TEORIA DA INVERSÃO ÔNUS DA PROVA¹

Michelly de Castro Oliveira²

RESUMO: O presente artigo trata sobre a teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova que é uma das grandes inovações do novo código de processo civil. A teoria está sendo adotada no sistema jurídico brasileiro e permite ao juiz determina qual parte tem o dever de produzir provas. O dever de produzir provas será produzida pela parte que se encontra em melhores condições de suportá-la. O ônus da prova poderá ser dividido de três formas: a) convencional – vontade das partes; b) legal – evitar prova diabólica e c) judicial – que em regra geral será determinado pelo magistrado escolher a parte que tem condições de produzir provas. O princípio do acesso a justiça que garante à obtenção de tutela justa e efetiva as partes e o princípio da igualdade tem por finalidade garantir o equilíbrio entre os litigantes. Os dois princípios possuem relevância ao tema e existem outros princípios que norteiam a teoria e tem por propósito proteger a parte mais vulnerável e garantir um processo justo. O momento para aplicação da teoria é na fase do saneamento. A prova no processo é meio que se utiliza para o convencimento do juiz, sendo importante que o litigante tenha responsabilidade ao produzir suas provas.

PALAVRAS-CHAVE: Distribuição do ônus da prova; inversão do ônus probatório; princípios do acesso à justiça e da igualdade.

INTRODUÇÃO

A teoria dinâmica do ônus da prova está elencada nos artigos 370 a 373 do novo código processual civil. O artigo tem o objetivo de fazer uma análise sobre a parte que se encontra em evidente fragilidade de suportar o ônus, impondo sobre a parte que se encontra em apropriadas condições de produzir a prova.

Na primeira parte do trabalho foi realizada uma pesquisa sobre a origem da teoria e dos princípios que envolvem a teoria dinâmica do ônus da prova. Os preceitos, as normas, valores constitucionais são relevantes no sistema jurídico, pois vinculam a teoria dinâmica do ônus da prova.

Os princípios do processo civil e os princípios constitucionais têm por desígnio garantir uma justiça justa e equânime, principalmente quando ocorrer no processo a regra de distribuição dinâmica do encargo probatório deverá ser harmoniosa.

O princípio da isonomia assegura no processo o direito a igualdade através da teoria dinâmica. A teoria distancia as injustiças geradas pela aplicação generalizada de uma regra estática não flexível, que não viabiliza a situação das partes.

¹ Artigo Científico do curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN.

² Acadêmico (a) do curso de Direito do IPTAN.

Na segunda parte, é primordial conceituar provas e sua importância na jurisdição brasileira. A produção de prova é de importante relevância para o processo, pois é a partir das provas que o litigante convence o juiz de determinada alegação.

No processo para o convencimento do juiz será necessário a coleta de provas. O Juiz deverá garantir uma decisão justa do juiz ao analisar as provas e decidir o litígio no caso concreto.

Nessa parte também será conceituado o ônus da prova, e a questiona-se: quem será o dever de produzir provas?

Finalmente na terceira parte será conceituada a teoria dinâmica do ônus da prova, o que seria a prova impossível, também conhecida como prova diabólica, e qual o adequado momento para aplicação da teoria.

A Carga Dinâmica da prova está previsto em seu artigo 373, §1º, onde menciona que o juiz poderá designar qual das partes incumbe o ônus da prova.

O encargo probatório caberá a determinada parte, que na maioria das vezes não tem condições de produzir o ônus que foi aplicado. O que poderá causar uma decisão injusta. No caso em concreto será dada a parte o direito de desincubir o ônus que foi dado.

A prova impossível, conhecida como prova diabólica, é defeso no sistema jurídico, sob pena de causar danos ao caso em análise.

1. A origem da teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova

A teoria dinâmica do ônus da prova teve origem na Argentina como a “teoria das cargas probatórias dinâmicas”. O autor Peryano (1992) deu origem à teoria que está sendo utilizada em outros países estrangeiros pode citar como exemplo Uruguai e Espanha que estão adotando e atualmente sendo aceita na jurisdição brasileira. Domínguez (2009), afirma que:

O CPC consagrou legislativamente e com aperfeiçoamentos, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (na Argentina, onde foi bem desenvolvida, chamada de teoria das cargas probatórias dinâmicas.

No Brasil, a teoria foi bastante desenvolvida e discutida a ponto de haver precedentes judiciais que a aplicavam, independentemente da existência de texto normativo que a embasasse expressamente.

Peyrano (1992), assim define a Teoria dinâmica do ônus da prova:

“Para identificar a categoria de “ônus probatório dinâmico”, temos apresentado – entre outros – como fazendo parte da mesma aquela segundo a qual cabe o ônus probatório para quem - pelas circunstâncias do caso e independentemente de agirem como autor ou réu - está em melhor posição para produzir a respectiva prova”.

O surgimento da teoria dinâmica do ônus da prova é discordante e Bentham (1971) (*apud* COUTO, 2011), que conceitua a teoria da seguinte forma:

Em um sistema de justiça franco e simples, a obrigação da prova deve ser imposta, caso a caso, à parte que puder satisfazê-la com menos inconvenientes, vale dizer, menores despesas, menos perda de tempo e menor incômodo. Para o referido autor o princípio segundo o qual quem propõe a demanda deve provar a verdade é um princípio tão falso quanto absoluto. Na essência, ao tentar estabelecer um critério para a distribuição do ônus da prova, Bentham trouxe para o direito sua filosofia utilitarista.

Para Bentham (1971) (*apud* COUTO, 2011), a teoria de distribuição dinâmica do ônus da prova é considerada como regra geral. Peyrano (1992) analisa outro aspecto dizendo que a teoria ocorre quando a prática se tornar ineficaz ao caso concreto e da desigualdade na possibilidade da produção da prova entre as partes.

No mesmo sentido, Didier Júnior (2015) afirma que a “teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova tem como finalidade garantir o equilíbrio entre as partes, ou seja, devendo o ônus ser aplicado à parte menos vulnerável”.

O magistrado avalia as provas produzidas pelo litigante para decidir sobre o caso concreto. A produção de prova é um meio importante, e é utilizada para o convencimento do juiz na busca pela veracidade de um fato.

1.1 Princípios norteadores da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova

A teoria da distribuição do ônus da prova é regida por princípios, sendo importante mencionar os principais:

a) o princípio do acesso à justiça: No processo será garantido as partes condições de provar suas alegações, mitigando no convencimento do juiz de forma equânime.

b) princípio da efetividade: As partes do processo deverão estar cientes da decisão do magistrado que decidirá quem tem o dever de produzir provas. Esse princípio tem por objetivo evitar que as partes sejam inconvenientes ou surpreendidas.

c) princípio da igualdade: O princípio possui fundamentação legal no art. 5º da Constituição Federal, garantindo aos litigantes uma disputa judicial equilibrada. Inclusive o juiz deverá ser totalmente imparcial, afastando assim favorecimento de alguma das partes.

d) princípio do contraditório: O princípio está disciplinado no art. 5º, LV da Constituição Federal, no processo visa assegurar o direito ao contraditório e a ampla defesa.

e) princípio da adaptabilidade ou elasticidade: O magistrado aplica no processo o princípio da adequação, fixando quais as regras serão adequadas.

Para Marinoni (2010), a teoria da repartição dinâmica do ônus da prova “tende à realização da justiça, vez que considera as particularidades do caso concreto e o necessário aspecto da igualdade as partes”. O autor afirma que:

A igualdade não pode limitar-se, no âmbito do exercício da função jurisdicional, ao tratamento isonômico das partes, com garantia de participação em igualdade de armas, ou à igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de acesso a determinados procedimentos e técnicas processuais; é necessário pensar também no princípio isonômico visto sob o viés da igualdade perante as decisões judiciais.

A distribuição do ônus da prova é um mecanismo apto a garantir os princípios constitucionais em concreto da seguinte forma:

a) O magistrado deve garantir a igualdade, determinando o ônus à parte que tem condições de cumprir. As provas influenciam na convicção do juiz.

b) As partes serão previamente cientificadas a respeito dos fatos que deverão ser legados na fase da instrução, e em que momento as mesmas terão oportunidade de desincumbir do ônus dado.

c) O dever de produzir provas será facultado à parte que se encontra em melhores condições de suportar o encargo.

Para Didier Júnior (2015), a teoria dinâmica do ônus da prova tem aplicação e fundamentação nos princípios basilares da Constituição Federal e Código de Processo Civil, senão vejamos:

Princípios da teoria da distribuição do ônus da prova:

a) princípio da igualdade (art. 5º, caput, CF, e art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;

b) princípio da lealdade, boa-fé e veracidade (art. 14, 16, 17, 18 e 125, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a parte atue ou se omita, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, não se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;

c) princípio da solidariedade com órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 343, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos;

d) princípio do devido processo legal (art. 5º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;

e) princípio do acesso à justiça ou princípio da inafastabilidade do juízo (art. 5º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva.

f) princípio do contraditório (art. 5º, LV) são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com recursos a ela inerentes.

g) princípio da publicidade dos atos: (LX, e 93, IX, CF) É um princípio que está previsto na Constituição Federal está ligado ao direito fundamental. Sua função principal é proteger as partes contra juízos árabitos e secretos.

h) princípio da duração razoável do processo: (art. 5º, LXXVIII): As partes tem o direito de ser ouvida com as devidas garantias.

Didier Júnior (2015) acrescenta ainda que o novo CPC, a teoria da distribuição do ônus da prova permite ao juiz conferir o ônus a parte que se tem as melhores condições de exercê-las. A teoria está sendo empregada em determinadas situações em que os litigantes se encontrem diante da não possibilidade ou excessivo óbice de se desincumbir do seu encargo probatório. O juiz na sentença vai basear em provas concretas dos fatos controvertidos, diminuindo a incidência das regras de julgamento.

A interpretação dos princípios que norteiam o processo civil tem por finalidade salvaguardar aqueles que se depara em situação mais vulnerável, ou seja, a parte contrária mais debilitada. Para um justo processo, será adequado utilizar dos princípios para a devida obtenção de uma decisão equânime.

Didier Júnior (2015) faz referência excepcional aos princípios norteadores do processo civil, que tem como principal desígnio a necessária uniformidade e coerência. A ausência de princípios ocasiona no risco da perda de unidade de conhecimento, ou seja, poderá constituir sérias consequências como a instabilidade no sistema jurídico.

2- Definição sobre o instituto da prova

Os doutrinadores conceituam provas de diferentes maneiras: alguns definem que provas são os meios ou elementos indispensáveis para o convencimento do juiz a respeito de determinados fatos, por outro lado, outros doutrinadores conceituam provas como arcabouço de atividades que tem por finalidade a verificação e demonstração, devendo buscar a verdade relativa às alegações para o julgamento. Um exemplo de diversidade é dado por Neves (2016), que ensina que a definição de prova possui diversas acepções no campo processual, ou seja, no âmbito judicial:

- (a) pode significar a produção de atos tendentes ao convencimento do juiz, confundindo-se nesse caso com o próprio procedimento probatório (por exemplo, o autor tem o ônus de provar, ou seja, de praticar os atos atinentes à formação do convencimento do juiz);
- (b) pode significar o próprio meio pelo qual a prova será produzida (prova documental, prova testemunhal etc.);
- (c) pode significar a coisa ou pessoa da qual se extrai informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação, ou seja, a fonte de prova (documento, testemunha);
- (d) pode significar o resultado de convencimento do juiz (por exemplo, “esse fato está devidamente provado nos autos”).

Portanto, a prova tem por objetivo convencer o juiz na busca pela verdade a um determinado fato alegado. O juiz dará o valor que considerar merecido, cabendo fundamentar sua decisão de acordo com o princípio livre convencimento motivado, também conhecido como princípio da persuasão racional. É importante frisar que no mundo jurídico vigora o Sistema de valoração das provas, e por essa razão deve ser aplicado o princípio da persuasão racional.

Cambi (2001) ensina que a prova possui conceito plurissignificante, podendo ser referido inúmeros sentidos, aludindo-se ao fato representado, o ato probatório, ao meio ou fonte de prova, todo o procedimento pelos quais os sujeitos do processo detêm o meio de produzir provas ou, ainda, ao resultado desse mesmo procedimento, isto é, à representação que dele deriva, ou seja, a convicção do juiz.

2.1 Classificação das provas

Didier Junior (2015) classifica prova em diretas e indiretas, senão vejamos:

A prova direta tem por finalidade a busca da verdade, ou seja, comprovar ou demonstrar que determinado fato alegado tem veracidade e a prova indireta ou indícios tem por objetivo demonstrar

as alegações de fatos secundários, o juiz presume certas alegações como verdadeiro o fato principal.

Quanto ao sujeito serão pessoais e reais, e o autor acima referido ensina que:

A prova pessoal ocorre quando uma pessoa é testemunha, ou seja, ocorre diante da declaração feita por uma pessoa. A prova real é aquela prova obtida através de objetos e coisas. Um grande exemplo de prova real são os documentos. (DIDIER JUNIOR, 2015)

Quanto ao objeto se classificam em documentais, testemunhais e materiais, e quanto à preparação podem ser causais ou pré-constituídas.

As provas testemunhais ocorrem quando uma determinada pessoa confessa ou quando faz seu depoimento. A prova testemunhal é todo tipo de prova produzida de forma oral; As provas documentais são todas aquelas provas escritas ou que são gravadas, exemplos contrato ou fotografia. Prova material é um tipo de prova que não é considerada nem testemunhal e nem documental, mas que comprova um determinado fato. Exemplo: perícia e a inspeção judicial.

A prova causal é meio de prova que é produzida no próprio processo como ocorre com o depoimento pessoal e perícia. Já a prova pré-constituída é aquela formada fora do processo ocorre na prova documental. (DIDIER JUNIOR, 2015)

A prova tem como propósito a busca da verdade real e o convencimento do juiz em relação ao fato alegado. Existem outros meios de se obter as provas, podendo ser pessoal quando a pessoa é testemunha em determinado caso, ou poderá ser real quando a prova é obtida através de objetos e documentos.

As provas podem ser classificadas em testemunhais quando houver o depoimento de pessoas relacionadas a algum caso concreto a ser analisado pelo judiciário, já as provas documentais são vídeos, fotografia, ou seja, qualquer documentação que possa comprovar o fato alegado na inicial. Ainda, as provas materiais são obtidas através dos peritos, um exemplo é a realização de exame de corpo de delito.

Por fim, a prova também será classificada em causal quando o juiz, durante o processo, determina que seja realizada a produção de provas, podendo apresentar provas pré-constituída que foram constituídas fora do processo.

2.2 Os princípios e o direito a prova

A Constituição Federal assegura o direito de produção de provas com base nos princípios do devido processo legal e contraditório. O princípio do devido processo legal é regido pelo art. 5º da Constituição, LIV, em que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O princípio do contraditório está consolidado na Constituição Federal no art. 5º, LV, nos seguintes termos: “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”. Didier Júnior (2015) faz referência sobre a importância de tal princípio:

Representa o princípio processual fundamental do contraditório, basicamente, o direito que detém o jurisdicionado de participar efetivamente do processo, tendo suas alegações devidamente apreciadas, tendo ciência dos atos processuais, podendo sempre exercer seu poder de influência perante o órgão jurisdicional.

Didier Júnior (2015) diz que compõem de duas dimensões: a formal, que se traduz justamente no direito de audiência, de comunicação, de ciência; e a material, que se trata do direito ao poder de influência na construção do convencimento do juiz. A garantia formal do princípio do contraditório:

A garantia da participação é a dimensão *formal* do princípio do contraditório. Trata-se da garantia *de ser ouvido*, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo. [...] Há, porém, ainda, a dimensão *substancial* do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita a ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.

Didier Júnior (2015) preceitua que a dimensão formal está atrelada a distribuição do ônus da prova, pois é substancial que as partes sejam informadas de quem deverá produzir provas com a fim de evitar surpresas na hora da decisão jurisdicional. Já a dimensão substancial diz que é imprescindível a inversão em casos estipulados em lei com o intuito de evitar a prova impossível. Com a inversão do ônus a parte poderá influenciar na formação do livre convencimento.

2.3 Ônus da prova

É de grande importância conceituar sobre ônus da prova e inversão do ônus da prova. As regras do ônus da prova devem ser analisadas das seguintes formas: subjetiva e objetiva, e de acordo com Didier Júnior (2015), a prova possui dois sentidos: ônus subjetivo e ônus objetivo:

Ônus subjetivo são regras de distribuição do ônus da prova que são dirigidas as partes, na medida em que são orientadas a respeito de que precisam provar e ônus objetivo são regras de julgamento regidas pelo Órgão jurisdicional, com o objetivo de analisar a insuficiência das provas produzidas.

Neves (2016) tem o mesmo entendimento que Didier Júnior (2015), no sentido em que as doutrinas concebem que há uma bipartição do ônus da prova sendo subjetivo e objetivo.

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.

O ônus da prova pode ser atribuído pelo legislador, pelo magistrado ou por convenção entre as partes. De acordo com a legislação compete, em regra, a cada uma das partes o ônus probatório das alegações de fato que afirmar ou fizer. Neves (2016) define a divisão da seguinte forma: a) convencional, b) legal e c) judicial, e assim dispõe:

a) A *inversão* convencional decorre de um acordo de vontades entre as partes, que poderá ocorrer antes ou durante o processo, nos termos do § 4º do art. 373 do Novo CPC. Essa forma de inversão tem duas limitações previstas pelo § 3º do artigo suprarreferido, que prevê a nulidade dessa espécie de inversão quando: (i) recair sobre direito indisponível da parte; (ii) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. b) Essa segunda limitação legal é aplicável nas hipóteses de inversão do ônus probatório diante da alegação de fato negativo indeterminado, cuja prova é chamada pela doutrina de “prova diabólica”. c) A partir da previsão do § 1º do art. 373 do Novo CPC, a inversão judicial, que ocorre por meio de prolação de uma decisão judicial que será fruto da análise do preenchimento dos requisitos legais passou a ser regra geral do Direito, de forma que em toda

relação jurídica de direito material levada a juízo será possível essa inversão em aplicação da teoria, agora consagrada legislativamente, da distribuição dinâmica do ônus da prova.

O ônus da prova é definido como o dever de produzir prova que incube a parte alegar em relação ao fato. Sabendo que é de interesse da parte não se sujeitar a qualquer penalidade legal na hipótese de descumprimento. Neves (2016) conceitua ônus da prova como:

O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito porque nem sempre a parte que tinha o ônus de prova e não produzir a prova será colocado num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou ainda de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova.

O autor acima atribui à imperfeição do ônus da prova em casos em que uma das partes não consegue de fato comprovar o alegado, seja pela falta de provas, ou nos casos em que as provas se encontram com a parte contrária, levando a parte a uma desvantagem processual, sendo, portanto, prejudicada no processo.

3. Teoria da Distribuição do Ônus da Prova

O conceito de distribuição do ônus da prova é acentuado por Chehab (2015):

Dessa definição, identificam-se os elementos caracterizadores da teoria dinâmica: a) distribuição do encargo probatório, na qual o encargo da prova é imputado a uma das partes; b) circunstâncias do caso concreto, que revela que sua incidência é excepcional considerando a dificuldade concreta na produção de uma prova; c) por quem tem maiores condições em produzir a prova, segundo a qual o encargo é imposto a quem se mostra mais apto a realizar a prova do fato controvertido.

O ônus da prova poderá ser designado pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes. A prova é o meio necessário para a convicção do juiz em relação à veracidade de determinado fato alegado na inicial. A teoria dinâmica não tem por

objetivo submeter à pessoa a produzir provas contra si mesmo. Chehab (2015), menciona qual o objetivo da dinamização, e assim leciona:

Não se procura, com a teoria dinâmica, obrigar uma parte a fazer prova contra si. Apenas ela é chamada a colaborar na produção da prova na qual se mostra mais apta ou que tem melhores condições de realizá-la. Sua inércia em contribuir com a instrução processual não é ilícita, mas atrai as conseqüências de o ônus da prova sobre si recair.

A tradicional regra do ônus da prova entre autor e réu está garantida nos incisos do art. 373, que conserva a regra do antigo art. 333 do código processual civil de 1973.

Art. 373. 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.

A inversão convencional ocorre por convenção entre as partes, na qual as mesmas modificam a distribuição do ônus da prova o art. 333, parágrafo único, (antigo CPC do ano de 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.
(CPC 1973, revogado)

Na repartição do ônus da prova devem ser analisados três fatores:

a) posição da parte na causa (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo deste mesmo direito (art. 373, CPC). (DIDIER JÚNIOR, 2015)

Os fatos deduzidos podem ser organizados quanto a sua natureza e ao efeito jurídico que pode se produzir, em constitutivos, extintivos, impeditivo ou modificativo. Didier Júnior (2015) menciona que:

a) o fato constitutivo é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese

normativo, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. Como é o autor que pretende o reconhecimento deste seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento. Por exemplo: um contrato e locação e seu inadimplemento são fatos constitutivos do direito de restituição da coisa locada; um testamento e o falecimento do testador geram direito à sucessão; um ato ilícito e culposo, causador de dano, faz nascer direito de indenização etc.

a) O fato extintivo é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito - tal como o pagamento, a compensação e a decadência legal.

b) O fato impeditivo é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça - tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual.

c) O fato modificativo, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo - tal como a moratória concedida ao devedor.

Bueno (2015) esclarece que a decisão judicial deverá ser prévia assim que estipule e ocasione condições para que a parte demonstre e se desincumba do ônus respectivo, com as condições do § 2º do art. 373 do atual CPC:

Art. 373, §1º: Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

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

Para Gonçalves (2015), a distribuição do ônus da prova incumbe ao autor e ao réu:

[...] de uma maneira genérica, seria possível dizer que o ônus da prova incumbe a quem alega. Ao autor incumbe fazer prova das alegações de seu interesse (fatos constitutivos do seu direito); ao réu, daquilo que ele apresentou em sua resposta (fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor).

A legislação processual em seu art. 373, *caput*, do novo CPC, permite que durante a atribuição fixa, *a priori* e abstratamente, a quem cumpre provar determinada alegação. De acordo com a teoria da distribuição do ônus da prova, a prova poderá ser atribuída de maneira dinâmica, pelo juiz da causa a partir do caso concreto, com o

objetivo de atender à paridade de armas entre as partes em litígio e às singularidades do direito material afirmado em juízo, tal como ocorre na previsão do art. 373, § 1º, do novo CPC.

O art. 373, §1º, do novo CPC, sistematiza que a inversão do ônus da prova consiste em uma exceção à regra geral, devendo ser explorados os requisitos legais para aplicação. A inversão acontece quando a parte que não tinha o ônus probatório, e passará a sofrer os efeitos da sua não produção. A inversão do ônus da prova só é permitida nos casos expressamente previstos em lei.

A aplicação da teoria dinâmica, segundo Didier Júnior (2015), produzirá determinados efeitos positivos:

- 1) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, mas, sim, casuisticamente;
- 2) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, mas, sim, dinâmica;
- 3) pouco importa, na sua subdivisão, a posição assumida pela parte na causa (se autor ou réu);
- 4) não é relevante a natureza do fato probando – se constitutivo, impeditivo ou extintivo do direito – mas, sim, quem tem mais possibilidades de prová-lo.

Assim, a parte deverá demonstrar que se encaixa nos requisitos legais para poder demonstrar ao magistrado a necessidade da inversão do ônus probatório, para que não fique em desvantagem no processo e consiga uma justa condenação.

3.1 Prova impossível ou prova diabólica

Segundo Gonçalves (2015), a vedação da prova diabólica se refere ao § 2º, do art. 373 do novo código processual civil:

fora essas duas hipóteses, a convenção sobre o ônus é permitida. Não o sendo quando o direito for indisponível, porque este não é sujeito a transação, nem a confissão, e a inversão do ônus da prova permitiria uma burla indireta a essas proibições. Também não se admite a convenção quando ela tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. O interessado pode renunciar ou sobre ele transigir. Mas não pode assumir o encargo de fazer uma prova muito difícil.

Silva (2015, p. 114) dá um ótimo exemplo prático sobre a prova diabólica, que;

[...] é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (pressuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo. Outro exemplo de prova diabólica são os “factos que ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito”.

A prova diabólica não é fácil de ser produzida para determinada parte. Contudo, se as partes não tenham convencionado a distribuição do ônus da prova de modo diverso ao estabelecido pelo legislador, poderá o juiz distribuir na fase do saneamento ou instrutória.

Para Fredie Didier (2015), a prova diabólica poderá ser considerada como unilateralmente diabólica ou bilateralmente diabólica. A primeira ocorre quando é impossível ou extremamente trabalhoso de ser produzida por uma das partes, a segunda ocorre quando são impossíveis para ambas as partes.

Quando se tratar prova diabólica bilateral, o juiz nesse caso não deverá manter o ônus da prova e nem inverter na fase do saneamento para atribuir a outra parte. Caso o juiz chegar ao final sem convicção dos fatos, uma das partes deverá suportar as consequências da dúvida por ausência de provas. No processo é vedado o *non liquet*, que significa ausência de clareza para julgar o caso.

Diante da inesclarecibilidade o juiz pode chegar ao final e julgar de forma que a decisão seja desfavorável às partes.

Assim, se o fato insusceptível de prova for constitutivo do direito do autor: a) se o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra geral (373, CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência; b) mas se foi o réu que assumiu o dito risco, o juiz deve, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015)

Portanto, deverá o magistrado aplicar de forma coerente e de acordo com os requisitos estabelecidos em lei para deferir ou indeferir uma prova que consta na inicial, sob pena de inversão do ônus da prova.

3.2 Momento para aplicação da Teoria da Distribuição do ônus da prova

Nesses casos, não cabe ao juiz manter o ônus da prova com aquele que alegou o fato, muito menos invertê-lo, na fase de saneamento (ou probatória), para atribuí-lo ao seu adversário (art. 373, §2º, NCPC).

Bueno (2015) salienta que a distribuição convencional do ônus da prova do atual código pode ocorrer por convenção entre as partes em seu art. 373, onde faz referência em seu § 3º 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.

Ainda para Bueno (2015), o atual código em seu § 4º admite o efeito da convenção antes ou durante o processo, assim dispõe o § 4º, do art. 373, em que, “a convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

A Constituição Federal de 1988 está interligada com a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova com o fim de resolver conflitos litigiosos caracterizados pela desigualdade fática, técnica e econômica para a produção da prova, nos quais uma parte apresenta melhores condições de produzir a prova do que a parte oposta.

No processo o princípio da isonomia ou igualdade tem por finalidade garantir a isonomia de oportunidades e igualdade de armas, dispondo dos mesmos instrumentos para que os litigantes possam arguir sua pretensão e impugnar os argumentos da parte contrária.

Os responsáveis pela concretização desta garantia são o legislador e o magistrado que possuem a incumbência de criar mecanismos para reduzir as desigualdades, tratando os iguais com igualdade e tratar desigualmente os desiguais na medida da sua desigualdade e na proporção de seus méritos.

De acordo com Marinoni; Arenhart; Mitidiero (2015):

O órgão jurisdicional, atento à circunstância de o direito fundamental ao processo justo implicar direito fundamental à prova, dinamizar o ônus da prova, atribuindo-o a quem se encontre em melhores condições de provar. O órgão judicial cumprirá com o seu dever de auxílio inerente a colaboração com o intuito de superar a prova diabólica ou prova impossível no ordenamento jurídico, possibilitando um efetivo acesso a justiça.

A ideia de colaboração diz respeito ao juiz promover o ônus da prova com o objetivo de outorgar tutela jurisdicional adequada e efetiva, garantindo um processo justo as partes. O magistrado dinamiza o ônus da prova na presença de suas condicionantes que são materiais e processuais.

Neves (2016) define que cabe ao juiz resolver de acordo com o art. 357 do Novo CPC, se houver necessidade:

a) as questões processuais pendentes; b) Delimitar atividade probatória; c) especificar os meios de prova admitidos; d) definir a distribuição do ônus da prova (art. 373 do Novo CPC); e) delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; f) Se necessário poderá designar audiência de instrução e julgamento.

A aplicação da teoria será na fase do saneamento, o juiz vai delimitar as hipóteses:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373.

§ 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.

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Segundo Neves (2016), o juiz determina no processo quais fatos controvertidos realmente interessam ser provados para sua convicção. É a forma que o judiciário encontrou para afastar o trabalho inútil das partes em provar fatos que são controversos e outros que não interessam para formação do convencimento.

O contexto em questão tem por desígnio a celeridade processual, portanto, as partes devem enfatizar na fase probatória e até mesmo o juiz, para economizar o tempo que seria perdido na produção de provas inúteis. O juiz designará quais os meios de prova para que tais argumentos possam ser provados. Após, ao fixar quais serão os meios de provas a ser produzidos no processo, o juiz vai deferir ou indeferir os meios de provas requisitados pelas partes e indicando outros meios de provas de ofício, ou seja, que não foram pedidos na inicial.

Neves (2016) determina qual o momento da aplicação da distribuição do ônus da prova:

O art. 373, § 2º, do Novo CPC exige o respeito ao contraditório na distribuição do ônus probatório, para que a parte não seja surpreendida ao final da instrução com a informação de que o ônus da prova era dela. O momento mais racional para essa distribuição é o saneamento e organização do processo, ou seja, antes do início da fase instrutória.

A aplicação das regras do ônus da prova sob a base objetiva será feita apenas depois do encerramento da fase instrutória, no momento do julgamento. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), já pacificou o entendimento de que o momento:

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em DE OFÍCIO, CASSAR A SENTENÇA FACE AO CERCEAMENTO DE DEFESA, DECLARANDO A NULIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS PRATICADOS A PARTIR DA FASE SANEADORA, COM CONSEQUENTE RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM, RESTANDO PREJUDICADO O RECURSO DE APELAÇÃO, tudo nos termos da fundamentação do voto do Relator. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX- VEREADOR MUNICIPAL. RECEBIMENTO DE DIÁRIAS. NÃO PRESTAÇÃO DE CONTAS PELA UTILIZAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA PARA SUPOSTAS VIAGENS REALIZADAS POR INTERESSE PÚBLICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUE OCORRE COM O PROFERIMENTO DA SENTENÇA, ADOTANDO A TEORIA DINÂMICA DA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO PROCESSUAL DA INVERSÃO QUE DEVE OCORRER NA FASE SANEADORA, EVITANDO SURPRESAS À PARTE. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA RECONHECIDA DE OFÍCIO PELO TRIBUNAL. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM. APELAÇÃO CÍVEL PREJUDICADA. Restou pacificado junto ao STJ que diante da discussão acerca do momento adequado para a inversão do ônus da prova, se estabeleceu o entendimento de que deve ser na fase de saneamento do processo, permitindo, "à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas" (REsp 802.832/MG, 2ª Seção. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado Apelação Cível nº 1.470.292-8 2 em 13.04.2011). (TJPR - 5ª C. Cível - AC - 1470292-8 - Guaíra - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - J. 03.05.2016)
(TJ-PR - APL: 14702928 PR 1470292-8 (Acórdão), Relator: Rogério Ribas, Data de Julgamento: 03/05/2016, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1812 03/06/2016)

A aplicação da inversão judicial ocorre por meio da prolação de uma decisão, e, assim, Neves (2016) menciona que:

A partir da previsão do § 1º do art. 373 do Novo CPC, a inversão judicial, que ocorre por meio de prolação de uma decisão judicial que será fruto da análise do preenchimento dos requisitos legais passou a ser regra geral do Direito, de forma que em toda relação jurídica de direito material levada a juízo será possível essa inversão em aplicação da teoria, agora consagrada legislativamente, da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Prevalece, dessa forma, o entendimento no novo Código de Processo Civil, em seu art. 373, § 1.º, em que obriga o juiz, sempre que houver inversão do ônus da prova, deverá o mesmo dar oportunidade para que à parte possa se desincumbir do ônus que lhe tenha sido atribuído.

O direito de produzir prova deverá ser amplo, de modo que, não parece razoável que essa inversão ocorra somente nas circunstâncias da prolação de sentença, respeitando assim o princípio do contraditório, e também, sob pena de ofensa ao princípio da economia processual.

O momento para aplicação do ônus da prova é no saneamento do processo, sendo de suma importância a análise do caso concreto. Vale salientar a respeito do prazo o que Neves (2016) diz:

O requerido, entretanto, poderá, no prazo de cinco dias, apresentarem defesa, firmando que não possui o documento ou a coisa, prevendo o parágrafo único do at. 398 do Novo CPC, que se o requerido afirmar que não possui o documento ou a coisa, o juiz permitirá que o requerente prove, por qualquer meio, que a declaração não corresponde à verdade. Esse dispositivo sugere que o ônus da prova é do requerente, aparentemente partindo da premissa de que o requerido alega um fato negativo em sua defesa e por isso teria maior dificuldade de prová-lo. Ainda assim, poderá o juiz no caso concreto, em aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, consagrada no art. 373, § 1º, do Novo CPC, determinar de quem é o ônus probatório, adotando como critério a maior facilidade na produção da prova.

Registre-se ainda que a parte ainda pode alegar que não tem obrigação. O ônus de provar é da parte faz alegação, mas também é possível a inversão do ônus da prova nos termos do art.373§ 1º, do novo CPC.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Prova é o meio usado para convicção do juiz a respeito da busca pela verdade de um fato a ser julgado. As provas são consideradas importantes elementos para a formação de convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos relevantes para o processo. O Juiz deverá julgar procedente, ou improcedente, de acordo com as provas produzidas na fase de saneamento.

Os princípios basilares do acesso à justiça, da igualdade e outros princípios procedimentais fundamentais, devem ser assegurados ao processo. Os princípios são de relevância ao processo, pois visa efetivar o devido processo legal e a igualdade.

A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova tem origem argentina pelo autor Peryano (1992). Existe controvérsia, a doutrina reconhece Bentham (1971).

O ônus da prova poderá ser determinado da seguinte forma: convencional será de acordo com a vontade das partes; legal será estipulado para evitar a prova diabólica e judicial é a regra da distribuição do ônus da prova e será determinado pelo magistrado ao escolher a parte que tem condições de produzir provas.

No novo Código de Processo Civil, a teoria da distribuição do ônus da prova será aplicada de acordo com análise do juiz no caso concreto que determinará qual parte deverá produzir as provas. A parte que produzir as provas será daquela que tem condições de suportá-las e serão garantidas as partes o direito ao contraditório e a oportunidade de se desincumbir do encargo.

A teoria da Distribuição do ônus da prova está especificado no artigo 373 do CPC, que estabelece ao autor o ônus da prova do fato constitutivo, e ao réu fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor, distribuindo de forma prévia e abstratamente.

A magistratura ao aplicar a teoria decide se o ônus de provar caberá a parte autora ou ao réu de acordo com caso concreto em análise. Os princípios da isonomia e do acesso a justiça tem o fim de garantir uma maior efetividade processual e garantindo os direitos fundamentais.

A prova diabólica ocorre quando determinada parte que detêm o dever de produzir provas, mas, não a produz por ser impossível. Quando se tratar prova diabólica bilateral, o juiz nesse caso não deverá manter o ônus da prova e nem inverter na fase do saneamento para atribuir a outra parte.

Quando for de extrema dificuldade da parte em desincumbir do ônus que lhe seria imposto, ou na facilidade da parte contrária em provar, deverá o magistrado aplicar a teoria da distribuição do ônus da prova optando para que a outra parte produza as provas, para evitar que provas diabólicas. No processo será substancial à produção de provas e deverá ser evitada a falta de clareza, ou seja, o *non liquet*.

O juiz não pode finalizar o processo sem sua convicção dos fatos, se suspeitar que uma das partes se negou ou impediu a produção das provas, as partes deverão arcar com as consequências de dúvida por ausência de provas, onde estarão sujeitas a um julgamento não favorável.

O momento adequado para aplicação da teoria é definido por vários autores que é na fase do saneamento. Atualmente o STJ entende de forma majoritária que o momento da produção de provas é realmente na fase do saneamento.

REFERÊNCIAS:

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales. E. Dumont (org.). Manuel Ossorio Florit (trad .).** Buenos Aires: Valletta Ediciones jurídicas Europa-América, 1971.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 09 abr. 2016.

BRASIL. Código de processo civil. **LEI Nº 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em 09 abr. 2016

BRASIL. Código de Processo civil. Lei 13.105/2015 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 09 abr. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado.** São Paulo: Saraiva 2015.

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova.** São Paulo: RT, 2001.

CHERAB, Gustavo Carvalho. A teoria dinâmica da distribuição do ônus da prova e a sua aplicação no Novo CPC Brasileiro. **Revista Jurídica do TRT.** Edição 10º. Brasília.2015.

COUTO, Camilo José D'Ávila. **Dinamização do ônus da prova: teoria e prática.** São Paulo: Universidade Estadual de São Paulo. 2011.

DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. **Estudios de Derecho Probatorio**. Lima: **Libreria Communitas**. São Paulo. 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. vol. 1

JÚNIOR FREDIE, D.; BRAGA, Paula Sarna B.; OLIVEIRA, Rafael A.; **Curso de direito processual**. 10. ed. Salvador, Juspodium, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade. A força dos precedentes**. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) Salvador: Editora jus Podivm, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

PEYRANO, Jorge W. Aspectos procesales de la responsabilidad profesional. In: MORELLO, Augusto M. (coord) e outros. **Las Responsabilidades Profesionales**. *Libro al Dr. Luis O. Andorno*. La Plata: LEP, 1992.

SILVA, Paula Costa; REIS, Nuno Trigo. **A prova difícil: da probatio levior à inversão do ônus da prova**. Revista de Processo. São Paulo. 2014.