



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro

Izabella Naccaratti André Friedrich

Rio de Janeiro  
2013

Izabella Naccaratti André Friedrich

A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:  
Mônica Areal  
Néli Luiza C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior  
Guilherme Sandoval  
Rafael Iorio

Rio de Janeiro  
2013

## A APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DAS PROVAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Izabella Naccaratti André Friedrich

Graduada pela Universidade Gama Filho.  
Advogada. Pós-Graduada em Direito  
Processual Civil pela Pontifícia Universidade  
Católica (PUC-Rio).

**Resumo:** O Código de Processo Civil vigente, baseado em uma visão estática, estabelece que ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Entretanto, foi desenvolvida uma teoria chamada teoria da carga dinâmica, em que se deve 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.

**Palavras-chave:** Processo Civil. Ônus da Prova. Inversão do Ônus da Prova. Teoria da Carga Dinâmica

**Sumário:** Introdução. 1. A sistemática das provas no processo civil. 2. O ônus de provar incumbe a quem? 3. Inversão do Ônus da prova. 4. Teoria da Carga Dinâmica. 5. Aplicação da teoria da Carga Probatória Dinâmica no novo CPC. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho apresentado aborda o tema da aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das Provas no Direito Processual Brasileiro e discutir se haverá previsão dessa teoria no novo Código de Processo Civil que tramita no Senado Federal.

Busca-se trazer o posicionamento da doutrina e da jurisprudência acerca da aplicação da Teoria da Carga Dinâmica da prova no direito processual brasileiro, analisando a teoria estática prevista no art. 333 do CPC e a distribuição do ônus da prova.

O estudo que se pretende realizar seguirá a metodologia do tipo bibliográfica, qualitativa, parcialmente exploratória.

A palavra ônus vem do latim *onus* (carga, peso), na significação técnico-jurídica, entende-se todo encargo, dever que pesa sobre uma coisa ou uma pessoa.

O ônus da prova é, pois, o encargo, atribuído a uma das partes, de demonstrar a existência ou inexistência daqueles fatos controvertidos no processo, necessários para o convencimento do juiz.

Assim, o ônus da prova pode ser encarado sob o aspecto subjetivo e o objetivo. O subjetivo se refere à distribuição do ônus às partes. Ou seja, interessa ao autor e ao réu, mas não ao juiz. As partes, cientes do seu ônus, devem tomar as medidas necessárias para cumpri-lo, sob pena de ter o pronunciamento desfavorável.

Já sob o aspecto objetivo, o ônus da prova interessará ao magistrado, que tem o dever de buscar a verdade dos fatos para formar sua convicção, independentemente da iniciativa das partes. Com fulcro no artigo 130 do Código de Processo Civil, deverá o juiz determinar de ofício as provas necessárias a formar seu convencimento.

O art. 333 do atual Código de Processo Civil determina um ônus da prova é um sistema estático. O ônus da prova é de quem afirma.

Dispõe o artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil, que o autor recebe o ônus da prova quando necessita provar o fato constitutivo do seu direito, e ao réu quando este alega um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, inciso II do CPC). O fato jurídico é o acontecimento ao qual se segue uma consequência jurídica, ou seja, através do qual se opera modificação em alguma situação de direito.

Sendo assim o autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda.

Mas se o Réu opõe fato impeditivo, modificativo ou extintivo (art. 333, II do CPC), estará assumindo o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Porém, a doutrina começou a desenvolver uma Teoria (Teoria da Distribuição Dinâmica do ônus da prova ou Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas) para flexibilizar a distribuição do ônus da prova de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Ou seja, ao invés de um sistema estático, único, inflexível, a doutrina começou a desenvolver a idéia de que o ônus da prova deve ser da parte que puder no caso concreto, se desincumbir do ônus: a imposição do ônus será redistribuída de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Essa redistribuição do ônus da prova se justifica pela perspectiva constitucional do processo, tendo em vista os princípios basilares da Ampla Defesa, da Cooperação, da Igualdade.

Cabe ressaltar que a referida teoria não deve ser considerada, absolutamente, como espécie de inversão do ônus da prova. Isso porque a parte contrária não assume totalmente o encargo de provar, mas somente de produzir aquela prova que lhe é mais fácil.

O atual Código de Processo Civil não traz essa previsão. Entretanto, há utilização dessa teoria pela doutrina e jurisprudência.

## **1. A SISTEMÁTICA DAS PROVAS NO PROCESSO CIVIL**

Em um processo, para que o juiz possa formar o seu convencimento e decidir sobre o litígio, faz-se necessário a coleta de provas, que levarão a procedência ou improcedência do pedido.

Denomina-se prova todo elemento que possa contribuir à formação do livre convencimento do magistrado acerca de determinado fato. Ou seja, tudo o que é levado pelas partes aos autos com o fim de convencer o juiz de que determinado fato aconteceu será considerado prova.

Na visão de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini<sup>1</sup>, o instituto prova pode ser compreendido da seguinte forma:

Prova, portanto, é o modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão das partes. É o instituto tipicamente processual, pois sua produção ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais.

Assim, conceitua-se prova como o instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.

De acordo com o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart<sup>2</sup>, a palavra prova pode assumir diversas conotações: significa os instrumentos de que se serve o magistrado para o conhecimento dos fatos submetidos a sua análise; procedimento através do qual aqueles instrumentos de cognição se formam e são recepcionados pelo juízo; resultado da atividade lógica do conhecimento.

Nesse passo, os autores<sup>3</sup> apresentam um conceito que denominam mais adequado para expressar a idéia de prova: é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-Juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.

Segundo Fredie Didier<sup>4</sup>, o vocábulo prova possui dois sentidos: objetivo e subjetivo. Quando se quer designar a atividade probatória ou os meios com que a prova se desenvolve,

---

<sup>1</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 9ª ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 474-475, 2010.

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 262-263.

<sup>3</sup> Ibid, p. 264.

<sup>4</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. JusPodivm: Salvador, 2010, p.43.

estará diante do sentido objetivo da prova. Já o sentido subjetivo, será utilizado para designar a convicção de que a prova produzida no processo gerará no íntimo do julgador.

Há uma discussão sobre a natureza jurídica das normas sobre provas: se seriam materiais ou processuais. Tal controvérsia não é meramente acadêmica, uma vez que a aplicação da lei no tempo de norma processual e material é diferente, bem como a competência legislativa.

No ordenamento jurídico, a prova é disciplinada tanto por normas processuais quanto por normas materiais.

Segundo o doutrinador Alexandre Freitas Câmara<sup>5</sup>, as normas sobre prova têm natureza processual, uma vez que regularão o meio pelo qual o juiz formará o seu convencimento, a fim de exercer corretamente sua função jurisdicional.

O citado autor critica a regulamentação do Código Civil de 2002 no que diz respeito ao direito probatório porque não distingue prova e forma dos atos jurídicos:

O Código de 2002, todavia, trouxe um título dedicado a regulamentar o direito probatório (arts. 212 a 232). O Código Civil é criticável por diversas razões, entre as quais não distinguir entre a prova e a forma dos atos jurídicos (sendo certo que o Código Civil de 1916 fazia expressamente a distinção). Há, porém, no Código Civil de 2002 disposições que, não obstante postas no título “da prova” tratam da forma do ato jurídico, como por exemplo, os parágrafos do art. 215, que tratam dos requisitos formais da escritura pública. Mais criticável do que isso, todavia, é a própria inclusão de regras sobre prova no Código Civil. Ainda que se admita a idéia de que a prova é instituto de natureza mista, com aspectos processuais e materiais, é o Código de Processo Civil sede adequada de sua regulamentação. Isto se dá porque o direito probatório é o mesmo, qualquer que seja a natureza da matéria de fundo. Em outros termos, são as mesmas as regras sobre provas nos casos em que o processo versa sobre Direito Privado (civil, comercial) ou público (tributário, previdenciário, administrativo, etc.). Em um país como o Brasil, que adota o modelo da jurisdição unitária, submetendo-se ao Judiciário tanto as demandas que versam sobre Direito Privado como aquelas que versam sobre Direito Público, é inaceitável que as regras sobre provas sejam postas em um diploma destinado a regulamentar o Direito Privado. Além disso, não se pode deixar de dizer que muitas das disposições do Código Civil de 2002 sobre provas são incompatíveis com o modelo processual brasileiro<sup>6</sup>.

Por outro lado, Fredie Didier entende que há utilidade o tratamento da prova pelo

Código Civil:

---

<sup>5</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p. 404.

<sup>6</sup> *Ibid*, p.405.

Direciona-se também à prova extrajudicial, além de delimitar, como na hipótese de escritura pública, a forma de certos atos/negócios jurídicos. E quando a lei exige determinada forma, é por ela que se deve provar o ato/negócio. O testamento particular, por exemplo, somente pode ser provado por escrito (“forma escrita”, art. 1876, CC/2002).

As provas apresentam classificação: quanto ao objeto, quanto à fonte, quanto à forma e quanto à preparação.

Quanto ao objeto da prova, classificam-se em diretas, referem-se ao próprio fato probando, ou seja, o próprio fato cuja existência se quer provar; indiretas, dizem respeito a outros fatos, que por raciocínio dedutivo, o juiz presume a existência do fato. A prova indireta também é conhecida como prova indiciária.

Quanto à fonte de prova, podem ser pessoal: qualquer afirmação pessoal consciente, como por exemplo, o depoimento pessoal das partes; e, real: atestação inconsciente, feita por uma coisa, como por exemplo, a declaração contida em um documento.

Quanto à forma da prova, podem ser: oral (prova testemunhal, depoimento pessoal, confissão); documental; material.

Quanto à preparação, a prova será casual, que são provas preparadas no curso da demanda; e, preconstituídas, aquelas que preparadas preventivamente, ou seja, antes da propositura de uma eventual ação.

Outra questão controvertida é quanto ao objeto da prova. Moacyr Amaral dos Santos<sup>7</sup> entende que o objeto da prova são os fatos. Para Alexandre Câmara<sup>8</sup>, as alegações das partes a respeito de fato seriam o objeto.

Em geral, a prova recai sobre matéria de fato, mas excepcionalmente, pode recair sobre matéria de direito, quando a parte alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, na forma do art. 337 do CPC. Nesses casos, a comprovação é facultativa

---

<sup>7</sup> SANTOS, Moacyr Amaral dos, apud CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Lumen Iuris: Rio de Janeiro, 2006, p. 406.

<sup>8</sup> *ibidem*, p. 406.

desses direitos. O juiz somente determinará a produção dessa prova caso desconheça a norma invocada, sob pena de caracterização de um formalismo inútil.

Cabe ressaltar, ainda, a hipótese de *Iura Novit Curia* no qual o juiz deve conhecer todo o direito federal, assim como o estadual e municipal relacionados à comarca ou seção judiciária, onde exerce suas funções.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>9</sup> não discrepa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO EM FACE DE LEI MUNICIPAL. ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA Nº 280/STF.

1. O princípio geral segundo o qual o juiz conhece o direito (*iura novit curia*) determina que o julgador solucione a demanda aplicando as normas que entender cabíveis, independentemente daquelas invocadas por qualquer das partes. Ademais, nos termos do artigo 337 do CPC, a necessidade de comprovação do teor e da vigência da legislação municipal é uma mera faculdade do Juiz.

2. As instâncias ordinárias reconheceram o direito líquido e certo do Impetrante com fundamento da Lei Orgânica do Município de Frutal, não se havendo falar em ofensa à Lei Municipal 4.910/02, o que induz a aplicação, por analogia, da Súmula 280 do STF, segundo a qual "por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário".

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1272810/MG, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 25/02/2013)

A prova somente pode ser exigida quanto aos outros direitos (de outros municípios ou estados), sendo, ainda, facultativa. Essa prova será demonstrada por intermédio da juntada do diário oficial em que foi publicada a norma jurídica ou a certidão do órgão legislativo criador da norma.

Os fatos que precisam ser provados são os principais e não os secundários. Os fatos principais são aqueles que deverão ser afirmados na petição inicial e na contestação, destinando a demonstrar com quem está a razão. Assim, as provas devem estar situadas no âmbito das afirmações do fato.

---

<sup>9</sup> STJ, AgRg no Ag 1272810/MG, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 25/02/2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29 mar. 2013.

Contudo, existem os fatos secundários que não são capazes de demonstrar diretamente a verdade, servindo indiretamente para convencer o juiz de que as afirmações de uma das partes são verdadeiras.

O fato secundário não precisa ser alegado, mas pode ser objeto de prova. Ou seja, este fato se destina a demonstrar que a afirmação do fato principal é verdadeira.

Ressalta-se que somente fatos pertinentes e relevantes para o processo constituem objeto de prova.

Além disso, necessário esclarecer a finalidade da prova: formar a convicção do juiz quanto à existência dos fatos relacionados ao litígio. Assim, deve o magistrado julgar de acordo com o que está demonstrado no processo.

Segundo Fredie Didier, existem três teorias que visam a explicar qual a finalidade da prova: primeira teoria estabelece que a finalidade da prova é estabelecer a verdade; a segunda teoria sustenta que a finalidade da prova é fixar formalmente os fatos postos no processo; e a terceira que entende que a finalidade da prova é produzir o convencimento do juiz:

Para esse autor<sup>10</sup>, a primeira e segunda teorias não devem ser aplicadas:

A primeira dessas teorias não pode prevalecer, porque, a verdade é uma noção ontológica, objetiva, e o conhecimento que cremos ter dela é subjetivo. Assim, como já se viu anteriormente, é absolutamente impossível ao ser humano atingi-la ou, ao menos, ter a certeza de tê-la atingido.

A segunda dessas teorias está intimamente vinculada ao sistema do tarifamento legal das provas. Por meio dela, admite-se que o legislador, ciente da impossibilidade de se alcançar a verdade acerca dos fatos, estabeleça critérios para que se possa reputar, ainda que formalmente demonstrados os fatos alegados pelas partes no processo.

Resignada diante da impossibilidade de alcançar uma verdade absoluta e, ao mesmo tempo, insatisfeita com a solução formal dada pelo legislador para conformar a realidade do processo a uma possível realidade dos fatos, surge a terceira teoria, segundo a qual o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado.

Portanto, a teoria mais adequada é a terceira, uma vez que a finalidade da prova é permitir a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa.

---

<sup>10</sup> DIDIER, op cit, p. 74.

Outrossim, o destinatário da prova, neste sentido, é o juiz, já que a finalidade da prova é convencê-lo. Ou seja, ele é o destinatário principal e direto, é quem precisa saber a verdade quanto aos fatos, para que possa decidir adequadamente.

O Código de Processo Civil, no seu artigo 130, corrobora que o juiz é o destinatário da prova, uma vez que tem o poder de determinar a produção de qualquer prova que entender necessária e pertinente ao deslinde do processo.

Didier entende que as partes devem ser consideradas como destinatários indiretos, pois precisam se convencer da verdade para que acolham a decisão.

Ressalta-se, aqui, os sistemas de valoração das provas, que permitiram ao juiz a formação de um juízo de valor sobre o objeto da prova, formando o seu convencimento acerca do fato probando. São três sistemas: Prova Legal, Íntima Convicção e Persuasão Racional (ou livre convencimento).

O Sistema da Prova Legal foi originado do sistema das ordálias (juízo de Deus). Esse critério não permitia ao juiz avaliar a prova segundo seus critérios de convencimento pessoal, uma vez que tal valor já estava previamente fixado em lei.

A utilização deste critério prende o juiz ao formalismo e ao valor tarifado das provas, não podendo analisar os fatos de forma pessoal e subjetiva. Assim sendo, pode-se afirmar que o critério da prova legal se torna incompatível com a moderna processualística, em razão de que, por ele, as normas estabelecem de forma absoluta e inalterável o valor da prova, não deixando margem alguma ao juiz para valorá-la, utilizando-se do seu discernimento. Palmilhando o Código de Processo Civil, observa-se que esse critério deixou resquícios em algumas normas, podendo ser citado, como exemplo, o art. 405 do referido diploma legal.

Superado, ainda que não totalmente, o sistema da prova legal, o processo também possui o sistema da íntima convicção, segundo o qual o juiz julga de acordo com seu convencimento, formado mediante quaisquer elementos. Ou seja, o juiz não fica vinculado às

provas produzidas, podendo tomar suas decisões com base em elementos pessoais e fatos extrajudiciais dos quais tomou conhecimento. Este sistema está em desuso no sistema processual brasileiro, mas ainda é utilizado no processo penal, no que concerne ao Tribunal do Júri.

Por fim, o critério da persuasão racional permite a apreciação pelo juiz de forma livremente, quanto às provas, desde que se baseie naquelas constantes nos autos. Utilizando-se de sua capacidade intelectual, deve o magistrado expor na fundamentação, os motivos e as circunstâncias que formaram a sua convicção.

É o princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no art. 93, X da CRFB/88. A exigência de motivação se justifica como meio de controle das atividades jurisdicionais.

Os elementos trazidos ao processo para orientar o juiz na busca da verdade dos fatos são chamados de meios de prova.

O Código de Processo Civil elenca como meios de prova o depoimento pessoal (Art. 342 a 347), exibição de documentos ou coisa (Art. 355 a 363), prova documental (Art. 364 a 399), confissão (Art. 348 a 354), prova testemunhal (Art. 400 a 419), inspeção judicial (Art. 440 a 443) e prova pericial (Art. 420 a 439).

Importante esclarecer que entre os meios de prova, como regra, não há hierarquia, uma vez que o ordenamento jurídico adota o princípio do livre convencimento do juiz, já mencionado. Isso significa que não haverá prevalência sobre os meios de prova, sendo certo que o juiz poderá chegar a sua decisão com base em qualquer prova produzida.

Há casos em que o próprio Código de Processo Civil não autoriza a utilização de certos meios de prova, como por exemplo, não se admite prova exclusivamente testemunhal nos casos que envolva contratos cujo valor exceda o décuplo do salário mínimo, na forma do art. 401, e, a prova pericial quando o fato não depender de conhecimento técnico ou científico, conforme art. 420, parágrafo.

Porém, os meios de provas citados pelo Código de Processo Civil não são os únicos possíveis, como elucida o art. 332 do CPC, uma vez que todos os meios legais e os moralmente legítimos serão considerados para provar a verdade dos fatos, ainda que não estejam previstos no CPC.

Assim, os meios de provas devem estar revestidos dos princípios da moralidade e lealdade, além de existir a necessidade de serem obtidos de forma legal, sob pena de serem considerados ilegítimos.

Nesse sentido, discute-se a possibilidade de utilização da prova emprestada nos processos. O Atual Código de Processo Civil não apresenta qualquer dispositivo acerca da utilização.

Fredie Didier Junior<sup>11</sup> leciona que prova emprestada é a prova de um fato, produzida em um processo, seja por documentos, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, que é trasladada para outro processo, por meio de certidão extraída daquele.

A prova produzida (dita emprestada) ingressará em outro processo sob a forma documental, cuja força probatória será valorada pelo juiz, que não está adstrito a dar-lhe idêntico valor ao que teve nos autos em que foi produzida.

Não se deve olvidar sobre a conveniência do traslado de provas de um processo a outro, uma vez que será o prestígio aos princípios da celeridade e da economia processual, a fim de se evitar repetição desnecessária de atos processuais já esgotados com o aproveitamento de provas pretéritas.

Outrossim, a prova emprestada configura uma modalidade de prova oriunda de construção doutrinária e jurisprudencial, assim, em que pese não elencada expressamente no art. 212 do Código Civil, sua admissibilidade é legítima com preenchimento dos seguintes

---

<sup>11</sup> DIDIER, op cit, p. 50.

requisitos: identidade de partes, identidade de objeto da lide, observância do contraditório na colheita da prova e licitude da prova produzida.

Após a instrução probatória, o juiz, mediante o seu convencimento, proferirá sua decisão independente de quem competia o ônus probante.

## 2. O ÔNUS DE PROVAR INCUMBE A QUEM?

De acordo com Fredie Didier Jr.<sup>12</sup>, o ônus é um encargo atribuído à parte, mas não pode ser considerado como uma obrigação; é um encargo que colocará um determinado sujeito em uma situação de desvantagem perante o direito.

Para a autora Suzana Santi Cremasco<sup>13</sup>, o ônus nada mais é que um encargo que a parte tem de colacionar aos autos todos os elementos necessários para formar a convicção do magistrado em relação aos fatos ali alegados.

Igualmente, Humberto Theodoro Junior<sup>14</sup> esclarece que:

Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz.  
Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isso porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

Nesse passo, pode-se dizer que o ônus é a necessidade de provar algo para que se vença a demanda.

---

<sup>12</sup> DIDIER, op cit, p. 75

<sup>13</sup> CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: GZ Editora, 2009, p.27.

<sup>14</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2006, volume 01, p. 462.

É importante trazer o conceito formulado por Hernando Echandia<sup>15</sup> sobre ônus da prova:

Ônus da prova é uma noção processual que contém a regra de julgamento por meio da qual se indica ao juiz como deve julgar quando não encontra no processo provas que lhe dêem certeza sobre os fatos que devem fundamentar sua decisão e, indiretamente, estabelece a qual das partes interessa a prova de tais fatos para evitar conseqüências desfavoráveis.

Assim, pelo conceito acima descrito, o ônus pode ser dividido em ônus subjetivo e objetivo.

O subjetivo é uma regra destinada as partes, é relativa à distribuição do ônus da prova entre as partes, verificando a quem compete a prova (Ônus das partes quando da instrução probatória).

Ressalta-se que é possível, mesmo produzindo as provas, que sejam elas insuficientes para comprovação do que se busca. Neste caso, o magistrado deve proferir seu julgamento (apesar da inexistência de provas), uma vez que é vedado pelo ordenamento jurídico o *non liquet*.

Outrossim, o ônus objetivo é uma regra de julgamento para o juiz, é relativo às regras de julgamento aplicadas pelo órgão jurisdicional no momento em que julga a pretensão do demandante, ou seja, é a sua análise no momento da sentença.

Fredie Didier Junior<sup>16</sup> afirma que ônus objetivo também indicará a forma de julgamento caso o magistrado não encontre a prova dos fatos ou qual das partes suportará uma decisão desfavorável pelo mau êxito na produção da prova.

Importante esclarecer que o julgador deve verificar se o resultado da instrução probatória foi completo ou não. Caso completo, é irrelevante saber quem foi o responsável pela produção da prova, uma vez que o magistrado não deve se preocupar com o aspecto subjetivo do ônus da prova. Não importa se foi o titular do ônus ou a parte *ex adversa*.

---

<sup>15</sup> ECHANDIA, Hernando apud CREMASCO, Suzana Santi. Op. cit. p. 28.

<sup>16</sup> DIDIER, op cit, p. 75.

Mas se o resultado da atividade probatória for incompleto, o julgador deverá se ater ao ônus objetivo da prova, deve verificar qual parte foi responsável pela produção insuficiente/ausência e que arcará com os prejuízos daí advindos.

Didier<sup>17</sup> acrescenta que “importante não é a conduta das partes na instrução (ônus subjetivo), mas o resultado da instrução e sua avaliação e julgamento pelo juiz (ônus objetivo). Não interessa quem produziu a prova, mas sim o que se provou e sua análise pelo magistrado”.

Cabe informar que as regras de ônus da prova não são regras de procedimento; são regras de julgamento, pois incumbirá ao juiz, no momento de prolação da sentença, analisar quem melhor produziu a prova e proferir um julgamento favorável.

Em regra, compete às partes o ônus de comprovar as alegações de fato que fizer. Daí, o Código de Processo Civil, no seu artigo 333, apresenta a distribuição estática do ônus da prova:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Segundo Didier<sup>18</sup>, o Código de Processo Civil ao distribuir o ônus da prova levou em consideração o seguinte:

a) a posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o alegado. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 333, CPC).

---

<sup>17</sup> Ibid., p. 78

<sup>18</sup> DIDIER, op cit, p. 79.

Assim, pela dicção do citado artigo, cada parte tem o ônus de provar os pressupostos do direito que deseja a aplicação pelo magistrado na resolução do litígio. Ou seja, cabe ao autor o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito, isto é, o fato que deu origem à relação de direito material deduzida em juízo; e, cabe ao réu o ônus da contraprova (ou seja comprovar a inexistência do fato constitutivo do direito do autor) e ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Entretanto, Marinoni e Arenhart<sup>19</sup> criticam a regra do art. 333 do CPC:

Essa regra, que distribui o ônus da prova entre o autor e réu, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito por ele afirmado, mas não a não existência daqueles que impedem a sua constituição, determinam a sua modificação ou a sua extinção.

Não há racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem o seu reconhecimento pelo juiz. Isso deve ser feito por aquele que pretende que o direito não seja reconhecido, isto é, pelo réu.

Para os citados autores<sup>20</sup>, a regra de ônus da prova não deve se dirigir apenas ao juiz, como também as partes, com a finalidade de informar que cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a comprovação dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito.

A doutrina classifica os fatos deduzidos em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos no que se refere à natureza e ao efeito jurídico que podem produzir.

O fato constitutivo é aquele fato que gera o direito pleiteado pelo autor em juízo. É uma situação jurídica, na qual o autor afirma ser titular. Assim, se o autor pretende ver seu direito reconhecido, cabe a ele provar o fato que determinou o seu nascimento e existência.

Para Chiovenda<sup>21</sup>, fatos constitutivos são aqueles que dão vida a uma vontade concreta da lei e à expectativa de um bem por parte de alguém, e exemplifica fazendo referência ao empréstimo, ao testamento, ao ato ilícito e ao matrimônio.

---

<sup>19</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 266-267.

<sup>20</sup>ibidem, p. 269.

<sup>21</sup>CHIOVENDA, Giuseppe, apud, ibidem, p. 74.

Ao réu caberá deduzir três tipos de fatos: extintivos, impeditivos ou modificativos ao direito pleiteado pelo autor. No caso de alegar tais fatos, será encargo do réu a sua prova.

O fato extintivo é aquele que fulmina o direito do autor, fazendo cessar uma vontade concreta da lei, ou seja, é o fato que põe termo à relação jurídica de direito material deduzida no processo. Podem ser citados como exemplos o pagamento, a prescrição, a compensação.

Didier<sup>22</sup> apresenta uma classificação para o fato extintivo, o conatural ou o sucessivo:

Pode ser conatural ao direito, já nascendo com ele – ex.: confere-se o direito ou seu exercício até certo tempo (determinado por prazo prescricional ou decadencial), cujo implemento gera sua extinção – ou sucessivo, posterior ao seu nascimento (ex.: pagamento ou compensação). Mas o fato extintivo conatural ao direito pode ser neutralizado temporariamente com a superveniência de um fato novo que reforce o fato constitutivo, tal como a interrupção da prescrição.

Já o fato impeditivo é aquele que sua existência obsta a produção de efeitos, impedindo que direito alegado pelo autor nasça, sendo exemplos a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual, ou seja, é a ausência de um dos requisitos genéricos de validade do negócio jurídico. Para Didier<sup>23</sup>, o fato impeditivo pode ser conatural ou antecedente:

Pode ser conatural ao fato gerador – como, por exemplo, o desequilíbrio contratual ou a ausência de boa-fé na conclusão de um negócio – ou a ele antecedente, anterior – tal como a incapacidade. Mas, jamais, será sucessivo ou posterior. Isso porque está sempre ligado à ausência de um requisito de validade do ato gerador.

Por fim, o fato modificativo é aquele que busca a alteração da existência do direito pleiteado pelo autor, como por exemplo, a moratória concedida ao devedor.

A título de curiosidade, Marinoni e Arenhart<sup>24</sup> citam o Código de Processo da Alemanha, no qual não há um dispositivo semelhante ao art. 333 do CPC. Mas a idéia de distribuição do ônus da prova é a mesma: a parte que pretende ver sua pretensão acolhida, deve provar o pressupostos fáticos que a embasam.

---

<sup>22</sup> DIDIER, op cit, p. 80.

<sup>23</sup> ibid, p. 81.

<sup>24</sup> MARINONI e ARENHART, op cit. p. 267.

Para os autores acima mencionados, o juiz pode se convencer ante os elementos dos autos mesmo que o ônus da prova não tenha sido cumprido. Isto porque o juiz pode determinar a produção de provas de ofício ou se convencer de provas produzidas pela outra parte. Daí, verifica-se a inexistência de dúvidas, sendo certo que o juiz não poderia invocar a regra do ônus da prova como regra de decisão.

Assim, o artigo 333 do Código de Processo Civil adotou a Teoria Estática do Ônus da Prova, em que cabe cada parte comprovar o que alegou ou apresentar contraprova daquilo alegado pela outra parte.

Esse sistema estático tem se revelado insatisfatório ou superficial, pois despreza as peculiaridades do caso concreto ou do direito material posto em juízo.

Na lição de Marinoni e Arenhart<sup>25</sup>, a produção de uma prova não estará atrelada ao julgamento favorável. Na realidade, o ônus da prova revela que a parte que não conseguir produzir a sua prova estará sujeita a um risco de um possível resultado desfavorável. Ou seja, se não se desincumbiu de seu ônus, haverá um aumento do risco de o julgamento ser contrário aos seus interesses.

Nesse passo, a idéia de ônus da prova deve estar relacionada à produção de provas para levar ao convencimento do magistrado e não apenas uma sujeição a um resultado favorável.

Finalmente, o artigo 334 do Código Processo Civil apresenta as hipóteses de fatos que não dependem de prova: fatos notórios, fatos incontroversos, fatos inconcludentes ou irrelevantes e atos objeto de presunção absoluta:

- Art. 334. Não dependem de prova os fatos:
- I - notórios;
  - II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
  - III - admitidos, no processo, como incontroversos;
  - IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

---

<sup>25</sup> *ibid*, p. 269.

São fatos notórios aqueles de conhecimento geral, público, no momento e no lugar em que a decisão é proferida.

Os fatos incontroversos são aqueles sobre os quais as partes não discutem, ou seja, são fatos alegados pelo autor e que não são contestados pelo réu, ou seja, são fatos que não foram impugnados especificamente ou tempestivamente pela outra parte. Por isso, em sede de contestação, há o princípio da impugnação especificada, previsto no art. 302 do CPC.

Já os fatos inconcludentes ou irrelevantes são aqueles que não possuem relevância jurídica para o processo.

E os fatos objeto de presunção absoluta são aqueles em que o sistema não admite prova em contrário.

### 3. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

No sistema processual brasileiro, conforme explorado no capítulo anterior, há a regra de distribuição do ônus da prova, no qual o ônus incumbe ao autor, que deve demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, para que a verdade alegada em juízo seja admitida pelo magistrado. Ao réu, cabe demonstrar a existência de fatos que modificam, impedem ou mesmo extinguem o direito pleiteado pelo autor, conforme estabelece o art. 333 do CPC.

Mas essa disciplina sofreu atenuações com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no seu art. 6º, VIII, que previu a possibilidade de inversão do ônus da prova.

A inversão do ônus da prova é um direito garantido pelo Código de Defesa do Consumidor, atribuindo proteção à parte mais vulnerável da relação de consumo: o consumidor.

De acordo com o art. 6º, VIII, a fim de facilitar a defesa do consumidor em juízo, é possível a inversão do ônus da prova a seu favor, a critério do magistrado, quando for verossímil a alegação ou quando for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

Essa regra tem fundamento no princípio da isonomia, visando reequilibrar as forças entre os litigantes dentro do processo, de forma a compensar uma eventual posição de inferioridade no processo.

Conforme o próprio art. 6º, VIII do CDC, essa inversão não será automática, ou seja, não significa que ocorrerá a inversão do ônus da prova simplesmente por se tratar de uma demanda consumeirista. A inversão fica condicionada ao juízo do magistrado, vinculada a ocorrência de verossimilhança da alegação contida na inicial e a existência de hipossuficiência do consumidor, face às regras de experiência.

Verossimilhança refere-se ao convencimento do juiz acerca da plausibilidade das alegações do autor na peça inicial. Já a hipossuficiência está ligada à condição de inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor, ou seja, uma situação de desvantagem na qual se encontra o consumidor.

Nesse passo, discorrendo sobre hipossuficiência do consumidor, a doutrina de Eduardo Cambi<sup>26</sup>:

O Código de Defesa do Consumidor pretende resguardar os direitos dos consumidores em geral, desde que se encontrem em situação vulnerável no mercado de consumo, não necessariamente o consumidor pobre. Portanto, a noção de hipossuficiência está ligada à idéia de facilitação da defesa do consumidor em juízo e diz respeito tanto à dificuldade econômica quanto às deficiências técnicas do consumidor, em poder desincumbir-se do ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito.

Costuma-se dividir as normas de inversão do ônus da prova em inversão legal (*ope legis*) e inversão judicial (*ope iudicis*).

---

<sup>26</sup> CAMBI, Eduardo. Apud CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: GZ Editora, 2009, p.67.

A inversão *ope legis* é aquela que é determinada pela lei, é automática, independe de decisão judicial. Já a inversão *ope iudicis* depende de decisão judicial, constatado o preenchimento dos requisitos que a lei determina.

Para Fredie Didier Junior<sup>27</sup>, a regra de inversão do ônus da prova é uma regra de processo. Assim, uma vez preenchidos os requisitos do art. 6º, VIII do CDC, o magistrado tem o dever de determinar a inversão do ônus da prova, através de decisão motivada.

Há uma discussão acerca do momento em que se deve proceder a inversão do ônus da prova.

Em uma corrente isolada fundamentada pelo autor João Batista de Almeida, a inversão deveria ocorrer na decisão liminar positiva.

A corrente intermediária defende que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no despacho saneador, isto é, no início da fase de instrução probatória. Os fundamentos dessa corrente são: além de servir como orientação para o magistrado quando proferir a sentença, o ônus da parte tem por principal objetivo embasar a atividade das partes e do juiz ao longo da instrução; bem como, serve como garantia constitucional do contraditório, da ampla defesa e devido processo legal, de forma a evitar decisões surpresas.

Neste sentido, é o entendimento possui o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, editando a Súmula 91:

DIREITO DO CONSUMIDOR  
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA  
DETERMINAÇÃO NA SENTENÇA  
IMPOSSIBILIDADE  
PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença.

---

<sup>27</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 85.

Mas uma última corrente defende que a inversão deve ser feita na sentença, pois a inversão seria uma regra de julgamento. Essa é a posição do Superior Tribunal de Justiça<sup>28</sup>, que inclusive, previu a possibilidade de inversão do ônus da prova em 2º grau de jurisdição:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - 2º GRAU DE JURISDIÇÃO - POSSIBILIDADE - CRITÉRIO DE JULGAMENTO.

Sendo a inversão do ônus da prova uma regra de julgamento, plenamente possível seja decretada em 2º grau de jurisdição, não implicando esse momento da inversão em cerceamento de defesa para nenhuma das partes, ainda mais ao se atentar para as peculiaridades do caso concreto, em que se faz necessária a inversão do ônus da prova diante da patente hipossuficiência técnica da consumidora que não possui nem mesmo a documentação referente ao contrato de seguro.

Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no Ag 977795/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 13/10/2008)

RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. REGRA DE JULGAMENTO.

- A inversão do ônus da prova, prevista no Art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento.

- Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal.

(REsp 949000/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 23/06/2008)

Assim, os fundamentos dessa corrente são ciência prévia das partes sobre a possibilidade de, em determinadas situações, ocorrer a inversão; e, valoração da prova, pela qual, somente após toda a instrução, o juiz verificaria as circunstâncias do caso concreto.

#### 4. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA

A teoria da carga dinâmica (ou teoria dinâmica do ônus da prova ou teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova) foi delineada e sistematizada na Argentina, por intermédio dos estudos de Jorge W. Peyrano no final do século XX.

<sup>28</sup> Brasil, Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rel. Ministro SIDNEI BENETI, AgRg nos EDcl no Ag 977795/PR, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 13/10/2008; Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, REsp 949000/ES, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 23/06/2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29 mar. 2013.

Segundo a autora Suzana Santi Cremasco<sup>29</sup>, a teoria da carga dinâmica preocupa-se com a realidade de cada processo posto à apreciação do Poder Judiciário, adaptando-se a cada caso, impondo o ônus da prova àquela parte que possui melhores condições de produzi-la.

A citada autora<sup>30</sup> menciona a posição de Jorge W. Peyrano:

*La llamada doctrina de las cargas probatorias dinamicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, segun fueren las circunstancias del caso, em cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fáticas para producirlas, mas allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratar-se de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.*

Assim, a teoria da carga probatória dinâmica não leva em consideração a posição da parte no processo para fixação do encargo probatório, nem a natureza do fato objeto da prova. O importante, aqui, é quem tem a facilidade de produção daquela prova, de forma a esclarecer os fatos controvertidos e ter uma solução justa no caso concreto.

A partir de circunstâncias de cada caso, o magistrado definirá qual dos litigantes tem melhores condições para comprovar fatos controvertidos, impondo-lhe o ônus e eventual risco no seu descumprimento.

No Brasil, com o intuito de ultrapassar uma aplicação inflexível do art. 333 do CPC, surgiu a doutrina das cargas probatórias dinâmicas, que preconiza a repartição do ônus probatório, incumbindo a prova a quem tiver melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto, independente de que posição a parte ocupe na demanda ou da natureza do fato probando.

O pressuposto dessa teoria é que a parte que tem melhores condições deve provar.

Para Suzana Santi Cremasco<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: GZ Editora, 2009, p.71.

<sup>30</sup> PEYRANO, Jorge W. apud CREMASCO, Suzana Santi. Op cit. p.73.

<sup>31</sup> CREMASCO, op. cit. p.74

ao propor a dinamicização do ônus da prova, seus criadores, em momento algum negam a necessidade da existência das normas estáticas e abstratas e distribuição que atuam – e que continuarão a atuar – pelo menos em princípio.

A nova teoria subverte nem elimina a técnica tradicional de repartição dos encargos probatórios, mas representa um plus para acrescer e aprimorar o sistema clássico de distribuição.

O que se apresenta é uma teoria voltada aos escopos modernos do direito processual, mormente à efetividade, à verdade e à obtenção de resultados justos, e que parte dos princípios da boa fé, da cooperação e da solidariedade – princípios que são uma das grandes fontes do Direito.

Essa teoria propõe que, nos casos em que o litigante tem a incumbência de produção de uma prova e não tem condições de fazê-la, pode o magistrado deslocar o ônus da prova para aquele que inicialmente não o tem, pois possui melhores condições de cumpri-lo.

O objetivo desta teoria é promover a igualdade, em sentido material, das partes. Busca evitar que uma das partes tenha o ônus de uma prova diabólica, ou seja, aquela prova de impossível produção.

Podem ser considerados como fundamentos dessa teoria os deveres de igualdade, lealdade, solidariedade e colaboração das partes no processo civil; boa fé objetiva processual; devido processo legal, acesso à justiça e efetividade do processo; visão cooperatória e publicista do processo civil; busca pela verdade real e obtenção de um resultado justo, conforme esclarece Suzana Santi Cremasco<sup>32</sup>:

Uma teoria que, como a teoria da distribuição dinâmica, se propõe a facilitar a produção das provas necessárias ao accertamento dos fatos controvertidos no processo, a aprimorar a formação do convencimento do julgador e, por conseguinte, o alcance da efetividade e da justiça da decisão que será proferida, encontra seu fundamento, senão em todos, certamente nos princípios pilares que sustentam o processo civil moderno.

A distribuição dinâmica da carga probatória poderá ser aplicada em relação a um ou vários fatos controvertidos e sua incidência estará condicionada a cada fato, relacionando-se a existência da dificuldade ou não na produção da prova.

---

<sup>32</sup> CREMASCO, op cit. p. 87

Com relação ao momento para aplicação da mencionada Teoria, há discussão na doutrina. Assim, esclarece Suzana Santi Cremasco<sup>33</sup> que alguns entendem como regra de julgamento e outros, como regra de conduta:

A matéria é deveras controvertida e tem como pano de fundo o debate acerca da natureza jurídica do ônus da prova, ou seja, se ele deve ser compreendido como regra de julgamento para o juiz ou regra para as partes.

É que, uma vez reputado apenas como regra de julgamento, da qual se vale o julgador no momento da decisão, diante da ausência de prova quanto a fato relevante e da impossibilidade de pronunciamento *non liquet*, para proferir a sentença em desfavor da parte que deveria produzir a prova e não o fez, será admitida a distribuição dinâmica apenas nesse momento. Em contrapartida, considerando-se o ônus da prova também como regra de conduta, que orienta a atividade das partes no processo durante a instrução, indispensável será o pronunciamento do magistrado quanto à repartição do encargo probatório de antemão, logo na abertura da fase instrutória, a fim de que os litigantes estejam previamente cientes da sua responsabilidade e dos riscos que poderão ser suportados por cada qual.

A citada autora<sup>34</sup> informa que os defensores da aplicação da teoria da carga dinâmica na sentença são os juristas argentinos, sendo que, para eles, não há necessidade de aviso prévio ao autor ou réu.

Suzana Santi Cremasco<sup>35</sup> critica esta posição dos juristas argentinos. Isso porque o ônus da prova além de orientar o julgador na prolação da sentença, também embasa a atividade das partes durante a instrução, daí, os encargos com a produção probatória devem ser definidos antes do início da fase probatória.

Para a autora<sup>36</sup>, a aplicação da teoria da carga dinâmica apenas na sentença viola os princípios e garantias fundamentais do processo civil, tais como: ampla defesa, contraditório e devido processo legal, uma vez que impõe a parte um ônus que ela desconhecia e, também, retira a possibilidade da parte produzir a respectiva prova.

Assim, o momento mais adequado para a incidência da teoria da carga dinâmica é no início da fase instrutória, no despacho saneador, devendo o magistrado fixar os pontos

---

<sup>33</sup> CREMASCO, op cit. p. 88.

<sup>34</sup> *ibid*, p. 89.

<sup>35</sup> *ibid*, p. 90.

<sup>36</sup> *ibid*, p. 91.

controvertidos e determinar a produção das provas, informando qual delas ficará a cargo de cada um.

Assim, a decisão judicial aplicando a teoria da carga dinâmica deverá ser prévia, com a intimação das partes, a fim de que o litigante a quem foi atribuído o encargo possa desempenhá-lo de forma útil e com a preservação do contraditório e ampla defesa.

Para a autora Flavia de Almeida Montingelli Zanferdini<sup>37</sup>, as justificativas para adoção da teoria da carga dinâmica no processo civil brasileiro são:

- a) as partes carecem do direito de permanecer distraídas (ensimesmadas) no processo, escudando-se em uma fechada e singela negativa das alegações da parte contrária;
- b) a carga da prova pode recair na cabeça do autor, na do réu ou na do terceiro interveniente, conforme as circunstâncias do caso e a situação processual da partes;
- c) a carga da prova não depende somente da invocação de um fato, mas também da possibilidade de produzir a respectiva prova;
- d) a doutrina das cargas dinâmicas da prova consiste em impor o peso da prova na cabeça da parte que, por sua situação, esteja em melhores condições de produzi-la, sem importar a posição processual que ocupa;
- e) a superioridade técnica, a situação de prevalência ou a melhor aptidão probatória de uma das partes, a complexidade do fato ou sua natureza geram o traslado da carga probatória para quem esteja em melhores condições de dela se desincumbir.

É importante ressaltar que a teoria da carga dinâmica não deve ser confundida com a inversão do ônus da prova. Repise-se, a teoria da carga dinâmica é aquela na qual o magistrado, por meio de decisão, atribui o ônus da prova à parte que, no caso concreto, revele ter as melhores condições de produzi-la.

Já a inversão do ônus da prova, decorre de previsão expressa da lei. Pressupõe a existência de uma responsabilidade, a princípio, atribuída a uma das partes, e, uma vez preenchidos os requisitos legais, é transferido o encargo à parte contrária. Ou seja, para que a inversão ocorra, não é necessário que o juiz analise as circunstâncias do caso concreto e decida sobre a inversão; com o preenchimento dos requisitos legais, deverá incidir a inversão.

---

<sup>37</sup> ZANFERDINI, Flavia de Almeida Montingelli. Cargas Probatórias Dinâmicas no Processo Civil Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, v. 01, número 69, 2008, p. 26.

A regra de inversão do ônus da prova comumente aplicada é a prevista no art. 6º, VIII, do CDC, que condiciona sua incidência à verossimilhança da alegação ou hipossuficiência.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>38</sup> aplica a Teoria da Carga Dinâmica:

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR.

1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo.

2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria.

3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 619.148/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 01/06/2010)

Igualmente, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro<sup>39</sup> também aplica a Teoria da Carga Dinâmica do ônus da prova:

APELAÇÃO. REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. ANATOCISMO. IMPRESCINDIBILIDADE DA PERÍCIA PARA A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. Perícia não realizada porque a parte autora não apresentou o contrato de arrendamento mercantil firmado com o réu. Consoante a teoria da carga dinâmica da prova, o ônus de sua produção deve recair sobre a parte que tiver melhores condições de produzi-la. PROVIMENTO AO RECURSO PARA ANULAR A SENTENÇA E DETERMINAR O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. DECISÃO COM BASE NO ART. 557, § 1º-A DO CPC. (TJRJ, Apelação Cível nº. 0011949-33.2011.8.19.0001, Décima Nona Câmara Cível, Relatora Desembargadora Valeria Dacheux, Publicação: 04.07.2013)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO SINGULAR QUE, REVOGANDO DECISÃO ANTERIOR, DETERMINOU A APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS NOS MESES DOS PLANOS ECONÔMICOS PELA PARTE AUTORA. DEMANDANTE QUE COMPROVA A TITULARIDADE DE

<sup>38</sup>Brasil, Superior Tribunal de Justiça (STJ), Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, REsp 619.148/MG, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 01/06/2010. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 29 mar. 2013.

<sup>39</sup> Brasil, Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), Relatora Desembargadora Valeria Dacheux, Apelação Cível nº. 0011949-33.2011.8.19.0001, Décima Nona Câmara Cível, Publicação: 04.07.2013; e, Des. Relator Carlos Santos de Oliveira, Agravo de Instrumento nº. 2009.002.12024, Nona Câmara, Publicação 25.03.2009. Disponível em <http://www.tjrj.jus.br/jurisprudência>. Acesso em: 29 mar. 2013.

#### CADERNETA DE POUPANÇA JUNTO AO BANCO RÉU. REFORMA DA DECISÃO.

- A parte autora comprovou ter solicitado, junto ao banco réu, segunda via de extratos de conta poupança na época dos planos econômicos, bem como comprovou a titularidade de caderneta de poupança junto à instituição bancária. Os elementos são suficientes a embasar as alegações iniciais.

- Conquanto este Magistrado entenda inaplicável a Lei 8.078/90 aos contratos celebrados com instituições bancárias antes de sua entrada em vigor, na presente hipótese, é indubitado que o apelado dispõe de melhores condições do que o apelante para a apresentação dos documentos imprescindíveis ao julgamento da pretensão autoral em razão de seu maior aparato tecnológico. Trata-se de extrato bancário relativo a período de quase 20 (vinte) anos atrás, cuja prova é praticamente impossível de ser realizada pela parte autora e plenamente possível de ser produzida pela instituição financeira ré.

- No intuito de superar os inconvenientes decorrentes da aplicação inflexível da teoria estática do ônus da prova, prevista no art. 333 do CPC, surgiu a doutrina das cargas probatórias dinâmicas, que preconiza a repartição casuística do ônus probatório, incumbindo a prova a quem tiver melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto, pouco importando a posição assumida pela parte na causa ou a natureza do fato probando. Cabível sua aplicação no presente caso, considerando que a parte ré dispõe de maior conhecimento técnico tendo condições de localizar os extratos da época com os dados fornecidos junto à inicial.

- DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO DO RECURSO. (TJRJ, Agravo de Instrumento nº. 2009.002.12024, Nona Câmara, Des. Relator Carlos Santos de Oliveira, Publicação 25.03.2009).

Logo, para os Tribunais, a possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica importa em imputar o ônus à parte que possuir melhores condições de provar o fato posto em juízo.

## 5. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA NO NOVO CPC

O Projeto de Lei 8046/2010, Projeto do Novo Código de Processo Civil, em trâmite na Câmara dos Deputados, prevê a aplicação da Teoria da Carga Dinâmica:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

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

§ 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. Neste caso, o juiz 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.

Assim, em determinados casos, a lei autorizará que o magistrado atribua o ônus da prova à outra parte, quando haja impossibilidade ou excessiva dificuldade em cumprir o encargo.

Ou seja, o juiz passa a poder distribuir esse ônus segundo as particularidades da causa, mediante decisão fundamentada, mas não significa que a regra do atual CPC (o ônus probatório incumbe àquele que alega) seja abandonada. Houve apenas uma flexibilização da teoria probatória.

Ressalta-se que na exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil reconheceu-se que o direito processual deve se harmonizar com o Estado Democrático de Direito e proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos com a garantia de um processo eficiente, sob pena de tornar o direito material inócuo.

Portanto, não há dúvidas de que o processo civil brasileiro comporta a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas, a fim de proporcionar à sociedade direito a um processo célere, eficiente e efetivo, garantindo a aplicação do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

## CONCLUSÃO

O atual Código de Processo Civil, no seu art. 333, apresenta a distribuição do ônus da prova, no qual, incumbe ao autor à prova dos fatos constitutivos de seu direito; e, ao réu, a existência de fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Trata-se de uma teoria estática do ônus da prova, a qual vem sofrendo atenuações pela Teoria da Carga Dinâmica, em prol da efetividade e instrumentalidade do processo.

Observou-se que pela citada teoria, houve rompimento com as regras rígidas do art. 333 do CPC, tornando a distribuição do ônus da prova mais flexível, adaptável a cada caso.

Assim, não importa a posição da parte, se autora ou ré, nem interessa a espécie do fato (se constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo), o importante é que o juiz analise no caso concreto, qual das partes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova, comprovante os fatos controvertidos e imponha o encargo de provar.

Portanto, pela Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova, nos casos em que o litigante tem a incumbência de produção de uma prova e não tem condições de fazê-la, pode o magistrado deslocar o ônus da prova para aquele que inicialmente não o tem, pois possui melhores condições de cumpri-lo.

## REFERÊNCIAS

- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. Saraiva: São Paulo, 2010.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.
- CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. GZ Editora: Florianópolis, 2009.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. JusPodivm: Salvador, 2010.
- LOPES, João Batista. Ônus da prova e teoria das cargas dinâmicas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo Civil*. São Paulo, volume 37, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Curso de Processo Civil: processo de conhecimento*. 7 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 28 ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2009.

PESSOA, Roberto Dôrea. Aplicação da teoria das "cargas probatórias dinâmicas" nas lides de acidente de trabalho: uma perspectiva epistemológica. *Revista LTr: Legislação do Trabalho e Previdência Social*. Rio de Janeiro, nº. 11, v. 75, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2006, v. 01.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 9 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o ônus da prova*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teresa%20Arruda%20Alvim%20Wambier%20%20formatado.pdf>> Acesso em 09 mar. 2013.

ZANFERDINI, Flavia de Almeida Montingelli. Cargas Probatórias Dinâmicas no Processo Civil Brasileiro. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, v. 01, número 69, 2008.