COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 3

PROCESSO CIVIL

2ª Edição

COORDENAÇÃO DO TOMO 3

Cassio Scarpinella Bueno

Olavo de Oliveira Neto

Editora PUCSP

São Paulo

2021

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1
<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz
Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE PROCESSO CIVIL | ISBN 978-65-990464-8-3

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo III (recurso eletrônico)
: processo civil / coords. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto – 2. ed. – São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1.Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

ÔNUS DA PROVA

João Batista Lopes

INTRODUÇÃO

O presente verbete tem por escopo apresentar uma breve noção do instituto do ônus da prova no processo civil brasileiro, em especial sob o espeque do Código de Processo Civil de 2015.

SUMÁRIO

Introdução 2
1. Conceito de ônus 2
2. Ônus da alegação e ônus da prova 3
3. Algumas teorias sobre o ônus da prova 3
4. Nossa posição 5
5. O ônus da prova e os poderes instrutórios do juiz 6
6. Ônus da prova no código do consumidor 7
7. Inversão convencional do ônus da prova 9
8. Teoria das cargas dinâmicas da prova 10
9. Ônus da prova e recurso especial 16
Referências 17

1. CONCEITO DE ÔNUS

O conceito de *ônus* foi desenvolvido por GOLDSCHMIDT para quem "aos litigantes, como tais, não se impõe nenhuma obrigação de natureza processual".[1] Assim,

[1] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*, pp. 8 e 203. Para ele, afora algumas raras exceções, "só existem no processo cargas, isto é, situações de necessidade de realizar determinado ato para evitar que

não se pode cogitar de um dever de alegar e de provar, mas apenas do *ônus* de fazê-lo. Em se cuidando de ônus, a parte escolhe entre praticar um ato e ficar em melhor posição no processo, ou abster-se, e sofrer alguma consequência. Há, portanto, liberdade de escolha ou um "imperativo do próprio interesse". Por exemplo, se a parte não provar os fatos alegados, poderá ser prejudicada, mas não se exclui a hipótese de o fato ser provado pelo adversário ou por terceiro.

2. ÔNUS DA ALEGAÇÃO E ÔNUS DA PROVA

Por força do princípio da inércia processual, o juiz não pode, por iniciativa própria, tomar conhecimento do litígio para solucioná-lo. Cabe ao autor e ao réu a alegação de fatos de que decorram as consequências jurídicas colimadas. Assim, o ônus da prova é precedido do ônus da alegação.[2]

Em princípio, essa cronologia processual deve ser observada pelo juiz, de modo que só se cogitará do ônus da prova se a parte se desincumbir do ônus da alegação. O magistrado poderá, porém, levar em consideração circunstâncias não explicitamente mencionadas pelas partes, mas que podem contribuir para a formação de seu convencimento.

3. ALGUMAS TEORIAS SOBRE O ÔNUS DA PROVA

Tão repetida quanto equivocada é a afirmação de que *o ônus da prova incumbe a quem alega* ou de que *o ônus da prova incumbe ao autor*. Mesmo em Roma, ao lado da regra *o ônus da prova incumbe ao autor* (*onus probandi incumbit actori*) vigorava também a máxima *o réu, na defesa, torna-se autor* (*reus in excipiendo fit actor*").[3] Por

sobrevenha um prejuízo processual. Com outras palavras, trata-se de imperativos do próprio interesse. As cargas processuais se acham em estreita relação com as possibilidades processuais, uma vez que toda possibilidade impõe às partes a carga de ser diligente para evitar sua perda."

[2] Na lição de Emilio Betti "a repartição do ônus da prova corre perfeitamente paralela à repartição do ônus da afirmação (ou contestação) e da demanda e se inspira como ela num critério de igualdade que é compatível com a diferente posição processual das duas partes. Como ao ônus da demanda – ônus da ação e da exceção – se coordena o ônus da afirmação, assim ao ônus da afirmação se coordena o ônus da prova". (*Diritto processuale civile italiano*, p. 335).

[3] Vittorio Scialoja mostra que a regra geral era no sentido de que a prova incumbia ao autor (*actori incumbit onus probandi*), mas, em muitos casos, ao réu é que se impunha o ônus da demonstração dos fatos. E

exemplo, embora incumba ao autor a prova da existência de crédito contraído pelo réu, a este tocará demonstrar a alegação de pagamento da dívida.

Inúmeras são as teorias sobre o ônus da prova, mas fiquemos na menção de algumas das principais.

Soares de Faria, em monografia que se tornou referência no estudo da matéria, aponta, entre outras, as concepções de Webber (*a prova incumbe a quem pleiteia um direito ou uma liberação em relação a fatos ainda incertos*), Bethman Hollweg (*deve presumir-se a existência de um direito uma vez fundado*), Fitting (*só a alegada mutação de um estado anterior necessita ser provada*) e Gianturco (*cabe o ônus da prova a quem dela auferir vantagem*).[4]

Goldschmidt[5] e Chiovenda[6] defendem regras estáticas sobre o ônus da prova: ao autor incumbe a prova dos fatos constitutivos e ao réu a dos extintivos, impeditivos e modificativos.

Já Carnelutti, partindo da premissa de que o interesse em afirmar é unilateral – as partes só têm interesse em afirmar os fatos que as beneficiem, enquanto o interesse em provar é bilateral – põe como fundamento do ônus da prova o interesse na afirmação, regra que atende ao conteúdo da lide (contraste entre o pedido e a exceção) e também a uma regra de experiência segundo a qual as partes procuram normalmente prevenir-se obtendo os meios necessários para demonstrar os fatos que as beneficiem.[7]

Em obra clássica, Rosenberg assinala que "no procedimento regido pelo princípio dispositivo, não interessa que precisamente a parte que suporta ônus da prova a tenha produzido, porque o magistrado deve ter em conta o conteúdo total dos debates; assim, a criação das bases para a convicção judicial não é coisa exclusiva de quem suporta a carga da prova; o que interessa é unicamente o provado e não quem o provou".[8]

Entre nós, Moacyr Amaral Santos ressalta que, pelo sistema do CPC, ao autor

---

exemplifica: (a) se o autor alega ser credor e o réu nega a dívida, ao primeiro incumbe o ônus da prova; (b) se, porém, o demandado admite haver recebido a soma em dinheiro, mas afirma havê-la devolvido ao autor, terá de desincumbir-se do respectivo ônus, "pois, do contrário, para fazer que se admita a pretensão do autor bastarão o fato deduzido por ele da entrega do dinheiro em empréstimo e o da aceitação por parte do demandado". (*Procedimiento civil romano ejercicio y defensa de los derechos*, p. 391.)

[4] FARIA, Sebastião Soares de. *Principais teorias relativas ao onus probandi*, p. 89.

[5] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*, p. 255.

[6] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 379.

[7] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*, p. 423.

[8] ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, p. 222.

incumbe o ônus da prova dos fatos em que funda seu direito e ao réu, a dos que, de modo direto ou indireto, indicam a inexistência daqueles. Assinalando que a regra geral é que as provas sejam propostas pelas partes, conclui que, por exceção, o juiz poderá, de ofício, ordenar diligências necessárias à instrução da causa. Bem por isso o despacho pelo qual as ordenar deverá ser *motivado*.[9] Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, fundado em autorizada doutrina, sustenta, porém a insuficiência dessas regras uma vez que existem várias situações em que sua aplicação se mostra inadequada ou imprópria.[10]

4. NOSSA POSIÇÃO

A variedade dos fatos jurídicos e suas circunstâncias obstam à pretensão de encontrar uma fórmula mágica para distribuição do ônus da prova e realização da justiça em todos os casos.

Na linha da doutrina de Goldschmidt e Chiovenda o CPC/2015 estabeleceu como regra geral que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto aos fatos constitutivos do pedido, e ao réu, quanto aos extintivos, impeditivos e modificativos.

É inquestionável que, na maioria dos casos, a aplicação dessas regras é suficiente para resolver o problema do ônus da prova. Por exemplo, se o autor alegar ter sofrido danos em razão de acidente de trânsito provocado pelo réu, terá o ônus de demonstrar o fato alegado, bem como a extensão dos danos resultantes do sinistro.

Em casos particulares, porém, a lei admite a chamada flexibilização do ônus da prova, matéria que será exposta mais adiante.

Tem-se, pois, que o legislador andou bem ao contemplar regra estática para a generalidade dos casos e abrir exceção para hipóteses particulares. Contudo, a fórmula adotada para a flexibilização é muito ampla o que poderá gerar decisões menos técnicas ou subjetivistas em mãos de magistrados inexperientes.

---

[9] SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, pp. 307-308.

[10] PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. "(a) se o demandante se baseia em circunstâncias impeditivas ou extintivas, a ele, e não ao réu, incumbe a prova; (b) a ação declaratória pode fundar-se em fato extintivo ou modificativo do direito que o autor tem de demonstrar; (c) a ação de nulidade (ou anulabilidade) pode lastrear-se em vício de consentimento (simulação, erro, dolo, coação) que ao autor incumbe demonstrar; (d) a incapacidade da parte pode ser alegada como defesa, mas na ação de nulidade de contrato será fundamento da inicial e, portanto, ao autor incumbirá a respectiva prova; (e) nas ações intentadas com base em obrigação de não fazer não pode ser dispensada a prova do descumprimento, que toca ao autor produzir a prova.

Cumpre, também, resolver a questão do momento em que o juiz deve aplicar as regras sobre o ônus da prova.

Na hipótese de existir prova suficiente nos autos, o juiz não deverá preocupar-se em saber se a prova foi produzida pela parte a quem incumbia o ônus de fazê-lo. Aplica-se à hipótese o princípio da comunhão da prova acolhido expressamente pelo art. 371 do CPC.

Não havendo prova suficiente, sofrerá as consequências a parte que tinha o ônus de produzi-la.

Põe-se a questão, porém, de saber se o juiz deve resolver a questão do ônus da prova somente por ocasião da sentença ou durante a instrução.

Na doutrina italiana, temos a posição de Sergio La China no sentido de que as disposições sobre o ônus da prova são, a um tempo, regras de instrução e de julgamento.[11]

Em sentido contrário, a posição do clássico Goldschmidt: "O juiz não necessita discernir a questão acerca de a parte à qual incumbe a carga da prova até o momento de pronunciar a sentença. Por isso, pode assumir a contraprova alegada pelo adversário da parte gravada com a prova. Se com aquela se consegue um resultado probatório completo, não surge praticamente a questão da carga da prova".[12]

O CPC/2015, porém, contém regra expressa no sentido de que a matéria deve ser dirimida ao ensejo do saneamento do processo, admitido recurso de agravo contra a decisão (art. 357, III).

5. O ÔNUS DA PROVA E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

A importância que a doutrina confere ao ônus da prova poderia levar à conclusão de que a demonstração dos fatos no processo seria tarefa exclusiva das partes.

Contudo, o juiz é um dos sujeitos do processo (sujeito imparcial, naturalmente) e a lei lhe atribui um feixe de poderes instrutórios, já que ele não é um "convidado de pedra".

É necessário pôr em relevo que as regras sobre o ônus da prova não significam

[11] LA CHINA, Sergio. *Diritto processuale civile*, p. 632.
[12] GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*, p. 255.

outorgar caráter absoluto à função das partes, uma vez que o juiz tem o dever de participar ativamente da instrução probatória.

Ademais, o CPC/2015 consagrou, no art. 6º, o princípio da cooperação entre todos os sujeitos do processo.

Tem-se, pois, que, como o processo não é coisa das partes (*Sache der Parteien*), ao juiz foi reservado, também, papel importante na apuração dos fatos relevantes à solução da lide.

Não se pode admitir, porém, que o juiz utilize indiscriminadamente os poderes instrutórios que a lei lhe confere, o que o tornaria investigador de fatos. Como adverte Maria Elizabeth de Castro Lopes, "O juiz não é dono do processo (*dominus processi*), pois este é um instrumento público regido pelo princípio da colaboração entre os sujeitos que dele participam. O juiz não é um investigador de provas, pois essa função pode comprometer psicologicamente o ato de julgar (...)"[13]

6. ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Independentemente de saber se o CDC é norma de proteção ou apenas norma regulatória das relações de consumo, o certo é que várias disposições nele contidas são nitidamente favoráveis ao consumidor.

Particularmente para assegurar o que os italianos chamam expressivamente de *parità di armi,* ou seja, possibilitar o restabelecimento do equilíbrio processual quebrado pelas diferenças econômicas ou culturais, o inciso VIII, do art. 6º, dispõe sobre a inversão do ônus da prova, *verbis*: "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 experiência."

Como decorre claramente do texto legal, a inversão do ônus da prova em favor do consumidor não é automática, mas depende de apreciação criteriosa do juiz nas hipóteses de *verossimilhança* da alegação ou *hipossufiência*.

Por verossimilhança deve entender-se o que tem aparência de verdade. É

[13] LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo,* p. 152.

suficiente, ao propósito, a *plausibilidade* (aceitabilidade) da versão apresentada pelo autor. Naturalmente, terá o autor de provar a existência de relação de consumo como requisito prévio para se cogitar da inversão.

Por *hipossufiência* deve ser considerada a situação de necessidade econômica ou de insuficiência intelectual. Tanto é hipossuficiente, por exemplo, quem ganha o salário mínimo como quem, em razão de seu nível intelectual ou por falta de informação tem dificuldade de lutar por seus direitos. Ao referir-se à *hipossufiência*, a lei não fez qualquer distinção, razão por que não cabe ao intérprete fazê-la (*quod lex non distinguet*, *nec nos distinguere debemus*).

Tanto a *verossimilhança* como a *hipossufiência* são *conceitos vagos* ou *indeterminados*. Com a utilização desses conceitos permite-se flexibilidade na interpretação para que sejam consideradas as circunstâncias do caso concreto. Naturalmente, haverá sempre o risco da subjetividade, já que a lei não estabeleceu parâmetros para a decisão, razão por que terá o magistrado de agir com prudência e serenidade na aplicação desses conceitos.

Com efeito, não pode o magistrado, ao inverter o ônus da prova, converter-se em advogado do consumidor, o que, à evidência, traduziria desvio funcional inaceitável. Não há confundir a postura dinâmica do juiz na direção do processo e na instrução probatória com paternalismo processual.[14]

Outro ponto relevante em tema de inversão do ônus da prova no CDC é saber qual o momento em que ela deve ser determinada: como a lei nada dispõe a respeito, poder-se-ia cogitar, em tese, de admitir a inversão em qualquer momento do procedimento.

Lavra, porém, sobre a questão grande controvérsia.

Uma vertente sustenta que a inversão deve ser determinada antes da produção da prova para se evitar surpresa às partes. Assim, encerrada a fase postulatória, caberia

[14] Sobre o ponto escreve Maria Elizabeth de Castro Lopes: "... é necessário fixar com critério o conceito de *ativismo judicial*. Ativismo judicial não deve significar hipertrofia de poderes do juiz, nem liberdade para descumprir regras processuais, sob pena de sofrermos as consequências de um processo autoritário. Não se pode admitir que o juiz, *a partir de um difuso e muito particular sentido de justiça* (ALVARADO VELLOSO) despreze normas processuais, agindo como se fosse legislador (...) Não se pode conceber que, a pretexto de assegurar a *paridade de armas*, princípio salutar para atender à ideia de justiça, o juiz se transforme em advogado dos hipossuficientes, o que, evidentemente, desvirtua a verdadeira isonomia processual" (Princípio dispositivo e ativismo judicial. *Jornal Carta Forense*, 2010).

ao juiz dispor expressamente sobre o chamado ônus subjetivo da prova, isto é, indicar a parte a quem incumbe o encargo de provar.

Diversamente, por entender que as disposições sobre o ônus da prova são "regras de julgamento", outra corrente sustenta que somente ao ensejo da sentença e na hipótese de falta ou insuficiência de prova poderia o juiz valer-se da inversão.

Como vimos, uma terceira corrente doutrinária entende que ônus da prova é, ao mesmo tempo, regra de instrução e de julgamento.[15]

A questão é de alta indagação, mas o legislador de 2015 optou por considerar a distribuição do ônus da prova matéria a ser deslindada no saneamento do processo (art. 357, III).[16]

7. INVERSÃO CONVENCIONAL DO ÔNUS DA PROVA

Como vimos, tomando posição a respeito do delicado tema do ônus da prova, o CPC/2015 adotou regras estáticas para a generalidade dos casos e abriu exceção para situações particulares em que admitiu a flexibilização.

A lei permite, porém, que as partes convencionem livremente a distribuição do ônus da prova salvo se "recair sobre direito indisponível ou se tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito" (art. 373, § 3º).

Esse permissivo legal tem, porém, pouca aplicação, uma vez que o processo brasileiro mantém seu caráter adversarial, o que dificulta o diálogo e a harmonia entre as partes.

É de se esperar, porém, que o princípio da cooperação consagrado no art. 6º do CPC/2015 venha mudar essa cultura de modo a conferir à regra que permite a convenção das partes sobre o ônus da prova alguma utilidade prática.

---

[15] Para Sergio La China, o ônus da prova constitui, a um tempo, regra de atividade e regra de julgamento. Regra de atividade porque estimula as partes a recolher e oferecer provas ao juiz ainda que ele, teoricamente, pudesse obtê-las por si mesmo (o que, porém, é sempre incerto) e regra de julgamento no sentido de que concluída a fase probatória o fato que resultou incerto ou não provado prejudicará a quem teria vantagem se ele tivesse sido demonstrado (*Diritto Processuale Civile*, p. 632).

[16] Sobre a questão há recente acórdão do STJ: "Ao contrário do que alega o recorrente, a redação do despacho saneador foi suficientemente clara ao apontar a distribuição do ônus probatório, de modo que a inversão foi feita como regra de instrução e não de julgamento, nos termos do que admite a jurisprudência desta Corte Superior" (Agravo interno nos embargos de declaração no agravo interno no agravo em recurso especial 2017/0223121-8. Min. Rel. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, j. 21.03.2019).

8. TEORIA DAS CARGAS DINÂMICAS DA PROVA

Como vimos, é grande a polêmica a respeito dos critérios técnicos a serem adotados na repartição do ônus da prova, razão por que o direito positivo de cada país procura defini-los para segurança dos litigantes.

Essa definição legal, porém, reveste-se de caráter genérico uma vez que a variedade de situações e as peculiaridades de cada caso recomendam soluções que nem sempre se ajustam às regras legais.

Apenas a título de exemplo, as regras gerais não são aplicáveis quando militar, em favor de uma das partes, uma presunção, como ocorre na hipótese de indenização de dano causado por animal, em que se impõe a inversão do ônus da prova. Assim, provado o dano causado por animal, presume-se a responsabilidade de seu dono, salvo se demonstrar que não contribuiu, por dolo ou culpa, para o evento (por exemplo, na hipótese de o animal ter sido provocado).

Por outro lado, sensível a situações particulares, em que a fria aplicação das regras legais sobre o ônus da prova poderia acarretar injustiça, a doutrina desenvolveu a chamada teoria das *cargas dinâmicas da prova*, também denominada *dinamização do ônus da prova* ou *flexibilização do ônus da prova.*

A teoria das cargas dinâmicas tem o escopo declarado de flexibilizar as regras gerais do ônus da prova para atender a situações em que se verifica a impossibilidade ou a extrema dificuldade em sua produção.

A origem da teoria remonta a lição de Bentham, para quem a prova incumbe à parte que puder produzi-la com maior facilidade e menores despesas.[17]

Consoante a posição desse autor, não estaríamos propriamente diante de um *ônus processual* – recorde-se que, no ônus, a parte escolhe entre praticar um ato ou deixar de fazê-lo – mas de uma obrigação imposta à parte que estiver em melhores condições de produzir a prova.

Em tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da USP, Camilo José D'Avila Couto discorda da posição segundo a qual a *teoria das cargas dinâmicas* ou da

[17] BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*, p. 149.

flexibilização do ônus da prova derivaria da concepção de Bentham manifestada há quase dois séculos. Apoia-se em escritos de Bentham no sentido de que a *obrigação* da prova deve ser imposta à parte que puder cumpri-la com menor dificuldade e despesas. Conclui que a *teoria das cargas dinâmicas da prova* tomou como premissa a ideia de ônus processual de Goldschmidt e teve como escopo afastar a concepção estática do ônus da prova para garantir a justiça em cada caso concreto.[18]

Não obstante a existência de situações particulares anteriormente reconhecidas pela doutrina clássica, o que se colhe dos especialistas é a advertência de que as regras legais sobre ônus da prova têm caráter genérico e, portanto, há hipóteses que não se resolvem pela simples aplicação delas,

A adoção da teoria da dinamização do ônus da prova depende, porém, da posição de cada um a respeito do papel do juiz na instrução.

De um lado, posicionam-se os processualistas qualificados de *ativistas*, segundo os quais as regras legais sobre o ônus da prova têm caráter estático e, por isso, nem sempre permitem solucionar com justiça os casos concretos, razão por que se impõe a flexibilização de tais normas. Os ativistas põem como finalidade da instrução a busca da verdade dos fatos que, para ser apurada, depende de investigação. Ao juiz competiria, assim, tomar iniciativas probatórias, ou seja, determinar provas de ofício. De outro lado postam-se os *garantistas*, fortes no argumento de que a aplicação da teoria gera insegurança em razão de a flexibilização estar impregnada de forte carga de subjetividade. Para os garantistas, o que importa é a observância estrita das normas constitucionais de modo a impedir que o juiz se converta em protagonista na relação processual.

Temos para nós que o sufixo *ismo* que se encontra em *ativismo* e *garantismo* pode turvar a perfeita compreensão do papel do juiz no processo. Assim como *egoísmo* é exacerbação do *ego*, *modismo* é deturpação de *moda* e *formalismo* é exagero da *formalidade, ativismo* e *garantismo* revelam postura extremada e radical a aconselhar posição de equilíbrio (*in medio virtus*).

De qualquer modo, não se pode qualificar a teoria da flexibilização do ônus da prova como manifestação de ativismo, já que ela está prevista na lei como exceção destinada a resolver casos particulares em que a fria aplicação das regras estáticas poderia

[18] COUTO, Camilo José D'Avila. *Dinamização do ônus da prova*, pp. 97 e ss.

levar a injustiça. Cuida-se de matéria da competência do legislador federal e, assim, não se vislumbra qualquer arranhão a preceito constitucional.

A teoria das cargas dinâmicas da prova tem, em Peyrano, seu principal defensor. Ele não considera a dinamização uma regra geral, mas a admite, em caráter excepcional.

Em verdade, a ideia da flexibilização já havia sido defendida por Bentham, há mais de 200 anos, ao sustentar a insuficiência de regras objetivas para solucionar a questão do ônus da prova. Em razão disso, sustentara que o juiz, em cada caso concreto, deveria atribuir o encargo à parte que pudesse satisfazê-lo com maior facilidade e menores despesas.[19] Portanto, as regras objetivas defendidas pela doutrina então dominante deveriam, segundo ele, ser substituídas por um critério flexível que atendesse às circunstâncias de cada caso concreto[20].

Já Peyrano não defende o descarte das regras objetivas, mas entende que, em casos particulares, elas devam ser afastadas para que se evitem injustiças. Sua convicção na superioridade da teoria foi reafirmada em palestra proferida no Rio de Janeiro, em que, reportando-se ao XVII Congresso Argentino de Derecho Procesal, remarcou: (...) "el onus probandi se independiza de enfoques apriorísticos (hecho a provar, rol del actor o demandado) para limitarse a indicar que la carga probatoria pesa sobre quién está en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir la prueba respectiva."[21]

Assumindo posição crítica contra o critério estático e inflexível das regras legais sobre o ônus da prova, o autor portenho procura demonstrar que, em hipóteses particulares, se impõe a flexibilização de tais regras para se alcançar a adequada solução do problema.

Na coletânea por ele coordenada, além de seu estudo, vários aspectos do tema foram analisados. Por exemplo: (a) Juan Alberto Rambaldo mostra que a doutrina das cargas dinâmicas da prova representou um giro epistemológico fundamental no modo de observar o fenômeno probatório, sob a perspectiva da finalidade do processo e do valor justiça; (b) Inés Lépori White estuda o tema com os olhos voltados para o comportamento

[19] BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*, p. 149.
[20] PEYRANO, Walter. *Cargas probatórias dinâmicas*.
[21] *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas,* palestra publicada em *O processo em perspectiva* (*homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*), coletânea organizada por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Teresa Arruda Alvim Wambier, p. 212.

das partes, a responsabilidade do juiz e a justiça do caso concreto; Ivana María Airasca ressalta que a teoria não viola o direito de defesa, mas, ao contrário, mantém a igualdade material e real das partes no processo e atende ao valor justiça; María Belén Tepsich sustenta que a doutrina atende aos anseios da sociedade e reflete visão solidarista e de colaboração das partes com o órgão judicial; Silvina Pereira Marques discorre sobre a repercussão da teoria na Argentina, França, Itália, Alemanha, etc.[22]

É de rigor, porém, registrar que a teoria das cargas dinâmicas da prova não constitui uma nova regra sobre o ônus da prova, mas apenas uma construção doutrinária inspirada em visão publicística do processo para resolver situações particulares em que a aplicação estrita das regras legais conduziria a soluções iníquas.

Essa tese foi acolhida por ponderável corrente doutrinária[23] e consagrada no CPC/2015.

A alegação de que tal concepção, por seu subjetismo, poderá gerar arbitrariedade judicial, não pode ser acolhida, porque as regras do jogo terão de ser fixadas previamente pelo juiz em decisão fundamentada. Não se poderá falar em surpresa na aplicação da teoria, por isso que é resultado de expressa previsão legal.

Contudo, mesmo na Argentina, berço de sua formulação, a *teoria das cargas dinâmicas da prova* não é consenso na doutrina.

Anote-se que a principal objeção suscitada contra a dinamização (falta de previsão legal) não tem qualquer significado entre nós, já que o CPC/2015 expressamente adotou a teoria.

Também não impressiona a alegação de surpresa provocada pela aplicação da

---

[22] Cf. PEYRANO, Walter. *Cargas probatórias dinâmicas*, pp. 33, 73, 151, 166, 495.

[23] Em artigo sobre o tema, Danilo Knijnik acolhe a teoria, mas com restrições, advertindo que sua aplicação deve ser reservada para as hipóteses de impossibilidade ou extrema dificuldade da produção da prova. (As perigosíssimas teorias do ônus dinâmico da prova, p. 947.

Também Antonio Janyr Dall'agnol se pronuncia favorável a essa doutrina, ao investir contra a rigidez das regras legais que se escoram na divisão dos fatos em constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos. (Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, 788/98). Paulo Rogério Zaneti examina amplamente as teorias sobre o ônus da prova e reconhece a contribuição de Peyrano para o desenvolvimento do tema, observando que a diferença entre sua posição e a de Bentham está em admitir a flexibilização em caráter excepcional, e não como regra geral (*Ônus da prova no Código de Processo Civil e sua flexibilização (a teoria da carga dinâmica da prova*, p. 125).

Importa ressaltar que, em estudo anterior, Sandra Aparecida dos Sá dos Santos já havia propugnado pela adoção da inversão do ônus da prova em relações jurídicas não protegidas pelo CDC como garantia constitucional do devido processo legal. (*A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal.)*

teoria em suposta ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que as partes não podem ignorar a possibilidade de aplicação da norma.

A verdade é que, embora a regra geral seja a atribuição do ônus ao autor, quanto aos fatos constitutivos e ao réu, quanto aos negativos, modificativos e impeditivos, há hipóteses especiais em que a fria aplicação da lei pode gerar injustiças. Cite-se, entre outras, a dificuldade de provar o erro médico razão por que caberá ao médico demonstrar haver adotado o procedimento adequado, já que dispõe de todos os elementos para fazê-lo.

Quanto à consagração da teoria na legislação, há que fazer algumas considerações.

A tese já havia merecido aprovação de parte da doutrina com reflexos na jurisprudência pátria, independentemente de previsão legal quando o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil a incluiu expressamente em seu art. 262, *verbis*: "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".

A redação então adotada estava em harmonia com a posição de Bentham e, por isso, poderia implicar, em mãos menos experientes, indiscriminada aplicação da teoria.

Em razão disso, Maria Elizabeth de Castro Lopes e o autor deste texto enviamos, em 2010, ao Senador Walter Pereira proposta de alteração do artigo sobredito, nestes termos:

> "... posto que represente avanço a orientação perfilhada no projeto, é de rigor apontar o risco que decorrerá da adoção da teoria em termos amplos e genéricos. Com efeito, a mera alusão do projeto a "circunstâncias da causa" e "peculiaridades do fato" poderá conferir, ao juiz, carta branca para flexibilizar o ônus da prova segundo suas impressões ou convicções pessoais. Escusado seria pôr em relevo, portanto, que, em mãos menos experientes, a aplicação da teoria poderia implicar arbitrariedade, razão por que se impõe orientação restritiva para se evitar a indiscriminada invocação da regra".

Contudo, a primitiva redação foi mantida no Senado e só veio a ser modificada na Câmara, consoante art. 380 do PL 8.046/2010, mantido, com pequena alteração de

redação, pelo art. 373 e parágrafos da Lei 13.105/2016 (Código de Processo Civil) *verbis*:

> "O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. § 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada caso em que o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º. A decisão prevista no § 1º. deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil".

Como se vê, a orientação adotada no novo Código de Processo Civil aproxima-se da teoria exposta por Peyrano, na medida em que, para a generalidade dos casos, mantém as regras do art. 333 do CPC de 1973, mas admite a flexibilização: (a) *quando for impossível ou excessivamente difícil a uma das partes desincumbir-se do ônus que lhe foi atribuído*; (b) quando uma das partes tiver *maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.*

Verifica-se que a flexibilização é admitida não só nas hipóteses de *impossibilidade* ou *excessiva* dificuldade na obtenção da prova, mas também, *sic et simpliciter*, quando uma das partes, a critério do juiz, tiver *maior* facilidade em demonstrar o fato contrário, permissivo que poderá, na prática, implicar indiscriminada aplicação da teoria. Haverá, pois, sempre o risco de subjetividade, cumprindo ao juiz agir com prudência e serenidade.

Põe-se a questão, também, de saber se a dinamização admitida no CPC seria apenas extensão da regra do CDC a relações jurídicas por ele não abrangidas.

Não há, porém, confundir a ideia da flexibilização com a da inversão do ônus da prova.

Em primeiro lugar, porque a *inversão* tem pressupostos próprios previstos em lei, a saber: (a) cuidar-se de relação de consumo; (b) ser verossímil a alegação ou (c) cuidar-se de consumidor hipossuficiente.

Diversamente, na *flexibilização*, não há *inversão*, ou seja, decisão oposta à *versão* (ordem em que se encontram as coisas), mas *imposição*, pelo juiz, do encargo de

provar a uma das partes.

Por outras palavras, verificando o juiz a impossibilidade ou extrema dificuldade em que se encontra o autor, ou o réu, de provar suas alegações, atribui diretamente a tarefa da prova ao adversário.

Por último, discute-se se, na flexibilização, o juiz pode agir discricionariamente.

A resposta deve ser negativa, uma vez que a discricionariedade é incompatível com a função jurisdicional.

Com efeito, a tutela jurisdicional tem como um dos requisitos o interesse de agir, que é dado pela *necessidade e adequação* do provimento objetivado, descartadas razões de conveniência ou oportunidade.

No que toca à aplicação da teoria das cargas dinâmicas, a questão da discricionariedade se circunscreve à seguinte indagação: *verificando o juiz que, para uma das partes, é impossível ou extremamente difícil demonstrar suas alegações, mesmo assim, pode deixar de aplicar a flexibilização?*

A resposta é, irrecusavelmente, negativa. A adotar-se entendimento contrário, o juiz converter-se-ia em *dominus processi,*[24] ou seja, poderia conduzir o processo segundo suas convicções pessoais ou por razões de conveniência, e não de necessidade e adequação aos parâmetros legais, como lhe compete.

Ad instar do que ocorre com as medidas liminares, em que, quando presentes os requisitos legais, não podem ser indeferidas sob invocação de inconveniência ou inoportunidade, na aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmicas há uma *poder-dever do juiz* de adotar a dinamização quando preenchidos os pressupostos legais, e não mera faculdade, o que afasta o caráter discricionário da decisão.

9. ÔNUS DA PROVA E RECURSO ESPECIAL

Versando o recurso especial exclusivamente interpretação do direito federal em tese, não pode comportar discussão de matéria fática e de provas, de competência exclusiva das instâncias ordinárias (juízes e tribunais estaduais e federais).

[24] Maria Elizabeth de Castro Lopes ressalta que o juiz não é dono do processo, mas apenas um dos sujeitos da relação processual, devendo exercer suas funções em colaboração com as partes (*O juiz e o princípio dispositivo*, p. 152).

Diante disso, não é possível rediscutir, em sede de recurso especial, o acerto ou erro da aplicação das regras sobre o ônus da prova. Por exemplo, pode ocorrer que as instâncias ordinárias, atendendo às peculiaridades do caso concreto, se inclinem pela flexibilização do ônus da prova, o que não poderá ser modificado em recurso especial por demandar reexame de fatos e de provas.

Situações haverá, porém, em que se alega, no recurso especial, negativa de vigência da lei como na hipótese de aplicação da dinamização do ônus da prova somente ao ensejo da sentença, o que conflita com o dispositivo do art. 357, III, do CPC. Outro exemplo seria a atribuição do ônus da prova de fato negativo ao autor ou de fato constitutivo ao réu sem justificativa da aplicação da flexibilização, o que nega vigência o art. 373, I e II, do CPC.

REFERÊNCIAS

AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinâmicas. C*argas probatorias dinámicas*. Jorge W. Peyrano; Inés Lépori White (coords.). Buenos Aires: Rubonzal-Culzoni, 2004.

BENTHAM, Jérémie. *Tratado de las pruebas judiciales*. Trad. por Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1971.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Foro Italiano, 1936.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1936. Volume I.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. Volume II.

COUTO, Camilo José D'Avila. *Dinamização do ônus da prova*. Tese de doutorado, USP, 2011.

DALL'AGNOL, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. *Revista dos Tribunais*, 788/98.

FARIA, Sebastião Soares de. *Principais teorias relativas ao onus probandi*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. por Leonardo Prieto

Castro. Barcelona: Editorial Labor S/A, 1956.

KNIJINIK, Danilo. As perigosíssimas teorias do onus dinâmico da prova da prova. *Processo e Constituição*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LA CHINA, Sergio. *Diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1991.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Princípio dispositivo e ativismo judicial. *Jornal Carta Forense*, 2010.

MARQUES, Silvana Pereira. La carga de la prueba de la culpa profesional médica. *Cargas probatorias dinámicas*. Jorge W. Peyrano; Inés Lépori White (coords.). Buenos Aires: Rubonzal-Culzoni, 2004.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEYRANO, Jorge Walter. *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2004.

RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinámicas: un giro epistemológico. Jorge W. Peyrano; Inés Lépori White (coords.). *Cargas probatorias dinámicas*. Buenos Aires: Rubonzal-Culzoni, 2004.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1955. Tomo I.

SABATÉ, Luiz Muñoz. *Técnica probatoria – estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*. Colômbia: TEMIS, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977. Volume I.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá. *A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano ejercicio y defensa de los derechos*. Trad. Por Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Redin. Buenos Aires: EJEA, 1954.

TEPSICH, Mariá Belén. Cargas probatorias dinâmicas. *Cargas probatorias dinámicas*. Jorge W. Peyrano; Inés Lépori White (coords.).Buenos Aires: Rubonzal-

Culzoni, 2004.

VERDE, Giovanni. *Diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1991.

WHITE, Inés Lépori. *Cargas probatorias dinâmicas*. Buenos Aires: Rubonzal-Culzoni, 2004.

ZANETI, Paulo Rogério. *Ônus da prova no Código de Processo Civil e sua flexibilização (a teoria da carga dinâmica da prova)*. Dissertação. PUC/SP, 2009.