a possibilidade de se desincumbir de tal ônus.

Por outro lado, a distribuição do ônus poderá ocorrer por convenção das partes, permitindo que as partes negociem entre si, a fim de definir quem arcará com ônus de provar, ou quais provas que cada uma irá produzir.

Por fim, a nova legislação processual busca solucionar os as divergências processuais no que se refere a distribuição do ônus da prova, atribuindo poderes ao magistrado – permitindo dinamizar o ônus probatório; e poderes as partes – para negociarem entre si acerca do ônus da prova.

REFERÊNCIAS

- ARDITO, Gianvito. **O ônus da prova no novo código de processo civil: a excepcionalidade da aplicação da teoria da distribuição do ônus da prova.** Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório. Salvador: JusPodivm, v.5, 2015.
- BASTOS, Jacinto Fernandez Rodriguez. **Código Civil Português.** Almedina, 2008.
- BAZZANEZE, Thaís. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios: Análise à Luz do Devido Processo Legal e do Acesso à Justiça. **Revista de Processo.** 2012.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz.** 3ª Ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 107-108.
- BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil.** 1988.
- BRASIL. **Código de Processo Civil.** 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19 fev. 2018.
- BRASIL. **Código de Processo Civil.** 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19 fev. 2018.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 22 fev. 2018.
- BRASIL. **Código Civil Brasileiro.** 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 02 abr. 2018.
- CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil.** Admissibilidade e Relevância. Curitiba-PR: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 20.
- CARPES, Artur Thompsen. **Ônus da Prova no Novo CPC do Estático ao Dinâmico.** Curitiba-PR: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- CASTRO, Daniel Penteado. **Poderes Instrutórios do Juiz.** Fundamentos, interpretações e dinâmica. São Paulo-SP: . Editora Saraiva. 2013.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Campinas-SP: Editora Bookseller, 2009.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; et.al. **Teoria geral do processo.** 25. ed. São Paulo-SP: Malheiros. 2009. p. 90.
- DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios. **Revista Jurídica,** Porto Alegre, n.280, fev./2001. Disponível em:

<<http://spud.adv.br/wp-content/uploads/2015/08/Distribuicao-dinamica-do-onus.pdf>>. Acesso 17 mar. 2018.

DICIONÁRIO ETIMOLOGICO. **Prova.** 2018. Disponível em: <<https://www.dicionarioetimologico.com.br/prova/>>. Acesso em: 03 mar.2018.

DIDIER JR., Fredie, et.al. **Curso de direito processual civil.** Vol. 2, Salvador-BA: Editora. JusPodivw, 2014.

DONIZETTI, Elpídio. **Fase instrutória ou probatória.** 18.jan.2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/01/18/fase-instrutoria-ou-probatoria/>. Acesso em: 03 mar.2018.

FUX, Luiz. Ministro Fux explica reforma do CPC. STJ, **Boletim informativo**, s/d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/LuizFux/Entrevistas/900673.pdf>>. Acesso em 11 dez. 2017.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. **Instituições de Direito Processual Civil**, Belo Horizonte-MG: Editora Del Rey, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Brasileiro.** Curitiba-PR: Editora Saraiva, 2003. p. 181-182

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e Inversão do Ônus da Prova.** Rio de Janeiro-RJ: Editora Renovar, 2004.

LIEBMAN, Enrico Tulio apud MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** Vol. II, Campinas-SP: Editora Bookseller, 1997.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil.** Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC.** São Paulo-SP: Editora Método, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil, **Revista dos Tribunais**, v.2, 2015. p. 251.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro-RJ: Editora Forense, 2001.

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do Ônus da Prova por Convenção Processual. **Revista de Processo.** 2015.

PEYRANO, Jorge W. (Dir.); WHITE, Inés Lépori (Coord.). **Cargas probatorias dinâmicas**. 1. ed. Buenos Aires, AG: Rubinzal : Culzoni Editores, 2004.

PONTES, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio Jurídico Processual e Flexibilização do Procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v.16., jul.-dez./2015. Disponível em: <file:///C:/Users/131092187/Downloads/19968-65055-1-PB.pdf>. Acesso 21 mar.2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. Curitiba-PR: Editora Saraiva, 1999. p. 335.

SILVA, Paula Costa; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**, n.222, ago./2013. p.8. Disponível em: <http://www.academia.edu/8941789/Prova_dif%C3%ADcil_da_probatio_levior_%C3%A0_invers%C3%A3o_do_%C3%B3nus_da_prova>. Acesso 18 mar.2018.

SILVEIRA, Bruna Braga da. Notas sobre a teoria dinâmica do ônus da prova. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v.13, n. 52, p. 266, out./dez.2012.

THAMAY, Renan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. **RJLB**, ano 2 n. 4, , 2016. p.1461-1462. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2016/4/2016_04_1441_1465.pdf>. Acesso 17 mar. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso do Direito Processual Civil**, Rio de Janeiro-RJ: Editora Forense, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. Aspectos Curiosos da Prova Testemunhal. **Revista Tribunal Regional do Trabalho**, Belo Horizonte, v.48, n.78, , jul./dez.2008. Disponível em; <<http://docplayer.com.br/17105877-Aspectos-curiosos-da-prova-testemunhal-sobre-verdades-mentiras-e-enganos.html>>. Acesso 03 mar.2018.

ZANETTI, Paulo Rogério. **Flexibilização das Regras Sobre o Ônus da Prova**. Curitiba-PR: Editora Moderna, 2005.