

DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA PREVISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Nathália Juliani Campana¹

RESUMO: Atendendo aos objetivos para o qual o Código de Processo Civil foi editado, o Artigo 373 permite ao magistrado distribuir o ônus probatório de forma diversa da prevista na Legislação Processual Civil de 1973, quando houver a impossibilidade ou a excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório sobre os fatos alegados, ou ainda quando houver maior facilidade de obtenção da prova por uma das partes. Parte-se da premissa que existem, nas relações processuais, a parte mais vulnerável, que teria dificuldade na produção das provas a respeito do seu direito, sendo assim, de ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá efetivar a distribuição dinâmica da produção das provas. No Código de Processo Civil de 1973, em seu Artigo 333, sinteticamente distribuía o ônus probatório às partes, segundo os fatos constitutivos do direito por cada um invocado, a inversão apenas era disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de norma processual envolta na distribuição do ônus probatório, em que pese à norma, seja silente quanto ao momento oportuno para decidir por inverter tal ônus. A jurisprudência tem sinalizado que o momento adequado seria durante o saneamento processual, não se afastando, contudo, a inversão após este ato, desde que, neste caso, seja conferido à parte incumbida de desenvolver tal prova a oportunidade de fazê-lo, reabrindo-se a fase instrutória.

PALAVRAS-CHAVE: Ônus da Prova. Inversão do Ônus da Prova. Novo Código de Processo Civil. Distribuição do Ônus da Prova.

ABSTRACT: In view of the objectives for which the Civil Procedure Code, article 373, allows the magistrate to distribute the evidentiary burden in a different way from the legislation in the Civil Procedure Legislation of 1973, when there is the impossibility or the excessive difficulty of fulfilling the burden of proof on the alleged facts, or even when it is easier to obtain the evidence by one of the parties. It starts from the premise that exists in procedural relations, a more vulnerable part, that has difficulty in the production of the evidence with respect to its right, thus, ex officio or a request of the parties or judge can effect a dynamic distribution of the evidence production. In the Code of Civil Procedure of 1973, Article 333, synthetically distributed the burden of proof to the parties, according to the constituents of the law for each one invoked, a reversal was only disciplined by the Code of Consumer Protection. Since it is a procedural rule involved in the distribution of the burden of proof, in spite the rule is silent as to the timing to decide by to reverse such onus, the jurisprudence has indicated that the appropriate time would be during the winding-up proceedings, not moving away, however, an inversion after this act, provided that, in this case, the party responsible for development is vested with proof of an opportunity for delay, and the investigation phase is reopened.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Especialista em Processo Civil pela UNIPAR. Advogada.

KEYWORDS: Burden of Proof. Reversal of the Burden of Proof. New Civil Procedure Code. Distribution of the Burden of Proof.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a importância da distribuição do ônus da prova trazida pela atualização do Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, especificamente em seu artigo 373, §1º, compreendendo a necessidade de sua aplicação, indicando o posicionamento do legislador e quais as condições para concessão deste instituto.

A inversão do ônus da prova, anteriormente, tinha previsão apenas no Código de Defesa do Consumidor, utilizada nas demandas consumeristas quando constatada a hipossuficiência e/ou a verossimilhanças das alegações, que deveriam ser aferidas pelo magistrado.

Visualizando a abrangência e a necessidade com a reforma do Código de Processo Civil, recepcionou-se o instituto da distribuição do ônus da prova para solução adequada da lide, se atentando a algumas alterações necessárias, que serão exteriorizadas no decorrer deste artigo.

Dar-se-á a exposição das noções gerais quanto a esta particularidade de distribuição de produção de provas e suas maiores discussões entre os doutrinadores, bem como o procedimento necessário para sua concessão, a fim de não causar privilégios as partes.

Será apresentado, também, o momento ideal acerca da aplicação do instituto, delimitando o texto normativo a esse respeito, bem como qual tem sido o entendimento jurisprudencial majoritário.

1 REFORMA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em 22 de dezembro de 2010 foi apresentado ao Senado Federal o Projeto de Lei 166/2010. Percorridos 05 (cinco) anos de tramitação foi transformado na Lei nº 13.105/2015, sancionada em março de 2015, como o Novo Código de Processo Civil, trazendo-nos mudanças significativas e essenciais para o Poder Judiciário.

Embora a mudança não tenha sido reconhecida como revolução no Direito Processual Civil, pôde-se, confiantemente, afirmar que a reforma trouxe acréscimos de institutos e retiradas de demandas que geraram impactos significativos no cotidiano forense.

Antes da mudança do Diploma Processual Civil, os tribunais se viam diante de numerários sem fim, ações judiciais subiam para os tribunais superiores sem que houvesse um “pente fino” necessário para o deslinde processual de forma célere e econômica. As partes

dentro da relação jurídica não se importavam com o que era postulado ou manifestado no processo, apenas praticavam atos para que as demandas protelassem por anos, sabendo que não gerariam encargos.

A reforma atual veio atender uma proposta significativa de dinamização processual, atendendo a realidade contemporânea. Dentre as maiores alterações destaca-se a criação de mecanismos funcionais, buscando a conciliação e mediação entre as partes, a fim de que elas solucionem o litígio ainda no início do processo, sem que este dependa do giro completo do sistema judiciário.

Mantendo-se o sistema anterior, em alguns anos, nossos tribunais não suportariam a sobrecarga dos níveis de processo, levando processos que durariam meses a terem uma solução após anos, travando as demandas que necessitam de agilidade. A busca incessável pela solução amigável foi revelada pela atual reforma, sofrendo os ajustes essenciais, permitindo que as partes entre si resolvam os conflitos.

Foi retirada a nomenclatura de processo cautelar, deixando a cargo das tutelas provisórias assumirem este papel, do qual, pela união dos procedimentos em um mesmo processo, efetuará os requerimentos necessários. Trouxe mediante previsão expressa a tutela de evidência e sistematizou as tutelas de urgência.

Deu luz ao sistema de precedentes com a finalidade de estabilizar a jurisprudência, importando aos juízes e tribunais seguir a jurisprudência consolidada, priorizando a coerência de julgamentos e a segurança jurídica de quem opera o direito.

Simplificou-se as defesas, quando o Réu tinha interesse em apresentar manifestações quanto à incompetência, ilegitimidade de parte, pedido contraposto ou até mesmo quanto à alegação da imparcialidade do juízo, este deveria ser feito em peça apartada, gerando custos desnecessários e maiores delongas ao processo. O Novo Processo Civil aboliu os incidentes e concentrou as matérias de defesa todas na contestação.

Unificou a contagem de prazos para o melhor entendimento, abolindo a contagem em dias corridos, disponibilizando a folga para os advogados e serventes da justiça em sábados e domingos. Criou-se também uma sequência lógica para os julgamentos, não deixando a critério do juiz qual decisão será proferida inicialmente e, sim, estabelecendo uma ordem de acordo com a distribuição processual, não importando a complexidade da causa, trazendo a visibilidade do princípio da igualdade.

Buscou proteger as partes de decisões surpresas, impondo que toda matéria e providências devem ser posicionadas após o contraditório, de modo que nenhum

pronunciamento cause espanto ou prejudique as partes, sem que tenha se manifestado em seu favor.

Trouxe, ainda, segurança aos advogados e uma maior importância à classe, alterando as regras referenciadas dos honorários advocatícios, estabelecendo o seu recebimento nas fases recursais, ou seja, aquela parte que for derrotada arcará com honorários de sucumbência, cumulando com os arbitrados na sentença. Contando que o Artigo 85, §14, constituiu o direito do advogado em instituir os honorários como verba alimentar.

Dentre outras mudanças significativas e acolhedoras, o Código de Processo Civil, fez prevalecer os ditames da nossa Magna Carta, deixando claro em seu Artigo 1º, que o ordenamento deverá ser disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal.

Atualmente, os tribunais de origem são submetidos a avaliar os requisitos de admissibilidade, influenciando significativamente nos resultados futuros da prática jurisdicional, reduzindo o número de ações e, conseqüentemente, trazendo agilidade na obtenção da resolução do mérito.

Não bastasse todas as mudanças destacadas anteriormente, apresentar-se-á, com ênfase, umas das mudanças que vem trazendo maiores impactos às partes e ao magistrado, que, por hora, é objeto deste artigo, a permissão da distribuição do ônus da prova, elencada no Artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil. Determinado instituto atende as peculiaridades de cada caso e pretende trazer igualdade às partes na relação jurídica, a partir da colaboração nas proporções em que cada parte seja capaz de cumprir, conforme dispõe o dispositivo legal: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”².

O Princípio da cooperação prevalece para que o processo atenda a sua finalidade de forma justa, sustentando que o juiz e todas as partes deverão cooperar de forma eficaz para alcançar o fim almejado.

A colaboração visa resolver, portanto, o problema da delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo.³

² BRASIL. **Código de Processo Civil**. Vade Mecum. 12. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 43.

³ OLIVEIRA, C. A. A. de. **A garantia do contraditório**. Do formalismo do processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 97.

Em reflexo à nova legislação processual, observa-se que a inovação busca, de forma simplificada, trazer a solução processual. Atentou em minimizar os procedimentos, dando liberdade às partes para se ajustarem de forma pacífica, sem travar os sistemas da justiça. Trouxe princípios significantes, acreditando que a mudança legislativa, aliada com uma mudança educacional da sociedade gradual, seja possível para alcançar as referências planejadas para a inovação do Código de Processo Civil.

2 DAS PROVAS

Para adentrar-se ao assunto, é indispensável compreender que as provas se assemelham à descoberta da verdade. É o mecanismo que leva a conhecimento do juiz a ocorrência dos fatos e sua veracidade, instrumento pelo qual são reconstruídos todos os fatos relevantes que a ele foram narrados.

Segundo Maria Helena Diniz, a prova é colocada dentro do Direito com os seguintes significados:

1. *Filosofia geral.* a) Operação mental que, convincentemente, leva a inteligência ao conhecimento da verdade de uma proposição; b) raciocínio ou apresentação de fato que afasta dúvidas (Lalande); c) o que estabelece a verdade por demonstração; d) aquilo que confirma a veracidade de um fato. 2. *Direito Civil.* Conjunto de meios empregados para demonstrar, legalmente, a existência de negócios jurídicos (Clóvis Beviláqua), tais como: confissão, atos processados em juízo; documentos públicos e particular; testemunhas; presunção; exames e vistorias; arbitramento; inspeção judicial. 3. *Direito Processual.* a) Elemento legal e moralmente legítimo, idôneo para a apuração da verdade dos fatos alegados em juízo, determinante da convicção ou do convencimento do magistrado; b) demonstração da existência do fato em que se baseia o direito do postulante e da veracidade do que se alega como fundamento do direito que se defende ou contesta; c) afirmação negativa ou positiva do fato contestado, de cuja demonstração depende a certeza do alegado (De Plácido e Silva); d) meio de demonstrar o direito subjetivo em juízo; e) soma dos meios produtores da certeza.⁴

À luz do Direito Processual Civil, a prova é instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme seu convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica, apurando a veracidade dos fatos que foram alegados pelas partes, demonstrando de forma lícita a sua existência.

Os meios de prova são as modalidades pelo qual chega a conhecimento do juiz a ocorrência ou inoccorrência dos fatos. Dentre eles estão, à disposição das partes, as provas

⁴DINIZ, M. H. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112.

mediante ata notarial (Art. 384), depoimento pessoal (Art. 385), a confissão (Art. 389), documental (Art. 405), testemunhal (Art. 450), pericial (Art. 464) e a inspeção judicial (Art. 481). A única exigência para sua formalização é que estas sejam lícitas e moralmente admissíveis para o processo judicial, conforme impõe o Artigo 5º, LVI da Constituição Federal.

Entre as provas supramencionadas não existem hierarquia. O juiz passará a apreciá-las de forma que atenda a seu convencimento quanto aos fatos e circunstâncias presentes nos autos, indicando apenas na sentença o que motivou o seu convencimento, pautado no princípio do livre convencimento do juiz, previsto no Artigo 371, do CPC de 2015.

Com este princípio, parte-se da premissa que as provas acostadas aos autos devem ser necessárias para a formação do convencimento do magistrado, não existindo um meio de prevalência sobre outro, podendo chegar à solução da lide com base em uma prova específica. Para isso, o juiz deverá fundamentar sua decisão.

Os meios de prova estão expressamente previstos em nosso ordenamento jurídico e dispõem de forma específica qual o momento ideal para aplicação. Cada qual será realizada na oportunidade adequada, dependendo da prova a que se trata.

No caso do depoimento pessoal, que tem previsão no Artigo 385 do Código de Processo Civil, este será produzido na audiência de instrução e julgamento, a requerimento da outra parte ou diante do ordenamento feito de ofício pelo juiz, com o intuito de obter a confissão da parte interrogada quanto aos fatos postos como controversos.

A confissão, por sua vez, tratada no Artigo 389 do CPC, é considerada a emissão da própria vontade por aquele que se declara confesso, neste ato estará produzindo uma prova contra si, aderindo à versão contada pela parte contrária.

Também se admite a prova testemunhal, tutelada pelo Artigo 442 do CPC. Em contrapartida, é tratada como uma prova indireta, pois uma terceira pessoa trará os fatos ao processo, sob a investigação do juiz em audiência de instrução ou de inquirição de testemunhas, tendo o dever de colaborar com a instrução probatória.

A prova documental deverá ser produzida, em regra, por ocasião da propositura da ação e no momento da contestação, conforme dispõe o Artigo 434 do CPC. Porém o Código Processual Civil trouxe a previsão das exceções, entre elas encontra-se a distribuição do ônus da prova, que é tema deste artigo.

Adiante, a prova pericial está a dispor do juízo para ser prestada quando existir necessidade de uma vista técnica para formação da convicção. Há uma maior complexidade que peritos atuantes na área serão capazes de auxiliar o juiz em seu convencimento, a sua produção

dependerá do requerimento das partes ou mediante atuação de ofício do magistrado e será feita

desde a provocação da parte para com o Estado até o momento em que a tutela jurisdicional for prestada em definitivo.

Tem-se, ainda, a inspeção judicial que consiste no juiz obter diretamente seu conhecimento sobre as coisas, pessoas ou lugares. Neste ato definirá suas impressões quanto às provas dos fatos narrados, podendo ser realizada a qualquer momento, até a prolação da sentença.

Não restam dúvidas de que todas as provas possuem suas finalidades dentro da relação jurídica processual e buscam, sem distinção, trazer ao magistrado a realidade dos fatos que foram citados nas peças processuais.

Toda a atividade probatória será especificamente direcionada ao juiz, não será para o Autor ou para o Réu. O juiz quem passará a tomar conhecimento dos fatos, o interesse principal de tal instituto é dirigir ao juiz para que este possa trazer a solução jurídica cabível ao caso.

Em se tratando da finalidade da prova e sua respectiva destinação, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em suas obras, destacam que

O juiz deve julgar segundo o alegado em processo, vale dizer, o instrumento que reúne elementos objetivos para que o juiz possa julgar a causa. Portanto, a parte faz a prova para que seja adquirida pelo processo. Feita a prova, compete à prova convencer o juiz da existência do fato e do conteúdo da prova. Ainda que o magistrado esteja convencido da existência de um fato, não pode dispensar a prova se o fato for controvertido, não existir nos autos prova do referido fato e, ainda, a parte insistir na prova. Caso indefira a prova, nessas circunstâncias, haverá cerceamento de defesa.⁵

Posto isso, todas as produções das provas devem ser destinadas ao juiz da causa, que as receberá e formará sua convicção sobre os fatos em discussão, independente do que a parte contrária tenha como opinião. Sempre que produzidas perante o juiz, permanecerão até alcançar o fim do litígio, não importando para o magistrado quem as produziu, atuando com imparcialidade, apreciará a prova e atenderá apenas a formação de seu convencimento.

3 ÔNUS DA PROVA

Como concepção geral do Processo Civil, exemplificado no Código, em seu Artigo 373, I e II, expõe que caberá o ônus da prova as partes, quanto aos fatos alegados por elas.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

⁵ NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 87.

- 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.⁶

Visualizando a regra, importa-se dizer que ambas as partes são responsáveis em provar os fatos narrados, cabendo ao Juiz a aplicação do direito, a fim da solução do litígio.

Para que o magistrado possa analisar todos os fatos alegados aplicando os dispositivos legais, existe a importância de as partes fornecerem todas as provas dos fatos relevantes em seu favor, colocando ao juiz o conhecimento do objeto da relação para aplicar os preceitos legais.

Caso as partes não logrem êxito no cumprimento de provar o que lhes incumbia de forma satisfatória, correm sérios riscos em responderem em sucumbência.

Conforme expõe Pacífico:,

a circunstância de que a incerteza acerca de um fato pode significar a perda de um processo para uma parte [...] tem por consequência evidente que esta parte se esforça, e deve se esforçar-se, para aclarar a situação de fato discutida, a fim de evitar o resultado desfavorável do pleito.⁷

O direito é de conhecimento do órgão judicial. O juiz defronte com lacuna, obscuridade ou contradição do ordenamento jurídico, pode afastá-las utilizando os meios de equidade, analogia e os costumes. Ao contrário do direito, que é de conhecimento do juiz, os fatos deverão ser apresentados e exigem provas para que o julgador se convença de sua existência.

Nessas condições, o maior interessado em convencer o juiz da veracidade dos fatos alegados são as partes. Se não existir provas suficientes que o convença das circunstâncias narradas, deverá se pronunciar com o que está ao seu dispor, a fim de colocar um fim a lide processual, não podendo abster-se do julgamento.

Segundo Flávio Luiz Yarshel, “a regra encerra uma garantia contra o arbítrio, ao traçar um parâmetro racional para o julgamento diante do estado de ignorância acerca dos fatos”.⁸

Será realizado na sentença o julgamento baseado no conteúdo que tivera a disposição em qualquer hipótese, alcançando o fim desejado do sistema processual. Porém quando se obtém provas aptas, que possuem propriedades para alcançar a veracidade dos fatos, terá uma decisão justa.

⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Vade Mecum. 12. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 234.

⁷ PACÍFICO, L. E. B. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 132.

⁸ YARSHEL, F. L. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 91.

Entretanto existem circunstâncias em que a comprovação se torna inalcançada ou impossível de ser produzida, ou seja, a parte incumbida a produzir as provas dos fatos narrados encontra-se sem meios de obter o resultado, existindo uma maior facilidade e disponibilidade para parte contrária.

A doutrina do ônus da prova repousa no princípio de que, visando a sua vitória da causa, cabe à parte o encargo de produzir provas capazes de formar, em seu favor, a convicção do juiz. O fundamento da repartição do ônus da prova entre as partes é, além de uma razão de oportunidade e de experiência, a ideia de equidade resultante da consideração de que, litigando as partes e devendo conceder-lhes a palavra igualmente para o ataque e defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova. Tão- só depois produzidas ou não as provas e de examinadas todas as circunstâncias de fato é que o juiz recebe da lei o critério que há de plasmar o conteúdo de sua decisão.⁹

A lei, com sua atualização, concede a disposição do magistrado o poder de determinar a inversão do *ônus probandi*, de modo que passa a caber à outra parte provar a inexistência do direito alegado. Tem este significado, pois dispensa a parte interessada de comprovar um determinado fato ao qual incumbia demonstrar na demanda comum.

Conclui-se que nas ações em que o juiz entender que o ônus que lhe foi incumbido é extremamente oneroso ou impossível, poderá, mediante justificativa, determinar a distribuição do ônus da prova.

Depreenda-se que esta teoria trazida recentemente ao direito brasileiro nos demais ramos e atualmente a disposição do Código de Processo Civil de 2015, apresentou uma forma que melhor se adéqua aos tempos atuais, eis que na maioria das vezes a parte não detém toda a documentação suficiente para sustentar os fatos alegados. Colocando tal instituto à disposição do juiz, quando achar necessária a distribuição do ônus da prova, evitando a sobrecarga probatória a quem tenha menores condições de desvendar, deixando as partes em situação de igualdade.

4 INVERSÃO E DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O instituto supracitado não é certo e obrigatório, mas uma faculdade judicial disponibilizada ao magistrado para auxiliá-lo no discorrer processual, desde que as alegações

⁹ PAULA, J. L. M. de. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento no novo CPC (lei nº 13.105 e lei nº 13.256/2016). 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 38.

tenham aparência de verdade e a outra parte tenha melhores condições em produzir as provas necessárias.

A aplicação foi proposta pelo legislador como método auxiliar ao principal, a fim de não engessar as decisões baseando-se em julgamentos anteriores. Tornou-se perceptivo que certos casos possuem fatos diversos e necessitam da variação para maior aprofundamento, a fim de não prejudicar as partes diante da ausência ou insuficiência de provas nos autos.

Como o juiz deverá julgar a partir do convencimento do direito material, não há como se exigir que a convicção seja uniforme para todas as decisões de direito. Logo, a ausência de exigência probatória ou da certeza pelo magistrado tem justificado as decisões certeiras que vínhamos tendo.

Dessa forma, diante da verossimilhança dos fatos narrados pelas partes, estando em situações particulares e únicas, em que o juiz necessite de melhor demonstração das realidades fáticas, a aplicação do ônus da prova como regra não seria satisfatória para a resolução da lide, sendo meramente para atender o fim sem maiores particularidades do caso concreto.

Porém, próximo à regra, existe a técnica de inversão e distribuição do ônus da prova, tratando-se de um único instituto, que ajuda o juiz a formar sua convicção dentro do processo, discutindo as peculiaridades de cada caso.

A inversão e distribuição do ônus da prova assumem basicamente o mesmo encargo, porquanto decidirá quem deverá produzir determinada prova sobre um assunto específico. Muito embora não pareça, há teorias que afirmam a distinção entre eles, apontando que, na inversão do ônus da prova, estarão estipulados pelo legislador os casos em que ocorrerá a aplicação de tal instituto. Como exemplo podemos destacar o Código de Defesa do Consumidor, especificamente seu Artigo 6º, VIII, imputando que:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.¹⁰

Logo, não tão distante quanto à distribuição do ônus da prova, atualmente citada no Código Processual Civil, §2º do Artigo 373, o direito nasce a partir de decisão fundamentada pelo magistrado, assumindo as particularidades de cada caso, podendo impor a modificação do *ônus probandi* em duas situações, quando houver a impossibilidade ou à dificuldade excessiva

¹⁰ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Vade Mecum. 12. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016, p. 54.

em produzir as provas necessárias ou quando houver maior facilidade da outra parte obter as provas.

Assim como Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart destacam em suas obras, não existe uma diversificação nos métodos anteriormente citados. Acredita-se que ambos os institutos podem ser tratados como figuras indistintas; foram citadas no ordenamento, porém possuem as mesmas características. Do “ponto de vista prático, porém, não há nenhuma relevância na adoção de uma ou de outra perspectiva teórica, razão pela qual, no texto, as expressões serão indistintamente utilizadas”¹¹.

A produção da prova para o processo é necessária para o deslinde processual. Sem que estejam presentes, as partes correm risco do resultado desfavorável. Não se pode explicar que o Artigo 373 é dado o ônus como um encargo geral, mais sim necessário, pois todo aquele que alega deverá provar nas medidas que tem ao seu dispor. Observa-se que nos demais parágrafos do artigo, o legislador deixa a critério do juiz para aplicação subsidiária de distribuição do ônus da prova, que determinará a formação de seu convencimento.

A modificação do *ônus probandi* não se inverterá apenas pela parte ter dificuldade em produzir uma prova, mas deverá também ser levada em questão a parte contrária, se não será prejudicada ao assumir o encargo. Não seria racional transferir a outra parte uma tarefa que era objetivamente da parte contrária, sem que esta tivesse condições suficientes em apresentar as provas.

A modificação do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência. O mesmo se passa com a situação do autor, em relação aos fatos extintivos, modificativos e impeditivos.¹²

Porém, haverá casos em que a produção de determinada prova restará extremamente onerosa para ambas as partes, nesses casos, o legislador cumpriu em elencar no §2º do referenciado artigo, pela não distribuição do ônus da prova, pois estaria redistribuindo um encargo que a outra parte também não seria capaz de produzir.

Nestas e nas demais condições que o legislador se preocupou em informar que toda situação de distribuição do ônus da prova deverá ser justificada pelo magistrado, informando, detalhadamente, o motivo pelo qual incumbe o ônus probatório a parte contrária, toda vez que

¹¹ MARINONI, L. G. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 76.

¹² MARINONI, L. G. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 77.

houver a transferência, deverá abrir prazo para que a parte se manifeste acerca do encargo, respeitando os princípios do contraditório e ampla defesa.

5 TEORIA DAS CARGAS PROBATÓRIAS

Quanto ao ônus probatório, a doutrina acata duas teorias que garantem à disposição do magistrado sua aplicação, sejam elas a Teoria Estática e a Teoria da Carga Dinâmica. Aquela está fundada na posição assumida pelas partes dentro do processo, é a teoria geral e principal, associada à parte autora em provar suas pretensões quanto aos fatos constitutivos e, ao réu, a dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos de seu direito, que predominou no Código de Processo Civil por muito tempo.

Contudo a segunda teoria, por sua vez, imputa os Princípios de Igualdade adotados por nossa Constituição, Segurança Jurídica e de Economia Processual, recepcionados pelo Código de Processo Civil de 2015, consistindo na repartição do encargo probatório, conforme as necessidades e possibilidades práticas de cada uma das partes. A dinamização das provas é tratada como meio subsidiário para atender as demandas quando houver impossibilidade ou onerosidade na produção das provas, cabendo ao juiz adotá-la, a fim de igualar as partes dentro da relação jurídica.

A teoria das cargas processuais dinâmicas foi desenvolvida por Jorge W. Peyrano, jurista argentino. Para ele, deve-se romper com a concepção estática da distribuição do ônus da prova, tendo em mente o processo em sua concreta realidade, atribuindo-se o ônus da prova à parte que, pelas circunstâncias fáticas, tiver melhores condições para demonstrar os acontecimentos do caso específico, independente de sua posição no processo (e se fato constitutivo, modificativo, etc.). Para Peyrano, a carga probatória dinâmica “obedece ao propósito de sublinhar que o esquema de um processo moderno deve necessariamente estar impregnado pelo propósito de ajustar-se o mais possível às circunstâncias do caso, evitando assim incorrer em abstrações desconectadas da realidade”.¹³

Permanece o conceito principal adotado pela Teoria Estática, que também tem sua previsão no atual ordenamento processual em seu caput e incisos do Artigo 373 do CPC, estabelecendo o ônus da prova a quem alegar os fatos. Somente nos parágrafos do artigo menciona a possibilidade da distribuição do ônus da prova e quais as condições.

¹³ RIBEIRO, F. P. **A carga dinâmica das provas**. 2011. Disponível em: <https://flaviaribeiro2.jusbrasil.com.br/artigos/121816437/a-carga-dinamica-das-provas>. Acesso em: 24 nov. 2017.

A sociedade estando em transformação constante, passou a ter um maior acesso às vias jurisdicionais e vem buscando o processo judicial como método de resolução de conflitos. Razão pela qual não podem ser aplicadas todas as normas de forma estática sem que a lei se adapte ao caso real.

Ressalvada a regra geral, recepcionou-se a distribuição dinâmica do ônus da prova quando presentes as circunstâncias, em que uma das partes estiver em melhores condições de produzir a prova que a outra, amoldando o procedimento judicial conforme a situação fática de cada caso.

6 MOMENTO OPORTUNO PARA APLICAR A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O momento oportuno para a aplicação do ônus da prova é um dos assuntos que gera bastante conflito dentro do tema em pauta. Desde antes da proposta da Lei Processual Civil já existia essa discussão, porém o legislador não se atentou em definir a questão do momento oportuno para aplicação da inversão e distribuição do ônus da prova.

Conforme os dispositivos alterados, em razão do *onus probandi*, o legislador se omitiu no quesito do momento ideal para o encargo de apresentar as provas, deixando como orientação apenas as aplicações anteriores doutrinárias e jurisprudenciais, alcançadas pelo Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo, quando havia a inversão do ônus da prova; das quais indicam que o momento ideal para aplicação seria na fase do saneamento processual, informando que, nesta ocasião, existe uma mínima instrução para formar o convencimento do magistrado.

No entanto tal entendimento não é absoluto, partindo-se da premissa que cada caso deverá atender as suas particularidades processuais. Entende-se que o momento ideal para o juiz aplicar a distribuição seria no despacho saneador, pois até então seria colocado à sua disposição todas as provas, na inicial e na contestação, vertendo ao juiz discutir as questões pendentes ou controversas, determinando quais as provas ainda restam ser produzidas, designando audiência de instrução e julgamento nos termos do Artigo 358 do CPC.

Evidente que solucionar todas as controvérsias das provas e a quem deverá produzi-las seria essencial, até a instrução e prolação da sentença. Logo, a lei não impede que existam casos em que, gerada discordância ou o juiz não esteja convencido dos fatos, possa redistribuir o ônus probatório na sentença, a fim de esclarecer pontos controversos.

Entende-se que se ocorrer a distribuição apenas no momento da sentença prejudicaria o decorrer processual, tendo que retornar a fase probatória, abrindo prazo para que a parte contrária se manifeste, a fim de impedir surpresa nas decisões processuais, juntando-se ao princípio do contraditório e ampla defesa tutelados pelo Código de Processo Civil.

A doutrina e jurisprudência, têm postulado e feito prevalecer que o momento ideal é durante a fase saneadora, partindo do princípio que, neste momento, o juiz tem os dados necessários para saber o que precisa ser discutido. Lembrando que o CPC/2015 busca a celeridade processual, economia e segurança jurídica, pendendo ao entendimento que o melhor momento seria durante a instrução processual e não quando proferida a sentença.

Nesse sentido, são estes os fundamentos e defesas contidos quanto a distribuição do ônus da prova nos julgados.

A inversão do ônus da prova, prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como exceção à regra do artigo 333 do Código de Processo Civil, sempre deve vir acompanhada de decisão devidamente fundamentada, e o momento apropriado para tal reconhecimento se dá antes do término da instrução processual, inadmitida a aplicação da regra só quando da sentença proferida. - O recurso deve ser parcialmente acolhido, anulando-se o processo desde o julgado de primeiro grau, a fim de que retornem os autos à origem, para retomada da fase probatória, com o magistrado, se reconhecer que é o caso de inversão do ônus, avalie a necessidade de novas provas e, se for o caso, defira as provas requeridas pelas partes. - Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido (REsp 881651/BA, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, quarta turma, julgado em 10/04/2007, DJ 21/05/2007 p. 592).¹⁴

De outra sorte, é de se ressaltar que a distribuição do ônus da prova, em realidade, determina o agir processual de cada parte, de sorte que nenhuma delas pode ser surpreendida com a inovação de um ônus que, antes de uma decisão judicial fundamentada, não lhe era imputado. Por isso que não poderia o Tribunal a quo inverter o ônus da prova, com surpresa para as partes, quando do julgamento da apelação.” (REsp 720930/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 20/10/2009, DJe 09/11/2009).¹⁵

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'),

¹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento nº 937425/SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Pesquisa de Jurisprudência**, 24 abr. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/scon/decisoess/toc.jsp?livre=resp+881651%2fba&b=dtxt&thesaurus=juridico&p=true#doc1>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial nº 1278937/AL. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Pesquisa de Jurisprudência**, 16 out. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/scon/decisoess/toc.jsp?livre=resp+720930%2frs%2c+rel&b=dtxt&thesaurus=juridico&p=true>. Acesso em: 25 set. 2019.

como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC). Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e. 6º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO (REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011).¹⁶

Ressalta-se que a lei não impediu a distribuição do ônus probatório após o saneamento do processo, deixando o legislador de fixar o momento ideal e resolver a problemática. Discussões, oportunamente, virão a aparecer, porém caberá ao magistrado, no momento que se fizer necessário, aplicar e justificar a modificação do ônus da prova, dando oportunidade para que as partes se manifestem.

Não importando o momento processual, o juiz tem que ter a sua disposição as provas necessárias, considerando que caberá a ele a conclusão judicial mais justa.

CONCLUSÃO

Diante do que fora exposto, conclui-se que está em evidência a importância da mudança acatada pelo Código de Processo Civil de 2015, em seu Artigo 373, §1º, deixando à disposição do magistrado a distribuição probatória, quando houver nas particularidades do caso a impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o ônus probatório ou, até mesmo, quando a parte contrária possuir maior facilidade na obtenção da prova.

Desde que proposta a reforma do Código de Processo Civil de 2015, constatou-se a necessária alteração quanto à condução probatória nas relações processuais. É imprescindível disponibilizar as partes/métodos que as igualem dentro do Processo Judicial. Cabendo ao juiz

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial nº 1737106/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. Pesquisa de Jurisprudência, 28 out. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/scon/deciso/es/toc.jsp?livre=resp+720930%2frs%2c+rel&b=dtxt&thesaurus=juridico&p=tr ue>. Acesso em: 08 nov. 2019.

usar de seu entendimento, mediante fundamento, quando houver necessidade para seu convencimento, determinar a inversão e distribuição do ônus probatório.

Convém reconhecer a importância dos meios de provas admitidos no ordenamento jurídico brasileiro, as quais poderão ser produzidas, a priori, pela parte ou a requerimento, quando o juiz entender necessário distribuir o ônus da prova, aplicando a Teoria da Carga Dinâmica com fulcro no dispositivo legal, adotado pela mudança legislativa processual.

Por fim, a partir do momento em que se distribui o ônus da prova para determinados fatos, o direito, seja do Autor ou do Réu, se expande, garantindo, àquele que permanecia incapaz de produzir as provas necessárias, uma maior credibilidade quanto as alegações anteriormente expostas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Vade Mecum. 12. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Vade Mecum. 12. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de instrumento nº 937425/SC. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Pesquisa de Jurisprudência**, 24 abr. 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/scon/decisoes/toc.jsp?livre=resp+881651%2fba&b=dtxt&thesaurus=juridico&p=true#doc1>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial nº 1278937/AL. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. **Pesquisa de Jurisprudência**, 16 out. 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/scon/decisoes/toc.jsp?livre=resp+720930%2frs%2c+rel&b=dtxt&thesaurus=juridico&p=true>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial nº 1737106/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. **Pesquisa de Jurisprudência**, 28 out. 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/scon/decisoes/toc.jsp?livre=resp+720930%2frs%2c+rel&b=dtxt&thesaurus=juridico&p=true>. Acesso em: 08 nov. 2019.

DINIZ, M. H. **Dicionário Jurídico Universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARINONI, L. G. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**, v. I. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PACÍFICO, L. E. B. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 132.

PAULA, J. L. M. de. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento no novo CPC (lei nº 13.105 e lei nº 13.256/2016). 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

OLIVEIRA, C. A. A. de. **A garantia do contraditório**. Do formalismo do processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIBEIRO, F. P. **A carga dinâmica das provas**. 2011. Disponível em: <https://flaviaribeiro2.jusbrasil.com.br/artigos/121816437/a-carga-dinamica-das-provas>. Acesso em: 24 nov. 2017.

YARSHEL, F. L. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.