**FACULDADE DE JUSSARA
CURSO DE DIREITO**

AGUINALDO ANGELO SILVEIRA REBOUÇAS

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

**Jussara
2016**

AGUINALDO ANGELO SILVEIRA REBOUÇAS

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

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Jussara, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Esp. João Paulo de Oliveira.

Jussara

2016

AGUINALDO ANGELO SILVEIRA REBOUÇAS

**A TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA DO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da
Faculdade de Jussara, como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Data da aprovação: ____/____/_____.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Esp. João Paulo de Oliveira
Orientador

Professor(a)
Membro da banca

Professor(a)
Membro da banca

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao Pai Celestial, que sempre ilumina o meu caminho.

Agradeço aos meus familiares, por acreditarem em mim.

Agradeço aos professores e colegas, pela sabedoria e ensinamentos partilhados, sem os quais a caminhada seria muito mais dura.

Agradeço a Raquel, pela compreensão, motivação, inspiração, companheirismo e carinho.

A todos, minha mais profunda e sincera gratidão.

"A prova é a alma do processo, o instrumento necessário à realização do direito ou, no dizer das Ordenações Filipinas, 'o farol que deve guiar o magistrado nas suas decisões'."

(Afonso Kriger Filho)

RESUMO

O corrente trabalho acadêmico tem por objetivo analisar a inserção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Civil Brasileiro, a qual se deu através da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instaurou o “novo” Código de Processo Civil Brasileiro (CPC/2015), bem como estudar as suas consequências, e o impacto que tal instituto pode gerar, tanto no que pertine à produção de provas, quanto no desenrolar da marcha processual. O CPC/2015, forjado sob a égide da Constituição Federal de 1988, a despeito do seu curto período gestacional e de ter mantido considerável número de premissas da lei revogada, tendo em vista que os dispositivos revogados que traziam os enunciados de tais premissas foram recepcionados pelo texto constitucional, trouxe significativas mudanças nos procedimentos processuais, tendo inclusive adotado um novo paradigma para tratamento das contendas levadas à apreciação do Poder Judiciário. Desse modo, diante do novo cenário, cuida-se de enfrentar as mudanças que recaem sobre o Direito Probatório, estudando as inovações, os precedentes e o tratamento importado de outros ramos do Direito, buscando, então, compreender as vontades e os objetivos almejados pelo legislador ao erigir o CPC/2015. Contudo, previamente ao exame das novidades que o CPC/2015 implementou, é necessário fazer um estudo das principais questões que circundam a prova no processo civil. Mesmo fazendo-o de forma perfunctória, é imprescindível para pavimentar o terreno do tema central abordado, o que se faz trazendo à baila uma breve explanação acerca direito constitucional à prova, discorrendo sobre a conceituação, espécies, classificações e objeto das provas, o fim a que se prestam, e, finalmente, a valoração da prova. Levantadas as bases em que se apóiam a prova no processo civil brasileiro, volta-se para a apreciação do Direito Probatório sob a ótica do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), fazendo uma análise da sistemática que envolvia o modelo de produção de prova na lei revogada, as nuances do procedimento probatório de então, e o levantamento das principais características da teoria da distribuição estática do ônus da prova, a priori adota no processo civil. Um exame entre a estrutura que envolvia a prova e sua produção no CPC/1973 em relação às inovações trazidas pelo CPC/2015 é inexorável, uma vez que as reminiscências da legislação revogada são objeto de vários dispositivos na lei nova. Culmina-se com a dissecação do atual paradigma do Direito Probatório no processo

civil, tomando por base a análise da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, considerando que a novel teoria implantada no procedimento processual civil brasileiro, tem o condão de modificar não somente os ônus processuais relativos à prova, mas também de equilibrar a relação processual, e, de modo reflexo, forçar a cooperação entre as partes. Na mesma senda, são analisadas as possibilidades de inversão do encargo probatório e da aplicação da inversão do *onus probandi*.

Palavras-chave:Direito Processual Civil. Inovações. Direito Probatório. Inversão Do Ônus Da Prova.

ABSTRACT

This academic composition is to analyze the insertion of the theory of dynamic distribution of the burden of proof in Civil Procedural Law, which has come through the Law 13.105, dated 16 March 2015, which initiated the "new" the Civil Procedure Code (CPC/2015), as well as studying the consequences, and the impact that this institute can generate both pertine to produce evidence, as in the course of the procedure running. The CPC/2015, forged under the auspices of the Federal Constitution of 1988, in spite of its short gestational period and have maintained a considerable number of premises of the law repealed, bearing in mind that the devices revoked that brought the set out of such premises have been approved by the constitutional text, brought significant changes in the procedures, having even adopted a new paradigm for the treatment of disputes brought to the attention of the Judiciary. In this way, on this new scenario, it is to face the changes that fall on the Law of Evidence, studying the innovations, the precedents and the treatment imported from other branches of the law, seeking, then, understand the desires and objectives pursued by the legislator to erect the CPC/2015. However, prior to the examination of the news that the CPC/2015 deployed, it is necessary to make a study of the main issues that surround the evidence in civil proceedings. Even doing it in such a way perfunctória, it is imperative to pave the ground of the central theme discussed, what is bringing up a brief explanation about constitutional right to trial, discorrendo on the conceptualization, species, classifications and object of evidence, the purpose for which they provide, and, finally, the assessment of evidence. Raised the basis on which are based the evidence in Brazilian civil procedure, turn to the consideration of the right evidence from the perspective of the Code of Civil Procedure of 1973 (CPC/1973), doing a review of systematics that involved the production model of evidence in law is repealed, the nuances of evidence then, and the lifting of the main characteristics of the theory of the distribution of static burden of proof, priori adopts the civil procedure. A review of the structure involving the evidence and its production in the CPC/1973 in relation to the innovations brought by the CPC/2015 is inexorable, since the reminiscences of the Revoked legislation are subject to multiple devices in the new Law. Culminates with the dissection of the current paradigm of evidential law on civil procedure, based on the analysis of the theory of dynamic distribution of the burden of proof, whereas the novel theory

implanted in the procedure of civil brasileiro, have the power to modify not only the burden of procedure relating to evidence, but also to balance the relationship procedure, and so reflect, force the cooperation between the parties. In the same way, are analyzed the possibilities of reversing the burden of proof and the implementation of the reversal of the *onus probandi*.

Key words: Civil Procedural Law. Innovations. Probationary Law. The reversal of the burden of proof.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ACEPÇÕES SOBRE A PROVA À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL	12
1.1 Direito constitucional à prova	12
1.2 Conceito, classificação e espécies de prova	17
1.3 Objeto, destinatário e valoração da prova	22
2 O ENCARGO PROBATÓRIO NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E DE 2015	28
2.1 A distribuição estática do ônus da prova	28
2.2 O procedimento de produção das provas	31
2.3 Inovações no Direito Probatório Processual Civil	35
3 A INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	38
3.1 A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova	38
3.2 As espécies de inversão do ônus da prova	42
3.3 O momento de distribuição do ônus da prova	45
3.4 A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova	47
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	53

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, de um modo geral, tem se modificado constantemente, e em uma velocidade cada vez maior, de sorte que os arquétipos sustentáculos da base de convivência social exigem que tais transformações sejam enfrentadas e contempladas pelas instituições e institutos que os regem. Desse modo, o Estado, materializado na administração pública, e dividido em três poderes, independentes e harmônicos, na condição de representante dos interesses do povo, o qual é titular e fonte de todo poder constitucionalmente instituído, não pode ficar silente frente às mudanças que permeiam a sociedade.

Nessa seara, é plausível sustentar que tal quadro de constantes mudanças sociais afeta diretamente direitos e garantias sociais e individuais, e não somente enquanto bases formadoras do Estado Democrático de Direito, mas também enquanto fonte das normas que regem, abrigam e sustentam toda a sociedade.

Cabe então dizer que as normas legais instituídas sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 com desiderato precípua de velar pelos direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico brasileiro também são atingidas pelas mudanças sociais. Corolário de tal afirmação são as emendas, reformas, ab-rogações e derrogações observadas nas mais diversas leis que integram sistema legal brasileiro.

No ramo do direito processual civil brasileiro não é diferente, podendo, ao longo da história, perceberem-se várias alterações legais, sendo a última de grande impacto a expressa ab-rogação, ou seja, a revogação total, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que tratava do “antigo” Código de Processo Civil Brasileiro, pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o “novo” Código de Processo Civil Brasileiro, que, após um ano de *vacatio legis*, entrou em vigor em 18 de março de 2016, conforme decidiu o Plenário do Conselho Nacional de Justiça.

Diante disso, uma análise das inovações, bem como daquilo que foi mantido no Código de Processo Civil de 2015 em relação ao Código de Processo Civil de 1973 mostra-se pertinente.

Um importante ponto tratado tanto no Código de Processo Civil de 1973 quanto no Código de Processo Civil de 2015, que, não obstante em grande parte mantido ter a regra da lei revogada trouxe considerável mudança, é a abordagem do ônus da prova.

Assim sendo, é razoável meditar e ponderar a respeito da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que de forma inédita e inovadora foi introduzida na nova lei civil adjetiva. Lado outro, também é de suma importância abordar a distribuição estática do ônus da prova, tendo em vista que esse foi o pilar da produção e encargo probatório no Código de Processo Civil de 1973.

1 ACEPÇÕES SOBRE A PROVA À LUZ DO DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL

O Novo Código de Processo Civil, instituído pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, foi elaborado sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e, a despeito do seu curto período gestacional e de ter mantido considerável número de premissas da lei revogada, pois, os dispositivos revogados foram recepcionados pelo texto constitucional, trouxe significativas mudanças nos procedimentos processuais, tendo inclusive adotado um novo paradigma para tratamento da produção probatória nas contendas levadas à apreciação do Poder Judiciário.

Desse modo, diante do novo cenário processual civilista brasileiro, afigura-se imperioso enfrentar, detidamente, as mudanças que recaem sobre o Direito Probatório, estudando as origens das inovações, os precedentes e o tratamento importado da Constituição Federal de 1988 e de outros ramos do Direito, buscando, então, compreender as aspirações e os objetivos almejados pelo legislador ao erigir a nova lei civil adjetiva brasileira.

1.1 Direito constitucional à prova

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi forjada sob uma atmosfera de grande expectativa de mudanças, pois o país saía de um longo regime ditatorial que perdurou por quase vinte anos, e a população, como um todo, ansiava por ver-se livre da opressão que lhe fora imposta, bem como, havia o desejo latente de resgatar direitos então suprimidos pelo autoritarismo do antigo regime.

Sobre o clima que marcou o período histórico de edição e promulgação da Constituição Federal de 1988, assim falou o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes:

Os anseios de liberdade, participação política de toda a cidadania, pacificação e integração social ganharam preponderância sobre as inquietações ligadas a conflitos sociopolíticos, que marcaram o período histórico que se encerrava. (MENDES, 2013, p. 102)

Desse modo, com o objetivo de resgatar a democracia e garantir, de forma sólida, todos os direitos tirados do povo, elaborou-se a Constituição Federal de

1988, a qual ganhou o epíteto de “Constituição Cidadã” por ter em seu texto vários direitos e garantias ao exercício pleno da cidadania, principalmente no artigo 5º, que dispõem sobre os direitos e garantias individuais e coletivos, e que, por força do artigo 60, § 4º, inciso IV, da supracitada lei maior, fazem parte daquelas matérias entendidas como cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidas do texto constitucional, “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.”. (BRASIL, 1988)

Dentre os setenta e oito incisos que fazem parte do artigo 5º da Constituição Federal, tem-se os incisos LIV e LV, que tratam, respectivamente, do direito ao devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório àqueles que litigam, administrativa ou judicialmente. Essas garantias tomaram ares de princípios, dadas as suas características de alicerces fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro no que concerne às matérias por elas tratadas, como pode ser observado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Tributário. Execução fiscal. Alegada violação do art. 5º, LIV e LV, da CF/88. Necessidade de reexame da legislação infraconstitucional. Impossibilidade. Ofensa constitucional indireta ou reflexa. 1. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República, o que não enseja o reexame da questão em recurso extraordinário. 2. Agravo regimental não provido.

Dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório emerge o direito à produção de provas, o qual, em que pese não estar expressamente previsto no texto constitucional, presta-se, por meio das legislações infraconstitucionais, a materializar as garantias previstas nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal.

O direito à produção de provas, legitimado na Constituição Federal de 1988, e intrinsecamente ligado ao devido processo legal, busca garantir que a prestação jurisdicional seja concebida e entregue de forma justa e equânime, de modo que a ampla defesa e o contraditório atinjam seus preceitos fundamentais, com o escopo de assegurar que seja dado tratamento isonômico àqueles que batem às portas do judiciário.

A fim de se vislumbrar a correta noção almejada ao se assegurar o direito à produção de provas na Constituição Federal, assim como, para compreender o

desiderato precípua do legislador constituinte ao prever no texto da lei máxima os princípios do devido processo legal e da ampla defesa e do contraditório, é necessário perscrutá-los separadamente.

Segundo consta do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, com base nessa premissa, extrai-se o entendimento de que o devido processo legal funda-se na estruturação e instrumentalização do trâmite processual, o que se dá conforme as normas pré-existentes no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que todo o procedimento esteja revestido com o manto da legalidade ou não seja inquinado de ilegal ou ilegítimo.

Há que se ressaltar ainda que o princípio do devido processo legal, além de garantir a legalidade do trâmite processual, tem outro viés, o de assegurar ao cidadão o acesso à justiça, sendo, como bem explanado por Portanova (1997):

Uma garantia do cidadão, constitucionalmente prevista em benefício de todos os cidadãos, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário como o desenvolvimento processual de acordo com normas previamente estabelecidas. (PORTANOVA, 1997, p. 145)

É possível então perceber que, ante a abordagem constitucional do processo, o princípio do devido processo legal é, de forma simples, a garantia de se oportunizar a população o acesso à justiça, sobretudo, assegurando a aplicabilidade da norma com vias de garantir a eficácia da tutela jurisdicional e a pacificação social.

O princípio da ampla defesa e do contraditório está previsto no inciso LV do artigo 5º do texto constitucional, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” e traduz-se, em síntese, no dever de assegurar às partes a possibilidade de fazer alegações e produzir provas a cerca de fatos constitutivos, modificativo, impeditivo e/ou extintivos de direitos.

O aludido princípio também é imbuído de caráter informativo, pois, garante aos litigantes o dever de serem informados sobre a prática de qualquer ato processual, bem ainda, garante-lhes o direito de se manifestarem sobre o conteúdo de tais atos. Tal faceta foi regulamentada nos artigos 9º, *caput*, e 10 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015).

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. (BRASIL, 2015)

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015)

Emana ainda do princípio da ampla defesa e do contraditório, a garantia de que os argumentos suscitados pelas partes sejam, sobriamente, analisados e considerados, pelo julgador quando da prolação de seu *decisum*, sob pena de ser considerada nula a decisão exarada. Em corolário de tal premissa está o inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, e, também, o artigo 489, § 1º, inciso IV, do CPC/2015.

Art. 93. [...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (BRASIL, 1988)

Art. 489. [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (BRASIL, 2015)

Denota-se que o princípio da ampla defesa e do contraditório, conforme previsto na Constituição Federal, possui três vertentes, quais sejam, garantir às partes os direitos de manifestação, de informação e de terem seus argumentos ponderados pelo julgador, proporcionando, então, equilíbrio à relação processual e igualdade entre as partes.

O contraditório tem em sua essência a função de garantir a materialização do direito das partes de serem comunicadas e ouvidas sobre todos os atos processuais, garantindo o direito à informação e à manifestação, e sobretudo o direito de influenciarem na construção da convicção do julgador, à medida que o magistrado, ao proferir sua decisão, deve analisar as teses defendidas pelos litigantes.

Frente a isso, o contraditório deve ser usado para estabelecer a dialética processual, ou seja, promover a bilateralidade de audiência, pois, somente assim o julgador terá condições de proferir uma decisão imparcial e equânime por excelência, sob pena, de não o fazendo, acarretar nulidade processual.

Nesse sentido, Cintra, Pellegrini e Dinamarco (2009, p. 61-62) afirmam que somente após ouvirem-se as partes é que o juiz pode dar sua decisão, de modo que o contraditório é formado pela “soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra a antítese).”.

A ampla defesa, por seu turno, garante que as partes possam utilizar de todos os meios probatórios não defesos em lei, ou seja, atendendo aos contornos legais e/ou não proibidos ou imorais, os litigantes podem produzir qualquer prova que melhor sustente seus argumentos.

A legislação infraconstitucional define, então, uma série de critérios para o exercício da ampla defesa, devendo as partes reclamarem o direito de produzir as provas que lhes convirem respeitando os modos e prazos estatuídos pela lei, sob pena de ver precluso o direito vindicado.

Nessa seara, estando o pedido de produção de provas de acordo com os ditames legais, em que pese a apuração da necessidade de dilação probatória estar submetida à apreciação motivada do magistrado, quando as circunstâncias e peculiaridades da lide exigirem a produção de provas, não pode o condutor do feito tolher das partes o direito de usarem os meios que julgarem necessários para influir na formação do convencimento do juiz, pois tal conduta culmina, inexoravelmente, em cerceamento de defesa, como pode ser observado no entendimento jurisprudencial a seguir destacado:

EMBARGOS À EXECUÇÃO. PENHORA DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ALEGAÇÃO DE USO INDISPENSÁVEL NA ATIVIDADE LABORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. DILAÇÃO PROBATÓRIA NÃO OPORTUNIZADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO, POR AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DOS EMBARGANTES. CONTRADIÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. REABERTURA DA INSTRUÇÃO. I - Deixando o juízo monocrático de possibilitar aos recorrentes a produção da prova oral, incorreu em cerceamento ao direito de defesa, alijando os devedores da oportunidade de comprovar, efetivamente, a utilização do veículo penhorado na atividade laborativa.

Assim sendo, o princípio da ampla defesa e do contraditório, além promover a isonomia no tratamento conferido às partes durante a marcha processual, é, notadamente, uma ferramenta a serviço da instrução do processo, pois, garante a produção de um acervo probatório suficientemente e legalmente satisfatório para justo deslinde do feito.

1.2 Conceito, classificação e espécies de prova

Ao tratar das provas o legislador processual civilista o fez em um capítulo próprio, tanto no Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), quanto no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), do qual é possível extrair as classificações e as espécies de provas a seguir descritas.

Para Nery Júnior e Nery (2015, p. 983) provas são “meios processuais e materiais considerados idôneos pelo ordenamento jurídico para demonstrar a verdade, ou não, da existência e verificação de um fato jurídico.”

Noutra senda, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016), argumentam que, juridicamente, as provas possuem três diferentes significados, ou interpretações, podendo referir-se: ao ato provar, que é a produção de subsídios às alegações das partes; ou a um meio de prova, que são os métodos utilizados na atividade probatória propriamente dita; ou, ainda, ao resultado da utilização de um meio de probatório a favor da produção da prova.

Theodoro Júnior (2013), verbera que, no processo, a prova pode ser conceituada em dois sentidos:

- a) um *objetivo*, isto é, como instrumento ou o meio hábil, para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia etc.);
- b) e outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado. (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 451)

Colhe-se, então, das douradas palavras dos autores acima citados, que, no processo, prova é todo meio ou atividade, não defeso em lei e razoavelmente moral, utilizado pelas partes para influir na formação do convencimento do julgador.

Delimitados, então, os contornos e definições da prova em relação ao Direito Processual, mister tornar claro que, as provas possuem diversas classificações, as quais mudam de enfoque e nomenclatura conforme a fonte adotada, ou seja, variam de acordo os autores que sobre elas escrevem. Para o presente estudo será adota a classificação apresentada na obra de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016), posto ser, hoje, a doutrina mais abalizada e sistematizada do mercado, notadamente pela amplitude de suas fontes, dos processualistas clássicos como Moreira Barbosa, Nelson Nery Júnior, aos mais recentes, Eduardo Talamini, Alexandre Câmara, Cássio Scarpinella, dentre outros.

Pois bem, partindo do axioma acima, a classificação das provas se dá em relação ao objeto, à fonte, à forma e à preparação.

No que pertine à classificação segundo seu objeto, as provas estão divididas em diretas e indiretas, sendo que as primeiras vinculam-se diretamente às alegações sobre o fato objeto da lide, enquanto que as segundas referem-se a fatos circunstanciais, isto é, secundários, que exigem do magistrado um exercício de ilação a fim de relacionar tais fatos suplementares àqueles intrínsecos à lide. Segundo Neves (2011), as provas indiretas, aquelas que abordam fatos secundários, são tratadas como indícios.

Quanto à fonte, as provas se classificam em pessoais e reais. As provas pessoais são aquelas resultantes de declarações, “são fornecidas diretamente pelas pessoas que se dirigem ao juiz” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 432). Já as provas reais decorrem de coisas/objetos, e não das pessoas, sendo, portanto, constatações que independem de declarações.

As provas orais, documentais e materiais, referem-se à classificação pertinente à forma. As provas produzidas através da fala, da pronuncia de palavras, são por excelência, orais. Aquelas provas constantes de arquivos físicos ou digitais, escritos ou gravados, são entendidas como provas documentais. As averiguações, exames ou análises de coisas/objetos ligados ao fato litigioso dão origem às provas materiais.

Há ainda a classificação das provas quanto à sua preparação, podendo ser casuais/simples ou pré-constituídas. As provas casuais, ou simples, são aquelas produzidas no curso do trâmite processual, enquanto que as provas pré-constituídas são aquelas que existem independentemente da formação da relação processual, usualmente sua existência é prévia à propositura da ação.

Enquanto a classificação das provas é proposta pela doutrina, as espécies de provas possuem previsão legal, uma vez que o legislador elenca no texto da lei civil adjetiva um rol exemplificativo de provas.

Necessário trazer à luz que o rol de espécies de prova indicado no Código de Processo Civil, tanto no de 1973 quanto no de 2015, não é um rol exaustivo, pois trata-se de *numerus apertus*, como pode ser visto na expressão “ainda que não especificados neste Código”, constante art. 332, do CPC/1973, e que foi mantida no art. 369, do CPC/2015.

Não poderia ser diferente, pois, o caso o legislador limitasse a atividade probatória à utilização dos meios de prova indicados no Código de Processo Civil, estaria ofendendo o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Sobre as provas atípicas, Moreira (1996, p. 117) escreve que, assim o serão quando as partes delas se utilizarem para “a obtenção de conhecimentos sobre fatos por formas diversas daquela prevista na lei para as provas chamadas típicas”.

Ad cautelam, far-se-á uma breve digressão sobre os mais usuais meios de prova, dentre os quais, também estão aqueles que não admitem a inversão do encargo probatório.

Segundo consta nas veneráveis palavras de Talamini (1998, p. 93) “A prova emprestada consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento da atividade probatória anteriormente desenvolvida, através do traslado dos elementos que a documentaram.”.

O CPC/2015, ao contrário do CPC/1973, trouxe, em seu artigo 372, previsão expressa sobre a utilização prova emprestada, “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.” (BRASIL, 2015)

Entretanto, o legislador condicionou o uso da prova emprestada à observância do princípio do contraditório, o que somente será possível se, tanto no processo onde a prova foi produzida, quanto naquele para onde a prova é levada, ambas as partes tiverem participado na produção probatória, salvo se as partes, autor e réu, forem estranhas ao processo de origem da prova, situação em que se garantirá o contraditório no processo que recebe a prova.

As provas ilícitas, constitucionalmente inadmitidas como meio de instrução do processo, conforme inteligência do artigo 5º, inciso LVI, Constituição Federal de 1988, “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;” (BRASIL, 1988), também foram objeto de vedação na legislação processual civil, tanto no CPC/1973, quanto no CPC/2015.

CPC/1973.

Art. 332. 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. (BRASIL, 1973)

CPC/2015.

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código,

para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. (BRASIL, 2015)

Segundo argumentam Nery Júnior e Nery (2015, p. 984), “será *ilícita* a prova quando sua proibição for de natureza material, vale dizer, quando for obtida ilicitamente”. Sempre que as partes infringirem lei que trata de direito material para produzir a prova, essa será, inevitavelmente, ilícita. Diferentemente, de quando a ofensa for à norma de direito processual, caso em que a prova será ilegítima.

Assim, em termos práticos, seja a prova ilícita ou ilegítima, ela será sempre ilegal, pois, “prova ilegal é toda prova produzida com ofensa a norma legal” (NEVES, 2011, p. 428), sendo, de toda sorte, excluída do processo.

Por oportuno, prudente destacar que a prova ilegal, seja ilícita ou ilegítima, não se confunde com a prova moralmente ilegítima, que “é prova que contraria a boa-fé objetiva” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 99). Nesse sentido, a prova moralmente ilegítima ofende os bons costumes.

Para abordar as provas típicas o presente estudo apresentá-las-á reunidas em quatro blocos, considerando as peculiaridades e similitudes de cada meio de prova, quais sejam: o depoimento pessoal, a confissão e a prova testemunhal; a ata notarial, a prova documental, os documentos eletrônicos e a exibição de documento ou coisa; prova pericial; e a inspeção judicial.

O depoimento pessoal, a confissão e a prova testemunhal, tanto pela sua natureza, quanto pela forma como são obtidas, são espécies de provas, essencialmente, orais.

Previsto nos artigos 385 a 388, do CPC/2015, o depoimento pessoal é a prova produzida pelas partes, ou por quem quer que faça parte do processo, como o assistente, o litisconsorte, etc, por meio de declarações orais. Pode ser ordenado *ex officio* pelo juiz, ou requerido por uma parte para que a outra seja ouvida, contudo, é defeso que as partes requeiram seu próprio depoimento pessoal.

A confissão, que, via de regra, é irrevogável e indivisível, pode ser judicial ou extrajudicial, e encontra previsão nos artigos 389 a 395, do CPC/2015. É vedada a confissão sobre fatos inerentes a direitos indisponíveis, devendo ela recair sempre sobre fato contrário aos interesses do confitente.

Santos (2012), leciona que na confissão existem três elementos, sendo eles: o elemento objetivo, isto é, o fato contrário aos interesses do confitente; o elemento

subjetivo, ou seja, a capacidade da parte confitente; e o elemento intencional, que é representado pelo *animus* de declarar a verdade sobre determinado fato.

Disciplinada nos artigos 442 a 463, do CPC/2015, a prova testemunhal “é o meio de prova consubstanciado na declaração em juízo de um terceiro que de alguma forma tenha presenciado os fatos discutidos na demanda.” (NEVES, 2011, p. 456)

Admitir-se-á a prova testemunhal em todos os casos em que a lei não disponha de forma diversa, podendo ser produzida por qualquer pessoa que não seja legalmente incapaz, impedida ou suspeita para depor.

De acordo com Theodoro Júnior (2013), as testemunhas podem ser classificadas como: presenciais, que assistiram o fato; de referência, que souberam do fato através de terceiros; referidas, aquela cuja existência foi apurada no depoimento de outra testemunha; judiciárias, que relatam ao juiz seu conhecimento sobre o fato; instrumentárias, que presenciaram ou firmaram assinatura de instrumento de ato jurídico.

A ata notarial, a prova documental, o documento eletrônico e a exibição de documento ou coisa, são provas caracterizadas pela vinculação a um documento, que pode ser definido como “uma coisa capaz de representar um fato” (CARNELUTTI, 2005, p. 190)

Expressamente previsto nos artigos 439 a 441, do CPC/2015, o documento eletrônico, e, por excelência, consiste em arquivo, de sons e/ou imagens, armazenado em formato digital, o qual terá seu valor como prova apreciado pelo juiz.

Necessário frisar que, a legislação específica para produção e conservação de documentos eletrônicos, a que se refere o artigo 441, do CPC/2015, ainda não foi instituída, sendo certo apenas, que para serem utilizados em processo físicos os documentos eletrônicos deverão ser convertidos para forma impressa.

A ata notarial, conforme instituída no art. 384, do CPC/2015, consiste na documentação feita por tabelião daquilo que lhe foi narrado por quem tenha interesse em tornar pública a existência e o modo de existir de determinado fato, admitindo-se, para tanto, a utilização de sons e imagens em formato eletrônico.

A exibição de documento ou coisa, tratada no CPC/2015 nos 396 a 404, é, inegavelmente, uma forma de produção de prova documental. A parte que requerer a exibição deve indicar a descrição e a finalidade do documento ou da coisa, e, do

mesmo modo, a circunstância que a leva a afirmar que o documento ou a coisa existe e se encontre em poder de outrem.

Por fim, necessário esclarecer que a força probante da prova documental irá variar, porquanto, o documento seja público ou particular. O público é carregado de fé pública e presunção, *juris tantum*, de autenticidade e veracidade de conteúdo, conforme estatuído no artigo 405, do CPC/2015. Lado outro, segundo determina o artigo 408 do CPC/2015, o documento particular faz prova de veracidade apenas em relação aos seus signatários.

A prova pericial, regulamentada nos artigos 464 a 480, do CPC/2015, é aquela, intrinsecamente, relacionada à dependência de conhecimento especializado sobre determinado assunto.

Assim, quando a elucidação dos fatos exigir deve o juiz determinar a realização da perícia, a qual “tem por objetivo, precisamente, tomar do perito impressões técnicas, juízos especializados sobre os fatos relevantes da causa.” (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p. 397-398)

A requerimento das partes ou *ex officio*, o juiz pode proceder a inspeção judicial de pessoas ou coisas, que “deve ter por objeto necessário e exclusivo a elucidação de ponto de fato controvertido.” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 305) consoante as regras insculpidas nos artigos 481 a 484, do CPC/2015.

1.3 Objeto, destinatário e valoração da prova

A finalidade da prova, conforme anteriormente elucidado, é proporcionar às partes meios, para, através de suas alegações, influir no convencimento do juiz sobre o fato que envolve a lide.

Por outro lado, o objeto da prova é matéria sobre a qual paira inflamada controvérsia na doutrina, havendo duas correntes. Uma que defende que o objeto da prova e são os fatos, enquanto que a outra defende que o objeto da prova são as alegações de fato.

Tal discussão doutrinária justifica-se na medida em que, via de regra, é por intermédio da atividade probatória que as partes demonstraram ao juiz que são merecedoras do direito que reivindicam, pois, *mihi factum, dabo tibi jus*, que quer dizer, “dê-me os fatos que lhe direi o direito”.

Militando em favor da corrente que entende que os fatos são o objeto da prova, Gonçalves (2015, p. 424) aduz que “O objeto da prova são os fatos controvertidos relevantes para o julgamento do processo.”. Em consonância, Theodoro Júnior (2013, p. 451) afirma que “São, pois, os fatos litigiosos o objeto da prova.”.

Contrariamente às idéias dos referidos autores, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 251) advogam que “a prova não se destina a provar fatos, mas sim afirmações de fato.”.

Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016, p. 57-58), igualmente aduzem que “o objeto da prova é a alegação de fato”, pois, “provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade.”

Em oposição aos dois posicionamentos acima destacados, Neves (2011, p. 411) defende que “o objeto da prova não são os fatos nem as alegações de fato, mas os pontos e/ou as questões de fato levadas ao processo pelas partes ou de ofício pelo próprio juiz.”

Destarte, em que pese a patente controvérsia sobre o que venha a ser o objeto da prova, é certo que a atividade probatória deverá incidir sobre os temas e tópicos que se apresentarem controvertidos durante o trâmite processual.

Em razão disso, com o escopo obstar a prática de atos procrastinatórios e demonstrar a real natureza das provas, que são os fatos controvertidos, bem como, para fins de respeitar os princípios constitucionais da celeridade e duração razoável do processo, previstos no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, e reforçados no artigo 4º do CPC/2015, o legislador elencou, no artigo 374, do CPC/2015, que repetiu, *ipsis litteris*, o texto do artigo 334, do CPC/1973, um rol de fato que dispensam a atividade probatória, veja-se:

CF/1988.

Art. 5º [...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 1988)

CPC/2015.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 374. 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. (BRASIL, 2015)

Desse modo, quando o trâmite processual desaguar em fatos que se enquadrem naqueles indicados no rol do dispositivo processual legal retromencionado, será despicienda a produção de provas.

Ad cautelam, prudente esclarecer que: os fatos notórios são aqueles publicamente conhecidos; os fatos incontroversos são os alegados pelo autor e não contestados pelo réu; os fatos abraçados pela presunção legal, relativa (*iuris tantum*) ou absoluta (*iuris et de iure*), se dão quando “o legislador se antecipa ao eventual conflito que possa surgir entre as partes e faz presumir, de maneira relativa ou absoluta, a veracidade do fato que especifica.”. (NERY e NERY JÚNIOR, 2015, p. 1004-1005)

Seguindo o mesmo rumo, é entendimento pacificado na doutrina que a existência do direito, o objeto da lide propriamente dito, prescinde de provas, visto que o juiz deve conhecer as normas jurídicas invocadas, pois, como bem exemplificado no brocardo latino, *iura novit cúria*, em tradução livre, a Corte conhece o direito, que também pode significar, o juiz conhece o direito.

Nessa esteira, fica claro que o processo é um meio para solução de litígios, os quais, de um modo geral, são elucidados com base nas provas produzidas pelas partes, bem como naquelas determinadas *ex officio* pelo juiz.

Portanto, conclui-se que nem sempre a prestação jurisdicional é entregue segundo a verdade real do fato litigioso, pois, o juiz está adstrito ao que consta nos autos, julgando, então, em não raras ocasiões, segundo a verdade processual, sendo-lhe também permitido valer-se de regras de experiência quando o caso assim o exigir e a situação fática comportar tal conduta, consoante consta no artigo 375, do CPC/2015.

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial. (BRASIL, 2015)

Outro ponto do Direito Probatório sobre qual incide controvérsia doutrinária é quanto ao destinatário da prova.

Para Gonçalves (2015, p. 426) “A prova é destinada a convencer o juiz, a respeito dos fatos controvertidos. Ele é o destinatário da prova.”. Assim argumenta

ao defender que a as provas produzidas no processo destinam-se ao juiz, pois o intento das partes é convencê-lo de que suas alegações merecem ser acolhidas.

Noutra linha, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016, p. 57), arrazoam que “a prova não tem por finalidade apenas propiciar o convencimento do juiz, senão também convencer as partes”, sendo, então, não somente o juiz, mas também as partes os destinatários da prova. Sustenta ainda seu posicionamento, na idéia de que o resultado da instrução do processo pode, em tese, determinar como as partes vão se comportar, considerando, ainda, a possibilidade de autocomposição.

Em que pese Gajardoni e Zufelato (2015) concordarem que as provas destinam-se, tanto juiz, quanto às partes, defendem que “uma vez produzida, a prova não é do autor, do requerido ou do terceiro interveniente. A prova é do processo” (GAJARDONI; ZUFELATO, 2015, p.176), sacramentando, então, que o destinatário da prova, pelo princípio da comunhão das provas, é próprio processo.

Corolário de tal posicionamento é o princípio do duplo grau de jurisdição, que, decorre do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, pois, o legislador processual civilista, ao prever a possibilidade de reexame de uma decisão judicial, devolve a matéria recorrida ao juízo *ad quem*. Em vista disso, cabe dizer que o destinatário da prova não são as partes ou juiz que conduziu o processo em primeira instância, mas sim o próprio processo.

Não obstante a controvérsia que paira sobre quem realmente seja o destinatário da prova, certo é que o julgador, ou seja, o magistrado que conduz o processo, é quem vai fazer o exame do acervo probatório produzido durante a instrução processual, de modo que, de tal exame surge a valoração da prova.

A valoração da prova no Direito Processual pode ser dividida, historicamente, em três sistemas, quais sejam:

a) o da *prova legal*, em que a lei fixa detalhadamente o valor a ser atribuído a cada meio de prova; b) o da valoração *secundum conscientiam*, em que ela deixa ao juiz integral liberdade de avaliação; c) o da chamada *persuasão racional*, em que o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 437)

No sistema legal de apreciação da prova cada meio probatório carregava consigo um valor previamente atribuído pela lei, ou seja, cabia ao juiz, tal qual um matemático, apenas identificar quais provas haviam sido produzidas, qual o valor dado a elas, e decidir segundo aquela que tivesse maior valor.

Vale ressaltar que, conforme dito por Theodoro Júnior (2013), o sistema legal de valoração da prova é típico da Era Medieval. Contudo, ainda encontram-se resquícios desse sistema no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, no artigo 406 do CPC/2015, que declara insubstituível o instrumento público quando a lei assim determinar; ou na Súmula 149 do Superior Tribunal de Justiça, que a não admite a prova exclusivamente testemunhal para fins de comprovação de atividade rural em ações previdenciárias.

O sistema do livre convencimento é aquele onde “O que deve prevalecer é a íntima convicção do juiz, que é soberano para investigar a verdade e apreciar as provas. Vai ao extremo de permitir o convencimento extra-autos e contrário às provas das partes.” (THEODORO JÚNIOR, 2013, p. 455-456)

Infere-se então, que, o sistema do livre convencimento dava ampla margem para decisões carregadas valores pessoais e de conteúdo essencialmente discricionário, o que não favorecia para a entrega justa e equânime da prestação jurisdicional.

Já no sistema do livre convencimento motivado, claramente adotado pelo CPC/1973 no seu artigo 131, o valor da prova deve advir de exercício de ilação do juiz, sopesado em um raciocínio lógico acerca do conjunto probatório que fora jungido ao bojo do caderno processual.

Art. 131. 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. (BRASIL, 1973)

Extrai-se do dispositivo legal acima destacado que, o termo “livremente” conferia ao juiz o arbítrio de escolher qual prova usaria para julgar o caso concreto, porém, para tanto, devia razoavelmente fundamentar suas decisões, vinculando-a ao que colhia dos autos.

Diferentemente do CPC/1973, o CPC/2015 não trouxe em seu texto o termo “livremente” ao tratar da apreciação da prova pelo juiz, como pode ser visto no seu artigo 371, segundo o qual “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.” (BRASIL, 2015)

Tal inovação finca seus pilares na necessidade de que toda manifestação judicial que tenha conteúdo decisório deva ser racionalmente motivada e controlável, conforme dispõe expressamente o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Motivação racional é aquela que “deve partir de cânones racionais comumente aceitos e reconhecidos no contexto da cultura média daquele tempo e daquele lugar em que atua o órgão julgador.”, e que “Reputa-se controlável a motivação que seja clara e pública.”. (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2016, p. 107-108)

Desse modo, não se fala mais em liberdade discricionária do juiz ao valorar as provas constantes nos autos, de modo que o magistrado ao proferir uma decisão deve ponderar sobre todos os meios de prova produzidos, inclusive, sob pena de proferir uma decisão que não será considerada fundamentada (art. 489, § 1º, inciso IV, CPC/2015).

Portanto, de tudo que se viu, como corolário do pleno acesso à justiça, bem como, da assunção pelo Estado da resolução dos conflitos, o direito à prova é inerente ao exercício da cidadania, pois empresta ao cidadão litigante, dentro de limites legalmente dispostos ao contraditório, a possibilidade de influenciar e esclarecer o Estado-Juiz sobre seus motivos e pedidos, pretendo a aplicação da justiça do caso concreto, pacificando os conflitos.

2 O ENCARGO PROBATÓRIO NOS CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E DE 2015

Com adoção do Código de Processo Civil de 2015, consideráveis alterações surgiram no processo civil, a exemplo da introdução da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, as quais merecem ser estudadas. Contudo, para melhor compreensão da nova lei civil adjetiva, mister que se tenha antes um vislumbre dos paradigmas que foram sustentáculo do Código de Processo Civil de 1973, o qual vigeu por mais de quarenta anos no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa feita, perscrutar o cerne do direito probatório no velho e longevo CPC/1973 é de suma importância para que melhor se enxergue as inovações do CPC/2015.

2.1 A distribuição estática do ônus da prova

Durante o trâmite do processo o ônus da prova é observado sob duas perspectivas, sendo elas, o ônus subjetivo e o ônus objetivo. Em sua obra, Manual de Direito Processual Civil, Neves (2011) ensina que:

No tocante ao ônus subjetivo da prova, analisa-se o instituto sob a perspectiva de quem é o responsável pela produção de determinada prova (“quem deve provar o que”), enquanto no ônus objetivo da prova, o instituto é visto como uma regra de julgamento a ser aplicada pelo juiz no momento de proferir a sentença no caso de a prova se mostrar inexistente ou insuficiente. (NEVES, 2011, p. 416)

Frente a isso, está claro que o ônus da prova é tido tanto como uma regra de atuação das partes, quanto como uma regra de avaliação e deliberação do juiz sobre qual parte cumpriu melhor o encargo a si atribuído. No caso do ônus subjetivo, as próprias partes, ao formularem suas peças, inicial e contestatória, suggestionam as matérias fáticas sobre as quais deveram demonstrar os argumentos que lhe sejam favoráveis.

Do outro modo, o ônus objetivo, por seu turno, somente será invocado quando uma das partes não cumprir o encargo inerente ao ônus subjetivo que lhe couber, ou seja, à minguada de provas, existindo pontos controvertidos, o juiz, ao exarar a sua sentença, deverá ponderar sobre qual parte era responsável pela produção da prova ausente, e decidir em favor da parte adversa.

A dimensão objetiva do ônus probatório, somente virá à tona no processo quando uma das partes não conseguir cumprir o encargo que lhe foi conferido, deixando, então, de desanuviar o ponto controvertido, assim sendo, “O juiz, portanto, só aplica as regras de distribuição do ônus da prova no momento de proferir a decisão de mérito, e somente quando verifica que o material probatório é insuficiente para justificar sua decisão” (CÂMARA, 2015, p. 230).

Essa regra de aplicabilidade da dimensão objetiva do ônus da prova tem o propósito de evitar que o juiz deixe de decidir por se deparar com escassez de provas, de modo a preservar o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV, Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”.

Outra preocupação do legislador ao prever a divisão do ônus da prova em duas vertentes, uma subjetiva e outra objetiva, foi evitar a prolação de decisões pautadas no *non liquet*. Nesse sentido é o excerto jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

PROCESSUAL CIVIL. ÔNUS DA PROVA. PROVA PERICIAL. DEVER DE ANTECIPAR DESPESAS. DISTINÇÃO. Há de se ter nítida distinção entre o ônus da prova, regra de julgamento, com o dever de antecipar despesas processuais relativamente à produção de prova, no caso dos autos, pericial. O ônus da prova, seus critérios de distribuição entre as partes, no que se inclui a ocasional inversão do regramento básico, corresponde a critério de julgamento, destinando a superar a indefinição fática, inaceitável, de séculos, julgamento que adotasse o *non liquet* do processo romano. A antecipação das despesas...

(TJ-RS - AI: 70046757241 RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Data de Julgamento: 21/03/2012, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/04/2012)

Impende destacar ainda que, uma vez produzidas, independentemente de quem as houver trazido aos autos, as provas passam a ser do processo e não das partes, tal fenômeno funda-se no princípio da comunhão da prova, por vezes também chamado de princípio da aquisição processual da prova, que pode ser observado na inteligência dos artigos 371, do CPC/2015 e 131, do CPC1973:

CPC/2015.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. (BRASIL, 2015)

Em função disso, o juiz ao julgar a lide que lhe é apresentada fundamentará sua decisão considerando qual das partes melhor se desincumbiu do *onus probandi*,

ciente de que a distribuição do encargo probatório pauta-se, via de regra, na teoria da distribuição estática do ônus da prova, norma essa imperativa no CPC/1973, e genérica no CPC/2015, uma vez que a lei nova traz como exceção a possibilidade da distribuição inversa do ônus de provar/produzir a prova.

A teoria da distribuição estática do ônus da prova acolhida pelo CPC/1973, e mantida, como regra geral, no CPC/2015, encontra contornos, respectivamente, nos artigos 333 e 373 de ambas as legislações civis adjetivas, veja-se:

CPC/1973.

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. (BRASIL, 1973)

CPC/2015.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (BRASIL, 2015)

O Código de Processo de Civil, tanto o de 1973, quanto o de 2015, adotou como regra geral para o encargo probatório a distribuição estática do ônus da prova, que, segundo os moldes dos dispositivos legais acima em destaque, apresenta o direito/dever de produzir a prova de forma rígida, não considerando as particularidades que possam vir a surgir durante o trâmite processual.

É dizer, a distribuição do ônus da prova segundo o seu regramento estático é concebida antes mesmo de surgir a lide propriamente dita, ou seja, o próprio legislador cuidou de atribuir àqueles que figuram nos pólos ativo e passivo da relação processual os seus direitos e deveres em relação à produção probatória.

Prudente esclarecer que, cabe, então, ao autor provar que faz jus ao direito para o qual busca a tutela jurisdicional, de modo que não havendo provas suficientes para alicerçar as suas razões e alegações a causa será julgada improcedente. E assim é, porque primeiro afere-se a existência do direito que autor alega ter, nas palavras de Neves (2011, p. 417) “O ônus da prova carregado ao réu pelo art. 333, II, do CPC só passa a ser exigido no caso concreto na hipótese de o autor ter se desincumbido de seu ônus probatório.”.

Actore non probante reus absolvitur, o brocardo latino estampa bem o direito/dever do autor em provar a existência do direito que almeja ser tutelado, pois, caso não consiga provar que suas alegações merecem ser acolhidas, o réu sairá

vencedor, ainda que não tenha empreendido esforços quanto ao encargo probatório que lhe cabe.

Todavia, provada a existência do fato constitutivo do direito que o autor alega ter, caberá então ao réu elaborar sua defesa. Para infirmar as razões e fatos alegados pelo autor, o réu pode basear sua defesa em argumentos novos provando a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, sobre os quais, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016), asseveram que:

O fato extintivo é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito...
 O fato impeditivo é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça...
 O fato modificativo, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo... (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 115-116)

Necessário tornar claro que tal modalidade de defesa do réu, baseada nas alegações acima em destaque, compõe a regra geral o procedimento ordinário, sendo possível que o réu use diferentes formas defesas, como, por exemplo, suscitar a existência de vícios de natureza processual, alegações de incompetência, impedimento e/ou suspeição, dentre outras.

A distribuição estática do ônus da prova é, portanto, a regra geral do procedimento probatório do rito ordinário, o qual é usado de forma subsidiária aos demais procedimentos.

2.2 O procedimento de produção das provas

A produção de provas no processo civil é realizada através do procedimento probatório que, a exemplo dos demais atos processuais, deve revestir-se de requisitos legais, gerais e específicos, o que significa dizer que deve ser sempre pautado nos princípios da boa-fé, da cooperação, da duração razoável do processo e da primazia da sentença de mérito, todos consagrados nos artigos 5º e 6º, do CPC/2015.

1. Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.
2. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (BRASIL, 2015)

Nas palavras de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016), é durante o procedimento probatório que são preparados e coletados os elementos necessários para que o juiz profira sua decisão.

O procedimento probatório é comumente dividido em três ou quatro fases, a depender do autor, para o presente estudo será considerada a abordagem adotada por Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), que concebem a divisão quadripartite, com as fases de proposição ou requerimento, admissão, produção e valoração das provas.

A primeira fase é entendida como fase de proposição ou de requerimento, que, via de regra, é concomitante à fase postulatória do processo, momento marcado pela exposição dos motivos, de fato e de direito, que embasam a petição inicial e a contestação, pois as partes, autor e réu, devem, na primeira oportunidade em que se manifestam no processo, indicarem as provas que pretendem produzir, nos termos dos artigos 319, inciso VI e 336, ambos do CPC:

Art. 319. A petição inicial indicará:

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

Art. 336. Incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir. (BRASIL, 2015)

Contudo, “Outros momentos, todavia, são designados pela lei também para essa função, decorrentes de algum evento próprio, ocorrido no curso do processo.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 289).

Corolário de tal afirmativa é a possibilidade de formulação de pedido de produção de prova na réplica, também chamada de impugnação à contestação (artigo 350, do CPC/2015), bem como, o pedido de prova antecipada (artigo 381, do CPC/2015), e o pedido de juntada de documentos novos (artigo 435, do CPC/2015).

3. Art. 350. Se o réu alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, permitindo-lhe o juiz a produção de prova.

4. Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

5. I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

6. II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;

7. III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos

depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos. (BRASIL, 2016)

Em que pese o Código de Processo Civil determinar que as partes devam indicar as provas que pretendem utilizar na primeira oportunidade em que se manifestarem no processo, isto é, na petição inicial e na contestação, é comum na práxis forense que o juiz, antes do saneamento do processo, intime as partes para indicarem, de forma específica e justificada, as provas que entendem necessárias para embasar suas alegações.

Isso se dá no intuito de evitar possível alegação de cerceamento de defesa, pois, é durante o trâmite processual, com o desenrolar do feito, após vislumbrarem as arguições invocadas, que os atores da ação saberão com maior precisão que provas são realmente necessárias. Repousando em mesma esteira é a seguinte jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO AFASTAMENTO DO LAR. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS PARTES PARA SE MANIFESTAR ACERCA DA PRODUÇÃO DE PROVAS. RECURSO PROVIDO, SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. (Apelação Cível Nº 70068320035, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro, Julgado em 29/02/2016).
(TJ-RS - AC: 70068320035 RS, Relator: LiselenaSchifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 29/02/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/03/2016)

Elaborados os requerimentos, sucede-se à segunda fase, que é admissão das provas, na qual o magistrado condutor do processo, em juízo de admissibilidade, analisará a pertinência de cada modalidade de prova indicada pelas partes, ponderando sobre sua utilidade e conveniência para elaboração da sentença de mérito. Theodoro Júnior (2013, p. 470) aduz que “O deferimento dos meios de prova, genericamente, se dá no saneamento do processo.”

Necessário salientar ainda que, o pedido de produção de provas não deve ser genérico, pelo contrário, o pedido deve ser motivado, justificando seu cabimento e razoabilidade, e também, a sua necessidade, sob pena de ser indeferido. Nesse sentido, eis a jurisprudência:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Desvio de função. Auxiliar de serviços gerais. Cerceamento de defesa. O autor reclama da não produção de prova testemunhal, mas o pedido é genérico, sem fundamentação quanto à sua natureza, pertinência e relevância; o indeferimento de provas nesses termos não constitui cerceamento de defesa e não viola o art. 5º, LV da

Constituição Federal, nem os art. 332, 420 e seguintes do CPC. Embargos da autora acolhidos, sem alteração do resultado.
(TJ-SP - ED: 00537271620098260564 SP 0053727-16.2009.8.26.0564, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 06/04/2015, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 06/04/2015)

É, pois, dever do juiz afastar os pedidos de cunho meramente procrastinatórios, conforme determina o § único do artigo 370 do CPC/2015, “O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” (BRASIL, 2015).

Seguindo a lógica do procedimento probatório, admitido o pedido de produção de provas, segue-se à terceira fase, que é a fase de produção, momento em que as provas serão produzidas, observando as peculiaridades de cada modalidade de prova.

Gajardoni e Zufelato (2015) advogam que as provas orais, aquelas que por excelência realizam-se durante a audiência, quais sejam, a confissão, o depoimento pessoal e a oitiva de testemunhas, devem ser as últimas a serem produzidas. Em conformidade a tal posicionamento é a possibilidade do juiz proferir a sentença ao final da audiência (artigo 366, do CPC/2015), e ainda do perito e do assistente técnico prestarem esclarecimentos durante a audiência (artigo 377, § 3º, do CPC/2016).

Art. 366. Encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias.
Art. 477. [...] § 3º Se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos. (BRASIL, 2015)

Finalizada a produção das provas, o procedimento probatório deságua na sua quarta e última fase, a fase de valoração, que é levada a termo pelo juiz no momento de elaboração do *decisum*, ou seja, é uma atividade exclusiva do magistrado.

É na valoração das provas que “o órgão julgador demonstrará que papel teve a prova na formação do convencimento” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 83).

Prudente lembrar que, como já anteriormente abordado no presente estudo, o artigo 371 do CPC/2015 suprimiu o termo “livremente”, anteriormente estampado no

texto do artigo 131 do CPC/1973. Desse modo, a valoração das provas pelo juiz se dará pelo sistema do convencimento motivado:

[...] o convencimento do juiz tem de ser motivado – o convencimento não é livre, nem pode ser íntimo, como acontece no Tribunal do Júri. O órgão julgador deve apresentar as razões pelas quais entendeu que a prova merece o valor que lhe foi atribuído. (FIGUEIREDO, 2015, p. 655)

Vê-se então que o juiz não goza mais da liberdade discricionária, anteriormente prevista no CPC/1973, devendo, portanto, considerar todas as provas produzidas quando da elaboração da sua decisão, ainda que a algumas não atribua peso e força capazes de influir no seu convencimento.

2.3 Inovações no Direito Probatório Processual Civil

Com o advento da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o “novo” Código de Processo Civil (CPC/2015), vieram mudanças e inovações na seara do direito probatório, algumas de menor e outras de maior relevância, sendo que essas últimas, devido o seu impacto na marcha processual, merecem ser abordadas.

Dentre as novidades de maior relevância, a primeira que se observa ao iniciar a leitura do Capítulo XII do Título I do Livro I da Parte Especial do Código de Processo Civil de 2015, é a adoção do sistema do convencimento motivado para a valoração da prova, como pode ser visto no artigo 371, o qual teve suas bases justificadoras no texto constitucional, conforme leciona Bueno (2015):

O exercício de sua função – sua vontade funcional – é todo regado a partir dos elementos componentes do “modelo constitucional do direito processual civil” (arts. 8º e 140), dentre eles, avulta em importância para cá, o dever de fundamentação (art. 93, IX, da CF, e art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC de 2015). (BUENO, 2015, p. 460)

Salienta-se que, o sistema do convencimento motivado extirpou do processo civil a liberdade discricionária do juiz, anteriormente adotada pelo CPC/1973, no que tange à apreciação das provas quando da confecção da sentença.

Outra importante inovação no campo do direito probatório foi a previsão legal da prova emprestada, normatizada através do artigo 372 do CPC/2015, e que já era aceita pela jurisprudência, inclusive pelos Tribunais Superiores, veja-se:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DENÚNCIA. PROVA EMPRESTADA. PARTES DIVERSAS. POSSIBILIDADE.

POSTERIOR SUBMISSÃO DA PROVA AO CONTRADITÓRIO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É admissível, desde que assegurado o contraditório, a prova emprestada vinda de processo do qual não participaram as partes do feito para o qual a prova será trasladada. 2. Com efeito, esta Corte Superior manifesta entendimento no sentido de que "a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade, sem justificativa razoável para tanto. Independentemente de haver identidade de partes, o contraditório é o requisito primordial para o aproveitamento da prova emprestada, de maneira que, assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, afigura-se válido o empréstimo" (REsp 617.428/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 04/06/2014, DJe 17/06/2014).

3. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 48.174/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015)

Denota-se, então, que a previsão expressa da prova emprestada pela lei processual civil tratou apenas de normatizar uma ferramenta já empregada hodiernamente pelos magistrados em prol da celeridade e economia processual.

Há ainda inserção de uma nova modalidade de prova, qual seja, a ata notarial, prevista no artigo 384 do CPC/2015, que ganhou *status* de prova típica, e que já foi abordada no presente estudo. Não se pode olvidar ainda que a ata notarial "tem uma forma documental, mas seu conteúdo é prova testemunhal, já que o teor da ata será justamente as impressões do tabelião a respeito dos fatos que presenciou." (NEVES, 2015, p. 305).

Os documentos eletrônicos foram outra novidade trazida pelo CPC/2015, mais precisamente no artigo 439, o qual cuida da possibilidade da utilização dos documentos eletrônicos como fonte de prova nos processo convencional, *in verbis*, "A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei." (BRASIL, 2015).

A prova testemunhal também foi alvo de mudança, ao passo que a nova legislação civil adjetiva passou a determinar, em seu artigo 455, que a incumbência de informar e intimar a testemunha sobre a hora e a data da audiência é, *a priori*, do advogado que a arrolou, "Cabe ao advogado da parte informar ou intimar a testemunha por ele arrolada do dia, da hora e do local da audiência designada, dispensando-se a intimação do juízo." (BRASIL, 2015).

O CPC/2015, na altura do § 2º do artigo 464, também inovou ao prever a possibilidade da prova técnica simplificada em substituição à prova pericial, quando o ponto controvertido que se busca elucidar for de menor complexidade, “De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade.” (BRASIL, 2015).

Há ainda outra novidade no campo da prova pericial, que é a possibilidade do magistrado, considerando suficientes os pareceres técnicos e/ou os documentos elucidativos carreados aos autos pelas partes, na petição inicial ou na contestação, dispensar a prova pericial, como pode ser visto no artigo 472 do CPC/2015, “O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes.” (BRASIL, 2015).

Não se pode olvidar da adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual se deu no texto do § 1º do artigo 373 do CPC/2015, e que será amplamente trata no terceiro capítulo do corrente estudo, veja-se:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (BRASIL, 2015)

Ao perlustrar os dispositivos processuais civilistas que abarcaram as mudanças e inovações acima apontadas, imperioso trazer a lume as palavras de Medina (2015), que argumenta, em síntese, que todas as renovações e novidades que o CPC/2015 levantou foram voltadas a efetivar a materialização dos ditames e princípios da Constituição Federal de 1988.

3 A INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

As inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) afetaram grande parte do procedimento processual civil, de modo que a instrução probatória não ficou alheia a tais inovações, dentre as quais, foi importantíssima a consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, como bem exposto por Lourenço (2015).

O acolhimento da teoria da distribuição do ônus da prova pelo CPC/2015 tem por desiderato precípua levar a termo a materialização do princípio da igualdade das partes no tratamento processual, também chamado de princípio da paridade de armas, elencado no art. 7º, do CPC/2015:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. (BRASIL, 2015)

Com isso, o legislador processual civilista procurou fomentar observância e a efetividade da isonomia entre as partes, que é um dos cânones do Direito Constitucional Brasileiro.

3.1 A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

A legislação civil adjetiva brasileira adotou como regra geral do encargo probatório a distribuição estática do ônus da prova, preceito estabelecido pelo legislador no CPC/1973, e mantido no CPC/2015. Entretanto, a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, trouxe para as demandas cíveis que tramitam sob procedimento ordinário a possibilidade da distribuição invertida do encargo probatório, como se vê no artigo 373, § 1º, do CPC/2015:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (BRASIL, 2015)

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, apesar de ser uma novidade do CPC/2015, já existia no processo civil, sendo utilizada nas demandas de natureza consumerista, como pode visto no inciso VIII do artigo 6º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC):

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; (BRASIL, 1990)

Convém esclarecer que, em que pese a nomenclatura utilizada pelo CPC/2015 ser diversa daquela utilizada pelo CDC, posto que no primeiro caso o legislador optou pela expressão atribuição diversa do ônus da prova, enquanto que no segundo caso preferiu utilizar o verbete inversão do ônus da prova, ambas as leis tratam da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

A permissão de inversão do ônus da prova pelo juiz prevista no CDC está intrinsecamente ligada ao princípio constitucional da isonomia, pois visa equilibrar a relação processual, uma vez que o consumidor é, via de regra, a parte mais frágil do litígio, como defendido por Nery (2015):

O CDC permite a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, sempre que for hipossuficiente ou seja verossímil a sua alegação. Trata-se de aplicação do princípio constitucional da isonomia, pois o consumidor, como parte reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo (CDC 4.º I), tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os partícipes da relação de consumo. (NERY, 2015, p. 996)

Fica clara, então, a influência da legislação consumerista no texto do CPC/2015, que, a exemplo do CDC, busca a materialização do princípio da igualdade.

Assim, para que seja possibilitada a materialização do princípio da igualdade, ou da paridade, elencado no artigo 7º do CPC/2015, o magistrado tem o dever de assegurar às partes tratamento isonômico, conforme se vê no artigo 139, inciso I do CPC/2015, “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;”.

Sobre o assunto, Nery Júnior (2012, p. 112), escreveu que “o juiz deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.”.

A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surge, então, como um caminho para as situações em que o juiz, em meio às nuances e particularidades do caso concreto, se deparar com desequilíbrio entre as partes no que tange à produção das provas.

Oportunamente, convém salientar que, como ocorre no Direito Consumerista, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, novidade no CPC/2015, já vem sendo utilizada em outros ramos especializados do Direito.

Nesse diapasão, encontra-se o Direito Processual do Trabalho, que no artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943– CLT) adotou, como regra geral, a distribuição estática do ônus da prova, “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer”, mas que também previu a possibilidade da inversão do ônus da prova, como pode ser visto no Enunciado nº 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST).

1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho.
41. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho. (TST, 2007)

A possibilidade de inversão do ônus da prova a favor do trabalhador nas ações de indenização por acidente de trabalho, tem o intento de balancear a relação processual, tendo em vista a vulnerabilidade do empregado em relação ao empregador.

Outra possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pretérita à sua previsão no CPC/2015, é naquelas causas que versem sobre direito ambiental, ou, mais especificamente, sobre danos ambientais.

Nesse caso, para as ações civis públicas que discutem a ocorrência de dano ambiental, faz-se uma aplicação extensiva da inversão do ônus da prova prevista no CDC, isso porque o artigo 21 da Lei 7.347/85 reza que se aplica à defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos, incluindo-se aí o meio ambiente, no que for cabível, os dispositivos do Título III do CDC, dentre os quais, encontra-se o artigo 6º,

inciso VIII, que, a seu turno, abarca a possibilidade da distribuição invertida do encargo probatório.

Lei 7.347/85

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1985)

Quando o direito em discussão versar sobre matéria ambiental, será cabível a inversão do ônus da prova com base nos princípios da precaução e da prevenção, e na responsabilidade objetiva daqueles que exploram os recursos naturais. Repousando em mesma esteira, tem-se o seguinte entendimento jurisprudencial:

Agravo interno em agravo de instrumento. Civil e processual. Ação de obrigação de fazer c.c. indenização por danos morais e materiais. Construção da usina de Santo Antônio. Eventual risco de desabamento das construções. Prova pericial. Inversão do ônus da prova. Dano Ambiental. Possibilidade. Princípio da Precaução. Agravo interno desprovido. Decisão mantida. Havendo a constatação do possível dano ao meio ambiente, é possível a inversão do ônus da prova para atribuir ao demandado o ônus de provar que sua atividade não é a causadora do dano. Inteligência do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990 c.c. art. 21 da Lei n. 7.347/1985, conjugado ao Princípio da Precaução (Lei n. 6.938/1981).

(TJ-RO - AGV: 00027298820158220000 RO 0002729-88.2015.822.0000, Relator: Desembargador Isaias Fonseca Moraes, Data de Julgamento: 27/05/2015, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 08/06/2015.)

Seguindo a mesma linha do Direito do Consumidor, do Direito Ambiental e do Direito Processual Trabalhista, encontra-se a Medida Provisória nº 2.172-32, de 23 de agosto de 2001, que em seu artigo 3º prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova nas causas em que se discute a nulidade de disposições usurárias quando houver indícios de ocorrência de prática de usura, ou seja, indícios de agiotagem.

Art. 3º Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação. (BRASIL, 2001)

Com a adoção da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo CPC/2015, e devido o seu caráter subsidiário, claramente estampado no artigo 15, “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e

subsidiariamente.”, a nova legislação processual civil brasileira aumenta as possibilidades de tornar as relações processuais mais equânimes.

Percebe-se, então, que o CPC/2015 não criou uma nova ferramenta processual, mas, apenas e tão somente, acolheu uma teoria já utilizada em outras áreas especializadas do direito.

3.2 As espécies de inversão do ônus da prova

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova admite três espécies de classificação, quais sejam, a inversão judicial ou *opejudicis*, a inversão legal ou *ope legis*, e a inversão consensual.

A inversão convencional do ônus da prova, que pode ser levada a termo antes ou curso do processo, é fruto de um acordo entabulado entre as partes, e apesar de já ser permitida no CPC/1973, como pode ser visto no § único do seu artigo 333, e mantida no CPC/2015, especificamente no § 3º do artigo 373, na prática é muito pouco utilizada, uma vez que as partes, em sua maioria, não têm interesse de ocupar-se em provar fatos que não foram por si levantados.

CPC/1973.

Art. 333. [...]

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. (BRASIL, 1973)

CPC/2015.

Art. 373. [...]

§ 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. (BRASIL, 1973)

O ônus da prova convencionalmente invertido nos moldes do artigo 373, § 3º, do CPC/2015, surge a partir da convenção das partes, e, como dito por Bueno (2015, p. 273) “É dispositivo que acabará dialogando intensamente com a possibilidade de as partes realizarem negócios processuais nos moldes do art. 190 do novo CPC”.

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento

para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015)

Nesse ponto é salutar esclarecer que o artigo 190 do CPC/2015, lembrando as palavras de Medina (2015) trata dos negócios jurídicos processuais, ou seja, a inversão convencional do ônus da prova é, por consequência, uma forma de negócio jurídico, e como tal a sua validade depende do preenchimento dos requisitos legais elencados no artigo 104, do Código Civil (CC), quais sejam, capacidade das partes, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, e forma legalmente admitida, veja-se:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, 2002)

Desse modo, uma vez preenchidos os requisitos legais para a validade dos negócios jurídicos, as partes podem livremente convencionar sobre a inversão das cargas probatórias, desde que tal convenção não trate de direitos indisponíveis ou torne extremamente difícil para uma das partes cumprir o seu encargo, conforme estatuído nos incisos I e II do § 3º do artigo 373 do CPC/2015.

Cabe ainda esclarecer que, nas lides de natureza consumerista, a convenção sobre a distribuição inversa do ônus da prova, por força do artigo 51, inciso VI, do CDC, não pode ocasionar prejuízos ao consumidor, veja-se o que a lei determina, “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; (BRASIL, 1990)”.

De igual modo, a convenção sobre o ônus da prova não poderá recair sobre normas cogentes que por si próprias distribuem inversamente o ônus de determinada prova a um sujeito específico da relação processual, convergindo para a mesma direção os professores Marinoni e Arenhart (2015, p. 273) argumentam que “Como se está aqui diante de regra de conteúdo impositivo (inafastável pela vontade das partes), obviamente não terá cabimento a modificação convencional do ônus da prova nesses casos.”.

Destarte, quando a lei trouxer em seu texto a distribuição diversa do ônus da prova daquela já prevista na regra geral do *caput* do artigo 373 do CPC/2015, isto é, quando se estiver defronte à inversão legal ou *ope legis* da carga probatória, não

será admitida a utilização da teoria dinâmica do ônus prova, porquanto já foi previamente aplicada pelo próprio legislador.

É o que acontece, *verbi gratia*, com a situação elencada no artigo 38, do CDC, que impõe ao fornecedor o ônus de provar a veracidade das propagandas e publicidades por si patrocinadas, “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.” (BRASIL, 1990).

Da inversão *ope legis* do *onus probandi*, extrai-se, então, casos de presunção legal *juris tantum*, pois não cabe à parte que alega o fato a obrigação de prová-lo, contudo, cabe à parte *ex adversa* provar que tal fato não tenha ocorrido.

Sobre a inversão legal do ônus da prova, se faz necessário lembrar que há uma corrente doutrinária que defende que, a rigor, quando o ônus da prova for legalmente distribuído de modo diferente da regra geral, não haverá inversão, mas “tão somente, uma exceção legal à regra genérica do ônus da prova, excepcionando a regra contida no art. 373 do CPC” (DIDER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 117). Comungando da mesma opinião, Rodrigues (2009) aduz que:

Inversão do ônus da prova é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão. Não devem ser tomadas como inversão do ônus da prova, senão como simples distribuição do encargo probatório, as regras de direito material que abstratamente prevêm que em determinados casos especificados na lei o encargo sobre determinados fatos é desta ou daquela parte no processo. (RODRIGUES, 2003, p. 208)

Por fim, há a chamada inversão judicial, ou *ope judicis*, do ônus da prova, que foi de forma inovadora abraçada pelo CPC/2015 em seu artigo 373, § 1º, e que é aquela determinada pelo juiz, ou seja, terá lugar quando o magistrado que tem o dever de conduzir o processo, diante das peculiaridades do caso, entender pertinente sua aplicação.

Para Câmara (2014), a inversão judicial como forma de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova consiste em determinar que a prova seja produzida por quem tenha melhores condições de fazê-lo, de sorte que “Fala-se em distribuição dinâmica do ônus da prova para determinar a regra que concede ao juiz a distribuição no caso concreto, dependendo de qual parte tenha maior facilidade na produção da prova.” (CÂMARA, 2014, p. 380).

Nesse viés, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016), defendem que a inversão do ônus da prova feita pelo juiz “é consagração do princípio da igualdade e do

princípio da adequação”, pois “o processo deve, ainda, ser adequado às peculiaridades do caso, sempre que a regra geral se revelar com elas incompatível.” (DIDIER JÚNIOR, BRAGA e OLIVEIRA, 2015, p. 126).

Orientando-se pelos ensinamentos destacados no parágrafo anterior, o redimensionamento da carga probatória no CPC/2015 efetuado pelo juiz, quer seja atendendo a requerimento das partes, quer seja determinado *ex officio*, a exemplo do que ocorre nas demandas consumeristas, deve ser exercido caso a caso, e em decisão fundamentada, explicitando-se sobre quais provas devem recair a inversão do encargo probatório.

Essa necessidade de motivação para decisão judicial que determina a inversão do ônus da prova, além de ser decorrente de imposição constitucional (artigo, 93, inciso IX, da CF), se dá porque a inversão é uma excepcionalidade à regra geral, de modo que se não houver menção expressa para inversão da carga probatória de determinada prova, sobre ela recairá a regra do *caput* do artigo 373, do CPC/2015.

Necessário lembrar ainda que deve ser oportunizado à parte que teve o encargo probatório contra si invertido chance para desincumbir-se de tal ônus, o que somente pode ser alcançado se ela puder insurgir-se contra as razões do magistrado, o que também pode ser feito em sede recursal, pois a decisão que determinar a inversão do ônus da prova pode ser fustigada por meio de agravo de instrumento, consoante previsão do artigo 1.015, inciso XI, do CPC/2015, “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;” (BRASIL, 2015).

Assim, decidindo o juiz pela inversão da carga probatória, para que a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se de forma legítima, deverá o magistrado proporcionar à parte oportunidade para desincumbir-se do encargo a imposto e fundamentar o seu *decisum*, além de fazê-lo no momento processual adequado.

3.3 O momento de distribuição do ônus da prova

Antes de adentrar no tema sobre qual seria o momento correto para distribuição do ônus da prova, necessário lembrar que o ônus probatório comporta

duas vertentes, quais sejam, uma como regra procedimental ou regra de instrução, e outra como regra de julgamento.

Enquanto regra de julgamento, a distribuição do ônus da prova se dá no momento da prolação da sentença, durante a valoração do conjunto probatório jungido ao bojo do fascículo materializador do processo, ou seja, após a fase probatória.

Assim, em reverência ao princípio do contraditório, sendo a distribuição do ônus da prova abordada como regra de julgamento não será admitida a sua inversão, pois, conforme explica Gidi (1995):

Se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia. (GIDI, 1995, p. 38)

Então, ao exarar a sentença, o magistrado aplicará a distribuição das cargas probatórias como regra de julgamento, quando decidirá favoravelmente a favor da parte que melhor se desincumbiu do encargo a si imposto, ou, quando se deparar com a situação de insuficiência de provas, deverá ponderar sobre a quem cabia produzir tal prova e decidir desfavor dessa parte, uma vez que o juiz não pode eximir-se de julgar com base *non liquet*.

Por sua vez, quando a distribuição do ônus da prova for tomada como regra de instrução será admitida a inversão das cargas probatórias, o que se dará durante trâmite do processo, e antes da fase decisória.

O artigo 375, inciso III, do CPC/2015, determina que a distribuição do ônus da prova deva ser levada a termo quando da decisão que saneia e organiza o processo, veja-se:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:
III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; (BRASIL, 2015)

O legislador, nesse ponto, ao estabelecer que a distribuição do ônus da prova, e eventual inversão das cargas probatórias, sejam realizadas durante a fase de saneamento do processo, adotou uma postura coerente aos ditames da nova lei civil adjetiva, pois o § 1º do artigo 357 do CPC/2015, garante o contraditório, ao determinar que as partes têm direito de serem ouvidas sobre a decisão saneadora, “§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou

solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.” (BRASIL, 2015).

No entanto, Didier Júnior, Braga e Oliveira (2016, p. 127) defendem que “O momento da redistribuição pode ser qualquer um, desde se permita à parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser atribuído.”. Em oposição estão as lições de Nery Júnior e Nery (2015), da quais se extrai o entendimento de que é contraproducente determinar a inversão das cargas probatórias depois de saneado o processo, pois já terá sido determinada a colheita das provas em um sentido que pode não ser o mesmo da inversão.

Frente à divergência acerca do momento mais oportuno para inversão do ônus da prova, soa mais sensato seguir a lei, até porque o legislador previu a observância do contraditório para o momento na decisão saneadora. Contudo, em que pese a discussão sobre o momento certo para a distribuição/redistribuição das cargas probatórias, para a sua admissão o atendimento às possibilidades e pressupostos elencados no CPC/2015 é mero consectário lógico.

3.4 A aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

Conforme já mencionado alhures, o CPC/2015 manteve em seu texto a regra geral de distribuição estática do ônus da prova herdada do CPC/1973. No entanto, trouxe para os processos que tramitam sob a égide do procedimento ordinário a possibilidade do redimensionamento das cargas probatórias ao prever a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova por meio da inversão *ope judicis*, como claramente se observa no § 1º do artigo 373 do CPC/2015:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (BRASIL, 2015)

Da leitura do dispositivo legal acima destacado extraem-se as possibilidades e os pressupostos/requisitos para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do

ônus da prova, os quais devem, obrigatoriamente, constar na fundamentação decisória judicial que cuidar de distribuir as cargas probatórias.

A primeira possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova orbita em torno dos casos previstos em lei, como, por exemplo, no caso das ações que tratam de danos ambientais ou das demandas de natureza consumeristas.

Para os casos previstos em lei, a aplicação da teoria da dinamização das cargas probatórias seguirá o regramento próprio da legislação específica. *Ad exemplum*, para ações relacionadas às relações de consumo o inciso VIII do artigo 6º do CDC é que dita os pressupostos, sendo possível a inversão do ônus da prova a favor do consumidor sempre que ele for hipossuficiente ou quando forem verossímeis as suas alegações.

É de bom alvitre lembrar que para inversão do ônus da prova nas ações consumeristas basta a existência de um dos pressupostos, “tendo em vista que o próprio legislador colocou entre eles a conjunção alternativa “ou”. Não pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos.” (CAMBI 2006 *apud* DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 132.)

Outra possibilidade de inversão do ônus da prova, segundo o § 1º do artigo 373 do CPC/2015, baseia-se na impossibilidade ou à excessiva dificuldade para um dos litigantes cumprir o encargo a si determinado, que, a seu turno, prestigia com o princípio da igualdade e busca equilibrar a relação processual entre as partes.

Em uma análise sobre as possibilidades de aplicabilidade da inversão *ope iudice* do *onus probandi*, Knijnik (2006) argumenta que uma vez presente a hipossuficiência probatória ou inacessibilidade da prova será cabível a redistribuição do encargo da prova.

A hipossuficiência probatória está intrinsecamente relacionada à ausência de conhecimento técnico da parte inicialmente incumbida de produzir a prova, enquanto que a outra parte, sobre a qual recairá a inversão da carga probatória, detém uma compreensão mais apurada sobre a prova a ser produzida. Esse tipo de situação é frequente nas ações que buscam indenização por erro médico, eis um caso prático:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA COM BASE EM ALEGADO ERRO MÉDICO. ÔNUS PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. NULIDADE DO DECISUM REJEITADA. 1. Decisão que fez constar o entendimento de a relação de consumo, associada à hipossuficiência da parte autora, autorizar

o redirecionamento do encargo probatório, na dicção do inc. VIII do art. 6º do CDC. Fundamento suficiente. 2. Responsabilidade civil por erro médico. Entendimento deste Tribunal de o prestador de serviço ter, presumidamente, melhores condições técnica de ultimar a prova. Manejo da teoria da carga dinâmica da prova. "No caso dos profissionais liberais, mesmo que o CDC excepcione a regra geral no art. 14, § 4º, tal circunstância não elide a determinação da inversão do ônus da prova" - precedente desta Câmara. Lição doutrinária. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO. DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70064143381, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 31/03/2015). (TJ-RS - AI: 70064143381 RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 31/03/2015, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/04/2015)

A inversão do *onus probandi* com fincas na inacessibilidade à prova da parte originariamente responsável pela confecção de tal prova busca coibir e corrigir a conduta ardilosa do litigante que nega ou dificulta a obtenção de prova que, pela sua natureza, deva estar em seu domínio. Seria o caso, por exemplo, de uma pessoa, ao propor ação revisional de cláusulas contratuais em face de uma instituição financeira, não ter no momento da propositura da ação acesso ao contrato que se busca ser revisado, o qual pode ser carreado aos autos pela própria instituição financeira, considerando que é documento comum a ambas as partes. Nesse sentido, tem-se a seguinte jurisprudência:

DECLARATÓRIA - Instituição bancária não atendeu pedido administrativo para exibir documentos - Inicial requer inversão do ônus da prova para apresentação dos documentos bancários - Decisão determinou emenda à inicial para juntada de documentos indispensáveis à propositura da ação - Insurgência - Inteligência do art 6º, me VIII, do CDC - Compete ao banco apresentar os documentos - Recurso provido. (TJ-SP - AG: 7258153400 SP, Relator: Sebastião Junqueira, Data de Julgamento: 30/06/2008, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/09/2008)

Há ainda a possibilidade de inversão do ônus da prova quando for mais fácil a obtenção de prova de fato contrária. Nessa hipótese, o redimensionamento *ope legis* da carga probatória tem o condão atribuir o ônus a quem dele possa melhor desincumbir-se. A título de exemplo, segue o entendimento jurisprudencial que claramente estampa a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova baseada redistribuição da carga probatória pela maior facilidade de obtenção de prova de fato contrário, veja-se:

DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e desprover o agravo de instrumento, nos termos da fundamentação. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA DE

SEGURO DPVAT. DECISÃO AGRAVADA QUE INVERTE O ÔNUS DA PROVA, IMPÕE À SEGURADORA O ÔNUS DE ARCAR COM AS CONSEQUÊNCIAS PELA NÃO PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL E DETERMINA A INTIMAÇÃO DAS PARTES PARA PAGAMENTO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. RECURSO INTERPOSTO PELA RÉ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. NÃO APLICAÇÃO DO CDC NO INTERLOCUTÓRIO IMPUGNADO. CUSTEIO DA PROVA PERICIAL FACULTADO PARA A SEGURADORA, A QUAL DEVERÁ ANALISAR A NECESSIDADE OU NÃO DE SUA PRODUÇÃO DE ACORDO COM SEUS INTERESSES.RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJPR - 10ª C.Cível - AI - 1367486-3 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Guilherme Freire de Barros Teixeira - Unânime - - J. 23.07.2015)
(TJ-PR - AI: 13674863 PR 1367486-3 (Acórdão), Relator: Guilherme Freire de Barros Teixeira, Data de Julgamento: 23/07/2015, 10ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1630 18/08/2015)

Por fim, há ainda o pressuposto negativo de proibição da inversão das cargas probatórias quando o encargo redistribuído acarretar à parte que teve o ônus contra si invertido impossibilidade ou excessiva dificuldade de desincumbência, conforme comando cinzelado no § 2º do artigo 373 do CPC/2015, “A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.” (BRASIL, 2015)

A proibição de que o redimensionamento da carga probatória nos termos do artigo 373, § 2º, do CPC/2015 tem o propósito de evitar que seja exigida a produção de prova diabólica, ou seja, “aquela impossível ou excessivamente difícil para uma das partes (a prova negativa de um fato inespecífico, como, por exemplo, nunca ter estado em um determinado lugar).”, conforme elucidado por Bueno (2015, p. 463-464). Em recente *decisum* o Tribunal de Justiça do estado do Amazonas reformou uma decisão do juízo *a quo* que, ao inverter a carga probatória, gerou situação de exigência de prova diabólica, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO QUE, A UM SÓ TEMPO, INVERTEU O ÔNUS DA PROVA E DECRETOU O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. 1) INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIR À PARTE ADVERSA PROVA DIABÓLICA QUE PODERIA SER FACILMENTE PRODUZIDA PELA OUTRA PARTE. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2) JULGAMENTO ANTECIPADO DE MÉRITO. CERCEAMENTO DE DEFESA DECORRENTE DA IMPOSSIBILIDADE DE PRODUZIR PROVAS A RESPEITO DO FATO ABARCADO PELA INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. NULIDADE QUE, APÓS DESFEITA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, NÃO MAIS SUBSISTE. 3) RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
(TJ-AM - AI: 40030748420158040000 AM 4003074-84.2015.8.04.0000, Relator: Paulo Cesar Caminha e Lima, Data de Julgamento: 15/02/2016, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 15/02/2016)

Depreende-se, então, que a teoria da distribuição da dinâmica do ônus da prova conforme prevista no CPC/2015 é uma inovadora ferramenta do processo civil a favor das partes e do magistrado, que deve ser usada para levar isonomia à relação processual.

CONCLUSÃO

Por meio das pesquisas e estudos realizados durante a confecção da presente monografia foi possível observar que o Direito Processual Civil, a exemplo das demais áreas jurídicas, passou por diversas mudanças e inovações ao longo dos anos para adaptar-se às necessidades que uma sociedade em constante evolução exige.

A mais recente mudança promovida no Direito Processual Civil foi edição da Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil de 2015, revogando o Código de Processo Civil 1973. Tal alteração teve o condão de inserir no texto da legislação civil adjetiva brasileira primados basilares da Constituição Federal de 1988, e, dessa forma, introduzir um novo paradigma para causas que tramitam sob o pálio do processo civil.

Dentre todas as inovações proporcionadas pela CPC/2015, cuidou-se de perscrutar aquelas ocorridas na seara do Direito Probatório, pois o legislador, de forma inédita e arrojada, trouxe para o procedimento de produção de provas a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Assim, após percorrer o campo das provas, e da sistemática probatória na antiga e revogada lei civil processual, o estudo em comento desaguou na análise da novel ferramenta processual civil.

Foi possível observar que o sucesso da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em outros ramos específicos do Direito, como no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, foi fator determinante para inserção da aludida teoria no procedimento ordinário civil.

Em síntese, como já anteriormente mencionado, a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias foi disponibilizada aos sujeitos do processo como um mecanismo para equilibrar as relações processuais entre os litigantes, e, com isso, levar efetividade ao princípio constitucional da igualdade.

REFERÊNCIAS

- BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei nº 13.105 de 16/3/2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil. Vol. 1**. ed. 23. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2014.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Lisa Pary Scarpa (trad.). 2 ed. Campinas: Bookseller, 2005.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2015.
- Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 – **Consolidação das Leis do Trabalho**.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.
- Enunciado nº 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST).
- FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. **Novo Código de Processo Civil anotado e comparado para concursos**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. **Processo Civil Para Concursos de Analista**. 4 ed. Salvador: Ed. Jus Podivum, 2015.
- GIDI, Antônio. **Aspectos da Inversão do Ônus da prova no Código do Consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**; Coordenador Pedro Lanza. 5 Ed. de acordo com o Novo CPC, Lei nº 13.105, de 16-03-2015. São Paulo: Saraiva, 2015 – (Coleção Esquematizado).

KNIJNIK, Danilo. **As (perigosíssimas) doutrinas do ‘ônus dinâmico da prova’ e da ‘situação do senso comum’ como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio* diabólica.** *in*: Processo de Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. coord. FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Lei nº 5.869, de 11 janeiro de 1973 – **Código de Processo Civil, revogado.**

Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – **Lei de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.**

Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – **Código de Defesa do Consumidor.**

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – **Código de Processo Civil, em vigor.**

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria Dinâmica do Ônus da Prova do Novo CPC.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.** Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Medida Provisória nº 2.172-32, de 23 de agosto de 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.** São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **“Provas atípicas”.** Revista de Processo. n. 76. São Paulo: RT, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal (Processo civil, penal, administrativo).** 11 ed. São Paulo: RT, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Manual de direito processual civil – 2. ed. –** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

NEVES, Daniel Amorin Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

RHC 48.174/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 11/02/2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Editora Forense Universitária, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil - Vol. 1** - 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STF – ARE: 757014 MG, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 05/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 16-09-2014 PULBIC 17-09-204.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento** – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TJ-AM - AI: 40030748420158040000 AM 4003074-84.2015.8.04.0000, Relator: Paulo Cesar Caminha e Lima, Data de Julgamento: 15/02/2016, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 15/02/2016.

TJ-RO - AGV: 00027298820158220000 RO 0002729-88.2015.822.0000, Relator: Desembargador Isaias Fonseca Moraes, Data de Julgamento: 27/05/2015, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 08/06/2015.

TJ-RS – Recurso Cível: 71003344348 RS, Relator: Fernanda CarravettaVilande, Data de Julgamento: 19/10/2011, Segunda Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 21/10/2011

TJ-RS - AI: 70046757241 RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Data de Julgamento: 21/03/2012, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/04/2012

TJ-RS - AI: 70064143381 RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Data de Julgamento: 31/03/2015, Décima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/04/2015.

TJ-RS - AC: 70068320035 RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Data de Julgamento: 29/02/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/03/2016.

TJ-SP - AG: 7258153400 SP, Relator: Sebastião Junqueira, Data de Julgamento: 30/06/2008, 19ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 03/09/2008.

TJ-SP - ED: 00537271620098260564 SP 0053727-16.2009.8.26.0564, Relator: Torres de Carvalho, Data de Julgamento: 06/04/2015, 10ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 06/04/2015.