



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

FERNANDO EDUARDO LEITE MORAES JÚNIOR

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES
PROCESSUAIS:**

**Como o TJDFT vem aplicando a dinamização do ônus da prova com o
novo CPC**

Brasília

2017

FERNANDO EDUARDO LEITE MORAES JÚNIOR

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES
PROCESSUAIS:**

**Como o TJDFT vem aplicando a dinamização do ônus da prova com o
novo CPC**

Projeto de pesquisa apresentado como
requisito para aprovação na disciplina
Monografia do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.
Orientador: Prof. Henrique Haruki Arake.

Brasília

2017

FERNANDO EDUARDO LEITE MORAES JÚNIOR

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES PROCESSUAIS:
Como o TJDFT vem aplicando a dinamização do ônus da prova com o novo
CPC**

Projeto de pesquisa apresentado como
requisito para aprovação na disciplina
Monografia do curso de bacharelado em
Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Henrique Arake.

Brasília-DF, 16 de outubro de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Henrique Haruki Arake

Prof. Guilherme Sena de Assunção

Prof. Daniel Silva Boson

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo geral trazer reflexões acerca do processo civil no que concerne à dinamização da distribuição do ônus da prova - agora expressamente previsto no Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 373, §1º - como meio a viabilizar uma efetiva participação das partes no processo, assim como uma maior interação com o magistrado da causa, valendo-se do princípio da cooperação e prezando pelo diálogo, para que, por meio dessa flexibilização do procedimento, o processo possa se adequar melhor ao caso concreto, considerando suas particularidades em meio a que, por fim, obtenha-se uma tutela jurisdicional mais justa e eficaz, o que anteriormente acabava por ser limitada em face da rigidez imposta pela teoria estática do ônus da prova. Não obstante as reflexões que se busca pontuar, há de ser questionado nesta obra como se dará a efetiva aplicabilidade da teoria da carga dinâmica das provas no sistema jurídico atual, no âmbito do TJDF, se na prática estarão realmente presentes os benefícios trazidos pela teoria, que já pode ter sua aplicação vislumbrada em processos com base em relações consumeristas, através do instituto da inversão do ônus da prova previsto pelo Código de Defesa do Consumidor.

Palavras-chave: Processo Civil. Dinamização do Ônus da Prova. Princípio da Cooperação. Teoria Estática do Ônus da Prova. Teoria da Carga Dinâmica das Provas. Inversão do Ônus da Prova.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO..... | 5 |
| 1 MODELOS PROCESSUAIS..... | 6 |
| 1.1 Insuficiência dos Modelos Inquisitivo e Dispositivo..... | 6 |
| 1.2 Modelo Cooperativo..... | 7 |
| 1.3 Direito Brasileiro e o Modelo Cooperativo..... | 8 |
| 2 PROVA..... | 11 |
| 2.1 Conceito..... | 11 |
| 2.2 Classificações..... | 12 |
| 2.3 Finalidade da Prova..... | 13 |
| 2.4 Sistemas De Valoração Da Prova..... | 14 |
| 3 ÔNUS DA PROVA..... | 18 |
| 3.1 Conceito..... | 18 |
| 3.2 Ônus da Prova Como Critério de Julgamento..... | 19 |
| 3.3 Teoria Da Distribuição Estática Do Ônus Da Prova..... | 21 |
| 3.4 Inversão do Ônus da prova consoante o CDC..... | 23 |
| 3.5 Teoria Da Carga Dinâmica Do Ônus Da Prova..... | 24 |
| 4 APLICABILIDADE PELO TJDFT..... | 29 |
| 4.1 Razões da Seleção Realizada..... | 29 |
| 4.2 Pontos relevantes dos acórdãos proferidos até a vigência do CPC/15..... | 31 |
| 4.3 Pontos relevantes dos acórdãos proferidos após a vigência CPC/15..... | 39 |
| 4.4 Análise dos Resultados..... | 45 |
| CONCLUSÃO..... | 49 |
| REFERÊNCIAS..... | 51 |

INTRODUÇÃO

O tema trazido neste trabalho apresenta grande relevância para toda a comunidade jurídica, uma vez que a adoção da possibilidade de aplicação da teoria da carga dinâmica das provas pelo novo Código de Processo Civil ocorreu recentemente e acredita-se que trará, de fato, mudanças significativas relativas à condução de todo o processo civil brasileiro, já que o processo tende a se moldar em virtude das particularidades de cada caso concreto, trazendo uma maior participação entre os seus agentes, com base no princípio da cooperação, e, conseqüentemente, acarretando em decisões judiciais mais eficientes.

Os alicerces da discussão giram em torno da rigidez promovida pela teoria estática do ônus da prova, adotada pelo antigo Código de Processo Civil de 1973 que, ao estabelecer regras de forma inflexível ao procedimento de distribuição do ônus probatório, acabava, muitas vezes, por cercear os direitos tanto de ação como de defesa, tendo em vista que desconsiderava a disparidade ou o desequilíbrio de condições entre as partes litigantes no que diz respeito à dificuldade de produção de provas relativas ao caso concreto. Com isso, ficava o direito, frequentemente, carente da devida tutela jurisdicional.

Ante essa insuficiência do modelo anterior, promovida pela rigidez da teoria estática do ônus da prova, verificou-se que o direito processual brasileiro vem adotando medidas no sentido conduzir o processo de forma mais democrática, buscando trazer suas normas processuais para junto de princípios e garantias constitucionais, aproximando as decisões da realidade dos fatos e, conseqüentemente, do Direito propriamente dito.

Partindo deste ponto surge a ideia de se pesquisar acerca da dinamização da distribuição do ônus probatório, possibilidade essa conferida recentemente com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, no §1º de seu artigo 373. Tendo isso em vista, acredita-se que o presente trabalho possa apresentar uma significativa contribuição acerca do tema, já que tão recente da sua efetivação no ordenamento jurídico.

1 MODELOS PROCESSUAIS

1.1 Insuficiência dos Modelos Inquisitivo e Dispositivo

Para que melhor se possa elucidar as evoluções relativas à distribuição do ônus probatório e sua aplicabilidade ao longo da história do processo civil, inicialmente há de se fazer uma contextualização e breve introdução acerca de alguns pontos relevantes ao tema.

Sobre os modelos de organização do processo explica Fredie Didier Jr. (2015, p. 83):

[...] Há, assim, dois modelos: a) os sistemas informados pelo princípio dispositivo, em que cabe às partes em litígio a iniciativa probatória, com a coleta e apresentação das provas de suas próprias alegações – que é tradicional nos países anglo-saxônicos (*common law*), o *adversarial system*; b) e os sistemas informados pelo princípio inquisitivo, em que são atribuídos maiores poderes ao juiz, cabendo-lhe uma postura mais ativa na atividade de instrução, que deve contar com a iniciativa oficial – que é característico dos países da Europa Continental e da América Latina (*civil law*), o *inquisitorial system*.

Com a aplicação do paradigma racionalista no direito, em que se buscava que a lei solucionasse todas as lides, por si só, a partir de uma única resposta abstrata, tem-se uma separação entre o caso concreto e o direito em si. Tendo isso em vista, houve o surgimento da necessidade de um redimensionamento dos princípios da ampla defesa e do contraditório, buscando-se dar a devida importância das particularidades de cada caso concreto ao direito (MACÊDO; PEIXOTO, 2016).

O amparo oferecido pelo texto normativo não é feito de forma absoluta. A solução pela lei oferecida deve se atentar e observar as singularidades fáticas pertencentes àquele problema posto em juízo. Embora tenha um papel importantíssimo na regulação da sua aplicação, por si só não é suficiente para abranger toda a complexidade do cenário fático ao qual é destinada (SILVA; GOMES, 2009).

Essa insuficiência normativa, quanto à sua efetiva aplicação em meio a garantir aquilo a que se destina, foram evidenciados nos dois modelos de

processo anteriormente adotados, os modelos dispositivo e inquisitivo, e, com isso, verificou-se a necessidade de se buscar um novo modelo em que melhor se moldariam as situações fáticas, levando-se em conta todo o contexto social que vive o Direito.

1.2 Modelo Cooperativo

Tendo em vista que, nos dois modelos supracitados, desvaloriza-se o diálogo e a atuação colaborativa entre as partes no processo, uma vez que prevalece uma condução processual unilateral, tornam-se insuficientes. Aparece, como base para o novo modelo cooperativo, a contemplação doutrinária do princípio constitucional da cooperação, observando-se os princípios da boa-fé e lealdade, do devido processo legal e do contraditório, “que transformam os litigantes em cooperadores do juiz no aprimoramento da boa prestação jurisdicional” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 473).

O princípio da cooperação nada mais é do que um reexame dos princípios do contraditório e do devido processo legal, em que se busca reequilibrar a atuação processual tanto das partes quanto do juiz para uma posição simétrica, de maior proximidade. Viabilizando o diálogo e, por meio da colaboração entre as partes no processo, o magistrado poderá proferir uma decisão mais incisiva e mais justa àquele caso concreto, compatível com uma democracia participativa (CUNHA, 2012).

A valorização do diálogo na instrução processual figura como uma das principais características do modelo cooperativo, o que traz o magistrado para uma posição mais atuante no sentido de auxiliar o desenvolvimento da atuação processual para que possa solucionar o problema da melhor maneira possível (POZZOBOM, 2015).

Por meio da cooperação dentro do processo, em que o diálogo é tido como essencial, quebra-se a barreira de comunicação entre os agentes do processo, presente nos modelos dispositivo e inquisitivo, ou seja, não há mais monólogos, mas sim uma ponderação dos dois modelos no sentido de se buscar

atingir um equilíbrio entre a atuação dos integrantes processuais, os colocando numa posição simétrica (GREGGER, 2012).

Destaca-se que, ainda com o modelo cooperativo, o ato da decisão a ser proferida pelo juiz não deixa de ser autoritário. A principal diferença ocorre no fato de, no modelo cooperativo, haver uma grande valorização de todo o diálogo produzido no decorrer do processo para o ato decisório, vinculando a fundamentação das decisões judiciais a esse diálogo, portanto, não mais é vista a decisão judicial como um mero ato do magistrado, como nos modelos anteriores (MACÊDO; PEIXOTO, 2016).

As decisões passam a não serem mais legítimas apenas por observarem os parâmetros fixados em lei ao procedimento, deve levar em conta o magistrado todos os argumentos e razões aduzidas no diálogo no decorrer do processo para a fundamentação de sua decisão judicial (MARINONI, 2006).

No modelo cooperativo tem-se evidenciado o papel atuante do magistrado no sentido de preservar, por meio dos poderes e meios coercitivos que lhe são conferidos, a boa-fé objetiva e os valores éticos no processo, inadmitindo condutas que venham a prejudicar o ambiente comunicativo (MITIDIERO, 2009).

1.3 Direito Brasileiro e o Modelo Cooperativo

Trazem os autores Lucas Buriel de Macêdo e Ravi Peixoto (2016, p. 36) a seguinte metáfora:

Antes da constituição de 1988, o magistrado brasileiro assumia a figura de “Júpiter”, tendo a lei como única base, limitado à utilização da subsunção para as soluções do caso concreto. Era um magistrado de atuação mais contida, legalista. Com a constituição de 1988 e as inúmeras reformas processuais, além do fenômeno do ativismo judicial, acabamos por iniciar a criação do magistrado “Hércules”, que, sozinho, tentará resolver todos os problemas da sociedade. Não funcionou, pois há o perigo da concentração exacerbada de poder para um dos três poderes. Questiona-se: esse modelo funcionou até o momento porque a magistratura tem acompanhado os anseios da sociedade, mas, se aquela iniciar a se desvirtuar da sua função, como combater uma ditadura do judiciário, após a concessão de todos os poderes à figura de “Hércules”?

Com esse aumento dos poderes do magistrado, o anseio da sociedade é de que suas decisões acompanhem a efetiva participação das partes processuais por meio dos debates de ideias e diálogos para, com isso, construírem pela cooperação uma solução mais justa ao caso concreto (BARREIROS, 2013).

Percebe-se que, em algum ponto histórico, o direito brasileiro perdeu a dialeticidade, o que tornou o processo apenas um conjunto de formalidades que desvalorizam o debate, a discussão e o diálogo, que são pontos essenciais para uma tutela jurisdicional justa. Tendo isso em vista, o modelo cooperativo tem sua base justamente no *resgate da dialeticidade*, buscando uma efetiva participação das partes no processo por meio do debate, resgatando o confronto de teses visando construírem junto ao magistrado uma decisão mais justa e efetiva (MACÊDO; PEIXOTO, 2016).

A produção de provas figura como um meio fundamental a garantir às partes o diálogo e o debate dentro do processo, uma vez que possibilita a comprovação do que está sendo alegado, ou a seu favor ou em sua defesa. Daí se tem a importância da dinamização da distribuição do ônus da prova, uma vez que a apresentação probatória é essencial ao convencimento do magistrado para a construção de sua decisão (DIDIER JR., 2015).

Com a dinamização da distribuição do *onus probandi* fica evidenciada a busca pela efetiva aplicação do modelo cooperativo processual, já que este possibilita ao magistrado redistribuir o ônus da prova diante das singularidades de cada caso concreto, observando as disparidades entre a dificuldade de produção de uma prova por uma parte da demanda judicial ante a inexistência dessa dificuldade para a produção da mesma prova pela outra parte (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Aplicando-se a distribuição estática do ônus da prova, prevista no Código de Processo Civil de 1973, não seria possível a produção dessa prova, pois estavam prévia e rigidamente especificados os ônus de cada parte. Sendo assim, haveria uma limitação do direito constitucional de acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, o que, com o Código de Processo Civil de 2015, não perpetuará, já que foi possibilitado ao magistrado a promoção

desse direito constitucional por meio da redistribuição dinâmica do ônus da prova (MACÊDO; PEIXOTO, 2016).

Mesmo já sendo observada doutrinária e jurisprudencialmente, a dinamização do ônus da prova foi pontuada de forma expressa pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 373, veja:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 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.

§ 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.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Sua previsão reforça ainda mais a ideia do modelo cooperativo, pois, ao contrário do modelo rígido de distribuição do ônus da prova imposto pelo Código de Processo Civil de 1973, essa dinamização distributiva do ônus da prova entre as partes aproxima ainda mais a tutela jurisdicional, por meio do processo cooperativo e da boa-fé objetiva, da realidade factual, tornando, assim, a decisão mais justa.

2 PROVA

2.1 Conceito

A conceituação do que se entende por prova vem a ser uma tarefa muito complexa, uma vez que seu entendimento pode ser formulado a partir de várias perspectivas, e a partir de cada uma dessas perspectivas se poderá trazer um conceito de prova diferente.

Nesse sentido, Fredie Didier Junior (2015, p. 38-39) nos ensina:

No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: *a)* às vezes, é utilizado para designar o *ato de provar*, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; *b)* noutras vezes, é utilizado para designar o *meio de prova* propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; *c)* por fim, pode ser utilizado para designar o *resultado* dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

Esclarece Humberto Theodoro Júnior (2014) que, quando se utiliza o vocábulo referindo-se ao efeito produzido no julgador em razão do instrumento probatório, ou seja, a formação de convicção internamente ao magistrado em face do que foi demonstrado, tem-se um sentido *subjetivo*. Já quanto ao instrumento, em si, capaz de confirmar a existência de determinado fato, ou a própria atividade probatória, tem-se um sentido *objetivo*.

Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2014, p. 261) trazem o seguinte conceito de prova:

Prova é todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo.

Verifica-se que esse conceito figura como mais adequado, uma vez que quebra com a ideia da prova como hábil a trazer a verdade factual, aproximando, apenas, os fatos alegados da verossimilhança.

O conceito de prova adotado, e que parece mais completo e adequado, foi sob o ponto de vista de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 516), qual seja:

Prova, portanto, é o modo pelo qual o magistrado forma convencimento sobre as alegações de fatos que embasam a pretensão das partes. É o instituto tipicamente processual, pois sua produção ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais.

Assim, conceitua-se prova como o instrumento processual adequado a permitir que o juiz forme convencimento sobre os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.

2.2 Classificações

Fredie Didier Junior (2015) aduz que a classificação probatória pode ser realizada levando-se em conta o objeto, a fonte, a forma e a preparação.

Na classificação quanto ao objeto da prova, dividem-se em diretas, quando dizem respeito ao próprio fato que se busca provar, e indiretas (ou indiciárias), quando se referem a fatos distintos, mas que, por dedução, o juiz poderá presumir a existência do fato (THEODORO JÚNIOR, 2014).

Quanto à fonte da prova, classificam-se em pessoal: afirmações pessoais conscientes no intuito de confirmar os fatos alegados, como depoimentos das partes; e real: atesta-se por meio de alguma coisa, de forma inconsciente, como um documento declaratório, por exemplo (DIDIER JR., 2015).

Quanto à forma da prova dividem-se em três: oral – onde se verificam as provas testemunhais, confissão, depoimento da parte etc. -, documental – projetos, desenhos, cartas, escrituras públicas ou particulares etc. - e material – exames periciais, instrumentos do crime, corpo de delito etc. (DIDIER JR., 2015).

Já quanto à preparação, serão as provas casuais quando preparadas já no decorrer do processo, ou pré-constituídas quando produzidas antes do início da demanda judicial (FRIEDRICH, 2013).

2.3 Finalidade da Prova

A finalidade da prova pode ser elucidada por três teorias: a primeira pontua que sua finalidade é atingir a verdade; a segunda aduz que essa finalidade é de apenas firmar os fatos alegados no processo de maneira formal; e a terceira entende como finalidade da prova a formação do convencimento do julgador (DIDIER JR., 2015).

Na visão de Fredie Didier Junior (2015, p. 49-50), a terceira teoria é a mais adequada e, portanto, é a que deve ser adotada:

A primeira dessas teorias não pode prevalecer, porque, a verdade é uma noção ontológica, objetiva, e o conhecimento que cremos ter dela é subjetivo. Assim, como já se viu anteriormente, é absolutamente impossível ao ser humano atingi-la ou, ao menos, ter a certeza de tê-la atingido.

A segunda dessas teorias está intimamente vinculada ao sistema do tarifamento legal das provas. Por meio dela, admite-se que o legislador, ciente da impossibilidade de se alcançar a verdade acerca dos fatos, estabeleça critérios para que se possa reputar, ainda que formalmente demonstrados os fatos alegados pelas partes no processo.

Resignada diante da impossibilidade de alcançar uma verdade absoluta e, ao mesmo tempo, insatisfeita com a solução formal dada pelo legislador para conformar a realidade do processo a uma possível realidade dos fatos, surge a terceira teoria, segundo a qual o objetivo da prova judicial é dar ao juiz suporte suficiente para que possa convencer-se dos fatos discutidos no processo, proferindo a sua decisão a partir da crença de tê-la alcançado.

Partindo-se do pressuposto que esta é a finalidade da prova e com fulcro no artigo 370 do Código de Processo Civil, o destinatário da prova é evidenciado como sendo o juiz, uma vez que são produzidas para convencê-lo e sua produção por ele podem ser determinadas na medida do que entender necessário à resolução da lide (FRIEDRICH, 2013).

Senão vejamos:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Por sua vez, os autores Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto (2016), afirmam que a concepção de prova como instrumento adequado para trazer

ao processo a verdade dos fatos não mais se sustenta na modernidade da teoria geral do processo. Destaca-se que o fato não é algo neutro ao sujeito, portanto sempre haverá uma concepção interna subjetiva, o que distancia da prova o alcance da “verdade” e traz apenas para o lado da verossimilhança.

Esclarecem (MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 55):

Ao juiz, então, não cabe encontrar a verdade, mas, como política de qualidade do processo, admitir que busca a verdade, servindo tal ideal como fundamento axiológico para a prestação jurisdicional, legitimando-a eticamente. No entanto, o julgador deve ter plena ciência do intransponível limite de sua atividade cognitiva: precisa atribuir significado (valorar) jurídico às proposições de fato das partes. [...] a busca da verdade é um dos elementos essenciais à legitimação da atuação jurisdicional mediante o processo.

Destaca-se que há o dever do magistrado de buscar a verdade fática das alegações e, em sua decisão, estar certo de ter alcançado essa verdade, mas não significa dizer que o magistrado irá chegar à verdade, e sim que tendo sido atendidas todas as regras procedimentais prezando pela dialética e efetiva participação dos integrantes processuais, a causa será julgada com a certeza de ter alcançado o patamar mais próximo possível daquilo que seria a verdade, mesmo que isso venha a ser apenas a verossimilhança (MACÊDO; PEIXOTO, 2016).

No mesmo sentido lecionam Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 519-520):

Por isso, toda a atividade probatória deve ser direcionada ao juiz, que é o destinatário da prova, independentemente da opinião que a parte contrária possa ter acerca dos fatos. Claro que o cumprimento espontâneo do comando da norma jurídica pode ocorrer a qualquer momento, inclusive durante o processo. Se alguém, já litigando, se convence da razão de outrem por causa da prova produzida, cumpre-lhe dar fim ao litígio espontaneamente, o que, aliás, não raro acontece. Mas isso é consequência periférica da prova, pois endoprocessualmente a prova se destina ao convencimento do juiz, que julgará com base na demonstração da ocorrência dos fatos que as partes proporcionarem através da prova.

2.4 Sistemas de Valoração da Prova

O direito probatório obtém fundamento constitucional a partir do que se extrai da cláusula geral do devido processo legal, assim como das

particularidades do direito de acesso à justiça e do direito de defesa, trazendo o Código de Processo Civil apenas questões relativas ao procedimento (NERY JR., 2009).

Na aplicação efetiva e ideológica da cláusula geral do devido processo legal e dos direitos de acesso à justiça e de defesa, está intrínseco o direito de produção de provas acerca das alegações no processo, uma vez que o processo deve ser conduzido seguindo um procedimento adequado, ético, prezando pela dialética e pelo diálogo, logo, o direito probatório está inserido como um dos instrumentos hábeis a garantir a aplicação desses dispositivos (MACÊDO; PEIXOTO, 2016).

No processo civil, de acordo com Humberto Theodoro Júnior (2014), existem alguns modelos de valoração da prova, sendo eles: o sistema do critério legal da prova; o sistema da livre convicção; e o sistema da persuasão racional - sistema esse que era adotado pelo Código de Processo Civil anterior e pelo atual, assim como por diversos ordenamentos jurídicos de países do mundo, tanto na esfera penal como na cível.

O sistema do critério legal da prova foi marcado por atribuir, previamente, um valor a cada tipo de prova, assim como um valor probatório que seria suficiente a cada caso. Este sistema cresceu no processo germânico, o que evidencia, em parte, a presença de traços de crenças religiosas e superstição. Assim, o papel do magistrado aqui é de apenas aplicar o que está previsto na lei, papel de mero aplicador da lei, uma vez que os valores das provas já estavam preestabelecidos na legislação vigente (DIDIER JR., 2014).

Com início na França em 1793, no sistema da livre convicção “o julgador pode avaliar livremente as provas, *secundum conscientiam*, inclusive, utilizar-se de fatos ou considerações que não constem dos autos [...], ou mesmo sentimentos próprios, sem qualquer necessidade de explicação racional” (MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 64).

Cumprido destacar que, no Brasil, até hoje podemos identificar a presença do sistema da livre convicção, com algumas diferenças, como no caso de julgamentos no Tribunal do Júri, em que os jurados, segundo suas próprias

convicções e sem necessidade de justificativa, formulam sua decisão acerca do caso apresentado (DIDIER JR., 2015).

O sistema da persuasão racional encontra previsão no artigo 371 do Código de Processo Civil de 2015 e preza por equilibrar a apreciação do juiz acerca das provas, no sentido de afastar a rigidez antes imposta pelo ordenamento no sistema da tarifa legal, assim como o excesso de subjetividade a ele concedida no sistema da livre convicção (DIDIER JR., 2015).

In verbis:

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

Portanto, sempre amparado pela racionalidade e por sua experiência, tem o magistrado a liberdade, não absoluta, para valorar as provas que lhe foram apresentadas mas fica este vinculado à fundamentação de sua decisão, que nesse sistema se faz necessária, por força do princípio do livre convencimento motivado (DIDIER JR., 2015).

Conforme aduzem os autores Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto (2016, p. 73), apesar de estar elencada como meio de prova no art. 212 do Código Civil de 2002, a presunção não o é:

A presunção não é meio de prova, mas um juízo lógico-dedutivo, que, mediante as regras da experiência, autoriza o magistrado a, com base no indício e sua prova, concluir pela existência de fato não provado diretamente, porquanto extremamente provável que tenha se dado sua ocorrência. Em termos genéricos, assim é o funcionamento das presunções: a parte usa provas indiciárias que certificam o fato A, que mesmo sendo alheio à causa de pedir, pelo uso das regras da experiência, faz lícito concluir (raciocínio presuntivo) pela existência do fato B (presunção), apto a gerar efeito jurídico pugnado pela parte. Trata-se, como se vê, de atividade silogística.

Fica clara a grande importância que as provas apresentam ao processo, como meio ao exercício do direito de ação ou como também ao exercício do direito de defesa, viabilizando às partes atestarem a veracidade dos fatos alegados, para que se obtenha, por fim, o convencimento do magistrado

(WAMBIER; TALAMINI, 2014). Apesar disto, destaca-se a existência de limites ao direito à produção de provas.

Dentre os limites atribuídos pelo legislador à produção de provas, está o limite do procedimento específico, em que para alguns determinados procedimentos não há a possibilidade de produção de prova, como por exemplo nos mandados de segurança, uma vez que o próprio procedimento exige prova pré-constituída (MACÊDO; PEIXOTO, 2016).

Outro tipo de limitação encontra-se presente no nosso ordenamento jurídico, seja ele o da eficácia da prova no procedimento, que tem base no exemplo da vinculação do magistrado ao julgamento com convicção de verossimilhança nos casos de tutela antecipada ou medidas cautelares, ainda que ele entenda que o instrumento probatório apresentado seja por si só já suficiente para a solução total da lide (MARINONI; ARENHART, 2014).

Pois bem, entende-se que o direito processual compreende o dever de prezar por viabilizar todas as técnicas processuais hábeis a fornecer uma tutela jurisdicional efetiva do direito em questão, sempre buscando que esse procedimento seja feito de tal modo que sejam seguidos os princípios instrumentais, respeitando todas as garantias da cláusula geral do devido processo legal, como a da ampla defesa, da duração razoável do processo, do contraditório, da paridade de armas (DIDIER JR., 2015).

Há casos em que mesmo após toda a instrução processual, não haja convicção de certeza ante os fatos alegados na lide, porém não pode o magistrado abster-se de julgar a causa, mesmo estando em dúvida, o julgador deve proferir uma decisão, sob consequência de não completar a prestação jurisdicional e fracassar, por conta de falha na instrução probatória, todo o processo civil (MARINONI; ARENHART, 2014).

Daí surge a tremenda importância tida pelo ônus da prova, já que meio este hábil a viabilizar uma decisão definitiva mesmo quando não há uma formação de convicção de certeza pelo magistrado (MARINONI; ARENHART, 2014).

3. ÔNUS DA PROVA

3.1 Conceito

Para que se possa aprofundar no ônus da prova, há de se entender que sua conceituação já passou por diversas discussões e divergências doutrinárias, sempre buscando melhor esclarecer a matéria.

O ônus já foi tido como um dever, e posteriormente, passou a ser entendido como uma espécie de situação passiva autônoma, diferenciada do dever e da sujeição. Após amplamente criticada essa visão acerca do ônus, hoje pode ser vista, com certo consenso, como situação de poder, portanto ativa (PACÍFICO, 2001).

Esclarecem esse entendimento os autores Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto (2016, p. 81):

Assim se entende porque o cumprimento do ônus resulta de um interesse próprio, ou seja, consubstancia um imperativo do próprio interesse, a necessidade de seu cumprimento é meramente prática, quando for do empenho do onerado atingir determinado fim predisposto na norma. Nesse sentido, o descumprimento do preceito não é ilícito, em disparidade com as obrigações, mas uma faculdade, sujeitando-se o onerado ao risco de um resultado desfavorável que não se confunde com sanção. Trata-se de situação jurídica ativa.

Partindo de definições iniciais, a palavra ônus se origina do latim *onus*, que significa carga, peso. Fredie Didier Junior (2015, p. 106-107) leciona:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.

Para Izabella Naccaratti André Friedrich (2013), no processo, buscando o devido convencimento do juiz, as partes possuem encargos (ônus), ou seja, devem realizar certos atos sob pena de manifestação jurisdicional desfavorável deste. O ônus da prova pode ser visto como o encargo de uma das partes de demonstrar a existência ou não dos fatos alegados no processo.

Pelo entendimento de Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 470), “Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz”. Entretanto, ainda no entendimento do autor, não se pode entender que há o dever de provar, nem mesmo tem a parte contrária o direito de exigir a prova do adversário.

Sob o ponto de vista de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 525-526):

O ônus consiste na atribuição de determinada incumbência a um sujeito no interesse desse próprio sujeito. Ou seja, prescreve-se ao onerado uma conduta a adotar, pela qual ele poderá obter uma vantagem ou impedir uma situação que lhe seja desfavorável. O ônus e o dever são figuras jurídicas distintas em pelo menos dois aspectos: (i) o dever implica um correlato direito de outro sujeito, ou seja, é uma conduta que a lei prescreve no interesse de outrem, enquanto que o ônus é estabelecido no interesse do próprio onerado; (ii) o descumprimento do dever pode implicar a incidência de uma sanção, ao passo que a inobservância do ônus apenas faz com que o onerado eventualmente perca a chance de desfrutar de uma situação melhor.

3.2 Ônus da Prova Como Critério de Julgamento

Após elucidada a impossibilidade de abstenção de julgamento caso as alegações e respectivas provas não sejam suficientes para formar ao juiz uma convicção acerca da lide, em virtude do princípio *non liquet*, assim como a impossibilidade de julgamento baseado em convicções morais, lança mão o magistrado da fundamentação de sua decisão com base na regra do *onus probandi*, que por meio de um critério racional ajudará na formação de juízo acerca das pretensões no processo (WAMBIER; TALAMINI, 2014).

O ônus da prova pode ter em sua aplicabilidade em duas dimensões, sejam elas: uma com viés objetivo, nos casos em que sua regra é utilizada como critério racional para fomentar uma fundamentação acerca da convicção do magistrado para o julgamento em cujos processos o substrato produzido na instrução tenha sido insuficiente para tal; e subjetivo, tido como regra procedimental orientadora da atuação das partes litigantes na busca de obtenção do seu pleito (DIDIER JR., 2015).

Há de ser destacado o caráter imperativo do dever do julgador em avaliar o material probatório produzido durante a instrução processual, recorrendo à regra do ônus da prova para fundamentar racionalmente seu convencimento apenas em caráter subsidiário, nos casos em que não havendo provas ou havendo provas insuficientes à formação de seu juízo acerca da verdade ou verossimilhança dos fatos aduzidos (MACÊDO; PEIXOTO, 2016).

Quanto à produção de provas e seus respectivos ônus incumbidos às partes litigantes esclarecem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2014, p. 263):

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.

Sobre o ônus da prova aduz Humberto Theodoro Junior (2014, p. 470):

Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz. Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isso porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente.

Traz o autor Vitor de Paula Ramos (2015) o ponto de vista segundo o qual é entendido o instituto do ônus da prova apenas na perspectiva objetiva, como um dever atribuído ao juiz, ou seja, deve o magistrado utilizar-se da regra do ônus da prova para proferir seu julgamento. Ao *onus probandi* é atribuído o papel de dever, obrigação.

Em discordância, com todo respeito que a tese compilada acima merece, Lucas Buriel de Macêdo e Ravi Peixoto (2016, p. 95) apresentam como um de seus argumentos no sentido contrário:

No mais, pragmaticamente, dizer que o ônus da prova foi transformado em um dever de provar é assumir que, não realizada a prova, ter-se-ia o julgamento como sanção, o que pode vir a significar um comando para o juiz no sentido de que ignore todo o conjunto probatório quando a parte se recusar a produzir alguma determinada prova. É importante atentar para a grandeza das consequências disto: embora o autor não o afirme textualmente, a conduta de não levar a prova a juízo seria um ilícito que tem como sanção o julgamento desfavorável. Será que isso é realmente desejável em qualquer sistema jurídico processual? Parece-nos que não.

É importante destacar que (FRIEDRICH, 2013, p. 15):

[...] As regras de ônus da prova não são regras de procedimento; são regras de julgamento, pois incumbirá ao juiz, no momento de prolação da sentença, analisar quem melhor produziu a prova e proferir um julgamento favorável.

3.3 Teoria Da Distribuição Estática Do Ônus da Prova

A partir do exposto, destaca-se que o ônus da prova pode ser atribuído de três formas, sejam elas pelo legislador, por convenção entre as partes ou pelo magistrado. Pelo que dispõe o artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, tem-se a distribuição, como regra, estática do ônus da prova pelo legislador, em que, a grosso modo, cabe à cada parte fazer prova do que alegar (DIDIER JR., 2015).

Leciona Fredie Didier Jr. (2015, p. 111):

O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: a) 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).

Dessa forma, é possível classificar os fatos deduzidos, quanto à sua natureza e ao efeito jurídico que podem produzir, em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

O fato constitutivo figura como o fato que origina o direito que o autor aduz ser titular e visa ser tutelado em juízo, é “aquele que integra a *fattispecie*

jurídica, da qual se extrai o direito substancial deduzido em juízo, isto é, a pretensão do autor” (CAMBI, 2006, p. 324).

Por sua vez, quanto aos fatos negativos, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2014, p. 527) explicam:

[...] Fato impeditivo, modificativo ou extintivo é todo aquele que leva ao não reconhecimento do direito alegado pelo autor. Impeditivo, porque obsta um ou alguns dos efeitos que naturalmente ocorreriam da relação jurídica. Modificativo, porque implica a alteração (diminuição ou mudança de natureza) do direito que derivaria do fato constitutivo. Extintivo, porque fulminam no todo o direito invocado pelo autor, fazendo cessar a relação jurídica original.

Com isso, frisa-se pela diferenciação entre contraprova e ônus da prova, visto que o réu pode direcionar sua defesa exclusivamente na produção de contraprova que invalide os instrumentos probatórios trazidos pelo autor, sem, necessariamente, ter que apresentar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor, como por exemplo apresentando contraprova que ateste a falsidade de um documento em que o autor fundamenta seu direito (MACÊDO; PEIXOTO, 2016).

Traduzem esse entendimento os autores Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto (2016, p.108) em:

[...] Embora ao réu incumba a produção de prova acerca dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor, isso não significa que a atuação probatória dele não possa se dirigir aos fatos que incumbem à outra parte.

Pontua-se que a produção de uma prova não condiciona a um julgamento favorável, assim como a parte que não conseguir cumprir com seu ônus probatório terá apenas um aumento nas chances de um julgamento desfavorável, que não necessariamente ocorrerá (FRIEDRICH, 2013).

Isto posto, voltando para a rígida teoria estática estabelecida no artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 e mantida como regra pelo Código de Processo Civil de 2015, em que o autor tem ônus de provar o fato constitutivo do direito discutido em juízo e ao réu cabe provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor eventualmente alegados, verifica-se o teor insatisfatório

desse sistema por não considerar as particularidades de cada caso concreto a ser discutido em juízo, e, assim, começou a ser relativizado (FRIEDRICH, 2013).

Vejamos:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. (BRASIL, 1973).

3.4 Inversão do Ônus da prova consoante o CDC

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor em 1991, a teoria estática de distribuição do ônus probatório prevista no Código de Processo Civil de 1973 começou a ser relativizada. No artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor está prevista a possibilidade de inversão do ônus da prova, o que leva em conta as peculiaridades da relação de consumo, em que, no caso, considera a possibilidade de haver desequilíbrio na relação, ante a vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor (FRIEDRICH, 2013).

In verbis:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

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

[...]

(BRASIL, 1990).

Um dos fundamentos que dão base a essa inversão é o princípio da isonomia, em que se busca colocar as partes em igualdade de condições para litigar e garantir a efetiva aplicação do direito, já o outro trata-se do princípio da adequação, em que, tendo em vista a tutela eficaz do direito material, o poder legislativo há de moldar os meios mais adequados para este fim, no caso, observando as particularidades de cada caso (MACÊDO; PEIXOTO, 2016).

Analisando o artigo 6º, VIII do Código de Defesa do Consumidor, percebe-se que a inversão do ônus da prova não será a regra, isto é, nem sempre ocorrerá, atribui-se ao magistrado o poder de decidir pela inversão ou não, verificando os requisitos para tal, sejam eles a hipossuficiência do consumidor e a verossimilhança da alegação (MARINONI; ARENHART, 2014).

Explicam os autores (MARINONI; ARENHART, 2014, p. 271):

De acordo com essa norma, é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, *for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências*”. Aqui, os critérios para a inversão devem ser pensados a partir dos pressupostos contidos na lei, ao contrário do que ocorre quando nos ocupamos dos critérios para a inversão do ônus da prova fora do Código de Defesa do Consumidor.

Quanto aos requisitos, por verossimilhança da alegação se entende como a possibilidade de os fatos alegados serem verdadeiros. A hipossuficiência diz respeito à posição de desvantagem ou vulnerabilidade do consumidor em face do fornecedor (FRIEDRICH, 2013).

A inversão do ônus da prova pode ser dividida em inversão legal (*ope legis*) e inversão judicial (*ope iudicis*). A primeira é aquela que independe de decisão judicial, já está determinada na lei que, para determinados casos, o ônus da prova será distribuído de forma diversa da ordinariamente prevista, já a segunda só vai ocorrer por determinação judicial, desde que cumpridos os requisitos estabelecidos para tal (DIDIER JR., 2015).

3.5 Teoria Da Carga Dinâmica Do Ônus Da Prova

A teoria da carga probatória dinâmica foca em incumbir o ônus da prova àquele que tem a maior facilidade em produzi-la, a fim de esclarecer fatos discutidos no processo, desconsiderando a posição que a parte ocupa no processo assim como a natureza do objeto da prova (MACÊDO; PEIXOTO, 2016).

Não se pode dizer que ocorre uma inversão do ônus da prova de forma absoluta, tendo em vista que a redistribuição do ônus da prova só ocorre para determinada prova que seja mais fácil de ser produzida por aquela parte que

inicialmente não possuía o ônus sobre tal, e não lhe é atribuído todo o encargo probatório (FRIEDRICH, 2013).

A dinâmica dessa teoria está na quebra com o modelo inflexível de distribuição do ônus da prova, ao passo que mesmo o litigante que tem o ônus de produzir determinada prova não conseguindo produzi-la por ser muito difícil a ele, esse ônus probatório pode ser redistribuído pelo juiz levando em conta a maior facilidade de produção da mesma prova pela outra parte (DIDIER JR., 2015).

Explica Fredie Didier Jr. (2015, p. 115):

Pode ser, no entanto, que a prova seja insuscetível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada pelo outro. Nessa hipótese, caso as próprias partes não tenham convencionado validamente a distribuição do ônus da prova de modo diverso ao estabelecido pelo legislador, poderá o juiz distribuí-lo dinamicamente, caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória – em tempo de o onerado dele desincumbir-se -, como se verá no item a seguir.

É o caso da prova *unilateralmente diabólica*, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas viável para a outra.

Há discussões acerca do momento mais adequado para a aplicação da dinamização do ônus probatório, se na sentença ou na fase instrutória. Para Suzana Santi Cremasco (2009), o ônus da prova não apenas auxilia o julgador no momento da sentença, como também orienta a atuação dos litigantes durante a instrução processual, portanto, em seu ponto de vista, o momento mais adequado para a aplicação dessa teoria seria antes do início da fase instrutória.

No entanto, para Fredie Didier (2015, p. 124-125) não há que se delimitar um momento específico para a redistribuição do ônus da prova, sendo, em seu entendimento, quando da decisão saneadora do processo o momento mais adequado para tanto:

O juiz deve redistribuir o ônus da prova antes de proferir a decisão, de modo que a parte possa se desincumbir do novo ônus que lhe foi atribuído. Essa exigência está expressamente prevista na parte final do §1º do art. 373 do CPC, mas é aplicável a qualquer hipótese de redistribuição judicial do ônus da prova, inclusive nas causas de consumo.

Trata-se de exigência que prestigia a dimensão subjetiva do ônus da prova e, com isso, concretiza o princípio do contraditório.

O momento de redistribuição pode ser qualquer um, desde que se permita à parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser

atribuído. No entanto, parece ser mais oportuna a redistribuição feita por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, como, aliás, expressamente indica o art. 357, III, CPC. (grifo nosso).

A teoria da carga dinâmica do ônus da prova não deve se confundir com a inversão do ônus da prova, apesar de possuírem aspectos semelhantes, são institutos diferentes. A teoria da carga dinâmica busca flexibilizar a distribuição do ônus da prova levando em conta a melhor condição de produção de determinada prova pela parte que inicialmente não teria o ônus de produzi-la. Entretanto a inversão do ônus da prova se origina expressamente da lei, observados os seus requisitos, todo o ônus probatório será invertido e passado para a outra parte (FRIEDRICH, 2013).

Por sua vez, os autores Lucas Buril de Macêdo e Ravi Peixoto (2016, p. 138-139) distinguem a teoria da carga dinâmica da prova de dinamização do ônus probatório:

No CPC/2015, como também no CPC/1973 com maiores dificuldades e empecilhos, seria possível não a *carga dinâmica da prova*, mas a *dinamização* do ônus probatório. Com isso, tem-se a aplicação da *ratio essendi* dessa teoria ao processo civil brasileiro, ocasionando o fenômeno da dinamização do *onus probandi*, ou seja, a mobilidade do que está posto de maneira estática pela lei, como técnica para a tutela dos direitos fundamentais processuais.

[...] é importante que se compreenda: a *dinamização do ônus da prova não equivale ao ônus da prova dinâmica ou à teoria dinâmica da carga da prova*. Enquanto naquela existe um ônus da prova fixo e passível de modificação, nestas o ônus da prova é *sempre* fixado pelo juiz, sem qualquer predeterminação legal. Enfim, o que temos no CPC/2015 é a dinamização do ônus da prova e não o ônus da prova dinâmico – que, pelos graves problemas de segurança jurídica que enseja, não encontra resguardo em nenhum sistema processual.

Tendo isso por base, é importante destacar a grande mudança de paradigma com a adoção da dinamização da distribuição do ônus da prova pelo Código de Processo Civil de 2015, uma vez que, apesar de anteriormente já ser amplamente discutida jurisprudencial e doutrinariamente, com a previsão expressa da possibilidade de dinamização da distribuição dos encargos probatórios no processo, há de ser facilitada sua aplicação e ter-se-á uma valorização do diálogo entre as partes em virtude do princípio da cooperação.

Assim, ocorrerá uma aproximação do processo a princípios e garantias constitucionais, tais como do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, o que resta por viabilizar um procedimento mais justo e passível de tutela adequada pelo poder Judiciário.

Em suma, podem-se diferenciar a distribuição estática do ônus da prova, a inversão do ônus da prova segundo o Código de Defesa do Consumidor e a dinamização do ônus da prova da seguinte forma:

Tabela 1 – Diferenciação entre as formas de distribuição do ônus da prova.

| | Distribuição Estática do Ônus da Prova | Inversão do Ônus da Prova - CDC | Dinamização do Ônus da Prova |
|-------------------------------|--|--|---|
| Dispositivo Legal | CPC/ 73 Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. | CDC Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências; | CPC/ 15 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. |
| Hipóteses de Cabimento | Aplicável à grande maioria dos casos na esfera cível, com exceção das lides de natureza consumeristas. | Cabível nas situações em que o consumidor esteja em condição de vulnerabilidade ante o fornecedor ou verifique-se verossímil sua alegação. | É cabível quando o magistrado verificar a excessiva dificuldade de uma parte em produzir determinada prova a que o ônus lhe é incumbido, em face da maior facilidade da outra parte em produzi-la. |
| Limites | Apenas limita-se aos casos regidos pelo CPC/73. | Possui como limitação a existência de relação de consumo, portanto, limita-se às lides abrangidas pelo CDC. | Limita-se às lides abrangidas pelo CPC/15, ou seja, lides de natureza cível. |
| Momento de Aplicação | Não há um momento exato para sua aplicação, a dinâmica do processo simplesmente segue a distribuição estática como regra, podendo o magistrado atribuí-la ao longo do trâmite processual com relação a determinada prova que entenda ser necessária ao deslinde da lide. | A partir de divergências quanto ao entendimento sobre o momento mais adequado para a sua aplicação, pacificou o STJ no REsp 802.832/MG o entendimento de que, de preferência, deve ocorrer na fase de saneamento do processo. | Parafraseando Fredie Didier Jr. (2015), pode ser aplicado a qualquer tempo, desde que possibilite à parte que se desincumba do ônus que lhe atribuído, entretanto parece-lhe mais adequada no momento da decisão de saneamento do processo. Também há de serem observados os parâmetros fixados no REsp 802.832/MG, no que tange ao momento mais adequado para a inversão. |

Fonte: Do autor.

4. APLICABILIDADE PELO TJDF

4.1 Razões da Seleção Realizada

Conforme disposto nos objetivos deste trabalho, neste capítulo serão abordados os acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em que se evidenciou a discussão com relação à distribuição dinâmica do ônus da prova, sob os aspectos fáticos e jurídicos, divididos em dois grupos, compostos de 5 acórdãos proferidos no período anterior à entrada em vigência do novo Código de Processo Civil de 2015, portanto aplicado o CPC/73, e 5 acórdãos proferidos posteriormente à sua entrada em vigência, e que, conseqüentemente, tiveram sua aplicação, conforme se vê:

Tabela 2 – Acórdãos a serem analisados.

| Anteriores à entrada em vigência do CPC/15 | Após a entrada em vigência do CPC/15 |
|---|---|
| Acórdão 776.349 | Acórdão 1.001.985 |
| Acórdão 783.017 | Acórdão 1.009.757 |
| Acórdão 844.354 | Acórdão 978.062 |
| Acórdão 741.793 | Acórdão 967.812 |
| Acórdão 877.314 | Acórdão 1.011.813 |

Fonte: Do autor.

Com isso, busca-se analisar os principais pontos referentes a cada caso, contextualizando a aplicação ou não do referido instituto, bem como serão apontados os principais argumentos utilizados tanto no deferimento quanto no indeferimento de sua aplicação.

A busca foi feita virtualmente pelo próprio site do referido Tribunal, limitando-se a matéria à dinamização do ônus da prova para relações onde não há relação de consumo entre as partes, excluindo-se, então, a aplicação da inversão do ônus da prova prevista no Código de Defesa do Consumidor, vez que o presente trabalho é direcionado a uma análise quanto à aplicação do disposto nos parágrafos do art. 373 do Código de Processo Civil de 2015, em que a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova está prevista.

Os acórdãos foram selecionados sem qualquer especificação quanto às Turmas Cíveis, após a triagem, a escolha foi realizada conforme dispusessem sobre a matéria delimitada, excluindo-se apenas aqueles a tratarem de inversão do ônus da prova vide o Código de Defesa do Consumidor, como dito anteriormente, visto que o número de acórdãos encontrados referentes à dinamização do ônus da prova no período anterior ao Código de Processo Civil de 2015 mostrou-se relativamente baixo – 9 Acórdãos -, em comparação ao período posterior – 20 Acórdãos.

Isso posto, trata-se de uma análise qualitativa, e não quantitativa, em razão do baixo número de acórdãos tocantes ao tema encontrados nos dois períodos, cujos valores se mostraram insuficientes ao desenvolvimento de dados estatísticos de relevância.

Destaca-se que dos 29 acórdãos encontrados, tocantes ao tema deste trabalho, foram selecionados apenas 10, sejam 5 para contextualizar a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova no período que antecedeu a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, e 5 para contextualizar sua aplicação após a vigência do mesmo código, selecionados estes por seu teor ilustrativo no que tange à dinâmica processual, em que ficaram elucidadas tanto as disposições fáticas quanto a fundamentação dos julgados, assim, entendeu-se por bem serem mais adequados ao cumprimento do que propõe o presente trabalho.

Essa discussão é travada uma vez que, mesmo diante da ausência de previsão legal pelo Código de Processo Civil de 1973, principalmente com fundamento em princípios constitucionais e construções doutrinárias, já vinha sendo aplicada a Teoria da Carga Dinâmica das Provas a alguns processos, em que não havia a possibilidade de inversão do ônus da prova sob o prisma consumerista, como há de se demonstrar mais adiante.

Além disso, a fundamentação adotada em meio a se distribuir dinamicamente o ônus da prova no período anterior a sua previsão expressa pelo Código de Processo Civil de 2015 seguia no sentido dos artigos 339 e 340 do CPC/73, os quais expressam os princípios da solidariedade e cooperação processual, como também era invocado precedente do Superior Tribunal de Justiça que entendeu pela possibilidade de sua aplicação mesmo diante da ausência de

previsão legal – REsp 1.286.704/SP - tecendo, em seu voto, a Ministra relatora Nancy Andrichi considerações importantes sobre o tema, como se vê:

45. Mesmo que a prova não incumbisse exclusivamente às rés, pode-se falar, no mínimo, em distribuição dinâmica do ônus da prova, que tem por fundamento a *probatio diabolica*, isto é, a prova de difícil ou impossível realização para uma das partes, e que se presta a contornar a teoria de carga estática da prova, adotada pelo art. 333 do CPC, que nem sempre decompõe da melhor forma o *onus probandi*, por assentar-se em regras rígidas e objetivas. Com base na teoria da distribuição dinâmica, o ônus da prova recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.

46. Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria, levando-se em consideração, sobretudo, os princípios da isonomia (arts. 5º, caput, da CF, e 125, I, do CPC), do devido processo legal (art. 5º, XIV, da CF), do acesso à justiça (art. 5º XXXV, da CF) e da solidariedade (art. 339 do CPC), bem como os poderes instrutórios do Juiz (art. 355 do CPC). (BRASIL, 2013).

No entanto, agora se presta a analisar como eram proferidas as decisões tocantes a este ponto e como passaram a ser, por meio de uma análise comparativa, em cima de 29 Acórdãos, sobre os números de deferimentos e indeferimentos nos dois períodos, bem como sobre os principais argumentos que embasaram a fundamentação dos magistrados, para, por fim, verificar se houve efetivamente alguma mudança, positiva ou negativa, na dinâmica do processo em face da previsão legal do §1º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015.

4.2. Pontos relevantes dos acórdãos proferidos até a vigência do CPC/15

Conforme exposto acima, a dinamização da distribuição do ônus da prova já vinha sendo aplicada, fora do contexto consumerista, antes mesmo de sua expressa previsão legal, a partir de fundamentos com base, principalmente, nos princípios constitucionais da isonomia, do devido processo legal e do acesso à justiça, como também nos artigos 339 e 340 do Código de Processo Civil de 1973, os quais elucidam os princípios da solidariedade e da cooperação processual, *in verbis*:

Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:
I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

- II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária;
- III - praticar o ato que lhe for determinado. (BRASIL, 1973).

Isso fica claramente evidenciado no acórdão 776.349, da 1ª Turma Cível, de relatoria do Senhor Desembargador Flávio Rostirola, proferido em 02/04/14, em que decidiu-se claramente pela aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, vejamos:

PROCESSO CIVIL. MONITÓRIA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. PRODUÇÃO PELA PARTE AUTORA DE PROVA DE FATO EXTINTIVO DE SEU DIREITO. POSSIBILIDADE. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. RAZOABILIDADE.

1. A teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório se apresenta como alternativa para o magistrado que se depara com caso em que a distribuição estática do ônus da prova, prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, se mostra insatisfatória para conduzi-lo a uma segura convicção acerca da “verdade real”.
2. A dinamização do ônus da prova permite que o julgador atribua a incumbência probatória a quem tenha melhores condições de produzi-la, independentemente da posição processual da parte no processo e da natureza do fato alegado em juízo, seja ele constitutivo, modificativo ou extintivo do direito.
3. Verificada a verossimilhança das alegações de uma parte, e a impossibilidade de que essa traga aos autos a respectiva prova, possível a determinação no sentido de que incumba à outra o ônus probatório, se a esta for mais acessível produzi-la.
4. A exibição dos extratos bancários de empresa, referentes apenas a um mês, com o fito de demonstrar alegação da parte adversa, representa flexibilização razoável do seu direito ao sigilo bancário em face de direito igualmente relevante a uma prestação jurisdicional efetiva e justa, o mais próxima possível da “verdade material”.
5. Negou-se provimento ao agravo. (DISTRITO FEDERAL, 2014).

A principal discussão girava em torno da decisão da 12ª Vara Cível de Brasília, ora agravada, que entendeu por inverter o ônus da prova no sentido de determinar que, no prazo de 30 dias, a empresa agravante apresentasse extrato de movimentação bancária referente ao mês de fevereiro de 2011.

Assim se decidiu em meio a provar se houve ou não o recebimento dos valores cobrados na mesma ação pela própria empresa, por ter alegado a parte *ex adversa* já ter efetuado o pagamento e não dispor mais dos comprovantes de pagamento, vez que se tornaram ilegíveis com o passar do tempo.

A fundamentação do referido relator foi embasada principalmente em construções doutrinárias sobre o tema, bem como nos princípios constitucionais da isonomia, do devido processo legal e do acesso à justiça, e nos princípios da

solidariedade, da lealdade e boa-fé processual extraídos do Código de Processo Civil de 1973, que, em seu entendimento, se mostravam aptos a conferir ampla legitimidade à redistribuição do ônus da prova ao caso concreto, mantendo o ônus probatório a quem, via de regra, não era incumbido de provar, tendo em vista a facilidade de produção por uma parte em contraposição à extrema dificuldade da outra.

No mesmo diapasão, ainda sob a ótica de interpretação sistemática das normas processuais e de princípios constitucionais, está o acórdão 783.017, proferido pela 1ª Turma Cível, de relatoria do Desembargador Alfeu Machado, proferido em 30/04/14, em que se discutia a viabilidade de realização de perícia grafotécnica para o aferimento de legitimidade da assinatura aposta no documento ensejador da restrição creditícia que deu causa ao processo, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO C/C DANOS MORAIS. JUSTIÇA GRATUITA. PEDIDO JÁ DEFERIDO. ALEGAÇÃO DE FALSIDADE DE ASSINATURA. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL GRAFOTÉCNICA RELEVANTE AO DESATE DA LIDE. DOCUMENTO ORIGINAL EM POSSE DE TERCEIRO. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. INCIDÊNCIA DA TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA PARA QUE A RÉ JUNTE AOS AUTOS ESSA DOCUMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO PELO TERCEIRO. VISÃO COOPERATIVA DO PROCESSO. NECESSIDADE DE AFERIR, AINDA, A POSSIBILIDADE DE PERÍCIA EM CÓPIA. PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO. SENTENÇA CASSADA. RECURSO PREJUDICADO.

1. Não se faz necessária a análise do pedido de gratuidade de justiça, quando essa benesse já se encontra deferida nos autos.

2. O direito à prova, derivado dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do acesso à justiça, é considerado direito fundamental e engloba a adequada oportunidade de vindicar a sua produção, de participar da sua realização, bem assim de se manifestar sobre o seu resultado. Não se pode olvidar, ainda, do seu caráter instrumental, cujo intuito é o alcance da tutela jurisdicional justa. Daí a necessidade de se assegurar às partes os meios de prova imprescindíveis a corroboração dos elementos fático-jurídicos por elas narrados.

3. Tratando-se de ação declaratória de nulidade de negócio jurídico c/c danos morais, em razão de indevida restrição creditícia, e evidenciado que o consumidor afirma veemente não ter apostado sua assinatura na aludida avença, a não realização de perícia grafotécnica, com base no argumento de que o documento original encontra-se em posse de terceiro, configura cerceamento de defesa, ensejando o retorno dos autos à Instância de origem para a realização dessa prova técnica.

4. Isso porque, no particular, a própria ré afirma que, por meio da celebração de contrato de cessão de créditos e aquisição de direitos, o credor originário cedeu-lhe parte da carteira de direito de créditos financeiros de sua titularidade referente a operações comerciais e cartão de crédito, que abarca a dívida dos autos. Assim, diante da relação jurídica mantida entre as instituições financeiras e da alegação de que o contrato original permaneceu com a parte cedente do crédito, seria possível a concessão de prazo para que a ré juntasse aos autos tal documentação, frente à hipossuficiência probatória do consumidor e ao dever de colaboração.

5. Mesmo que a prova não seja de incumbência exclusiva da ré, aplicável a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, a qual propicia a flexibilização do sistema, permitindo ao julgador que, diante da insuficiência da regra prevista no art. 333 do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la (CPC, arts. 339 e 340). Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à sua aplicação. Precedentes STJ.

6. Ademais, haja vista que o terceiro também tem o dever de colaboração para com o Poder Judiciário, e a dada a existência de poderes instrutórios do juiz (CPC, art. 130), nada obsta que o julgador determine de ofício a exibição do documento que esteja em poder daquele (CPC, arts. 339, 341, II, e 360).

7. Acresce-se, ainda, a título argumentativo, ser atribuição do Expert aclarar a possibilidade, ou não, de fazer o exame pericial na cópia do documento carregada aos autos, além de estabelecer, com base em seu conhecimento técnico, a margem de eficácia da perícia a ser feita. Precedentes TJDFT.

8. Preliminar de cerceamento de defesa suscitada de ofício. Sentença cassada para determinar o retorno dos autos à Instância a quo, a fim de realizar a perícia grafotécnica. Recurso prejudicado. (DISTRITO FEDERAL, 2014).

No caso em tela, o enfoque foi direcionado na inviabilidade de realização de perícia por não dispor o autor do documento original (necessário para a atuação do perito) uma vez que estava na posse de terceiro, em razão de cessão de crédito feita pelo réu.

No entanto, o referido relator entendeu por ser aplicável a distribuição dinâmica do ônus da prova, aplicando também ao terceiro portador do documento o dever de colaboração para com o poder judiciário, podendo ser exigida a exibição de documentos, desde que resguardadas as devidas ressalvas legais.

Assim, foi cassada a sentença que indeferiu a realização da prova pericial, sob o fundamento de cerceamento de defesa. Determinou-se, por fim, o

retorno dos autos à instância de origem para que houvesse a devida instrução com a realização da perícia grafotécnica.

Cumprido destacar que a aplicação da teoria em foco depende da apreciação pelo magistrado de cada caso concreto, observando suas peculiaridades e avaliando se é o caso de aplicação do instituto, o que nem sempre há de ocorrer, como vemos no acórdão 844.354, proferido pela 3ª Turma Cível, de relatoria também do Senhor Desembargador Alfeu Machado, proferido em 28/01/2015, no qual se discutia a responsabilidade de ressarcimento pelo réu causador de acidente automobilístico que ocasionou danos ao veículo de segurado da autora, veja-se:

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ABALROAMENTO TRASEIRO. NEGLIGÊNCIA DAS CONDIÇÕES DE TRÂNSITO. VERIFICAÇÃO. CULPA EVIDENCIADA. COBERTURA DO SEGURO. OCORRÊNCIA. DIREITO DE REGRESSO PELA SEGURADORA. TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. INAPLICABILIDADE. ALTERAÇÃO NA DIMENSÃO DO DANO PROVOCADO. NÃO COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO A AFASTAR A IDONEIDADE DO ORÇAMENTO E DO CONSERTO REALIZADO NA CONCESSIONÁRIA DA FABRICANTE DO VEÍCULO. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Para que haja o dever de reparação, faz-se necessária a presença dos pressupostos da responsabilidade civil subjetiva/aquilliana, a saber: do ato ilícito; da culpa em seu sentido lato sensu (que engloba o dolo e a culpa em sentido estrito); do nexu causal que une a conduta do agente ao prejuízo experimentado pelo ofendido; e do dano, este como elemento preponderante da responsabilidade civil, sem o qual não há o que reparar. Presentes esses requisitos, impõe-se o dever de indenizar.

2. Apurada a responsabilidade da parte ré, vez que presentes os elementos balizadores do ressarcimento vindicado (ato ilícito, culpa, nexu e dano), e de acordo com o artigo 786 do Código Civil e com a súmula 188 do Supremo Tribunal Federal, tem o segurador direito de reaver do causador do dano o que efetivamente pagou, até o limite previsto no contrato do seguro, descontada eventuais valores já pagos a título de franquia contratual.

3. De regra, cumpre ao autor provar o fato constitutivo de seu direito enquanto incumbe ao réu o encargo probatório de eventuais alegações de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

4. A flexibilização do sistema de encargo probatório estabelecido pelo Código Processual permite o deslocamento ao autor do ônus da prova, calcado nos princípios da cooperação e da igualdade (isonomia), o que se admite com extremo cuidado e em situações excepcionais e decorrentes do caso concreto.

5. Nos casos em que a parte já traz aos autos prova suficiente a demonstrar o direito alegado, inócua se faz a aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório em seu desfavor, posto que

ausente violação ao dever das partes de cooperação e solidariedade na apresentação das provas pelas partes.

6. É razoável que o conserto de veículo cujo ano de fabricação coincida com o da data do sinistro seja realizada na concessionária da fabricante. A idoneidade do orçamento e da fidedignidade do conserto podem ser afastadas somente mediante prova em sentido contrário. Tarefa naturalmente afeta à parte que alega.

5. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Em sede de apelação em face da decisão condenatória em desfavor do réu, este alegou não ter a seguradora autora se desincumbido do ônus probatório quanto ao direito que alega possuir, tendo apresentado um único orçamento com valores que julga exorbitantes.

Alegou também o réu já estar danificado o automóvel antes do acidente, tendo danificado apenas o para-choque traseiro que poderia ser reparado por R\$300,00, nesse sentido, com base na Teoria da Carga Dinâmica das Provas, requereu que o autor provasse o que alega por dispor de melhores condições de cumprir o encargo.

Entendeu, no entanto, o Desembargador relator não haver a necessidade de se promover a flexibilização dos encargos probatórios, vez que não houve violação aos princípios da cooperação e solidariedade processual na produção de provas realizada pela seguradora, entendendo também terem sido suficientes os instrumentos probatórios pela autora apresentados à formação do convencimento do magistrado, mantendo-se a sentença ora apelada.

Similarmente decidiu-se no Acórdão 741.793, proferido pela 3ª Turma Cível, de relatoria do Desembargador Mario-Zam Belmiro, proferido em 27/11/2013, em que litigam a Prefeitura Comunitária das Quadras 110 e 112 de Samambaia (agravante) e o DER-DF (agravado), a tratar, em suma, da responsabilidade sobre o pagamento de honorários periciais pela parte autora, sob o manto da Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, por ser esta beneficiária da justiça gratuita e alegadamente não possuir condições em arcar com tal encargo, o que prejudicaria a produção desta prova que julga imprescindível ao devido deslinde do caso, como se vê:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS PERICIAIS. REQUERENTE PESSOA JURÍDICA. BENEFICIÁRIA DA

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. OPORTUNIDADE PARA RECORRER PRECLUSA.

1. A parte que requereu o exame pericial é a responsável pelo pagamento dos honorários, de acordo com o disposto no art. 33 do Código de Processo Civil.
2. Consoante a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova esta deve ser produzida pela parte que se encontra em melhores condições de fazê-lo, o que não se verifica na hipótese pelo simples fato de a parte ser beneficiária da assistência judiciária.
3. A não interposição de recurso da decisão que determinou o pagamento de honorários periciais em momento oportuno dá ensejo à preclusão.
4. Recurso desprovido. (DISTRITO FEDERAL, 2013).

Todavia, o referido relator entendeu pela impossibilidade de se determinar a realização dos trabalhos periciais de forma gratuita, além da inaplicabilidade da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova pelo simples fato de a parte autora litigar sob o benefício da justiça gratuita, vez que não foram apresentados elementos suficientes a atestar a impossibilidade em arcar com os referidos honorários, razões pelas quais negou-se provimento ao recurso.

De modo diverso está o acórdão 877.314, da 4ª Turma Cível, de relatoria do Desembargador Arnaldo Camanho, proferido em 24/06/2015, em que se discutia a responsabilidade indenizatória da seguradora em face do roubo de veículo da segurada, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL. INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE SEGURO DE VEÍCULO. CERCEAMENTO DE DEFESA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE CIVIL INDEPENDENTE DA CRIMINAL. AGRAVOS RETIDOS IMPROVIDOS. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REJEIÇÃO. ROUBO DO BEM SEGURADO NA POSSE DE CONDUTOR. VEÍCULO OBJETO DE SINISTRO ANTERIOR. QUEBRA DE PERFIL. EXONERAÇÃO DA SEGURADORA. MÁ-FÉ DO SEGURADO. NÃO COMPROVAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PORCENTUAL DA APÓLICE. NÃO OBSERVÂNCIA. MAJORAÇÃO CABÍVEL. JUROS E CORREÇÃO. TERMO INICIAL.

1. Se as provas juntadas aos autos são suficientes para firmar a convicção do magistrado acerca da matéria posta em juízo, não há que se falar em cerceamento de defesa, em face do indeferimento da prova oral e pericial.
2. É aplicável a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, a qual propicia a flexibilização do sistema, permitindo ao julgador que, diante da insuficiência da regra geral prevista no art. 333, do CPC, possa modificar o ônus da prova, atribuindo-o à parte que tenha melhor condições de produzi-la.
3. Nos termos do art. 935, do CC, a responsabilidade civil independe da criminal, sendo facultado ao juiz, diante do caso concreto, avaliar

a possibilidade de suspensão do processo civil até que a questão prejudicial seja definitivamente decidida no juízo criminal, nos termos do que determina o art. 110, do CPC.

4. A localização pela polícia de veículo objeto de crime e de contrato de seguro entre as partes não afasta o interesse da parte segurada de obter o valor correspondente à indenização pela via judicial. Rejeitada a preliminar de falta de interesse de agir.

5. Cabe à seguradora averiguar a inexatidão das informações prestadas, para que se configure a quebra do perfil, bem como comprovar, devidamente, a má-fé do segurado para se exonerar do pagamento de indenização no caso de sinistro do veículo segurado.

6. A indenização securitária deve ser majorada de cem por cento (100%) para cento e dez por cento (110%), se este é o valor previsto expressamente no contrato.

7. O art. 405, do CC, dispõe que o termo inicial para incidência dos juros de mora sobre o valor devido é a data da citação, sendo que a correção monetária, por sua vez, deve incidir a partir da data da negativa de pagamento da seguradora (art. 772, do CC).

8. A indenização por dano moral deve ser fixada considerando a intensidade do dano, bem como as condições da vítima e do responsável, de modo a atingir suas funções reparatórias e penalizante. De igual modo, não pode ser fonte de enriquecimento ilícito. Diante desses parâmetros, se o quantum indenizatório se mostrar excessivo, deve ser minorado.

9. Agravos retidos improvidos. Apelo e recurso adesivo parcialmente providos. (DISTRITO FEDERAL, 2015).

No tocante ao presente tema, a seguradora impugnou a decisão que determinou que esta tivesse o ônus de provar a extensão dos danos causados ao veículo da autora, sob o fundamento de que seria da autora este ônus, com base no art. 333, I do Código de Processo Civil de 1973, portanto requerendo a aplicação da Distribuição Estática do Ônus da Prova.

Contudo, o entendimento do referido relator foi em outro sentido, entendeu pela perfeita aplicabilidade da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova ao presente caso, vez que a seguradora se encontra em melhores condições de arcar com o encargo probatório, em face da dificuldade da parte autora em suportá-lo, fundamentou com base na doutrina, bem como no REsp 1.286.704/SP (BRASIL, 2013) supracitado.

Ante as jurisprudências expostas, pôde-se verificar que a aplicação da dinamização da distribuição do ônus da prova a casos anteriores à entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015 já vinha sendo feita sem muitos entraves, valendo-se os julgadores, basicamente, da mesma fundamentação, seja em princípios constitucionais e em uma interpretação sistemática do Código de

Processo Civil de 1973, seguindo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça proferido no REsp 1.286.704/SP (BRASIL, 2013), o que foi acima mencionado.

No entanto, foi possível verificar que a incidência de suscitação e de aplicação desta teoria tornou-se mais recorrente no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios após o início da vigência do código que trouxe sua previsão expressa, como há de ser demonstrado no que segue.

4.3 Pontos relevantes dos acórdãos proferidos após a vigência do CPC/15

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, diversas mudanças vieram à tona, e entre elas está a previsão expressa por seu §1º do artigo 373 da possibilidade de dinamização da distribuição do ônus probatório entre as partes pelos magistrados, o que, como se viu anteriormente, já vinha sendo aplicado jurisprudencial e doutrinariamente.

Nesse sentido está o acórdão 1.001.985, proferido pela 4ª Turma Cível, de relatoria do Desembargador Arnaldo Camanho, proferido em 08/03/2017, em que a lide entre um particular e o Distrito Federal versou sobre diagnóstico errôneo de doença incurável realizado por médicos da rede pública de saúde, sendo a autora exposta a tratamentos desnecessários para uma doença que sequer possuía, pleiteando reparação de danos materiais e morais, *verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESTAURAÇÃO DE AUTOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PREJUDICIAL. PRAZO QUINQUENAL. ART. 1º, DO DECRETO LEI Nº 20.910/32. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. PRESCRIÇÃO AFASTADA. AGRAVO RETIDO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. MATÉRIA QUE SE CONFUNDE COM MÉRITO. REJEIÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. DIAGNÓSTICO DE LÚPUS ERITEMATOSO SISTÊMICO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. ART. 373, § 1º, DO CPC/2015. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPRESCINIBILIDADE. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. ART. 5º, DO CPC/2015.

1. Nas ações contra a Fazenda Pública, o prazo prescricional da pretensão autoral é quinquenal, nos termos do art. 1º, do Decreto nº 20.910/32, contados da data do ato ou fato do qual se originarem. Além disso, em se tratando indenização a título de danos morais, o termo a quo do prazo prescricional é aquele em que a parte teve conhecimento do fato que ensejou o dano, segundo o princípio da actio nata. Prejudicial afastada.

2. Se a discussão sobre a preliminar de cerceamento de defesa, ante o indeferimento da dilação probatória, se confunde com aquela referente à questão de fundo, deve ser afastada para enfrentamento por ocasião da discussão do mérito. Precedentes. Preliminar rejeitada.
3. Segundo o art. 373, § 1º, do CPC/2015, "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", observadas as condicionantes dispostas no § 2º do referido artigo.
4. Inviável a imposição à parte autora da reprodução de toda a documentação já apresentada, constituindo-se um encargo excessivo e extremamente oneroso, até porque o réu foi quem deu causa ao extravio dos autos originais, no qual se pleiteava indenização à título de danos materiais e morais por diagnóstico errôneo de lupus erimatoso sistêmico. Além do que, o recorrido é quem, evidentemente, dispõe de maior facilidade em buscar informações sobre a anamnese e do histórico clínico da referida paciente ao longo dos anos em que foi acompanhada por profissionais daquele sistema de saúde pública, bem como em apurar o fim dos autos encaminhados àquele órgão para realização de perícia médica.
5. Dadas as peculiaridades do caso concreto, mostra-se imprescindível ao deslinde da causa, sob pena de cerceamento de defesa, e ofensa ao princípio da boa-fé, a produção de prova oral, com o depoimento das partes e oitiva de testemunhas, como forma alternativa de obtenção prova perdida pela outra parte.
6. Agravo retido e apelo providos. (DISTRITO FEDERAL, 2017).

Ocorre que, no desenrolar do processo, houve o extravio dos autos originais, sendo então determinado pelo juízo *a quo* que as partes rerepresentassem os instrumentos probatórios. A parte autora não conseguiu rerepresentar a documentação em que fundava o seu direito, portanto teve julgados improcedentes seus pedidos, razão pela qual apresentou apelação.

Desse modo, entendeu por bem o referido relator, com base no que dispõe o §1º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015 e no princípio da boa-fé processual, pela perfeita aplicabilidade da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, vez que determinar que a parte autora rerepresentasse toda a documentação já apresentada, que atestou o fato constitutivo de seu direito, acarretaria em encargo excessivamente oneroso.

Em contrapartida, a parte ré dispunha de todos os prontuários médicos e documentos de seus pacientes em sua posse, constituindo encargo que

poderia ser facilmente cumprido, portanto inverteu-se o ônus da prova e foi determinado o retorno dos autos ao juízo de origem para que houvesse o prosseguimento com a devida instrução, sob pena de cerceamento de defesa.

No mesmo diapasão encontra-se o Acórdão 1.009.757, proferido pela 8ª Turma Cível, de relatoria do Desembargador Luís Gustavo B. de Oliveira, proferido em 06/04/2017, em que havia a discussão, em suma, sobre a responsabilidade do Distrito Federal em indenizar uma particular pela suposta má prestação dos serviços de saúde pública, vez que alega a autora ter seu bebê sofrido fratura clavicular e parte do material cirúrgico ter sido deixado no interior de sua cavidade vaginal após a realização do parto, *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INTERNO. JULGAMENTO CONJUNTO. ECONOMIA PROCESSUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 373, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO INCONTROVERSO. NEXO DE CAUSALIDADE. VEROSSIMILHANÇA. AGRAVO INTERNO. PREJUDICADO. AUSENTES OS PRESSUPOSTOS PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A decisão recorrida determinou a inversão do ônus da prova, em ação de indenização por danos morais, para facultar ao Distrito Federal a produção de prova de que faltaria relação de causalidade entre as ações dos seus prepostos e o resultado, mais especificamente no que se refere à alegada falha na prestação do serviço médico, por ocasião do procedimento de parto assistido na rede pública de saúde.

2. Dentro dessa moldura fática, o Distrito Federal possuiria maior facilidade para a produção das provas necessárias à elucidação dos acontecimentos narrados na petição inicial, até porque é quem dispõe de toda a documentação sobre o atendimento, os métodos e rotinas na realização dos partos nos hospitais públicos, se houve atendimentos posteriores às autoras e porque razão.

3. Exaurido o objeto do agravo de instrumento, com a submissão da questão pelo Colegiado, reconhece-se a perda de objeto do agravo interno.

4. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E DESPROVIDO. AGRAVO INTERNO JULGADO PREJUDICADO. (DISTRITO FEDERAL, 2017).

A decisão ora agravada atribuiu ao Distrito Federal (agravante) o ônus de provar que as citadas lesões não foram decorrentes da má prestação de serviços médicos, invertendo o ônus da prova com base no §1º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, ou seja, atribui-lhe um ônus que, originalmente, não seria seu.

No entanto, o relator supracitado entendeu pela perfeita aplicabilidade do dispositivo utilizado na decisão agravada, inexistindo imposição de produção de prova impossível ou diabólica, apenas determinou-se que o Distrito Federal fizesse prova da ausência de nexo de causalidade entre as lesões sofridas pela autora e seu bebê e a atuação do ente público. Mantendo-se a decisão agravada inalterada, logo, a distribuição dinâmica do ônus da prova foi mantida. Valeu-se o julgador de vasta fundamentação jurisprudencial referente a casos semelhantes, assim como do próprio dispositivo que previu expressamente o instituto pelo Código de Processo Civil de 2015.

Diferentemente entendeu a 5ª Turma Cível no acórdão 978.062, de relatoria do Desembargador Robson Barbosa de Azevedo, proferido em 26/10/2016, em que a lide versa, primordialmente, sobre a entrega de produtos médico-hospitalares que não foram devidamente pagos, portanto a empresa autora promoveu a cobrança, veja-se:

PROCESSO CIVIL. ÔNUS DA PROVA. DEMONSTRAÇÃO DO FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR. NÃO COMPROVAÇÃO PELO RÉU DE FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO DO AUTOR. ART. 373, II, CPC. NÃO CABIMENTO DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. PROVA NEGATIVA. PROVA DIABÓLICA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Os documentos juntados aos autos demonstram a existência de crédito em favor do autor, consistente na entrega de mercadorias, evidenciadas por meio de nota fiscal e comprovante de entrega. Assim, tem-se que o autor se desincumbiu de seu ônus probatório, atendendo, da forma que lhe cabia, o disposto no art. 373, inciso I, do CPC, segundo o qual o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito.

2. A parte autora não obteve êxito em demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, uma vez que não comprovou o pagamento da dívida decorrente da nota fiscal objeto da lide, a não entrega dos produtos ou a falsidade dos documentos juntados aos autos. Não foi atendida, portanto, a regra do art. 373, inciso II, do CPC/15, impondo-se a procedência dos pedidos autorais.

3. Não obstante isso, o apelante pede a inversão do ônus da prova, para que o autor seja compelido a fazer prova do não pagamento da nota fiscal pela ré. Isso porque a apelante/ré aduz que não possui mais acesso a qualquer informação constante em sistema ou arquivo, que foi desativado concomitantemente ao fechamento da Unidade Hospitalar, o que inviabiliza a comprovação de possível pagamento efetivado pela ré em favor do autor.

4. A regra constante no §1º do art. 373 do CPC, possibilita a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo Juiz, caso entenda

existir dificuldade excessiva para determinada parte e do outro lado se verifique maior facilidade para a parte adversa.

5. Na presente hipótese, mesmo com os relevantes argumentos expendidos pelo apelante, que demonstram a dificuldade em provar eventual pagamento efetivado em favor do autor, tem-se que é impossível a inversão do ônus probatório, de forma a obrigar que o apelado/autor demonstre que o réu não realizou o pagamento da dívida, uma vez que tal exigência exigiria a produção de prova negativa (diabólica), vedada em nosso ordenamento jurídico.

6. Recurso conhecido e desprovido. (DISTRITO FEDERAL, 2016).

Sucedese que a parte autora apresentou nota fiscal e comprovante de entrega, mesmo que cópias, legíveis e aptas a demonstrar a existência da dívida. No entanto, a ora apelante requer que seja invertido o ônus da prova, com base na teoria da carga dinâmica, para que a apelada produza provas do não recebimento do pagamento pelos produtos entregues, em razão de sua alegada excessiva dificuldade em produzir esta mesma prova, já que encerrou suas atividades em setembro de 2014, não possuindo qualquer acesso às informações constantes no sistema.

Contudo, mesmo diante de argumentos relevantes, entendeu o referido relator pela impossibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova previsto no §1º do artigo 373 do Código de Processo Civil de 2015, sob o fundamento de que impor ao autor o ônus de provar o não recebimento dos valores relativos à cobrança acarretaria na exigência da produção de prova negativa ou diabólica, o que é expressamente vedado pelo ordenamento jurídico vigente. Fundamentando na vedação à exigência de prova negativa e apresentando diversos casos em que se decidiu de forma semelhante, manteve-se inalterada a sentença ora apelada.

Nesse sentido também entendeu pela impossibilidade de aplicação da dinamização do ônus da prova a 8ª Turma Cível no acórdão 967.812, de relatoria da Desembargadora Ana Cantarino, proferido em 22/09/2016, *verbis*:

CONTRATO DE LOCAÇÃO. NÃO DEVOLUÇÃO. INDENIZAÇÃO CONTRATUAL. ÔNUS DA PROVA.

1. De acordo com o Código de Processo Civil/15, cabe ao autor comprovar o fato constitutivo do seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

2. Diante da impossibilidade de exigir das partes a produção de prova negativa, admite-se a inversão do ônus da prova, diante das peculiaridades do caso concreto, quando a alguma das partes for impossível produzir a prova que lhe incumbe.

3. Recurso conhecido e provido. (DISTRITO FEDERAL, 2016).

O caso trata de um contrato de locação de equipamentos de engenharia firmado pelas partes, em que a empresa autora afirma que a locatária não fez a devolução desses equipamentos conforme acordado. O juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos da autora por ter entendido que esta não havia provado o direito alegado, razão pela qual apelou apontando as provas já apresentadas junto com a exordial.

A apelada aduz não possuir pendências com a apelante, além de alegar que a apelante tem o ônus probatório referente ao direito que alega possuir, ou seja, alega que a apelante deve produzir prova sobre o não recebimento dos equipamentos, entendendo por insuficientes os elementos probatórios já trazidos na inicial.

Diante disso, entendeu a Desembargadora relatora pela inaplicabilidade da dinamização do ônus probatório ao presente caso, vez que caso fosse aplicada, estaria impondo à empresa locadora o ônus de produzir prova negativa ou diabólica, não havendo como se demonstrar o não recebimento dos equipamentos.

Dessa forma, o ônus recai sobre a empresa locatária de provar ou que devolveu os equipamentos em perfeito estado ou que pagou a indenização referente aos valores dos mesmos, conforme disposição contratual e seguindo a distribuição estática do ônus da prova. Portanto, foi dado provimento ao recurso para reformar a sentença, havendo a condenação da apelada ao pagamento da referida indenização.

De modo diverso entendeu a 6ª Turma Cível no acórdão 1.011.813, de relatoria do Desembargador José Divino, proferido em 20/04/2017, vejamos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. PARTE COM MAIOR CONDIÇÃO DE PRODUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA IMPOSSÍVEL OU EXCESSIVAMENTE DIFÍCIL. DECISÃO FUNDAMENTADA. POSSIBILIDADE.

I – O §1º do art. 373 do CPC consagrou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ao permitir que o juiz altere a distribuição do encargo se verificar, diante da peculiaridade do caso ou acaso previsto em lei, a impossibilidade ou excessiva dificuldade de

produção pela parte, desde que o faça por decisão fundamentada, concedendo à parte contrária a oportunidade do seu cumprimento.
II – Negou-se provimento ao recurso. (DISTRITO FEDERAL, 2017).

Trata-se de ação em que se discute a responsabilidade indenizatória do Distrito Federal sobre a contração de infecção hospitalar por um menor impúbere, nascido prematuramente, em um dos hospitais da rede pública, o que lhe gerou sequelas. O juízo de primeira instância entendeu por atribuir ao Distrito Federal o ônus de provar que as sequelas sofridas pelo menor não seriam decorrentes de infecção hospitalar, razão pela qual agravou o Distrito Federal.

O referido relator entendeu pela maior facilidade do Distrito Federal em suportar o encargo que lhe foi atribuído, não sendo o caso de prova negativa ou diabólica, vez que se pode simplesmente provar o que, de fato, deu causa às sequelas sofridas pelo menor impúbere senão a contração de infecção hospitalar. Com isso, negou-se provimento ao recurso.

Conforme pôde se depreender do acórdão, houve a efetiva aplicação do instituto da dinamização do ônus probatório, de acordo com os seus requisitos balizadores. Neste ponto, verifica-se também que ocorreu uma facilitação quanto à fundamentação da decisão, vez que agora há previsão expressa no Código de Processo Civil e começa a surgir vasto acervo jurisprudencial sobre o tema.

4.4 Análise dos Resultados

Após a exposição de casos sobre o tema para contextualizar o instituto da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova, em dois grupos distintos entre antes e depois da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, pôde-se verificar que, no tocante à aplicação da dinamização da distribuição do ônus da prova, em si, algumas diferenças foram notadas.

Uma mudança sensível foi percebida na facilitação quanto à fundamentação exigida pelos magistrados, que, com o aparato da previsão expressa pelo Código de Processo Civil de 2015, ficou concentrada nos dois parágrafos do artigo 373, e não mais se mostra necessário fazer uma interpretação sistemática das normas processuais e nem levantar princípios constitucionais como o do devido

processo legal, da isonomia e do acesso à justiça, vez que já estão contidos no que se extrai destes parágrafos.

Outro ponto em que se notou ter havido certa mudança, e, certamente, de maior relevância, foi o fato de o número de acórdãos proferidos a tratarem sobre o tema ter aumentado, com base na amostra analisada, de 9 para 20 acórdãos após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

Em consulta jurisprudencial na data de 24/08/2017, no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, temos que, no período anterior ao Código de Processo Civil de 2015, ou seja, até 18/03/2016, foram encontrados apenas 9 Acórdãos a tratarem do tema, e, por outro lado, a mesma busca, na mesma data, pelo período posterior a esta data resultou em 20 Acórdãos.

Entretanto, apesar de o número de Acórdãos tocantes ao tema terem aumentado consideravelmente com a previsão expressa do instituto pelo Código de Processo Civil de 2015, verificou-se que, diferentemente do período anterior, o número de decisões desfavoráveis superou o número de decisões favoráveis à aplicação da Distribuição Dinâmica, conforme se vê na tabela, referente ao mês de Agosto/17, que segue:

Tabela 3 – Resultado da pesquisa.

| | Favoráveis | Desfavoráveis | TOTAL |
|--------------------------|----------------------|----------------------|--------------|
| Antes do CPC/2015 | 6 (66,66%) | 3 (33,33%) | 9 Acórdãos |
| Depois do CPC/15 | 7 (35%) | 13 (65%) | 20 Acórdãos |
| TOTAL GERAL (%) | 44,82% | 55,17% | 29 Acórdãos |

Fonte: Do autor.

Tanto o aumento percebido na suscitação do referido instituto quanto nas decisões desfavoráveis à sua aplicação, podem ser explicadas pelo simples fato de que agora não mais se encontra a dinamização do ônus da prova apenas em construções doutrinárias e jurisprudenciais, o que dava certa abertura

aos magistrados para sua aplicação e acabava por limitar sua visibilidade pela comunidade jurídica.

Agora, em face de sua previsão expressa, encontra-se regradada a aplicação da dinamização do ônus da prova, tanto sua admissibilidade quanto inadmissibilidade, o que, além do mais, possivelmente, acabou por tornar o referido instituto mais conhecido na comunidade jurídica, assim, passou a ser visto com maior frequência como instrumento estratégico processual.

Diante dos casos analisados e expostos, puderam ser identificados os principais argumentos utilizados na fundamentação dos julgadores pelos períodos anterior e posterior à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, sendo eles favoráveis ou desfavoráveis à aplicação da dinamização do ônus probatório aos respectivos casos.

No período anterior ao Código de Processo Civil de 2015, os principais argumentos favoráveis à aplicação da dinamização do ônus probatório eram embasados na doutrina, nos princípios constitucionais da isonomia, do devido processo legal e do acesso à justiça, bem como era aplicada em face da insuficiência da regra adotada pelo antigo código, por meio de uma interpretação sistemática das normas processuais, principalmente dos artigos 339 e 340 do Código de Processo Civil de 1973. Quais sejam, *in verbis*:

Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Art. 340. Além dos deveres enumerados no art. 14, compete à parte:

I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado;

II - submeter-se à inspeção judicial, que for julgada necessária;

III - praticar o ato que lhe for determinado. (BRASIL, 1973).

Já no período posterior à 18/03/2016, a fundamentação favorável à aplicação da referida distribuição do ônus probatório foi simplificada, valendo-se os magistrados, basicamente, do disposto nos §1º do Art. 373 do Código de Processo Civil de 2015 e de jurisprudências relativas a casos similares. Quanto aos argumentos desfavoráveis à aplicação do instituto, não se pôde perceber mudanças marcantes, manteve-se, basicamente, a fundamentação em cima da vedação à prova diabólica, agora contida no §2º do artigo acima mencionado.

Um dos pontos que merecem destaque é com relação à parte ser beneficiária da gratuidade de justiça, se isso por si só já seria suficiente para que sejam redistribuídos os encargos probatórios no processo.

Pois bem, diante dos casos analisados, percebe-se que ainda há muitas controvérsias, pois há Turmas Cíveis que entendem por este fato, por si só, ser insuficiente à aplicação do referido instituto, ao contrário de outras Turmas Cíveis, que enxergam este fato como grande dificultador para que a parte interessada consiga produzir prova imprescindível ao deslinde da lide, em razão do fator econômico exigido para a produção de provas, como no caso, muitas vezes, de provas periciais, por exemplo.

CONCLUSÃO

A distribuição do ônus da prova figura como elemento essencial ao processo como um todo, serve de elemento estruturador da dinâmica em que se dará o andamento processual. Isso posto, fica evidenciado que a depender do modo como se der a distribuição do ônus da prova, a lide pode ter desfechos diferentes.

No que tange à sociedade atual, que está em constante mudança, tanto de suas necessidades quanto de seus interesses, percebeu-se que, a partir do desenvolvimento histórico apresentado, temos nos direcionado a um modelo de jurisdição mais justo e eficiente, prezando-se pelo diálogo e pela cooperação se molda a dinâmica processual, em que a prova passa a ficar mais próxima da verossimilhança, ao invés da ideia de construção da verdade factual.

Em face do exposto, destaca-se para a enorme importância que representa essa mudança de paradigma em torno da distribuição do *onus probandi*, vez que agora foi expressamente prevista pelo Código de Processo Civil de 2015 a possibilidade de distribuição dinâmica, mesmo além do fato de já vir sendo aplicada a sua dinamização com base em construções doutrinárias e jurisprudenciais, após sua previsão expressa, fica concretizada a valorização pelo princípio da cooperação processual, o que acaba por viabilizar uma tutela jurisdicional que mais se adequa à necessidade de cada caso concreto.

A rigidez do modelo de distribuição estática do ônus da prova ficou claramente evidenciada por um modelo em que cada litigante tem seus deveres previamente definidos, e no intuito de promover um processo judicial em que haja uma maior cooperação entre as partes e maior interação com o magistrado da causa, pode-se concluir que o instituto da dinamização da distribuição do ônus da prova vem cumprindo com esse propósito, até então.

É evidente que ainda se passou pouco tempo após a previsão expressa do referido instituto, porém, pela amostra analisada, verificou-se já terem ocorrido algumas mudanças. Nesse sentido, houve um aumento no número de casos em que foi suscitado, acreditando ser em razão da maior visibilidade conferida à distribuição dinâmica do ônus da prova pelo Código de Processo Civil de 2015,

vez que agora não mais se encontra apenas em construções doutrinárias e jurisprudenciais, está devidamente positivado no ordenamento jurídico.

Da mesma forma, pôde-se perceber que a fundamentação agora exigida dos magistrados fica mais objetiva com relação ao período anterior ao Código de Processo Civil de 2015, visto que todos os princípios constitucionais antes levantados, bem como interpretações sistemáticas da legislação processual, encontram-se agora contidos no que se extrai dos dois parágrafos do art. 373 do referido código, ou seja, passa a ser mais clara e objetiva a fundamentação das decisões agora que o instituto se encontra devidamente regrado.

Nesse toar, acredita-se que após um período maior de vigência do Código de Processo Civil de 2015 seja pacificado o entendimento com relação à questão da gratuidade de justiça, se este fator por si só já seria elemento suficiente a ensejar uma distribuição dinâmica do ônus probatório, vez que, no atual momento, ainda se percebem divergências nas decisões em que este ponto foi discutido.

Destaca-se que, para resultados estatísticos relevantes, busque-se pesquisar o presente tema após passado um período maior de tempo, em que estará devidamente sedimentado o Código de Processo Civil de 2015 e suas inovações, e é o que me proponho a realizar em trabalhos futuros.

REFERÊNCIAS

- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Disponível em:
<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10725/1/Lorena.pdf>. Acesso em: 16 maio 2017.
- BATISTA, Simone de Souza. *A inversão do ônus da prova nas relações jurídicas: uma visão moderna do instrumento*. Disponível em:
<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2011/trabalhos_12011/SimonededeSouzaBatista.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2016.
- BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 6 set. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 6 set. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 6 set. 2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1.286.704/SP*. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 22 de outubro de 2013. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32052993&num_registro=201102426968&data=20131028&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 6 set. 2017.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Florianópolis: GZ, 2009.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v.209, p. 349-374, 2012.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 2.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 2.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Agravo de Instrumento*. Acórdão nº 741.793. Terceira Turma Cível. Relator: Des. Mario-Zam Belmiro. Brasília, 27 de novembro de 2013. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 6 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Agravo de Instrumento*. Acórdão nº 776.349. Primeira Turma Cível. Relator: Des. Flavio Rostirola. Brasília, 2 de abril de 2014. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 6 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Agravo de Instrumento*. Acórdão nº 1.009.757. Oitava Turma Cível. Relator: Des. Luís Gustavo B. de Oliveira. Brasília, 6 de abril de 2017. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 6 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Agravo de Instrumento*. Acórdão nº 1.011.813. Sexta Turma Cível. Relator: Des. José Divino. Brasília, 20 de abril de 2017. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 6 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível*. Acórdão nº 783.017. Primeira Turma Cível. Relator: Des. Alfeu Machado. Brasília, 30 de abril de 2014. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 6 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível*. Acórdão nº 844.354. Terceira Turma Cível. Relator: Des. Alfeu Machado. Brasília, 28 de janeiro de 2015. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 6 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível*. Acórdão nº 877.314. Quarta Turma Cível. Relator: Des. Arnaldo Camanho. Brasília, 24 de junho de 2015. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 6 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível*. Acórdão nº 967.812. Oitava Turma Cível. Relatora: Des. Ana Cantarino.

Brasília, 22 de setembro de 2016. Disponível em:
<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 6 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível*. Acórdão nº 978.062. Quinta Turma Cível. Relator: Des. Robson Barbosa de Azevedo. Brasília, 26 de outubro de 2016. Disponível em:
<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 6 set. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível*. Acórdão nº 1.001.985. Quarta Turma Cível. Relator: Des. Arnaldo Camanho. Brasília, 8 de março de 2017. Disponível em:
<<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao>>. Acesso em: 6 set. 2017.

FRIEDRICH, Izabella Naccaratti André. *A aplicação da Teoria da Carga Dinâmica das provas no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em:
<http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/IzabellaNaccaratti.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2016.

GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*. Trad. de Ronaldo Kochem. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v.206, p. 124-133, abr. 2012.

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em
<https://www.tex.pro.br/images/stories/PDF_artigos/060711formacao_marinoni.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 2.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor como Técnica de Distribuição Dinâmica da Carga Probatória*. Disponível em
<http://media.wix.com/ugd//49d6e5_9ea107356ca2d4cd0cac66c3613e325d.pdf>. Acesso em: 6 set. 2017.

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

POZZOBOM, Paulo Eugênio de Castro. O processo civil no estado constitucional: apontamentos sobre o modelo cooperativo de processo. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 18, n. 139, ago 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15299&revista_caderno=21>. Acesso em 5 mai. 2017.

RAMOS, Vitor de Paula. *Ônus da prova no processo civil: Do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da.; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2014, v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 1. 4 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.