**BREVES REFLEXÕES SOBRE O ÔNUS DA PROVA NO CPC / 2015**

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Professor Associado na UERJ

Promotor de Justiça no RJ

**RESUMO**: O texto trata do instituto do ônus da prova e seus aspectos básicos. São examinados os dispositivos do CPC / 1973 e as alterações implementadas com o CPC / 2015, a partir do exame dos princípios constitucionais e das possibilidades que se abrem a partir da ideia de flexibilização procedimental, ainda que mitigada e do aumento dos poderes do magistrado no processo contemporâneo.

**PALAVRAS-CHAVE**: reflexões; ônus; prova; CPC; 2015.

**SUMÁRIO**: 1. Considerações iniciais. 2. A flexibilização mitigada do processo. 3. O ônus de provar: ônus estático e inversão. 4. Carga dinâmica da prova no novo CPC. 5. Considerações Finais. 6. Referências bibliográficas.

**1. Considerações iniciais.**

O processo deve ser um instrumento de satisfação dos anseios sociais, apto a trazer o melhor resultado possível à sociedade, como ressalta Cândido Dinamarco[[1]](#footnote-1).

Na busca por um processo efetivo, José Carlos Barbosa Moreira[[2]](#footnote-2) aponta-nos a existência e a necessidade de perseguirmos um “programa básico” em prol da efetividade, elencando cinco itens que merecem destaque:

1. O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados a todos os direitos postos no nosso ordenamento jurídico;
2. Esses instrumentos devem ser utilizáveis, sejam quais forem os titulares dos direitos, ao menos em princípio, cuja proteção ou resguardo se cogita;
3. Buscar plenas condições de restaurar os fatos necessários à formação do convencimento do magistrado, aproximando ao máximo possível da realidade;
4. O processo deve assegurar o pleno gozo à parte vitoriosa, em plena consonância com a determinação do ordenamento jurídico; e
5. O processo deve seguir até o seu resultado final com o desgaste de tempo e energia.

O processo deverá caminhar para uma solução em consonância com a preservação do acesso à ordem jurídica justa, deste modo, a deformalização se destaca como uma de suas vias mais salutares.

Contudo, não devemos, em nome da celeridade, aplicá-la desmedidamente, afastando garantias duramente conquistadas. Leonardo Greco reitera a imperativa observância das garantias mínimas do processo, sem as quais este se transformaria na negação do Estado Democrático de Direito[[3]](#footnote-3).

Nesse passo, como afirma Bedaque[[4]](#footnote-4), deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre a simplificação do procedimento e a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos:

Entre o rigor formal e os objetivos do ato, devemos optar pelo último por estar em máxima sintonia com a natureza instrumental do processo.

As formas, em que pese resguardarem a liberdade e participação das partes, servem ao único propósito do resultado final do processo, da incansável busca pela pacificação social.

Logo, se o fim é a paz social, o meio revela-se como o caminho a ser percorrido para tal resultado, nada, além disso[[5]](#footnote-5).

Se o meio for o maior obstáculo à solução do feito, teremos a completa inversão das prioridades, devendo o intérprete abrandar os rigores da forma em nome do resultado final, reitero, com preservação do processo justo e garantias processuais.

O que se pretende é abrir mão de um formalismo estéril e irracional, tendo o intérprete a tarefa de avaliar a necessidade da forma, ou seja, relacionar a técnica processual ao fim para o qual ela é instituída.

De se ressaltar que o saudoso Alvaro de Oliveira[[6]](#footnote-6) sustentava que o formalismo deflagra tanto a efetividade, quanto a segurança do processo, tendo sofrido uma deturpada leitura no decorrer dos anos, apenas voltada para a sua vertente mais negativa.

**2. A flexibilização mitigada do processo.**

O processo necessita de um mínimo organizacional para conduzir-se ao seu destino, com o claro estabelecimento das regras de distribuição de funções, atribuições e poderes daqueles que nele atuam.

Adverte Leonardo Greco[[7]](#footnote-7) que devemos ter a cautela necessária para que uma conduta exageradamente formalista não iniba o caminhar processual, sempre com a permanente atenção ao resguardo das garantias fundamentais do processo como o contraditório participativo e ampla defesa.

Assim, começa a ser gestada a ideia de uma flexibilização procedimental, que pode ser aplicada em consonância com as garantias fundamentais do processo.

Como leciona Trícia Cabral[[8]](#footnote-8), são três os modelos de flexibilização identificados pela doutrina:

(i) por imposição legal (ex. a conversão do arresto em penhora);

(ii) decorrente de ato judicial (ex.: o case management inglês e as adaptações do procedimento do direito português); e

(iii) por ato das partes (ex.: contract de procèdure do direito francês).

Entretanto, o Novo CPC estabelece uma quarta categoria de variação procedimental, que mistura a flexibilização por imposição legal e a decorrente de ato judicial.

O NCPC vai trazer dois dispositivos que tem por finalidade viabilizar a flexibilização procedimental.

São eles o art. 139, inciso VI, que trata dos poderes do juiz no processo, e o art. 190 que trata da forma dos atos processuais[[9]](#footnote-9).

Tricia Cabral[[10]](#footnote-10), chama a atenção para a inspiração do instituto na legislação portuguesa.

A redação apresentada no NCPC, com efeito, pode trazer algumas perplexidades.

O art. 190 usa conceito jurídico indeterminado ao referir "direitos que admitam autocomposição". Me parece que sempre haverá alguma controvérsia quanto ao alcance desta expressão. Além desta limitação objetiva, há também a subjetiva, esta mais clara: partes plenamente capazes.

Quanto ao tempo, o ajuste pode ser feito antes ou durante o processo. Desta forma, aumenta-se o cabimento nos chamados "negócios processuais". Imagine-se, por exemplo, que num contrato de compra e venda, as parte que hoje podem, com regra inserir a "cláusula de eleição de foro", poderão, na vigência no novo CPC, pactuar várias outras questões relativas ao procedimento.

Além disso, o dispositivo permite, ainda, a fixação de calendário, que deverá vincular as partes e julgador durante aquele processo. Neste caso, ficam dispensadas as intimações.

Finalmente é autorizado o controle parcial judicial sobre esta convenção, sobretudo nos casos de contrato de adesão e nas hipóteses de *"manifesta situação de vulnerabilidade"* de uma das partes.

**3. O ônus de provar: ônus estático e inversão**

Iniciaremos pela definição de ônus da prova, que nada mais é do que o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse para as decisões que serão proferidas no processo[[11]](#footnote-11).

Na verdade, imprescindível relembrar a própria definição de ônus nas palavras esclarecedoras de João Batista Lopes[[12]](#footnote-12), que o identificam com o termo “carga”.

A regra de distribuição do ônus da prova é fundamental para que o magistrado possa se desincumbir do seu mister[[13]](#footnote-13) e determinar como se dará o esclarecimento dos fatos controvertidos[[14]](#footnote-14).

Até mesmo porque, como bem ressalta Roberto Rodrigues[[15]](#footnote-15), trata-se de ficção jurídica que objetiva suprir as limitações objetivas do processo, viabilizando, assim, o exercício da jurisdição, mesmo diante de um contexto probatório precário.

A doutrina destaca que o ônus da prova se apresenta sob dois aspectos. Sob o aspecto subjetivo, constitui uma norma de conduta para os litigantes.

De outra parte, sob o aspecto objetivo, é uma norma de julgamento, segundo a qual, quando faltar a prova dos fatos relevantes do processo, o juiz deverá proferir uma sentença de mérito desfavorável para o litigante que estava dele[[16]](#footnote-16).

O sistema da distribuição estática do ônus da prova, adotado pelo CPC / 73 não levava em consideração nem as peculiaridades do caso concreto, e nem a posição das partes no processo[[17]](#footnote-17).

Numa primeira tentativa de aperfeiçoar o sistema, tivemos a inserção em nosso ordenamento da chamada inversão do ônus da prova, entendida como a alteração de regra sobre a distribuição desse ônus, imposta ou autorizada por lei.

Na prática, isso implicou na *isenção de um ônus* para o consumidor ou empregado e no *correlato acréscimo desse ônus* ao fornecedor ou empregador[[18]](#footnote-18).

A inversão do ônus da prova é classificada doutrinariamente em inversão legal, convencional ou judicial. A inversão do ônus da prova legal ou inversão *ope legis* consiste nas presunções relativas instituídas em lei (*praesumptionis legis*), tendo como fundamento legal o artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)[[19]](#footnote-19).

A inversão judicial, também denominada inversão *ope judicis*, corresponde à alteração no disposto em regras legais responsáveis pela distribuição do ônus da prova por decisão do juiz, tendo como fundamento legal o artigo 6~~º~~, VIII, do CDC.

A inversão convencional, por seu turno, consiste na alteração nas mencionadas regras legais mediante ato concertado entre as partes, sendo autorizada de modo indireto no artigo 333, parágrafo único, do CPC/73, dependendo apenas da natureza dos direitos em litígio e do efeito da inversão, que não pode acarretar extrema dificuldade para uma das partes.

Afigura-se assente em sede doutrinária que as duas hipóteses previstas no artigo 6~~º~~, VIII, do CDC são *alternativas* e não cumulativas, ou seja, basta a verificação de uma das hipóteses para que seja admissível a decretação da inversão.

Assevera Humberto Theodoro Junior[[20]](#footnote-20) que, tendo em vista o caráter excepcional da inversão do ônus da prova, é necessário que o autor apresente indícios relativos às suas alegações, sob pena de se admitir o ajuizamento de demandas absurdas, calcadas em fatos e alegações absolutamente impossíveis de serem comprovados, o que não deve ser admitido.

Conforme entendimento prevalecente em sede doutrinária, o objeto da prova consiste nos *fatos* alegados pelas partes.

A doutrina sustenta que a inversão deve voltar-se para fatos que se mostrem:

(a) *relevantes* para o deslinde do litígio;

(b) *controvertidos*;

(c) *específicos*.

A inversão do ônus da prova, fundada no artigo 6~~º~~, VIII, do CDC, não se opera automaticamente, dependendo de decisão judicial que a determine no caso concreto.

Ainda acerca da decisão judicial que decreta a inversão do ônus da prova, cumpre destacar a necessidade de fundamentação, em obediência ao artigo 93 da Constituição Federal.

São considerados efeitos da inversão do ônus da prova:

(a) a isenção ao consumidor de provar o nexo causal, em caso de responsabilidade objetiva;

(b) em caso de responsabilidade subjetiva, isenção ao consumidor de provar, outrossim, o fato de que o réu teria agido com culpa ou dolo;

(c) transferência, ao réu, do respectivo ônus de que fora o autor isentado;

(d) possibilidade de o fato alegado pelo autor ser reputado verdadeiro, com a (provável) consequência de ser o mérito julgado favoravelmente ao demandante, caso o réu não se desincumba do novo ônus que lhe foi transferido.

Vistas as características da inversão, passamos, agora a tratar da carga dinâmica da prova, a partir da concepção doutrinária.

**4. Carga dinâmica da prova no novo CPC.**

A teoria da carga dinâmica da prova rompe com a visão estática tradicional da prévia distribuição do ônus da prova entre as partes, a fim de adequar a distribuição *ao caso concreto*, atribuindo o ônus da prova à parte que estiver em melhor condição de fazê-lo.

Essa teoria abandona o prévio e abstrato estabelecimento do ônus probatório e sustenta que a atribuição do ônus da prova independe da posição que as partes ocupam no processo.

De igual sorte, será de pouco relevo a natureza do fato invocado (constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo do direito).

Ao revés, assumem relevo para a aplicação do citado princípio as *particularidades do caso concreto* e a *natureza do fato a ser provado*, com o objetivo de se imputar o encargo à parte que, *pelas circunstâncias concretas*, possua melhores condições de fazê-lo.

Pode ser identificada como fonte inspiradora a legislação espanhola, especialmente a *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 07 de janeiro de 2000, no parágrafo 7º de seu artigo 217.[[21]](#footnote-21)

É indubitável que a teoria da carga dinâmica da prova se mostra mais abrangente do que o mecanismo de inversão do ônus da prova.

Isso porque a decretação da inversão do ônus da prova, tal qual adotada em nosso ordenamento jurídico, depende da verificação da presença de requisitos ditados pela lei, como a hipossuficiência e a verossimilhança.

Com efeito, no CPC / 73 a regra era a distribuição estática do ônus da prova, cabendo ao juiz afastar essa regra, em caráter excepcional, sempre atentando para as peculiaridades do caso concreto[[22]](#footnote-22), como já autorizado pela jurisprudência do STJ[[23]](#footnote-23).

No texto do novo CPC, a teoria da carga dinâmica da prova é parcialmente recepcionada no art. 373[[24]](#footnote-24), de modo que a distribuição estática continua sendo a regra.

Contudo, ela pode ser mitigada:

1. por força de lei (art. 373, § 1°, primeira parte).

2. por decisão judicial (§ 1°, segunda parte).

Embora o Código não estabeleça um limite temporal, é intuitivo que tal decisão deve ser anterior à sentença.

Contudo, excepcionalmente, podemos pensar na hipótese de conversão do julgamento em diligências, diante do surgimento de um novo elemento de convicção. Aí poderia o magistrado aplicar o art. 373, obviamente atentando para os requisitos positivos e negativos aqui comentados.

Ademais, para que o magistrado determine a providencia, é preciso que se configure uma das seguintes situações:

2.1 as peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* indiquem que uma das partes está em melhores condições de trazer aquele element de convicção ao juízo[[25]](#footnote-25).

2.2 uma das partes tem, claramente, maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, do que aquela que, originalmente, teria aquele onus (pela regra estática).

3. por convenção das partes (art. 373, § 3°), durante o processo ou mesmo antes (§ 4°) de sua instauração.

A segunda e a terceira modalidades sofrem restrições. Assim:

a) não pode ser feita por convenção caso:

a.1) recaia a discussão sobre direito indisponível

a.2) torne excessivamente a uma das partes o exercício do seu direito

Veja-se que, nessas duas hipóteses poderá o magistrado invalidar o acordo prévio ou incidental, hipótese em que deverá ele mesmo reconfigurar a distribuição.

Note-se, ainda, que ambas as hipóteses se referem a conceitos jurídicos indeterminados, razão pela qual haverá grande discricionaridade judicial na hipótese, o que poderá levar a um quadro de reserva ao uso do instituto, por receio de gerar insegurança juridica.

b) Não pode ser feita judicialmente:

b.1) caso gere situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (§ 2°, parte final). Com a devida vênia, distinguir impossível de excessivamente difícil é tarefa complexa e despicienda. O legislador poderia ter utilizado aqui apenas a segunda expressão.

b.2) por decisão não fundamentada ou precariamente fundamentada (§ 1°, parte do meio). Verifica-se, aqui, a concretização do princípio da fundamentação analítica, previsto genericamente no art. 11, e explicitado no art. 489, § 1°, todos do novo CPC.

b.3) sem que o juiz dê à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (§ 1°, parte final). Trata-se de materialização do princípio do contraditório dinâmico, que também pode ser compreendido como “não surpresa”, previsto no art. 10, inserido na Parte Geral do novo Código[[26]](#footnote-26).

**5. Considerações Finais.**

Interessante notar a preocupação do legislador. Ao mesmo tempo em que introduz em nosso direito processual um novo instituto, procura atenuar eventuais efeitos colaterais, reforçando a necessidade da observação dos princípios constitucionais, sobretudo o contraditório e a razoabilidade (devido processo legal substantivo).

O instituto é decorrência concreta de três princípios constitucionais previstos expressamente na Parte Geral do novo Código:

a) Princípio do Acesso à Justiça[[27]](#footnote-27), na medida em que aquele que ostenta um direito material deve ter a sua disposição um provimento judicial apto a tutelar esse direito[[28]](#footnote-28).

b) Princípio da Isonomia[[29]](#footnote-29), compreendido no sentido material, ou seja, o magistrado ao identificar que as partes se encontram em situação desigual, deve dar tratamento diferenciado a elas, na exata medida necessária a reestabelecer a paridade de armas[[30]](#footnote-30).

c) Princípio da Cooperação[[31]](#footnote-31), uma vez que aquele que está em melhores condições de trazer os elementos de convicção aos autos deverá fazê-lo, pois o novo Código rompe a tradição adversarial do direito brasileiro e busca introduzir entre nós os postulados da advocacia colaborativa[[32]](#footnote-32).

Forçoso reconhecer, ainda, que a distribuição dinâmica do ônus da prova é providência excepcional e subsidiária[[33]](#footnote-33) à regra de distribuição estática, e só deverá ser utilizada quando existirem fundados elementos no sentido de que a adoção da regra geral possa conduzir o processo a um desfecho manifestamente injusto.[[34]](#footnote-34)

A principal crítica dirigida à dinamização do ônus da prova recai sobre o suposto aumento dos poderes do juiz que poderia comprometer a segurança jurídica[[35]](#footnote-35).

De fato, a fim de se evitar essa temida ameaça[[36]](#footnote-36), é preciso especial atenção ao princípio da motivação analítica. Assim, deve incidir na espécie o art. 486, § 1° do novo CPC, que estabelece, de forma clara e inequívoca, os parâmetros básicos para que uma decisão seja considerada fundamentada[[37]](#footnote-37).

Deste modo, não bastará que o magistrado forneça motivação sintética, superficial ao proferir tal decisão. Deverá indicar, no caso concreto, quais as peculiaridades e situações excepcionais que o levaram a concluir que a técnica da carga dinâmica é a mais adequada e segura para a obtenção dos elementos de prova.

De toda sorte, apesar da preocupação demonstrada durante o procedimento legislativo do novo CPC, estamos em que a providência é muito bem-vinda e que o seu uso prudente contribuirá, em muito, para o alcance da tão almejada efetividade do processo.

**6. Referências bibliográficas**

1. ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coord.). *Provas: aspectos atuais do direito probatório.* São Paulo: Método, 2009.
2. AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002.
3. BARBOSA MOREIRA, J. C. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In:
4. BARBOSA MOREIRA, J. C. Reformas processuais e poderes do juiz. In: \_\_\_\_\_\_. Temas de direito processual civil: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53­‑67.
5. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, out/1986.
6. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul/1984.
7. BEDAQUE, J. R. S. *Poderes instrutórios do juiz* , 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
8. CABRAL, T. N. X. *Flexibilização Procedimental*, Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 4, 6° volume – julho a dezembro de 2010, disponível em <http://www.redp.com.br>.

CABRAL, T. N. X. *Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

1. CARBONE, Carlos Alberto. Tutela judicial efectiva y nuevos principios procesales: la razón del actor y la igualdad de armas. In: *Principios procesales*. Coordinado por Sergio Barberio y Marcela Garcia Solá; dirigido por Jorge Walter Peyrano. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2011.
2. CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
3. DUARTE, Antonio Aurelio Abi Ramia. *Flexibilização Procedimental nos Juizados Especiais Estaduais*, Rio de Janeiro: JC, 2014.
4. FUX, Luiz. Processo e Constituição. In: *Processo Constitucional*. Ana Carolina Squadri Santanna...(et al.); coordenação Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
5. GAJARDONI, F. F. *Flexibilização procedimental*: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. São Paulo: Atlas, 2008.
6. GARCÍA, Silvia García-Cuerva. Las reglas generales del onus probandi. In: *Objeto y carga de la prueba civil*. LLUCH, Xavier Abel/PICÓ I JUNOY, Joan. Barcelona: Bosch Procesal, 2007, pp. 47-76.
7. GRECO, L. Limitações probatórias no processo civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 3, v. IV, jul./dez. 2009. p. 4-28. Disponível em: http://www.redp.com.br/. Acesso em: 15 fev. 2011.
8. GRECO, L. *O Saneamento do Processo e o Projeto de Novo Código de Processo Civil*, Revista Eletrônica de Direito Processual, Ano 5, 8° volume – julho a dezembro de 2011, disponível em <http://www.redp.com.br>.
9. KNIJNIK, D. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. *In*: FUX, L.; NERY JR., N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). *Processo e Constituição:* estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.
10. LOPES, João Batista. O ônus da prova. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5, out/2010.
11. MÉNDEZ, Susana Pazos. Los criterios de facilidad y disponibilidad probatoria en el proceso civil. In: *Objeto y carga de la prueba civil*. LLUCH, Xavier Abel/PICÓ I JUNOY, Joan. Barcelona: Bosch Procesal, 2007, pp. 77-100.
12. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
13. OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 231, mai/2014.
14. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
15. PEYRANO, Jorge W. *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas***,** *in* Revista de Processo, vol. 217, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar/2013, p. 205.
16. PEYRANO, Jorge W. La regla de la carga de la prueba enfocada como norma de clausura del sistema. In: *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 3, sep./dec., 2010, pp. 95-102. Disponível em <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em 29 ago 2014.
17. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova, in Revista de Processo, vol. 240, fev/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 41/58.
18. SANTOS, T. S. *O Processo Civil modulado pelas partes*: ampliação da autonomia privada em matéria processual. Dissertação de mestrado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2009.
19. SILVA, Paulo Costa e. REIS, Nuno Trigo dos. *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova*, in Revista de Processo, vol. 222, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago/2013, p. 149.
20. TARUFFO, Michele. O ônus como figura processual. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Ano 7, Volume XI, jan/jun 2013. Disponível em <http://www.redp.com.br/arquivos/redp\_11a\_edicao.pdf>. Acesso em 31 ago 2014, pp. 420-431.
21. THEODORO JÚNIOR, H. Os poderes do juiz em face da prova. *Revista Forense* Rio de Janeiro, v. 74, n. 263, p. 39-47, jul./set. 1978.

WAMBIER, T. A. A. Cláusulas gerais e liberdade judicial. *In*: FILOMENO, J. G. B.; WAGNER JÚNIOR, L. G. C.; GONÇALVES, R. A. (Coord.). *Código Civil:* análise doutrinária e jurisprudencial. São Paulo : Método, 2008.

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

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 331. [↑](#footnote-ref-1)
2. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, Sexta Série, p. 17*.* [↑](#footnote-ref-2)
3. GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: Maria Angélica Echer Ferreira Feijo (org.). *Processo civil* - Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 3. [↑](#footnote-ref-3)
4. *" O sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo".* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 51-52. [↑](#footnote-ref-4)
5. DUARTE, Antonio Aurelio Abi Ramia. *Flexibilização Procedimental nos Juizados Especiais Estaduais*, Rio de Janeiro: JC, 2014, p. 43. [↑](#footnote-ref-5)
6. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 115. [↑](#footnote-ref-6)
7. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Introdução ao Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 355. [↑](#footnote-ref-7)
8. CABRAL, Tricia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental, texto disponível em http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-vi/flexibilizacao-procedimental [↑](#footnote-ref-8)
9. *Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;*

   *Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.* [↑](#footnote-ref-9)
10. “*Conforme já mencionado, em Portugal, desde a reforma do CPC de 1995, foi instituído o art. 265-A, contendo disposições bem semelhantes ao que ora se pretende instituir no Projeto do CPC brasileiro, ou seja, conferindo amplo poder de gestão processual ao juiz para a promoção de adaptações procedimentais. Posteriormente, em 16/10/2006 foi implementado o chamado regime processual civil experimental, que reforçou os poderes do magistrado de direção e agilização do processo, mitigando-se o formalismo e conduzindo o juiz para uma visão crítica das regras. Entretanto, constatou-se que a referida novidade não trouxe grandes evoluções ou benefícios para o direito processual lusitano pela falta de aderência mental e prática dos aplicadores do direito”.* CABRAL, Tricia Navarro Xavier. Flexibilização Procedimental, op. cit. [↑](#footnote-ref-10)
11. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p. 71. [↑](#footnote-ref-11)
12. “*Por ônus entende-se não um dever jurídico, mas a subordinação de um interesse próprio a outro interesse próprio, ao passo que na obrigação ocorre a subordinação de um interesse próprio a outro, alheio. (...) No ônus, há, de conseguinte, a ideia de carga e não de obrigação ou dever*.” LOPES, João Batista. O ônus da prova. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 5, out/2010, p. 1.525. Ao longo do artigo os termos “ônus” e “encargo” serão utilizados indistintamente. [↑](#footnote-ref-12)
13. Neste sentido, pode-se citar, na doutrina pátria, as lições de José Carlos Barbosa Moreira: “*A doutrina moderna, estudando o problema do ônus da prova, assentou uma conclusão muito interessante: as regras que distribuem esses ônus são regras destinadas a ser aplicadas em relação aos fatos que afinal não se provam, que afinal não resultam provados. O juiz não tem que preocupar-se com as regras legais da distribuição do ônus da prova, a não ser no momento de sentenciar. Aí então, verificando que determinado fato não foi provado, ele terá de imputar a alguém as consequências desfavoráveis da falta de prova daquele fato; eis aí para que servem as regras sobre a distribuição do ônus da prova. Se ele verifica que o fato não provado era o constitutivo, atribui ao autor as consequências nefastas dessa lacuna probatória. Se ele verifica que a prova faltante é de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, quem suportará as consequências melancólicas será o réu*.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul/1984, p. 180. [↑](#footnote-ref-13)
14. “*Si al juez se le impone el deber de resolver es necesario que, al mismo tiempo, el derecho le diga cómo ha de solucionar la situación de incertidumbre en que le coloca la falta de prueba sobre un hecho. Aparece así la doctrina de la carga de la prueba, que adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde el punto de vista del juez y al final del proceso. Las reglas en que se resuelve la distribución de la carga de la prueba no tratan, de modo directo, de determinar a priori qué hechos deben ser probados por cada parte (que sería la llamada carga de la prueba en sentido formal, aunque existen algunas reglas en este sentido), sino que pretenden decir al juez qué debe hacer cuando uma afirmación de hecho no ha sido probada, esto es, fijan las consecuencias de la falta de prueba de los hechos (carga de la prueba en sentido material)*.” AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002, pp. 87-88 [↑](#footnote-ref-14)
15. *“Trata-se, portanto, de ficção jurídica criada com o objetivo de suprir as limitações do processo enquanto instrumento do exercício da jurisdição, a qual possibilita que o juiz chegue a uma decisão favorável ao autor ou ao réu mesmo sem ter alcançado uma convicção plena sobre os fatos alegados em razão da insuficiência dos elementos contidos nos autos”.* RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova, in Revista de Processo, vol. 240, fev/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 41. [↑](#footnote-ref-15)
16. HILL, Flávia Pereira. *A inversão do ônus da prova na CLT e no CDC*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, v. 22, 2007, p. 31. [↑](#footnote-ref-16)
17. OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 231, mai/2014, pp. 13-14. [↑](#footnote-ref-17)
18. BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. In: Barbosa Moreira, José Carlos (Coord.). *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães.* Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 123-140. [↑](#footnote-ref-18)
19. WATANABE, Kazuo et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 732-737. [↑](#footnote-ref-19)
20. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor.* 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 57. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Artículo 217. Carga de la prueba. 1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones. 2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior. 4. En los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente. 5. De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes. 6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes. 7. Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.* Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323.> Acesso em 20 dez 2014. [↑](#footnote-ref-21)
22. “*A dinamização importa na atribuição do ônus de provar àquela parte que tem a maior facilidade probatória*. (...) *A dinamização do ônus da prova ocorre mediante declaração judicial. A inversão, mediante constituição, porque há alteração de algo já instituído. É impróprio, portanto, falar em inversão do ônus da prova a propósito da dinamização*.” MARINONI, Luiz Guilherme. *O projeto do CPC:* críticas e propostas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, pp. 102-104. [↑](#footnote-ref-22)
23. Recurso Especial n.º 1286704/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Data do Julgamento: 22/10/2013, DJe 28/10/2013: (...) “*45. Mesmo que a prova não incumbisse exclusivamente às rés, pode-se falar, no mínimo, em distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a probatio diabólica, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o onus probandi, por assentar-se em regras rígidas e objetivas. Com base na teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso. 46. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da isonomia (arts. 5º, caput, da CF, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF) e da solidariedade (art. 339 do CPC), bem como os poderes instrutórios do Juiz (art. 355 do CPC)*.” )(...) “*7. 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*.” Disponível em http://www.stj.jus.br, acesso em 05 fev. 2015. [↑](#footnote-ref-23)
24. *Art. 373. O ônus da prova incumbe:*

    *I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*

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

    *§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.*

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

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

    *I – recair sobre direito indisponível da parte;*

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

    *§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.* [↑](#footnote-ref-24)
25. *“Al respecto, acertadamente, se ha expresado, ahora bien, si analizamos la cuestión desde la perspectiva del accionado, aquel desplazamiento del onus probandi será aceptable, sólo si, respecto de tales hechos, el demandado se encontrara, a su vez, en reales posibilidades de acreditarlos, pues en caso contrario, cuando las dificultades probatorias afecten tanto al actor cuanto al demandado, la inversión de la carga procesal respectiva no halla justificativo alguno atento a que constituiría, también, un quebrantamiento a los multinombrados principios fundantes de la distribución del esfuerzo probatorio, pero en esta oportunidad, contra la factibilidad de éxito de la demandada.”* PEYRANO, Jorge W. *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas***,** *in* Revista de Processo, vol. 217, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar/2013, p. 205. [↑](#footnote-ref-25)
26. A propósito, Peyrano registra: *“No nos oponemos, en forma alguna y aunque nos parezca sobreabundante, que con anterioridad a la producción de la prueba el tribunal interviniente advierta a las partes que aplicará la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en aras de evitar sorpresas que, en la hora actual, sospechamos que no son tales”.* PEYRANO, Jorge W. *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas***,** *in* Revista de Processo, vol. 217, São Paulo: Revista dos Tribunais, mar/2013, p. 205. [↑](#footnote-ref-26)
27. Novo CPC, art. 4o. *As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*. [↑](#footnote-ref-27)
28. ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 135. [↑](#footnote-ref-28)
29. Novo CPC, art. 7o. *É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.* [↑](#footnote-ref-29)
30. *“(...) la actividad ex officio del juez en esta materia puede indirectamente servir a la corrección de desequilibrios debidos a la escasa diligencia del apoderado de una parte. Debe quedar en claro, sin embargo, que no se trata aqui de uma actividad “substitutiva”, con la cual el órgano judicial asumiría en papel – que le es evidentemente extraño – de abogado. El juez no investiga por el litigante ni para el litigante, sino por sí mismo y para el proceso, y eso no lo cambia para nada la circunstancia de que el resultado de su actuación pueda ocasionar un beneficio a la parte más veraz*.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 44, out/1986, p. 183. [↑](#footnote-ref-30)
31. Novo CPC, art. 6o. *Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.* [↑](#footnote-ref-31)
32. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. ALVES, Tatiana Machado. *Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa*, in MEIRELLES, Delton. MARQUES, Giselle. Mediação: um panorama atual, vol. I, Niteroi: UFF/PPGSD, 2014, pp. 06/20. [↑](#footnote-ref-32)
33. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova, in Revista de Processo, vol. 240, fev/2015, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 56. [↑](#footnote-ref-33)
34. PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 226. [↑](#footnote-ref-34)
35. *“Uma das principais preocupações relacionadas à aplicação da teoria da distribuição dinâmica diz respeito ao aumento dos poderes do magistrado, que poderá decidir qual das partes possui melhores condições probatórias em cada caso concreto, implicando, assim, possível violação à garantia da segurança jurídica. Este foi inclusive o tema de uma das propostas de emenda ao projeto de lei que trata da reforma do Código de Processo Civil, posteriormente rejeitada, que propunha a supressão do dispositivo relativo à distribuição dinâmica, sob o argumento de que viola os princípios da legalidade e segurança jurídica em razão dos poderes atribuídos ao juiz, que deveriam permanecer reservados ao legislador. Contudo, no processo civil publicista, preocupado com a qualidade e a justiça do provimento jurisdicional, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica representa um mecanismo importante para a adequada tutela do direito material, inexistindo qualquer ofensa à segurança jurídica quando respeitados seus pressupostos materiais e processuais. Além disso, o princípio da legalidade também não é violado, vez que embora ainda não exista texto expresso de lei permitindo sua aplicação, a autorização para utilizá-la pode ser extraída de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, como visto anteriormente”.* OLIVEIRA. Vivian von Hertwig Fernandes. *Op cit*, p. 13. [↑](#footnote-ref-35)
36. Atente-se para a ponderação de Paula Costa e Silva e Nuno Reis: *“É neste contexto que se vai difundindo a chamada “teoria da distribuição dinâmica do ónus da prova”, já referida no presente estudo, segundo a qual em situações de dificuldade probatória, as regras estritas da “teoria das normas” devem ser afastadas em favor de uma distribuição do risco da incerteza segundo a colocação das partes diante da alegação de facto probando ou do grau de facilidade de demonstração alegação de facto pela parte. Embora os problemas da distribuição do ónus da prova não caibam no escopo do presente trabalho, não podemos deixar de manifestar desconfiança por um esquema geral de distribuição do risco pela incerteza segundo uma “repartição eficiente” do esforço probatório ou de uma modelo de distribuição do ónus estritamente guiada por 34 uma ideia de dificuldade de prova para a parte. Se algumas das dificuldades probatórias típicas parecem poder ser resolvidas através de uma inversão, de uma redistribuição do ónus da prova, isso não parece valer para todos os casos. Apesar da multiplicidade de tentativas por parte da doutrina no sentido de delimitar o campo de actuação das diversas modalidades de “facilitações probatórias”, não se logrou, até hoje, um resultado que vá além do reconhecimento de que as fronteiras entre elas devem ser procuradas em cada instituto de direito substantivo em jogo, que as regras do ónus da prova vinculam as facilitações probatórias às valorações materiais, obrigando, assim, à apreciação de argumentos normativos para além das máximas da experiência.  Cabem, assim, ao direito material a primeira e a última palavras na determinação do esquema de resolução das dificuldades probatórias, pela atribuição das vantagens e dos riscos associados à incerteza sobre os factos  integrados nas previsões normativas. Pela mesma ordem de razões, não é a mera dificuldade de verificação ou falsificação de uma proposição que pode, por si, fundar uma qualquer distribuição do risco pela incerteza. A superação dos estados de necessidade probatórios através de uma inversão do ónus injustificada poderia conduzir ao rompimento da relação fundamental entre os problemas da prova e as valorações do direito material, impondo a prevalência de uma ideia de eficiência sobre as razões fundamentadoras da acção subjacentes às normas violadas”*. SILVA, Paulo Costa e. REIS, Nuno Trigo dos. *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova*, in Revista de Processo, vol. 222, São Paulo: Revista dos Tribunais, ago/2013, p. 149. [↑](#footnote-ref-36)
37. *“Art. 489 § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”* [↑](#footnote-ref-37)