

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 158 • Outubro 2013



Rodrigo Janot Monteiro de Barros

O NOVO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Editorial: Não deixem a Justiça morrer!

Distribuição dinâmica do ônus da prova

Bruna Celeste Celeste | Advogada

Nos debates sobre questões de fato em que houver necessidade de produção de prova diversa da exclusivamente documental, apresentada com a petição inicial e a contestação, deve ocorrer a fase processual destinada a reunir elementos capazes de solucionar controvérsias que envolvam a matéria de fato alegada pelas partes.

O direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o garante. Segundo os esclarecimentos de Eduardo Cambi, o direito fundamental à prova tem caráter instrumental, e a sua finalidade é o alcance de uma tutela jurisdicional justa. Assim, deve-se dar efetividade a tal direito por meio do reconhecimento da máxima potencialidade ao instrumento probatório para que as partes tenham ampla oportunidade de demonstrar os fatos que alegam.

Sabe-se que o ônus da prova é a indicação de quem deve demonstrar as alegações de fato em juízo. As regras processuais sobre a distribuição do ônus da prova são dirigidas às partes, por orientarem o que precisam provar (ônus subjetivo), e também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, na medida em que orientam o julgador como se comportar na insuficiência de provas produzidas (ônus objetivo), refúgio para evitar o *non liquet*.

O legislador estabelece abstratamente *quem tem de provar o quê*, diz-se, pois, que aí estão as regras sobre

o ônus da prova. O Código de Processo Civil acolheu a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica), de modo que há a distribuição prévia e abstrata do encargo probatório. Assim, ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu, os fatos impeditivos, modificativos e extintivos, conforme previsão do artigo 333 do CPC. Com a máxima de que o ônus da prova incumbe a quem alega (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*), sucede que nem sempre o autor e o réu têm condições de atender ao ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído. Em muitos casos, as partes se deparam com prova diabólica, não possuindo condições suficientes para evidenciar os fatos. Diante de tal situação, o juiz poderá proferir decisão desfavorável àquele que não se incumbiu do seu encargo de provar.

Por isso que a distribuição rígida do ônus da prova e sua inflexível aplicação podem gerar julgamentos injustos, já que a prova é o principal elemento que as partes dispõem para influenciar a convicção do magistrado.

Um exemplo da ineficiência da distribuição estática do ônus da prova são as demandas declaratórias negativas que exigem do autor a comprovação da inexistência da relação jurídica, incumbindo-lhe de obrigação impossível. Trata-se de situação de divergência doutrinária em que há posicionamentos que defendem a manutenção da distribuição estática; outros entendem que, independentemente da situação, deve ocorrer a



inversão absoluta do ônus da prova, cabendo sempre ao réu comprovar todos os fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos e extintivos), e, ainda, há posição intermediária, no qual esclarece que cabe ao réu a prova do fato constitutivo (existência da relação jurídica), e ao autor o ônus de comprovar os fatos impeditivos ou extintivos.

Sendo assim, é admitida a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, dos principais mentores Jorge W. Peyrano e Augusto M. Morello, na qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la diante das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode. Essa teoria se justifica com os princípios da igualdade, da solidariedade e da lealdade, da boa-fé e da veracidade.

O princípio da igualdade se encontra presente quando o ônus da prova é atribuído àquele que tem os meios para satisfazê-la por haver a paridade real de armas das partes do processo, promovendo um equilíbrio substancial entre elas. O princípio da solidariedade com o órgão judicial decorre do dever de todos de ajudar o magistrado a alcançar a verdade dos fatos. Já os princípios da lealdade, da boa-fé e da veracidade estão presentes na distribuição dinâmica do ônus da prova pelo fato de o sistema brasileiro não permitir que as partes ajam ou se omitam, de forma ardilosa, com o intuito de prejudicar a contraparte.

De acordo com a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, o encargo probatório não deve ser

partido de forma prévia e abstrata, mas sim de forma casuística e também dinâmica. Não deve ser levada em consideração a posição assumida pela parte na causa ou a natureza do fato probando (constitutivo, modificativo, impeditivo e extintivo). O mais importante é quem tem mais possibilidade de produzir a prova.

Nesse sentido, o juiz permanece na função de gestor das provas, e a ele também incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, sem estar preso aos critérios prévios e abstratos estabelecidos na lei, mas de acordo com as circunstâncias concretas. O magistrado deve se basear em critérios abertos e dinâmicos, decorrentes das regras de experiência e de senso comum para verificar qual é a parte que possui mais facilidade para produzir a prova, impondo-lhe o ônus probatório.

É comum identificar dois requisitos cumulativos para a distribuição dinâmica do ônus da prova: o primeiro é a dificuldade ou a impossibilidade de produção de prova por uma das partes, independentemente do motivo ou da razão de tal incapacidade (ordem social, econômica, cultura, técnica, de acesso, de informação, hierárquica, etc.), e o segundo requisito é a maior capacidade da outra parte de produzir a prova relacionada à alegação controvertida.

No direito processual argentino, essa teoria é adotada como regra de julgamento (ou de juízo), sendo realizada somente no momento de prolação da sentença.

Os fundamentos para tanto decorrem da ciência prévia das partes litigantes, de modo que os sujeitos do processo já estariam previamente esclarecidos sobre essa técnica e o entendimento de que o ônus da prova é sempre objetivo, referindo-se exclusivamente à valoração da prova, que ocorre somente no final da instrução, no momento em que a sentença é proferida.

No direito brasileiro, em especial aos adeptos da inversão do ônus da prova prevista no CDC, o posicionamento argentino é adotado, mas é evidente que deve ser observado o ônus subjetivo da prova, que serve de norteador para a conduta das partes ao longo da fase de instrução. Tratando-se, portanto, de regra de instrução, e não de julgamento, que deve ser realizada até o início da fase instrutória, ou seja, até o momento da decisão de saneamento, mas não na fase decisória.

Os fundamentos para entender a distribuição dinâmica do ônus da prova como regra de instrução são simples: função de orientar as partes na fase de instrução probatória e respeito ao princípio da não surpresa (orientação, inclusive, do artigo 474, parágrafo único, do Projeto do Novo Código de Processo Civil (PL 8.046/2010)).

Os tribunais brasileiros têm extraído a regra de nosso sistema processual, sendo emblemático o caso da responsabilidade civil do profissional liberal, principalmente do médico, por este, quando demandado, ter melhores condições de provar que agiu regularmente do que a vítima de provar a sua atuação irregular. A despeito de, pela regra estática, a ele não caber esse ônus.

Verificam-se, ainda, casos de outras naturezas em que também foi aplicada a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. PROCEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO. REGRA GERAL DO ART. 333 DO CPC. INCIDÊNCIA. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. CABIMENTO. 1. O processo monitorio divide-se em duas fases distintas – monitoria e executiva – apartadas por um segundo processo, os embargos, de natureza incidental e posto à disposição do réu para, querendo, impugnar as alegações do autor. 2. A fase monitoria é de cognição sumária, sempre *inaudita altera parte*, cabendo ao juiz verificar a regularidade formal da ação, a presença dos pressupostos para o regular desenvolvimento do processo e, sobretudo, a idoneidade do documento apresentado como prova da existência do crédito. 3. Opostos os embargos pelo réu, inaugura-se um novo processo que, nos termos do art. 1.102-C, § 2º, do CPC, tramitará pelo rito ordinário, dotado de cognição plena e exauriente, com ampla dilação probatória. Assim, a cognição, que em princípio é sumária, será dilatada mediante iniciati-

va do réu em opor embargos, permitindo que se forme um juízo completo e definitivo sobre a existência ou não do direito do autor. 4. O processo monitorio não encerra mudança na regra geral de distribuição do ônus da prova contida no art. 333 do CPC. O fato de, na ação monitoria, a defesa ser oferecida em processo autônomo não induz a inversão do ônus da prova, visto que essa inversão se dá apenas em relação à iniciativa do contraditório. 5. O documento que serve de base para a propositura da ação monitoria gera apenas a presunção de existência do débito a partir de um juízo perfunctório próprio da primeira fase do processo monitorio. Trazendo o réu-embargante elementos suficientes para contrapor a plausibilidade das alegações que levaram à expedição do mandado de pagamento, demonstrando a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito invocado na inicial, caberá ao autor-embargado superar os óbices criados, inclusive com a apresentação de documentação complementar, se for o caso. 6. Apesar de seguir a regra geral de distribuição do ônus da prova, o processo monitorio admite a incidência da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 1084371/RJ. Recurso Especial 2008/0185677-2. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Data do Julgamento: 1/12/2011. Data da Publicação: DJe 12/12/2011). (Grifo nosso)

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZATÓRIA. NEGATIVAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. PERÍCIA NÃO CONCLUÍDA EM RAZÃO DA NÃO APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO FIRMADO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DAS PROVAS. 1. Cuida-se de ação de revisão contratual cumulada com indenizatória lastreada em contrato de arrendamento mercantil, no qual afirma o autor que lhe foram cobrados juros abusivos e capitalizados, além de ter a instituição financeira incluído seu nome indevidamente no rol de maus pagadores. 2. A sentença julgou procedente, em parte, o pedido, para anular os encargos cobrados pelo réu, em razão da mora do autor, em cada parcela e que estão demonstrados ao longo do processo, com a juntada de todos os recibos, com a restituição em dobro dos valores indevidamente cobrados, na forma do artigo 42 da Lei nº 8.078/90, com juros legais e correção monetária, a contar de cada pagamento indevido. 3. Provisamento do recurso do autor (primeiro apelo) objetivando a condenação do réu ao pagamento de indenização por dano moral, uma vez que a inclusão do nome do autor no rol de maus pagadores foi efetivada três dias após o pagamento da dívida e permaneceu

por longos anos, inexistindo notícia nos autos, ainda, de que fora notificado da medida. 4. Tendo em vista as circunstâncias que envolvem o dano moral sofrido pelo autor advindas da cobrança por débito já quitado e do prolongamento da negativação do seu nome, fixa-se a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor este que melhor atende a parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, e se coaduna com o patamar observado pelo Tribunal em situações similares a dos autos. 5. Recurso do réu (segundo apelo) defendendo a legalidade dos juros de mora cobrados que não procede diante da impossibilidade de realização de perícia em decorrência da não apresentação pelo mesmo do contrato de arrendamento. 6. Aplicação da teoria da carga dinâmica da distribuição do ônus da prova. O magistrado, ao analisar a matéria, se observar, pelos mandamentos da lei e pelas circunstâncias do caso concreto, que o ônus da prova recai sobre a parte que possui menos condições de suportá-lo, poderá modificar o encargo probatório, alterando a distribuição do ônus da prova em favor da parte mais necessitada. 7. Nessa mesma direção sinaliza o Código de Processo Civil, determinando ao juiz admitir como verdadeiros os fatos que, por meio de documento ou da coisa, pretendia-se provar (art. 359, CPC). 8. Incumbem às partes colaborar com o Judiciário, ainda que a apresentação da prova seja prejudicial àquele que tem a obrigação de trazê-la. 9. Considerando o fato de que a ré dispõe de maiores condições técnicas e administrativas para apresentar o contrato de financiamento em questão, notadamente em razão do dever de guarda decorrente da sua própria atividade, inafastável o encargo imposto pelo magistrado de origem no tocante ao fornecimento do documento. 10. Tendo em vista que o réu não apresentou documento essencial ao desate da questão, apesar de regularmente intimado para tanto, de modo a possibilitar a verificação de legalidade dos juros de mora cobrados, deve sua aplicação ser afastada, conforme reconhecido na sentença. 11. Provisamento do recurso da autora e desprovisamento do apelo do réu. (Apelação Cível nº 0003559-48.2005.8.19.0207 – Relatora: Desembargadora Mônica Costa Di Piero). (Grifo nosso)

APELAÇÃO CÍVEL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PEDIDO DE EXIBIÇÃO EXTRATOS AO ESTABELECIMENTO BANCÁRIO FORMULADO DENTRO DE DEMANDA ORDINÁRIA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO. NÃO COMPROVAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO ALEGADO.

“Nesse sentido, o juiz permanece na função de gestor das provas, e a ele também incumbe avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova, sem estar preso aos critérios prévios e abstratos estabelecidos na lei, mas de acordo com as circunstâncias concretas. O magistrado deve se basear em critérios abertos e dinâmicos, decorrentes das regras de experiência e de senso comum para verificar qual é a parte que possui mais facilidade para produzir a prova, impondo-lhe o ônus probatório.”

Apesar de ser aplicada a teoria da carga dinâmica nos casos referentes a expurgos inflacionários, decorrentes dos malfadados planos econômicos, não há como desincumbir a parte autora de produzir o mínimo de prova que assegure o seu direito, que no caso seria a demonstração do número da conta poupança. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO APELO, NA FORMA DO ARTIGO 557, *CAPUT*, DO CPC. (Apelação Cível nº 0013429-82.2007.8.19.0002 – Relatora: Desembargadora Lúcia Miguel S. Lima)

A Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova está presente no projeto do novo Código de Processo Civil, que mantém a distribuição estática do ônus da prova, no artigo 357², mas inova com o artigo 358:

Art. 358. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. § 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 357, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

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


A princípio, trata-se de um poder-dever do juiz, e não uma faculdade, apesar de o *caput* do artigo 358 afirmar que “o juiz poderá”. Assim, presentes os requisitos, deve o juiz distribuir o ônus de modo dinâmico por meio de decisão fundamentada.

O artigo 358 do projeto também estabelece três critérios para que o juiz possa distribuir o ônus da prova, quais sejam: circunstância da causa, peculiaridade do fato a ser provado e melhores condições de uma das partes de produzir a prova.

Outro ponto relevante é que o § 1º do artigo 358 estabelece a distribuição dinâmica como regra de instrução (ou de procedimento), o que se extrai do texto “sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no artigo 357 (estático), deverá dar à oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído”. Evidencia-se que a parte precisa ter condições de produzir todos os meios necessários para a comprovação do fato que lhe compete provar, e isso só pode ocorrer no curso do procedimento, e não no momento de prolação da sentença.

Importante observar, por fim, que o § 2º do artigo 358, apesar de utilizar de forma inadequada a expressão “inversão do ônus da prova” em vez de “distribuição do ônus

da prova”, como fez no parágrafo anterior, prevê que cabe à parte que tiver o ônus de comprovar determinado fato, seja pelo ônus estático, seja pelo ônus dinâmico, o encargo de pagar as despesas processuais para produção da prova.

A conclusão a que se chega, depois desses breves comentários, é que o magistrado precisa aproximar-se, ao máximo, da realidade para ter convicção sobre as alegações deduzidas pelas partes. Só assim a tutela jurisdicional será efetiva. E para que isso ocorra, o juiz deve atribuir o ônus da prova à parte que tiver melhores condições de produzi-la. Tanto é assim que a técnica processual em estudo está presente em decisões judiciais, como também no projeto do novo Código de Processo Civil, e merece ser considerada para se chegar ao resultado justo e assegurar a isonomia processual e o pleno acesso à Justiça. 

Referências bibliográficas

- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2, t. I.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 1.
- CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Jus Podium, 2013. v. 2.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 2.
- NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: RT, 2013.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.
- REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo: Dialética, n. 93, dez. 2010, p. 14-23.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

Notas

¹ Art. 474. Haverá resolução do mérito quando:

- I – o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor ou o pedido contraposto do réu;
 - II – o réu reconhecer a procedência do pedido;
 - III – as partes transigirem;
 - IV – o juiz pronunciar, de ofício ou a requerimento, a decadência ou a prescrição;
 - V – o autor renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação.
- Parágrafo único: Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 307, a prescrição e a decadência não serão decretadas sem que antes seja dada às partes oportunidade de se manifestarem.

² Art. 357. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, 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.