



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Ônus Probatório no Direito Processual Civil Brasileiro

Bernardo Garcia de Almeida Cacholas

Rio de Janeiro  
2014

BERNARDO GARCIA DE ALMEIDA CACHOLAS

**O Ônus Probatório no Direito Processual Civil Brasileiro**

Projeto de Pesquisa apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil.

Professor Orientador:

Nelson Tavares

Rafael Iorio

Néli Fetzner

Rio de Janeiro  
2014

## O ÔNUS PROBATÓRIO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

Bernardo Garcia de Almeida Cacholas

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela EMERJ.

**Resumo:** Este artigo busca analisar a aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas no processo civil brasileiro e seu impacto na efetividade do processo enquanto busca pela isonomia real e justificativa para sua implementação. Buscou-se a pesquisa por sua abrangência jurisprudencial e doutrinária de modo a compreender a busca pela positividade desta através do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, bem como a conjugação da mesma com os princípios do contraditório, ampla defesa e livre convencimento motivado do magistrado.

**Palavras-chave:** Processo civil. Ônus da prova. Inversão. Teoria das cargas probatórias dinâmicas.

**Sumário:** Introdução. 1. Da prova e sua finalidade no processo. 2. Da atribuição do ônus da prova e sua evolução. 3. O momento da distribuição do ônus da prova. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O instituto denominado “prova” possui grande importância no deslinde do processo judicial, uma vez que detém a finalidade de materializar as alegações de direitos das partes envolvidas no litígio, fornecendo subsídios ao juiz para a solução do mesmo.

A função da prova é possibilitar a fundamentação concreta das hipóteses formuladas e buscar o convencimento do julgador da validade daqueles. Através do conjunto de hipóteses formuladas e provas apresentadas, propõe um diálogo quanto aos fatos alegados no âmbito do processo judicial, buscando o convencimento do magistrado.

A prova, como qualquer meio de linguagem retórica, principalmente no âmbito processual, possui o intuito de reforçar e embasar uma tese que, por sua vez, sempre que

versar sobre fatos, deve ser lastreada em mais do que construções argumentativas, servindo o instituto para demonstrar a existência dos fatos constitutivos, modificativos e impeditivos levantados pelos interessados.

A busca pela certeza e verdade sempre nortearão a atuação do Poder Judiciário na leitura dos argumentos probatórios trazidos a sua apreciação pelas partes envolvidas, que inclusive legitimarão sua decisão. Entretanto, como se discutirá neste artigo, a regra processual possui limites e daí surge a necessidade de se estudar cuidadosamente a distribuição do ônus probatório ao levar em conta as condições materiais dos sujeitos envolvidos no processo.

A importância do estudo deste tema reside no fato de que, diante de um impasse surgido entre indivíduos, ou diante daquele que tem um direito lesado, é por meio do direito de ação que as partes buscam a jurisdição com o objetivo de que o Estado Juiz solucione a lide, porém, para que se obtenha um julgamento justo e honesto, é imprescindível o estudo das provas no processo e do ônus em produzi-las, objeto deste trabalho, pois não há como julgar uma demanda judicial sem as mesmas.

## **1. DA PROVA E SUA FINALIDADE NO PROCESSO**

Partindo-se da legislação positivada atualmente em vigor, pode ser obtido o conceito primário da prova para o ordenamento jurídico brasileiro no art. 332 do Código de Processo Civil, pelo qual entende-se por prova “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

Para Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>2</sup>, o conceito de prova é plurissignificante, podendo significar tanto a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, o meio pelo qual esta será produzida, a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar veracidade de uma alegação ou, ainda, o resultado do convencimento do juiz.

A prova, portanto, deve contribuir para o esclarecimento dos fatos sobre os quais versa a lide. Não obstante, contemporaneamente há um consenso doutrinário de que não haveria como se alcançar ou buscar uma verdade absoluta no processo, devendo o magistrado procurar a verdade possível, considerando-se as limitações fáticas e materiais apresentadas em cada caso concreto.

Deve ser ressaltado que as provas recaem sobre a matéria fática do processo, suscetíveis ao juízo de valor do magistrado, e não aos direitos, já que estas questões seguem o princípio *iuria novit curia* (o juiz conhece o direito), sendo de prévio conhecimento do juízo.

Leonardo Greco, ao analisar a prova enquanto atividade, meio ou resultado, define<sup>3</sup>:

Toda cognição probatória, em qualquer área do conhecimento humano, se destina a preparar um julgamento conclusivo sobre a existência de certos fatos. São esses fatos que têm relevância para o cientista ou para o jurista, pois, enquanto não definidos, não podem eles aplicar os princípios e regras do seu saber.

[...]

Provas são as atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento. Na prova judiciária é o procedimento probatório, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção.

Na doutrina de Cintra, Dinamarco e Grinover a prova é “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos

---

<sup>2</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 410.

<sup>3</sup> GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. Disponível em: <<http://www.abedir.org/documents/Oconceitodeprova.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

controvertidos no processo.”<sup>4</sup> Para Barbosa Moreira, a prova seria um meio para que o magistrado possua um conhecimento acerca dos fatos de modo a proferir uma decisão justa<sup>5</sup>:

Leve-se em conta que, com poucas exceções, só por meio das provas tem o juiz acesso ao conhecimento dos fatos, e facilmente se concluirá que, ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios.

Quanto mais abundantes e mais seguros subsídios se puderem obter das provas, tanto menor a margem de erro a que ficará sujeito o órgão judicial, na hora de sentenciar.

Assim entende Fredie Didier Jr<sup>6</sup>, ao tratar de prova no âmbito da cognição sumária:

[...] Prova inequívoca não é aquela que conduza a uma verdade plena, absoluta, real - ideal inatingível tal como já visto no capítulo relativo à Teoria Geral da Prova -, tampouco a que conduza à melhor verdade possível (a mais próxima da realidade) - o que só é viável após uma cognição exauriente. Trata-se de prova robusta, consistente, que conduza o magistrado a um juízo de probabilidade, o que é perfeitamente viável no contexto da cognição sumária. O juízo de verossimilhança é aquele que permite chegar a uma verdade provável sobre os fatos, a um "elevado grau de probabilidade da versão apresentada pelo autor [...]

Daniel Amorim defende também a inexistência das expressões “verdade formal” ou “material” ao ensinar que a verdade é apenas uma e, ainda que muitas vezes inalcançável, deve ser perseguida no processo, para que se alcance o “melhor resultado possível” do processo<sup>7</sup>. Deste modo, a verdade será processual, não material ou formal.

Neste sentido são encontradas decisões em diversas áreas do direito, como esta:

[...] O desenvolvimento do campo científico com o advento do exame de DNA trouxe para o julgador a maior proximidade da verdade real através de realização da prova pericial, uma vez que esta abre a possibilidade de não mais se julgar tais causas apenas com base na filiação jurídica, em que a presunção é *iuris tantum*, conforme dispõe o Código Civil, mas, também, de acordo com a filiação biológica apontada em tal exame. O resultado de um exame de DNA não serve para criar uma

<sup>4</sup> CINTRA, A. C. de Araújo; DINAMARCO, C. Rangel; GRINOVER, A. Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 377.

<sup>5</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda, *Temas de direito processual*: quarto volume. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 131.

<sup>6</sup> Didier Jr, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. Salvador: Jus Podium, 2007, p. 538.

<sup>7</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. op. cit, p. 412.

verdade absoluta, mas para, em uma ação de paternidade, indicar ou corroborar alguma alegação feita pelas partes [...]<sup>8</sup>

Para Humberto Theodoro Júnior o processo contemporâneo busca a solução dos litígios com base nas provas produzidas nos autos, porém, de modo a não incorrer em negativa de prestação jurisdicional, tal solução pode não necessariamente corresponder à verdade real, não havendo que se falar em um mal julgamento neste caso<sup>9</sup>.

Quanto aos objetos de prova, contemporaneamente entende-se que estes não seriam fatos ou alegações destes, mas, sim, os pontos ou questões trazidas ao processo pelas partes, excluídas todas as questões relativas à fatos secundários que orbitem o caso concreto, que poderiam ser conhecidas de ofício pelo magistrado (com as devidas exceções em casos de direito municipal, estadual, estrangeiro e consuetudinário).<sup>10</sup>

O sistema processual civil adotou o princípio do livre convencimento motivado (persuasão racional), conforme consta no art. 131 do Código de Processo Civil: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”<sup>11</sup>

Segundo este sistema, o magistrado deve se valer dos fatos, direito e legislação que entenda aplicáveis ao caso. No entanto, há que se fazer a ressalva de que o convencimento do magistrado é livre, não arbitrário, devendo ser fundamentado e adstrito aos fatos e circunstâncias do processo.

Quanto ao modo pelo qual o convencimento do magistrado ocorre, no ordenamento jurídico brasileiro, a fundamentação das decisões judiciais é tratada pela Constituição da

---

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0006224-12.2006.8.19.0204. 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Cezar Augusto R. Costa. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201200135663>>. Acesso em: 17 ago. 2013.

<sup>9</sup> THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil: *Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 468.

<sup>10</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. op. cit, p.415.

<sup>11</sup> BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 18/04/2013.

República, em seu art. 93, IX, que determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.<sup>12</sup>

Vale ressaltar que os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa também são aplicáveis às matérias de prova. A Constituição da República, em seu art. 5º, LIV, comanda que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>13</sup>. Para Humberto Theodoro Junior<sup>14</sup>:

[...] o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo.

Deste modo, é possível sintetizar que seria a prova todo o acervo de dados, informações e constatações que pode o magistrado angariar no curso do processo para formar seu convencimento, de modo a que a verdade não seja apenas fruto da verdade formal derivada de consequências processuais, mas, sim, decorrente da verdade real, coincidente com os fatos históricos como realmente transcorreram.

## 2. DA ATRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA EVOLUÇÃO

Quanto ao ônus da prova, seu estudo no ordenamento jurídico brasileiro deve partir do disposto no art. 333 do Código de Processo Civil<sup>15</sup>:

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.

<sup>12</sup>BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2013.

<sup>13</sup> Ibidem. Acesso em: 17 ago. 2013.

<sup>14</sup> THEODORO JR., Humberto. op. cit, p. 30.

<sup>15</sup>BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

Ao concluir sobre a função da prova no direito processual, Greco ensina<sup>16</sup>:

A descoberta da verdade é o adequado elemento funcional do conceito de prova, como pressuposto da realização da justiça e da tutela jurisdicional efetiva dos cidadãos. Os obstáculos à realização desse objetivo devem ser, sempre que possível, removidos, e as dificuldades em alcançá-lo não devem atirar-nos no ceticismo ou na falácia de soluções redutoras, como as da verdade formal, do julgamento fortemente influenciado por presunções ou por valorações probatórias aprioristicamente estabelecidas.

[...]

Os reflexos da concepção garantísitico-demonstrativa da prova sobre o sistema normativo devem ser examinados em profundidade na sua incidência sobre o princípio dispositivo e sobre institutos tradicionais como o ônus da prova, as presunções, as máximas de experiência, as preclusões, as limitações probatórias e resíduos de provas legais.

[...]

É através da argumentação probatória que se constrói racionalmente a verdade fática. Essa argumentação deve arrimar-se principalmente na lógica e na metodologia das ciências, tendo caráter tão demonstrativo como o de quaisquer outras ciências experimentais, utilizando o raciocínio indutivo e o dedutivo.

Ao tratar da importância da prova e de sua análise como garantia de efetividade dos direitos conferidos aos cidadãos, em especial pela Constituição da República, Greco<sup>17</sup> entende ser necessária a garantia da apuração dos fatos e a necessidade de se buscar a verdade dos fatos como pressuposto de uma tutela jurisdicional efetiva para os direitos conferidos pelo ordenamento aos cidadãos. Para este doutrinador de nada adiantaria a norma atribuir um direito sem que lhe confira a possibilidade de demonstrar a titularidade destes impondo uma investigação fática que o impeça de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais tais direitos advém.

Quando se leva em conta a dinâmica que atua sobre o processo civil, é possível concluir que este não é estático ao abranger diversas situações e pleitos cotidianamente, constatando-se que não caberia a imposição de um nivelamento artificial entre as partes em litígio, como ditaria, numa análise rasa, o Princípio da Isonomia. Assim, o direito seria tão dinâmico quanto a sociedade que o utiliza.

---

<sup>16</sup> Ibidem. p. 48/49.

<sup>17</sup> GRECO, Leonardo. p. 26/27.

Deste modo entendem Cintra, Dinamarco e Pellegrini<sup>18</sup>:

A aparente quebra do princípio da isonomia, dentro e fora do processo, obedece exatamente ao princípio da igualdade real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, justamente para que supridas as diferenças, se atinja a igualdade substancial.

A teoria dinâmica do ônus da prova é prevista na legislação de alguns países do mundo e traz a noção de que a atribuição de produção de uma determinada prova possa ser conferida àquela parte que esteja em melhores condições de fazê-lo. O CODECON, em seu art. 6º, VIII, determinou, inovando no ordenamento jurídico brasileiro, que o consumidor no processo contará com "a inversão do ônus da prova, a seu favor (...) quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências"<sup>19</sup>

O STJ já aplicou esta teoria em diversos julgados, como por exemplo:

[...] Nos termos do art. 333, II, do CPC, recai sobre o réu o ônus da prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. 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. [...]<sup>20</sup>

Este não é um posicionamento isolado deste tribunal superior, apontando clara tendência de orientação jurisprudencial, com reflexos em tribunais de justiça estaduais e em julgados de primeira instância. Tanto isto ocorre que o anteprojeto do novo código de processo civil busca positivizar esta teoria<sup>21</sup>:

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório,

<sup>18</sup> CINTRA, A. C. de Araújo, DINAMARCO, C. Rangel, GRINOVER, A. Pellegrini. op. cit., p. 60.

<sup>19</sup>BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2013.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1286704/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=32052895&sReg=201102426968&sData=20131028&sTipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=32052895&sReg=201102426968&sData=20131028&sTipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 20 nov. 2013.

<sup>21</sup>BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Diante do conteúdo de tais decisões, compreende-se que para esta teoria não é determinante a posição da parte no processo ou o tipo do fato sobre o qual versa a prova (constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo) mas que o juiz possa valorar, diante do caso concreto, quem possui dispõe melhor condição de suportar este ônus e o imponha à tal parte, de modo a que a prova no processo seja produzida de forma mais célere e dispendiosa.

Para Marinoni, a possibilidade de que o réu possa produzir a prova não autoriza, por si, a inversão do ônus, que deveria acontecer apenas quando as especificidades da situação de direito material tratado no processo demonstrarem que não seria racional exigir-se a prova do fato constitutivo, mas, sim, a prova de que o fato constitutivo não existe; ou seja, quando for impossível ou desnecessariamente difícil ao autor provar o fato constitutivo e ao réu fácil, ou viável, provar sua inexistência.<sup>22</sup>

Voltando ao texto do anteprojeto do novo CPC, a inversão do ônus da prova oriunda da aplicação da teoria ora comentada não importaria em igual modificação das regras de custeio dos atos processuais envolvidos (conforme apregoa seu art.261, § 2º). Esta preocupação previne uma discussão que permeia a seara consumerista e está em consonância com a ideia do instituto de que a atribuição da responsabilidade em produzir prova não é uma espécie de condenação, mas uma melhor maneira de gerir o processo de modo a que se alcance a verdade processual mencionada oportunamente.

---

<sup>22</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de cada caso concreto*. ABDPC. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(15)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2013.

### 3. O MOMENTO DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA.

Primeiramente, é necessária a distinção entre obrigação e ônus, sendo certo que a primeira contempla a inércia daquele sobre quem recai a obrigação com uma sanção jurídica ao passo que na segunda a omissão gera tão somente perda de efeitos que a observação do ônus poderia trazer para a parte<sup>23</sup>. Sendo assim, a obrigação possuiria o sentido de direito material, enquanto que o ônus seria dinâmico, vinculado à atuação processual.

Em regra, o disposto no art. 333 do Código de Processo Civil é interpretada como regra destinada ao momento do julgamento e não ao de procedimento a ser adotado em momento anterior no processo. Entretanto, ao se discutir a inversão do ônus da prova, positivada no CODECON, existe discussão sobre o momento em que esta deve ser operada, discussão esta cujos fundamentos podem ser aproveitados para o tema deste artigo.

As posições podem ser agrupadas em três correntes, a primeira entendendo que a alteração do ônus probatório deve ser operada na sentença, a segunda que o momento adequado seria durante a etapa de saneamento do processo, no próprio ato no qual o juiz determina a citação do réu e a terceira entende que esta deveria ocorrer na fase postulatória, momento no qual o autor e réu levam ao juízo alegações e teses e são delineados os pontos controvertidos.

Para Cremasco, caso o magistrado entenda que o momento para a distribuição do ônus da prova seja a sentença, uma vez que o órgão julgador está adstrito aos pedidos realizados pelos sujeitos do processo, após analisar o caso concreto seria proferida sentença em face daquele que julgar possuidor de melhor condição para produção da prova<sup>24</sup>.

Para outra corrente, caso esta decisão ocorra na fase posterior à instrução, ocorreria ofensa aos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República) e ampla defesa, uma vez que o julgador deve dar ciência à parte e do ônus que lhe atribuiu e conceder oportunidade

---

<sup>23</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001, p. 255.

<sup>24</sup> CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009, p.88/89.

para que possa agir de acordo, sob pena de se atribuir a algum ator do feito ônus não previsto expressamente em norma anterior e negar a oportunidade de observá-lo. Barbosa Moreira<sup>25</sup> entende:

[...] o juiz, ao indicar os pontos controvertidos, deverá, também se a hipótese comportar a medida, promover a inversão, da qual as partes serão intimadas na própria audiência de conciliação. Assim, já no início da fase instrutória saberão as partes não só quais são os fatos sobre os quais recairá a prova, mas também a qual delas toca o respectivo ônus.

Outro argumento contra a distribuição do ônus probatório na sentença seria o fato de que seu entendimento enquanto regra de conduta possibilitaria ao órgão julgador que decida na ausência de provas ou que onere a parte que injustificadamente não colaborou para diligências que possivelmente seriam contrárias a seu interesse, violando o dever processual de colaboração e impedindo a busca pela verdade no processo<sup>26</sup>.

Nos Juizados Especiais Cíveis existem limitações práticas em razão da especialidade do rito, conforme determinado pela Lei Federal nº 9.099/95, no entanto toda a carga principiológica ventilada é aplicável, porquanto seu art. 28 estabelece “*Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença*”, enquanto seu art. 33 “*Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente, podendo o Juiz limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias*” e, finalmente, o art. “*O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (...).*”

A alteração do ônus probatório no momento do despacho da peça inicial geraria um juízo de valor extemporâneo sobre o caso concreto e, por sua vez, a inversão na audiência traria o inconveniente do adiamento da audiência para a produção de provas pela parte a que fosse atribuído este dever. Desta maneira, considerando-se a inversão do ônus da prova do art. 6º, VIII, CDC, ou a distribuição dinâmica do ônus da prova, estaríamos diante de uma situação onde as partes devem trazer, no único momento as provas que entenderem pertinentes, cabendo ao juízo proferir a “*decisão*”

<sup>25</sup> MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em benefício do Consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 22, p. 134, abr. de 1997.

<sup>26</sup> CREMASCO, 2009, op. Cit., p. 89-90

*que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum"* (art. 6º, Lei Federal nº 9.099/95), sempre de forma fundamentada.

Observando-se estes posicionamentos, e a luz dos princípios do devido processo legal, contraditório e os deveres inerentes à boa-fé objetiva de lealdade e cooperação processual (reiterados pela jurisprudência e positivados nos arts. 14, 17, 339 e 340, CPC), temos que o momento ideal para determinação do ônus processual seria, no procedimento ordinário, a fase de saneamento do processo (audiência preliminar ou despacho saneador)<sup>27</sup>, quando o juiz teria ciência da peça inicial e seus pedidos, bem como da resposta do réu, decidindo de forma fundamentada (em respeito ao art. 93, IX, da Constituição da República, já que até o presente momento trata-se de relativização de normal legal) e apropriada ao caso concreto.

## **CONCLUSÃO**

Conforme discutido ao longo deste artigo, doutrina e jurisprudência debatem, em diferentes graus de intensidade, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, de modo a relativizar um prévio e abstrato estabelecimento de um encargo processual, qual seja o ônus probatório, nos moldes estabelecidos pelo art. 333 do Código de Processo Civil.

A utilização da distribuição dinâmica do ônus da prova no âmbito do processo civil, particularmente no tocante ao momento de sua distribuição, volta-se para o alcance da justiça processual. Por mais que se admita que nem sempre se alcançará ou conhecerá verdade real no processo, a mesma não deve deixar de ser perseguida e o consenso indica este seria o melhor método para fazê-lo.

Importante ressaltar que o simples fato de o juízo realizar uma prévia análise dos sujeitos processuais e suas particularidades que estaria prematuramente julgando-a ou

---

<sup>27</sup> CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 138/139.

emitindo juízo acerca da mesma, uma vez que não seria possível ao magistrado conhecer de antemão o resultado da prova cuja produção determinou sem que a mesma seja trazida ao processo.

Defender que haveria parcialidade do julgador no caso de aplicação da teoria mencionada e conseqüente alteração do ônus probatório seria afastar até mesmo o princípio do livre convencimento do magistrado, já que para possuir maior certeza sobre determinado fato este necessita da prova, pouco importando quem a levará ao processo.

A ideia por trás desta teoria esta ligada à ideia de igualdade material e não apenas formal, de modo a buscar uma efetiva isonomia entre as partes do processo e o equilíbrio desta relação jurídica, possibilitando o refinamento da atribuição deste ônus de produzir a prova em face daquele que está em melhores condições para tanto, possibilitando um maior acesso à justiça e a possibilidade de confecção de sentenças mais justas, uma vez que embasadas num conjunto probatório mais robusto e produzido de forma colaborativa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2013.

BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 17 ago. 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

CARPES, Artur. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CINTRA, A. C. de Araújo, DINAMARCO, C. Rangel, GRINOVER, A. Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ

Editora, 2009.

DALL'AGNOL, Antonio Janyr. *Distribuição dinâmica dos ônus probatórios*. Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, nº 280, 2001.

DIDIER Jr, Fredie, BRAGA, Paula Sarno. *Curso de Direito Processual Civil*, V. 2, Salvador: Jus Podium, 2007.

GRECO, Leonardo. *O conceito de prova*. Disponível em: <<http://www.abedir.org/documents/Oconceitodeprova.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades de cada caso concreto*. ABDPC. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(15)%20-formatado.pdf). Acesso em: 03 out. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Alguns problemas atuais da prova civil*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Arruda, *Temas de direito processual: quarto volume*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. *Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em benefício do Consumidor*. Revista dos Tribunais: São Paulo, n. 22, 1997.

NERY JR. Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*, 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.