

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CÍVIL THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE.

FERRONI, Caroline Martins
CORNÉLIO, Priscilla Guimarães

Resumo: Esse artigo tem como objetivo mostrar qual é o entendimento doutrinário acerca do ônus da prova no Processo. Quais são as circunstâncias para que o juiz ordene a inversão nos processos e qual o seu momento oportuno, com o objetivo de facilitar a demonstração da lide e trazer um conhecimento mais claro ao magistrado.

Palavras-chave: Inversão do ônus da prova. Momento processual. Equilíbrio. Demonstração da lide

Abstract: This article aims to show what is the doctrinal understanding about the burden of proof in the Process. What are the circumstances for the judge to order the reversal in the proceedings and what is the appropriate time, in aims to facilitate the demonstration of the lide and bring a clearer knowledge to the magistrate.

Keywords: Inversion of the burden of proof. Procedural Moment. Balance. Demonstration of the lide.

Introdução

O presente trabalho científico tem como tema a Inversão do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. Este estudo torna-se relevante, pois ao compreender a desproporção entre as forças probatórias das partes, não só existentes no Código de Defesa do Consumidor, mas em todas as áreas jurídicas, fez-se necessário a incorporação no Código de Processo Civil de 2015 a positivação da *Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas* que é flexibilização da regra estática, deu a oportunidade do legislador para aplicar a dinâmica na produção de provas dentro do processo.

Esta teoria tem como objetivo trazer a ideia de um processo civil cada vez mais próximo dos princípios constitucionais que transpassam o conceito do princípio do devido processo legal, da celeridade, da efetividade da tutela jurisdicional, da cooperação, da boa-fé, dentre outros. Tem a intenção de tornar o processo civil mais prático, afastado das teorias e correntes meramente doutrinárias, trazendo a praticidade esperada em um processo moderno. Ignora as posições de conflito entre as partes na relação jurídica processual, mantendo somente o objetivo da busca pela verdade real que cerca a lide. Salientamos também que esta teoria teve grande influência do processualista argentino Jorge Peyrano, ele não foi o criador, mas o grande responsável do precursor da teoria, citando-a em diversas oportunidades em que teve suas obras escritas publicadas.

Esta positivação permite que o encargo imposto a uma parte, pelo juiz, para a produção de uma prova de determinado fato, possa sofrer a inversão quando for identificada a dificuldade da outra parte em produzir a prova, prova esta indispensável para clarear e orientar a decisão mais justa do juiz. Caso uma das partes tenha a impossibilidade ou extrema dificuldade de produzir uma de suas provas poderá o juiz, *ex officio*, redistribuir o ônus de provar.

Conceito de processo

A palavra Processo vem do latim *procedere*, que é um termo que indica a ação de avançar, ir para frente, e é um conjunto sequencial de ações com objetivo comum.

É através de um processo que se pretende atingir os mais variados tipos de propósitos: criar, inventar, projetar, transformar, produzir, controlar, manter e usar produtos ou sistemas.

No Direito, o processo é uma ação a judicial que cria de normas jurídicas, através de um procedimento e de uma relação entre as partes, autor e réu, e o juiz. O seu objetivo é resolver o litígio criado, resguardando o direito individual que está descrito na lei e assim trazer novamente a ordem e a paz social.

O processo possui uma disciplina jurídica capaz de elaborar a sua organização e quais as articulações essenciais para a compreensão dos conceitos jurídicos fundamentais dentro do processo, esta disciplina é chamada de Teoria Geral do Processo.

Um dos ramos do processo tratado neste trabalho é o Civil, que de acordo com o *blog Significados* seu conceito é um “[...] ramo do direito público, que designa normas de atuação no caso de atos que conduzem à aplicação do direito subjetivo, com o objetivo de solucionar algum tipo de conflitos de interesses”

No Brasil, um processo civil decorre de acordo com as normas estabelecidas pelo Código Civil Brasileiro.

Natureza jurídica do Processo

Conforme o artigo de Roberto de Souza Chaves, publicado no dia 18 de dezembro de 2014, no site “*conteúdo jurídico*”, o processo tem a sua natureza jurídica desenvolvida nas seguintes teorias:

1. O Processo como um contrato: para esta teoria o processo é como um contrato onde as partes se obrigaram a fazer alguma coisa que acabou gerando um conflito que necessitou ser submetido ao juiz para decidir qual a melhor ação que deve ser tomada para a solução da lide.

2. O Processo como um quase-contrato: esta teoria é definida como *quase-contrato*, pois diferentemente de um contrato convencional as obrigações são definidas em lei com base na presumível vontade das partes, onde as mesmas compareceram voluntariamente para se submeter às decisões judiciais.

3. O Processo como relação jurídica: esta teoria aborda a relação jurídica entre as partes e o Estado-Juiz, autor, réu e Juiz, chamada de Relação Jurídica Processual. Tem como objetivo a prestação jurisdicional através dos pressupostos processuais.

4. O processo como situação jurídica: esta teoria defende a situação enfrentada pela pessoa enquanto tenta fazer valer o direito material afirmado em juízo. A sua tese central afirma que um processo não se encerra com a relação jurídica entre os seus sujeitos, pois não há direitos e deveres entre eles. O que existe é o direito material. Entretanto esta teoria já foi abandonada por não ter conseguido convencer os estudiosos de que não haveria a relação jurídica processual.

5. O processo como instituição: Neste caso o processo é estudado como conjunto de regras de direito que formam um todo único. A crítica imediata a tal teoria seria, de plano, a manifesta impossibilidade de se definir, com precisão e convergência de entendimentos, o significado de "instituição jurídica". Não se presta, assim, a explicar minimamente a natureza jurídica do processo.

6. O processo como mero procedimento: O processo é uma série ordenada de atos previstos em lei com o objetivo de produzir um efeito jurídico final.

7. O processo como procedimento em contraditório: Complementando a teoria anterior, o processo em contraditório denominado a relação jurídica processual, começa a se considerar à participação das partes como direito constitucionalmente garantido.

8. O processo como categoria complexa: Nesta teoria o processo é constituído de aspectos que definem a sua forma, são eles: o procedimento, a relação entre os sujeitos (relação jurídica processual). Sua estrutura admite o contraditório de tudo que se é produzido pela parte contrária e compreende o processo como o procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre os seus sujeitos, sempre presente o contraditório.

9. O processo como categoria jurídica autônoma: Nesta teoria os procuram classificar o processo em uma das teorias já existentes dentro de uma das categorias jurídicas. São elas:

a) "Processo" como um sistema de técnicas coordenadas por uma ciência ou área de conhecimento específico, que visam à composição de lides, a solucionar conflitos jurídicos. Referimo-nos, aqui, ao emprego do vocábulo "processo" para designar o próprio ramo do direito conhecido como "Direito Processual". Seria uma acepção de cunho institucional.

b) "Processo" como método de trabalho para a efetivação do exercício da jurisdição, da ação e da defesa, pelos respectivos sujeitos atuantes. Trata-se de método pré-definido pelo direito positivo e iluminado pelos princípios. É o "processo" como modelo abstrato a ser observado pelos litigantes.

c) "Processo" como vocábulo utilizado para designar a realidade fenomenológica da experiência dos juízes e das partes em relação a cada um dos conflitos concretamente trazidos ao Estado-juiz em busca de composição, solução ("processo" como realidade concreta). Corresponderia, aqui, aos autos do processo.

Evolução histórica do Direito Processual

O direito processual por ser uma ciência jurídica que cuida do conjunto de normas regulamentadoras, por isso vem evoluindo com o passar dos anos juntamente com os interesses da sociedade em que atua.

O processo surgiu quando o Estado decidiu que não seria mais válida a justiça pelas próprias mãos, encarregando a si o exercício da jurisdição.

Sua evolução histórica de acordo com o autor Fred Didier, costuma-se se dividir em três fases¹: o momento inicial ficou conhecido como *sincretismo ou praxismo*, onde não havia distinção entre o direito material e o direito processual, o caso era estudado somente no seu aspecto prático. Em seguida, destacou-se o *processualismo*, onde o direito processual e o material foram divididos e desenvolvidos separadamente devido ao reconhecimento de suas diferenças funcionais. E por fim o *instrumentalismo*, onde estes dois ramos do direito, o processual e o material, criaram uma relação de interdependência, aonde o direito processual efetiva o direito material.

Sendo assim, classifica direito material como uma ciência que trata os fins do direito, é a lei que define, garante ou exige o direito do indivíduo, ele prevê a matéria objetiva que se fundamenta dentro do processo.

Já o direito processual ou formal, é o ramo que determina os procedimentos necessários para se discutir o direito material. Atualmente este ramo é estudado no *Neoprocessualismo* base de grande estudo para a formação do atual Código de Processo Civil, a lei 13.105 de 2015, que defendeu a ideia de que no processo deve-se conter primeiramente o princípio da cooperação, do devido processo legal e da boa-fé, ou seja, destaca-se a importância dos valores fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 para a construção e aplicação do formalismo

processual. Dessa forma o processo se torna mais dinâmico, um bom exemplo de técnicas jurisdicionais para a melhor tutela jurisdicional é a distribuição do ônus da prova.

Enfim, o *Neoprocessualismo* vem dar o suporte para a construção de novas teorias que serão capazes de trazer práticas mais eficazes efetivas para prestar a tutela jurisdicional.

Princípios processuais atinentes às provas

Os princípios processuais são normas do Direito Processual Fundamental que servem para nortear a compreensão de todas as demais normas processuais jurídicas civis.

Os princípios aqui arrolados, não normas exclusivas para o entendimento das provas, mas que se atrelam a elas devido ao seu entendimento no juízo cível.

a) *Princípio da Isonomia*: Também conhecido como o Princípio da Igualdade, tem a sua previsão legal no artigo 5º da Constituição Federal e no artigo 7º do NCPC/15.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Este princípio visa observar alguns aspectos como a imparcialidade do juiz, a relação de tratamento das partes, que devem ser tratadas de forma igual nas suas igualdades de forma desigual nas suas desigualdades e ter amplo acesso à justiça sem nenhum tipo de discriminação. É através desta norma processual que se equipara o processo, dando as partes o direito de deduzir e defender adequadamente as suas razões.

b) *Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa*: A Constituição Federal prevê o contraditório e a ampla defesa em seu artigo 5º, inciso LV, que reza: “Art. 5º.

LV. Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”. São princípios que refletem a democracia no processo, efetivando-se o direito de resposta, tanto na participação como na influência da decisão, são para garantir as partes, que elas serão ouvidas, ou seja, o se direito fundamental. A todo ato decisório caberá este princípio, pois é através dele que se garante a efetivação de outro princípio, o da não surpresa que está previsto no artigo 10 do NCPC/15: “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” Sendo assim, aplicando-se este princípio a produção de provas, qualquer prova que for produzida no processo, dará a outra parte o direito de resposta.

c) *Princípio da Proibição da Prova Ilícita*: Este princípio encontra-se fundamentado na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LVI que diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”. Apesar de ser um princípio de proibição constitucional sua regra não se torna absoluta.

Se analisarmos a aplicação deste princípio em um caso concreto onde ele entre em choque com outro princípio, o juiz poderá afastar os efeitos recaídos sobre a prova ilícita, para que assim obtenha a justa solução do caso.

Esta conduta do juiz é prevista em outro princípio do direito processual, O *Princípio da Proporcionalidade*, que permite afastar dos princípios e dos direitos fundamentais os seus efeitos, casos estejam em conflitos, para achar uma solução que atenda melhor o interesse de ambas as partes e a busca da verdade. Sendo assim, o princípio da Proibição da Prova Ilícita é constitucionalmente previsto, mas pode ter seus efeitos afastados dependendo do caso concreto.

d) *Princípio Dispositivo e Inquisitivo*: Este princípio do Dispositivo pressupõe que as partes têm a incumbência de provocar o judiciário com o seu litígio, produzindo o máximo de provas para que assim o juiz possa decidir a lide.

Já o Inquisitivo garante ao juiz a liberdade na relação processual, pode agir quando necessário de ofício para descobrir a verdade.

A liberdade do Juiz demonstra claramente que sua conduta está contígua a mais um princípio, que é o *Princípio da Livre Investigação das Provas*, que quer

dizer que o magistrado não precisa fundamentar sua decisão somente no que for apresentado pelas partes, caso for do seu entendimento ele poderá solicitar a produção das provas que achar necessário para julgar o processo, conforme previsto nos artigos:

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.

Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

e) *Princípio da Oralidade*: Este princípio relaciona-se com a produção de provas prevista no artigo 361 do Novo Código de Processo Civil, que prevê a produção de forma oral para o esclarecimento do magistrado sobre os fatos. Esta produção ocorre no momento da audiência de instrução e julgamento trazendo mais celeridade ao processo, pois isto diminui o número de atos processuais.

Art. 361. As provas orais serão produzidas em audiência, ouvindo-se nesta ordem, preferencialmente:

I - o perito e os assistentes técnicos, que responderão aos quesitos de esclarecimentos requeridos no prazo e na forma do art. 477, caso não respondidos anteriormente por escrito;

II - o autor e, em seguida, o réu, que prestarão depoimentos pessoais;

III - as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu, que serão inquiridas.

Parágrafo único. Enquanto depuserem o perito, os assistentes técnicos, as partes e as testemunhas, não poderão os advogados e o Ministério Público intervir ou apartear, sem licença do juiz.

A oralidade compõe-se de alguns elementos como:

- A concentração que quer dizer que as provas devem ser produzidas em um fator mínimo de audiência;
- A imediação, que dispensa intermédio já que as provas serão realizadas diretamente ao juiz;
- A identidade da pessoa física do juiz, onde o magistrado acompanha todo o processo, mantendo o equilíbrio já que é a pessoa indicada para jogar a lide;
- A irrecorribilidade das decisões interlocutórias que evitam as divergências no processo.

f) *Princípio do Ônus da Prova*: Com o Código de Processo Civil de 2015 foi acrescida uma nova redação no tocando do ônus de provar, que está previsto no parágrafo 1º do artigo 317 do NCPC/15, que prevê que a carga probatória recairá sobre a parte que tem melhores condições de para esclarecer os fatos.

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.

Este princípio está diretamente atrelado a principal regra do novo Código, o *Princípio da Cooperação*, fundamentalmente previsto no artigo 6º do NCPC/15, que reza: “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”.

Provas

Neste capítulo será abordado o conceito geral de prova e qual o seu objetivo dentro do processo. Por se tratar de um fato extremamente importante no processo, o Novo Código de Processo Civil de 2015 demonstra um rol exemplificativo dos meios de fontes de provas, então será demonstrado uma breve compreensão sobre cada uma, apontada suas principais características. A Constituição Federal também prevê a proibição da produção de provas ilícitas, este capítulo trará situações em que a mesma poderá ser permitida vinculadas com um pressuposto processual.

Conceito

A palavra prova vem do latim *probatico*, que emana do verbo *probare*, com o significado de exame, verificação, é a demonstração de um fato da vida humana ou alguém. De acordo com a ciência forense a prova é a evidência ou indicio de algo.

A prova no processo jurisdicional possui vários significados, conforme o autor Daniel Amorim (2017), são eles:

- a) Significa atos produzidos para gerar o convencimento do juiz;
- b) Pode significar também a forma como a prova será produzida, se de forma documental, testemunhal;
- c) Prova também é constituída de coisas ou pessoas que transmitem informações capazes de provar a veracidade da alegação;
- d) E por fim o simples ato de convencimento do juiz, que fundamenta sua decisão com base no que foi provado nos autos.

O objetivo da prova é determinar quem tem a razão na relação processual, de forma prática através das provas que foram apresentadas no decorrer do processo que influenciaram uma decisão judicial.

A produção de provas está garantida na Constituição Federal através dos princípios *do devido processo legal* e *do contraditório*.

Meios e fontes de prova

O novo Código de Processo Civil garante em seu artigo 369 o direito das partes em produzir provas idôneas.

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

A uma diferença doutrinária a respeito de meios e fontes de provas, os meios são as técnicas que trazem as provas ao processo, estas provas que desenvolvidas foram extraídas de uma fonte, que são pessoas e coisas, para demonstrar a veracidade que provem dos fatos e ajudar na decisão do magistrado.

As fontes de provas são inseridas no processo através dos meios de provas que estão relacionados no NCPC/15 nos artigos 384 aos 481, são eles:

a) *Ata Notarial*: Está prevista no artigo 384 do NCPC/15 e tem como finalidade documentar a existência de algum fato jurídico através do Tabelião do Cartório de Notas. A prova documentada por ele possui fé pública e contém os fatos narrados com dia e horário, podendo se anexar até imagens e vídeos. A ata notaria geralmente é utilizada para comprovar fatos que ocorreram pela internet, pois as páginas podem vir a sair do ar, mas se declaradas ao Tabelião poderão ser usadas como prova lícita para o convencimento do juiz.

Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.

b) *Depoimento Pessoal*: Está previsto no artigo 385 do NCPC/15 que prevê a possibilidade da parte requer o depoimento pessoal da outra parte em audiência de instrução e julgamento a fim de se conseguir esclarecimentos dos fatos em questão ou até mesmo uma confissão. Por mais que a redação do artigo impõe o depoimento a requerimento da parte, ele poderá ocorrer a pedido do juiz de ofício, e não ser confundido como um interrogatório. A lei ainda prevê no parágrafo 1º deste artigo, situação de sanção a parte que intimada pessoalmente que não comparecer ou se recusar a prestar depoimento sob pena de confesso. No parágrafo 2º veda a parte que ainda não depôs assistir o depoimento da outra. E no parágrafo 3º, a lei ainda prevê a possibilidade de se colher o depoimento via videoconferência caso o depoente residir em comarca, seção ou subseção diversa da onde tramite o processo.

Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício.

§ 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena.

§ 2º É vedado a quem ainda não depôs assistir ao interrogatório da outra parte.

§ 3º O depoimento pessoal da parte que residir em comarca, seção ou subseção judiciária diversa daquela onde tramita o processo poderá ser colhido por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, o que poderá ocorrer, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento.

O código no artigo 388 relata as hipóteses em que o depoente não fica obrigado a depor sobre os fatos.

Art. 388. A parte não é obrigada a depor sobre fatos:

I – criminosos ou torpes que lhe forem imputados;

II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo;

III – acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível;

IV – que coloquem em perigo a vida do depoente ou das pessoas referidas no inciso III.

Parágrafo único. Esta disposição não se aplica às ações de estado e de família.

c) *Confissão*: Está prevista no artigo 389 e segundo o autor Daniel Amorim Naves, ela ocorre quanto “a parte admite a verdade de um fato contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão envolve três elementos: reconhecimento de um fato alegado pela parte contrária; voluntariedade da parte que reconhece o fato; prejuízo ao confitente decorrente de seu ato”.

A confissão acontece de forma judicial ou extrajudicial, espontaneamente ou provocada pela outra parte e só é admitida como meio de prova se observados os requisitos presente no artigo 392 do NCPC/15. O confitente deverá ser capaz e caso a confissão ocorra por representante só será válida nos limites que em vincular o representado, e os fatos não deverão ser relativos a direitos indisponíveis.

Art. 389. Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário.

Art. 390. A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada.

§ 1o A confissão espontânea pode ser feita pela própria parte ou por representante com poder especial.

§ 2o A confissão provocada constará do termo de depoimento pessoal.

Art. 392. Não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis.

§ 1o A confissão será ineficaz se feita por quem não for capaz de dispor do direito a que se referem os fatos confessados.

§ 2o A confissão feita por um representante somente é eficaz nos limites em que este pode vincular o representado.

A confissão atrela-se ao *princípio da indivisibilidade* conforme o artigo 395 do NCPC/15, que quer dizer que a parte não pode aproveitar somente o que lhe beneficia no depoimento do confitente, pois a sua confissão conforme o dispositivo legal pode ser distingui em confissão simples e complexa. Na simples, o confitente aborda somente os fatos contraditórios ao seu interesse e na complexa ele apresenta elementos novos favoráveis aos seus interesses, neste caso o artigo 395 prevê a possibilidade de se cindir-se, já que os fatos novos são capazes de produzir defesa ou reconvenção.

Art. 395. A confissão é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, porém cindir-se-á quando o confitente a ela aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.

d) *Exibição de documento ou coisa*: Está previsto no artigo 396, e nada mais é que a ordem do juiz sobre as partes para se produzir determinada prova que se encontre em seu poder, observando-se alguns requisitos que estão presente no artigo 397, são eles: a individualização do documento o coisa, qual a finalidade para produção de determinada prova e em que circunstâncias o requerente acredita que a parte ou o terceiro terá condições de apresentar a prova exigida.

Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa que se encontre em seu poder.

Art. 397. O pedido formulado pela parte conterà:

- I - a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa;
- II - a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa;
- III - as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

O código prevê um prazo de 5(cinco) dias para a parte presente resposta sobre a produção da prova, caso afirme que não possua condições de produzi-la será necessário que prove por qualquer meio, caso não o faça dentro o prazo ou sua recusa seja ilegítima, o magistrado aplicará a presunção da veracidade dos fatos que deveriam ser provados ou adotará medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para o que documento seja exibido, conforme o parágrafo único do artigo 400.

Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

- I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;
- II - a recusa for havida por ilegítima.

Parágrafo único: Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.

O juiz só admitirá a recusa caso a parte não tenha a obrigação de provar ou se por seu entendimento a mesma não tenha condições de produzir o que foi requerido.

Quando a incumbência de produzir a prova for de um terceiro o prazo é aumentado para 15 (quinze) dias, a ele também é aplicado medidas punitivas para

assegurar a produção da prova, como a expedição de mandado de apreensão, imputabilidade de responsabilidade de crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas mandamentais ou sub-rogatórias diante de sua recusa sem motivo.

Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver.

Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.

Entretanto a lei admite no artigo 404 hipóteses em que a parte e o terceiro não são obrigados a produzir as provas que lhe são imputadas, são elas:

- Assuntos referentes aos próprios negócios ou a vida da própria família;
- Caso viole sua honra ou de uma das partes e terceiro, bem como os parentes consanguíneos;
- Se lhes representar perigo em uma ação penal;
- Caso o prova tenha relação com assuntos de estado ou profissão que requerem sigilo;
- Motivos que o juiz entenda como graves para a produção da prova;
- Ou esteja expressamente vedado em lei

Se um desses motivos imputar somente a uma determinada parte do documento o parágrafo único do artigo 404 admite a possibilidade da prova ser apresentada em cartório para que dela seja extraída uma cópia.

e) *Prova Documental*: Está previsto no artigo 405 e representa toda a prova que é materializada de alguma forma. A prova documental é muito utilizada por apresentar informações consolidadas, seguras e consistentes.

Existem dois tipos de documentos, os públicos e os particulares, cada um com o sua força probante.

O documento público está citado no caput do artigo 405 que diz: “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o chefe de secretaria, o tabelião ou o servidor declarar que ocorreram em sua presença.”, quando exigido no processo se torna insubstituível.

O documento particular é todo aquele que é produzido sem a intervenção de um oficial público, e de acordo com o artigo 408 as declarações nelas contidas presumem-se verdadeiras somente em relação ao signatário.

No novo Código de Processo Penal, o juiz aceitará no processo a utilização de provas do meio eletrônico, conforme o artigo 439 a utilização dependerá da sua conversão na forma impressa e o juiz fará a sua avaliação quando ao valor probante.

f) *Prova Testemunhal*: É um meio de prova produzido por terceiro no processo, que de alguma forma poderá relatar sobre o fato que está sendo litigado e será sempre admitida caso não houver lei que de modo diverso.

As testemunhas são classificadas de três formas: presenciais, de referências ou referidas. As presenciais são aquelas que presenciaram o fato, as de referência são aquelas que souberam do fato por terceiros e por fim, as referidas é aquela que teve o seu nome citado no depoimento de outra testemunha.

A lei prevê no artigo 447 que todas as pessoas são capazes para testemunhas, exceto os incapazes por enfermidade ou deficiência, aos menores de 16 anos, aos impedidos no processo como cônjuge, ascendente e descendente, se é parte na causa ou que intervenha em nome de uma das partes; e aos que são suspeitos, os amigos ou inimigos das partes ou se tiver interesse no litígio.

O juiz poderá coletar os depoimentos dos não aptos, salvo se achar necessário atribuindo a eles o valor probante que achar merecer.

g) *Prova Pericial*: Prevista no artigo 464, a prova pericial é solicitada para esclarecer algum fato que exige conhecimento técnico específico para sua compreensão, ela pode ser requerida de ofício ou pelas partes.

Após a aceita o pedido, o juiz nomeará um perito judicial e que poderá ser impedido ou suspeito. Quando definido o perito, as partes serão intimadas e terão ciência do local, data e horário que terá início a produção da prova.

h) *Inspeção Judicial*: Está previsto no artigo 481 que permite ao juiz munido de um ou mais peritos, possa a qualquer tempo inspecionar coisas, lugares ou pessoas a fim de se esclarecer qualquer fato de interesse na sua decisão. As partes

tem o direito de acompanhar a inspeção prestando esclarecimentos e fazendo observações que acharem necessárias.

Este rol é meramente um rol exemplificativo, pois o código prevê que seja produzido qualquer tipo de prova de forma moralmente legítima.

Classificação da prova

A prova pode ser classificada como fato (diretas e indiretas), como sujeitos (pessoais e reais), como objeto (testemunhais, documentais e materiais) e como à preparação (casuais ou simples e pré-constituídas).

A prova direta é aquela que procura demonstrar a veracidade do fatoprobandoalegado pelo seu autor, e a indireta são os indícios que presumem a veracidade de um fato principal, são alegações circunstanciais de um pensamento dedutivo.

A pessoal é aquela produzida através da afirmação de fé de uma pessoa consciente, e areal é aquele tipo de prova que demonstra fatos reais por meio da análise de objetos e coisas.

O objeto da prova traduz a sua forma, ou seja, a maneira com que ela será apresentada ao juiz. Elas podem ser orais por meio de afirmação pessoal, documentais tanto escritas como gravadas e materiais que consiste em qualquer matéria capaz de provar o fato probando.

E quanto a sua preparação a prova pode ser casual ou simples, que quer dizer a forma como elas são preparadas dentro do processo e as pré-constituídas são preparadas previamente para possível utilização no processo.

A Proibição da prova ilícita

A Prova ilícita é constitucionalmente proibida de acordo com o artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal que reza: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Ela é composta por toda prova produzida que ofende a norma legal, podendo ser ilegítima ou ilícita. A ilegítima é quando viola o direito processual durante a sua produção e a prova ilícita é aquela que viola a norma de direito substancial e ocorre no momento da colheita da prova.

Atualmente a corrente majoritária admite que o juiz possa usar uma prova ilícita para fundamentar a sua decisão através do *princípio da proporcionalidade*, onde será analisado o interesse das partes e seguindo algumas condições para a sua utilização:

- a) Gravidade do caso;
- b) Espécie da relação jurídica controvertida;
- c) Dificuldade de demonstrar a veracidade de forma lícita;
- d) Prevalência do direito protegido com a utilização da prova ilícita comparado com o direito violado;
- e) Imprescindibilidade da prova na formação do convencimento judicial.

A ponderação de utilização desta prova se dará diante a utilização do caso concreto, analisando o direito que será atingido através dela.

Em se tratando de Prova ilícita, temos uma corrente que aborda a prova ilícita por derivação, teoria conhecida como a *“fruto da árvore envenenada”*.

Por essa teoria, entende-se que a prova obtida ilicitamente afeta todas as provas que dela derivam. Como por exemplo, se ocorre uma interceptação telefônica sem ordem judicial esta prova se torna ilícita. Se através dela se toma conhecimento de um fato criminoso, tendo como exemplo que em determinado dia e lugar serão entregues pacotes de droga e esse virem a ser apreendidos, nesse caso, obteve-se uma prova lícita, os pacotes de droga, porém, obtidos de forma ilícita, interceptação telefônica não autorizada judicialmente.

A teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruitsofthepoisonoustree*) foi criada pela Suprema Corte Americana, segundo a qual o vício da planta se transmite a todos os seus frutos.

Com base nesta teoria, o juiz pode invalidar a prova derivada, pois a mesma estaria viciada devido à ilicitude da conduta primária que se estende até onde seus efeitos possam perdurar ou atingir.

No Brasil, se defende na doutrina e na jurisprudência a adoção dessa Teoria. A esse respeito, apresentamos dois precedentes do Supremo Tribunal Federal, um do Ministro Marco Aurélio (1994) e outro, mais recente, Ministra Ellen Gracie (2002):

A doutrina da proscrição dos *fruitsofthepoisonoustree* é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da

prova ilícita, mas também a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, que tem seu pressuposto na exigência da legitimidade jurídica da ação de toda autoridade pública. (Habeas Corpus 74.299 – SP, em 22.03.1994, Rel. Min. Marco Aurélio).

Atestamos, nessas linhas, um precedente julgado pelo STF com sustentáculo nesta doutrina: HC 81993/MT, Rel(a) Ellen Gracie):

HC 81993 / MT - MATO GROSSO. HABEAS CORPUS. Relator(a) Min. ELLEN GRACIE. Julgamento: 18/06/2002 Órgão Julgador Primeira Turma. Publicação DJ 02-08-2002 PP-00084 EMENT VOL-02076-05 PP-00898. Parte(s). PACTE.: ALBERTO COURY JÚNIOR. IMPTE.: LUIZ BRASIL CORRÊA. COATOR : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

EMENTA: Habeas corpus. Inquérito policial baseado em elementos objeto de busca e apreensão, considerada ilegal em sede de mandado de segurança. Decisão que determinou a restituição dos documentos apreendidos. Pretensão de subordinar os elementos colhidos posteriormente à busca e apreensão a este ato, considerando-os ilícitos com base na teoria dos frutos da árvore envenenada (fruitsofthepoisonoustree). Pretensão afastada, diante da não demonstração inequívoca de que todos os elementos que lastreiam o inquérito policial são derivados da busca e apreensão. Necessidade de exame acurado de prova, inviável no âmbito restrito e expedito do writ. Habeas corpus indeferido.

Indexação

- DESCABIMENTO, "HABEAS CORPUS", NECESSIDADE, EXAME, PROVAS // IMPOSSIBILIDADE, ANULAÇÃO, INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, RAZÃO, ILICITUDE, BUSCA E APREENSÃO, EXISTÊNCIA, DIVERSIDADE, ELEMENTOS PROBATÓRIOS, INQUÉRITO POLICIAL // NECESSIDADE, DEMONSTRAÇÃO, ILICITUDE, DERIVAÇÃO, APLICAÇÃO, TEORIA, FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA.

Observação. Votação: unânime. Resultado: indeferido. Número de páginas: (6). Análise:(MML). Revisão: (CTM/AAF). Inclusão: 06/11/02, (SVF).

Entretanto, a teoria dos frutos da árvore envenenada têm encontrado limitações. Quando a prova obtida ilicitamente não for a única do processo, havendo outros meios probantes, e aquela prova não comprometer a validade das outras que dela não são derivadas não se aplica a teoria dos frutos da árvore envenenada, mas sim a *Teoria da Fonte independente da prova derivada*.

De acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação da Teoria da Fonte independente derivada, que na pessoa do Min. Ilmar Galvão decidiu pela não-aplicação da Teoria dos frutos da árvore envenenada no caso ilustrado. *In verbis*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROVA ILÍCITA. ESCUTA TELEFÔNICA. FRUITS OF THE POISONOUS TREE. NÃO-ACOLHIMENTO. Não cabe anular-se a decisão condenatória com base na alegação de haver a prisão em flagrante resultado de informação obtida por meio de censura telefônica

deferida judicialmente. É que a interceptação telefônica – prova tida por ilícita até a edição da Lei nº 9.296, de 24.07.96, e que contaminava as demais provas que dela se originavam – não foi a prova exclusiva que desencadeou o procedimento penal, mas somente veio a corroborar as outras lícitamente obtidas pela equipe de investigação policial. Habeas corpus indeferido.” (HC 74599, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 03/12/1996, DJ 07-02-1997 PP-01340 EMENT VOL-01856-02 PP-00380).

O que se pode perceber é que deve ser feito um sopesamento dos valores, direitos fundamentais envolvidos na demanda e, em seguida, analisar o princípio da proporcionalidade, a fim de admitir-se ou não a prova derivada de prova ilícita.

Do ônus da prova

Neste capítulo será abordado um conceito breve sobre o que é ônus da prova, a forma como suas teorias se desenvolveram ao longo da história e como esta regra era aplicada no antigo Código de Processo Civil (1973).

Abordará também a forma prática desta inversão, como ela pode ser distribuída no decorrer do processo e quais os requisitos necessários para que ocorra.

E por fim quais os dois ramos de maior atuação da teoria de cargas dinâmicas da distribuição do ônus da prova.

Conceito

A palavra *ônus* tem origem do latim, que quer dizer carga, peso e obrigação. No código de Processo Civil de 1973 se enquadra melhor nesta definição de encargo. O código anterior trás uma carga de obrigação que se recai sobre uma pessoa ou coisa. Sua redação demonstra este peso de “castigo”:

Art. 333 (CPC/73). 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.

O ônus da prova nada mais é que o encargo imposto a uma parte, pelo juiz, para a produção de uma prova de determinado fato. Caberá esta inversão quando o magistrado identificar a dificuldade da outra parte em produzir a prova, prova esta indispensável para clarear e orientar a decisão mais justa do juiz.

O novo código de Processo Civil de 2015 trabalha com a ideia de cooperação não processo, e não de um “castigo” como encarado no anterior, tanto que sua redação já demonstra a necessidade de esclarecimentos dos fatos para o juiz:

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.
 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.

Conforme o autor Daniel Neves o ônus da prova divide o seu estudo em subjetivo e objetivo. Referente ao estudo subjetivo da prova é analisado a responsabilidade da parte que deve produzir a prova, e no objetivo estuda-se as regras de julgamentos utilizadas pelo juiz no momento de se proferir a sentença. Caso encontre provas que sejam insuficiência ou inexistência, poderá aplicar ônus da prova para sanar suas dúvidas sobre os fatos.

O ônus da prova é, portanto, regra de julgamento, aplicando-se para as situações em que, ao final da demanda, persistem fatos controvertidos não devidamente comprovados durante a instrução probatória. Trata-se de ônus imperfeito porque nem sempre a parte que tinha o ônus de prova e não produziu a prova será colocada num estado de desvantagem processual, bastando imaginar a hipótese de produção de prova de ofício ou ainda de a prova ser produzida pela parte contrária. Mas também é regra de conduta das partes, porque indica a elas quem potencialmente será prejudicado diante da ausência ou insuficiência da prova. (NEVES Amorim-2016–P. 1224)

A funcionalidade do ônus da prova no novo CPC é impedir que ocorra o *non liquet*, ou seja, a impossibilidade do juiz em dar a sentença por falta de nitidez nos fatos apresentados.

Teorias

As principais teorias sobre o ônus da prova tem a finalidade de representar qual o panorama das diferentes doutrinas que abordam sobre o tema e que de certa forma influenciam os ordenamentos jurídicos na adoção da que melhor expresse a ordem jurídica processual do seu país.

Teoria clássica

Segundo esta teoria, a incumbência de se provar fica a cargo do autor que alegou os fatos discutidos no processo para ter pretensão reconhecida. Já o réu deve alegar fatos que tentem provar a sua intenção, para que sua defesa seja aceita. A produção de provas tem como finalidade modificar ou destruir a posição jurídica da parte contrária, necessitando provar a veracidade dos fatos.

Teorias antigas

Ao longo do tempo continuou-se a estudar os textos romanos, que procuravam explicar a natureza jurídica do ônus *probandi*. Elas se agrupam em duas classes: as teorias de inspiração civilística e as teorias processualísticas. As primeiras teorias foram elaboradas por: Weber, diz que a prova se incumbe a quem pleiteia o direito; Bentham, alega que o ônus da prova cabe àquela parte que têm melhores condições para satisfazê-lo com menor demora, despesas e constrangimentos; Bentthmann-Hollweg, afirma que existência de um direito deve fazer a prova e não o seu adversário, ele deverá apenas resistir à pretensão; Fitting diz que quem tem interesse na aplicação de uma norma jurídica deve provar seus pressupostos de fato; e por fim a de Gianturco, que defende a tese de que a prova deve ser feita por aquele possui a vantagem de produzi-la.

Podemos considerar inteiramente superadas estas teorias pela ciência contemporânea.

Teorias modernas

As teorias modernas são fundadas nos fatos constitutivos, impeditivos e modificativos do direito. Foi defendida pelos autores Betti, Carnelutti, Chiovenda, Rosemberg e Antonio Micheli.

Para Betti, o critério do ônus da prova se equipara com o da afirmação, pois se inspira no princípio da igualdade entre as partes. Cabe ao autor provar dos fatos que embasam o seu pedido, assim como cabe ao réu, através de provas negar a existência do que foi afirmado pelo autor, ou afastar a eficácia jurídica dos fatos alegados na ação. Em resumo, os fatos constitutivos devem ser provados pelo autor e os fatos impeditivos, modificativos e extintivos pelo réu.

Para Carnelutti, é cabível a repartição do ônus da prova, mas sintetiza os princípios da teoria de Betti, que a parte que tem uma pretensão em juízo deve provar as suas alegações. Cabendo o seguinte entendimento, que ao autor o ônus da prova é dos fatos constitutivos, e o réu o ônus da prova das exceções, tais como fatos impeditivos, modificativos e extintivos.

Para Chiovenda o encargo probatório se divide entre as partes, sob os critérios da oportunidade e do interesse. Segundo sua teoria, a distribuição do ônus prova ocorrerá conforme a natureza dos fatos alegados no processo. Para o autor ficaria os fatos constitutivos e para o réu os fatos impeditivos.

A Teoria de Rosemberg defende que o ônus de provar está ligado aos pressupostos fáticos que se funda a pretensão da parte. É muito similar a de Micheli, o autor e réu devem provar os pressupostos da norma que lhe são favoráveis alegados, na inicial e defesa.

E por fim, a teoria de Micheli segue a mesma linha, contudo, ele afirma que o ônus da prova é definido pela posição em que a parte ocupa em relação ao efeito jurídico pedido.

Teoria das cargas probatórias dinâmicas

A distribuição dinâmica no ônus da prova trouxe a flexibilização da regra estática, deu a oportunidade do legislador para aplicar a dinâmica na produção de provas dentro do processo.

Esta teoria teve grande influência do processualista argentino Jorge Peyrano, ele não foi o criador, mas o grande responsável do precursor da teoria, citando-a em diversas oportunidades em que teve suas obras escritas publicadas.

Para ele necessário que as regras e os mecanismos se flexibilizando procedimento do caso concreto, de forma a permitir uma prolação de provimento estatal efetivo.

Esta teoria tem como objetivo trazer a ideia de um processo civil cada vez mais próximo dos princípios constitucionais que transpassam o conceito do princípio do devido processo legal, da celeridade, da efetividade da tutela jurisdicional, da cooperação, da boa-fé, dentre outros. Tem a intenção de tornar o processo civil mais prático, afastado das teorias e correntes meramente doutrinárias, trazendo a praticidade esperada em um processo moderno. Ignora as posições de conflito entre as partes na relação jurídica processual, mantendo somente o objetivo da busca pela verdade real que cerca a lide.

A teoria ganhou força no ordenamento jurídico brasileiro, através de decisões oriundas de Ministros do Superior Tribunal de Justiça, que de forma pioneira e corajosa, começaram a aplicar em seus julgados a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Sendo assim, por ser maior o interesse na solução do litígio e na correta elucidação dos fatos, e tal teoria já sendo aplicada jurisprudencialmente, foi positivada na Lei 13.105 de 2015, o Novo Código de Processo Civil e, seu artigo 373.

Aplicação do Ônus da Prova no CPC/73

Como dito anteriormente a inversão do ônus da prova se encontrava no artigo 333 do Código de Processo Civil e somente positivado no artigo 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor.

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;

Durante sua vigência sua aplicação era considerada estática, partindo da premissa de que o encargo de se provar determinado fato era imposto àquele que teoricamente se beneficiaria com sua produção.

Teoria esta que gerou grande crítica por ignorar o caso concreto, estabelecendo somente uma regra geral.

Por se revelar injusta, já que sua forma estática poderia trazer hipossuficiência probatória, então surgiu a ideia de tornar a sua distribuição dinâmica, aonde o ônus da prova recairá sobre a parte que tivesse maiores condições de produzir a prova, ideia essa baseada no princípio da boa-fé e cooperação processual.

Regras de distribuição do Ônus da Prova

Segundo Fredie Didier (2018), as regras de ônus da prova podem ser divididas em dimensões ou funções.

Em uma primeira perspectiva, são regras que orientam sua atividade probatória, que pré-determinam os encargos, estabelecendo de forma prévia e abstratamente a quem caberá o ônus de provar determinados fatos e alegações. E a segunda perspectiva prevê a regra para a aplicação desta inversão.

A distribuição do ônus probatório poderá se dar por meio de disposição legal que excepcione a distribuição estática (*ope legis*), por convenção das partes, ou, ainda, por decisão judicial (*opejudicis*).

A inversão do ônus da prova recai sobre as partes, quanto ao seu fato constitutivo de direito ou na existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, conforme previsto nos incisos I e II do artigo 373 do NCPC:

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.

Segundo Daniel Neves Amorim (2017), a inversão pode ocorrer de forma convencional, legal ou judicial. A forma convencional decorre de um acordo entre as partes, antes ou durante o processo. Sofrerá duas limitações, conforme o parágrafo 3º do artigo 373 do NCPC/15 são elas: a inversão recair sobre um direito indisponível da parte ou tornar-se extremamente difícil a parte o exercício do direito.

A inversão legal se dá expressamente em lei, não exigindo o preenchimento de requisitos no caso concreto, pelas presunções relativas, ou seja, são aquelas provas que admitem uma contraprova, assim, o interessado no reconhecimento do fato tem o ônus de provar o indício, ele que possui o encargo de provar o fato contrário ao que foi presumido.

Encontramos ilustradas na lei algumas presunções relativas do ônus probatório, são exemplos notórios como o artigo 2º-A da Lei 8.560/92, no Código de Defesa do Consumidor listamos os artigos 12, parágrafo 3º; 14, parágrafo 3º; e 38, caput e por fim o artigo 1.597, inciso II, do Código Civil.

Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009).

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009).

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

[...]

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[...]

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

- I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
- II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

E a inversão judicial ficou expressamente positivada no parágrafo 1º do artigo 373 do NCPC/15, onde por decisão judicial ao analisar todos os requisitos

poderá em qualquer relação jurídica de direito material aplicar a inversão da teoria, agora consagrada legislativamente em distribuição dinâmica do ônus da prova.

O juiz poderá requerer o ônus da prova no momento da instrução, a fim de manter o saneamento processual conforme o artigo 357, inciso III do NCPC, esta decisão poderá ser agravada conforme o artigo 1015, inciso XI do NCPC.

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

[...]

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

[...]

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

[...]

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

[...]

Conforme o autor Fredie Didier observa-se também no NCPC/ 2015 alguns fatores, como: a posição em que a parte ocupa na causa, se autor ou réu; em qual fator se funda a natureza dos fatos da sua pretensão (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); e qual é o interesse em provar o fato.

Esta distribuição não pode criar um desfavor a quem ocorre à inversão, a prova diabólica, ou seja, aquela prova que é difícil ou impossível de produzir, pois conforme o parágrafo 2º do artigo 373 do NCPC, não se deve gerar desincumbência, não fazendo sentido infringir o princípio da igualdade processual para resguardar o contraditório da parte substancial e sacrificar o da outra.

Entretanto o juiz não poderá decidir pelo *non liquet*, já que este é vedado no novo código. Quando a prova for bilateralmente diabólica, o juiz deverá analisar qual a parte que assumiu o “risco de inesclarecibilidade”, submetendo-se assim a possibilidade de uma decisão desfavorável.

Assim, se o fato impossível de prova for de direito constitutivo ao autor, o mesmo deverá responder pelo risco de inviabilidade probatória, o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (373, CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência, mas se foi o réu quem assumiu este risco, o juiz deverá, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo para que se manifeste para a procedência.

Da Inversão do Ônus da Prova

De forma prática a inversão do ônus da prova ocorre frequentemente em ações trabalhistas e nas de cíveis referentes ao consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor prevê a inversão em seu artigo 6º inciso VIII, que tem como objetivo facilitar a defesa dos direitos do consumidor garantindo todos os direitos do indivíduo e da coletividade na forma dos artigos 5º, inciso XXXII e 170, inciso IV, ambos da CF/88, ele aprimorou os requisitos internos do processo e preservando a igualdade entre as partes.

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;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

Os requisitos utilizados pelo juiz para aplicar a inversão são:

- a) a existência de verossimilhança da alegação;
- b) quanto a tratar de consumidor hipossuficiente;

Segue abaixo a decisão do Juiz que entendeu a verossimilhança da alegação e aplicou-se a inversão do ônus da prova.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - SEÇÃO DE
DIREITO PRIVADO
35ª Câmara
AGRAVO DE INSTRUMENTO
Nº 931024- 0/6
Comarca de SÃO JOSÉ DOS CAMPOS 5.V.CÍVEL
Processo 851/04
AGVTE PAULO CÉSAR TEODORO
PAULO CÉSAR TEODORO SJCAMPOS ME
(FIRMA INDIV)
AGVDO TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO S/A TELESP
ACÓRDÃO
Vistos, relatados e discutidos estes autos,

os desembargadores desta turma julgadora da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça, de conformidade com o relatório e o voto do relator, que ficam fazendo parte integrante deste julgado, nesta data, deram provimento ao recurso, por votação unânime.

Turma Julgadora da 3 5ª Câmara
RELATOR DES. JOSÉ MALERBI
2º JUIZ DES. MENDES GOMES
3 JUIZ DES. ARTUR MARQUES
Juiz Presidente DES. JOSÉ MALERBI
Data do julgamento : 21/11/05
DES. JOSÉ MALERBI

Relator

PODER JUDICIÁRIO

SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 931.024 -0/6

COMARCA DE : SÃO JOSÉ DOS CAMPOS

AGRAVANTE : PAULO CÉSAR TEODORO; CÉSAR TEODORO
SJCAMPOS ME AGRAVADO TELECOMUNICAÇÕES DE SÃO PAULO
S.A. TELESP

VOTO Nº 9.548

EMENTA

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - Aplicação do CDC -Verossimilhança das alegações - Agravo provido.

Trata-se de agravo de instrumento tirado de decisão que, nos autos da ação declaratória de inexistência de débito cumulada com perdas e danos, indeferiu o pedido de inversão do ônus da prova e determinou o depósito dos honorários periciais de R\$ 2.500,00, entendendo que o interesse é do autor e que o serviço vem sendo prestado. Alegaram os agravantes que a ilustre Juíza deixou de analisar atentamente a petição inicial, esquecendo que o serviço vem sendo prestado em razão desta ação e por força de determinação judicial, pois as linhas estavam desligadas na época da propositura. Aduziram que há verossimilhança da alegação e que no despacho inicial o Juízo concedeu a liminar com fundamento no inciso VIII do art. 6 do CDC. Pleitearam a reforma da decisão, devendo a agravada arcar com o pagamento da perícia realizada ou, alternativamente, requereram a nomeação de outro perito da Comarca com o pagamento dos honorários à final, no montante de R\$ 1.200,00.

É o relatório.

PODER JUDICIÁRIO 2

SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 931.024 -0/6

incidentes havidos no curso do feito, principalmente se com potencial suficiente para influenciar decisivamente o próprio resultado da demanda.

Por outro lado, a verossimilhança do alegado encontra-se presente, sendo o que basta para a aplicação do artigo 6 , VIII, da lei 8078/90. Mesmo que o consumidor não seja hipossuficiente é possível a inversão, em razão da norma ser alternativa no citado dispositivo, de caráter cogente e de interesse social.

"Na hipótese de inversão do ônus da prova, militando em favor do consumidor a veracidade dos fatos que alegou, ao fornecedor incumbe afastar aquela presunção, por meio de provas. Insistindo o consumidor na produção delas, deve arcar com as despesas para sua realização, à luz das regras processuais ordinárias que regem o tema. (AI 872.358-00/8 - 11 Câ. - Rei. Des. MENDES GOMES-J. 21.3.2005)".

O Código de Defesa do Consumidor tem como premissa, para proteger o consumidor, o fato de que há entre ele e o fornecedor de bens ou serviços um desequilíbrio de forças na hora de contratar. Nestes termos, cabível a

inversão do ônus da prova, inclusive com relação ao custeio da perícia. O responsável, porém, pode preferir não se desincumbir, com as conseqüências processuais pertinentes.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso.

JOSÉ MALERBI

Relator

Nas ações trabalhistas a inversão ocorre quando é preciso sanear o processo. No Código de Legislação Trabalhista é legítima a aplicação do Direito Civil conforme o disposto no artigo 769, da CLT, como fonte subsidiária do Direito do Trabalho, para sanar eventuais omissões, naquilo em que houver compatibilidade, como verifica-se em relação ao ônus da prova.

Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

A CLT é sucinta em relação ao ônus da prova, apenas mencionando que o ônus da prova incumbe à parte que fizer conforme prevê o artigo 818.

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante

§ 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 deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo 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 referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil,

Como no Direito do trabalho que alega tem que provar, somente as alegações das partes não formam o convencimento do magistrado, e sim as provas, tudo deverá ser provado de acordo com o *princípio da necessidade da prova*.

Esta é uma grande dificuldade do processo do trabalho, diante da informalidade de muitas relações empregatícias, de fraudes de todas as espécies, a produção probatória por parte do empregado se torna complicada gerando a desigualdade e a hipossuficiência, características essas de violações de direitos.

Considerações Finais

Em relação aos pressupostos processuais, que são normas do Direito Processual Fundamental, previstos na Constituição Federal de 1988, foram trado todos aqueles que se correlacionam com as provas e clareiam o sua compreensão quando ao seu direito e sai forma de produzi-las.

Foi feito um breve estudo sobre o que seria prova, chegando a conclusão de que prova é a demonstração de um fato da vida humana ou alguém. De acordo com a ciência forense, a prova é a evidência ou indicio de algo. Os princípios constitucionais que norteiam está ciência estão ligados diretamente com o seu instituto. Este trabalho também demostrou quais as fonte de provas inseridas no processo através dos meios de provas que estão relacionados no NCPC/15 nos artigos 384 aos 481.

As provas são parte fundamental em um processo, são através delas que todo o fato é demonstrado e que define o julgamento do juiz, por isso foi demonstrado como elas podem ser produzidas e qual a sua classificação.

Tratou-se também sobre um breve conceito do que seria o ônus da prova, como surgiu esta teoria e sua evolução.a forma de aplicação desta teoria no antigo Código de Processo Civil (1973) e como esta mesma teoria foi positivada no Novo código de 2015, relatando todos os requisitos existentes para a sua distribuição e qual as áreas de maios aplicabilidade.

Diante de tudo que foi estudado constatou-se que esta teoria veio a ser positivada somente no novo código, mas que já havia sido jurisprudenciada pelo STJ e sendo aplicada em várias decisões, pois é através dela que se tem um processo mais transparente e objetivo.

Referências

ALVES, Cristiane Paglione. **Das provas obtidas por meios ilícitos em sede de processo civil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012.<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12470&revista_caderno=21>. Acesso em maio 2018.

ALVIM, Rafael e MOREIRA, Felipe em 23/01/2015 - **ATA NOTARIAL COMO MEIO DE PROVA TÍPICO NO NOVO CPC**<<https://cpcnovo.com.br/blog/novo-cpc-ata-notarial-como-meio-de-prova-tipico/>> Acessado 28 abr. 2018.

_____.Rafael e MOREIRA, Felipe em 06/02/2015 - **DEPOIMENTO PESSOAL NO NOVO CPC**<<https://cpcnovo.com.br/blog/depoimento-pessoal/>> Acessado em 28 abr. 2018.

_____.Rafael e MOREIRA, Felipe em 10/02/2015 - **A CONFISSÃO NO NOVO CPC** <<https://cpcnovo.com.br/blog/confissao/>> Acessado em 28 abr. 2018.

_____.Rafael e MOREIRA, Felipe em 18/02/2015 - **EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA NO NOVO CPC** <<https://cpcnovo.com.br/blog/exibicao-de-documento-ou-coisa/>> Acessado em 28 abr. 2018.

_____.Rafael e MOREIRA, Felipe em 20/02/2015 - **PROVA DOCUMENTAL**<<https://cpcnovo.com.br/blog/prova-documental/>> Acessado em 28 abr. 2018.

DIDIER JR., Fredie - Curso de Direito Processual Civil VOL. 1 -2015.

ANDRADE, Diana Tessari e publicado em 31/07/2009 e atualizado no dia 05/08/2009 - **O princípio da oralidade no sistema Processual Civil**<https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1804> Acessado em 21 abr. 2018.

CHAVES, Roberto de Souza em 18/12/2014 - **Introdução ao estudo do processo: conceito, natureza jurídica e princípios fundamentais**<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,introducao-ao-estudo-do-processo-conceito-natureza-juridica-e-principios-fundamentais,51509.html>>Acessado em 26/05/2018.

CUNHA, Damiana em 2017 - **O novo CPC e o ônus da prova no Processo do Trabalho**<<https://damianacunha.jusbrasil.com.br/artigos/412005327/o-novo-cpc-e-o-onus-da-prova-no-processo-do-trabalho>> Acessado em 19 mai. 2018. .

FARINELI, Jéssica Ramos.

MeiosdeProva<<https://www.infoescola.com/direito/meios-de-prova/>> Acessado em 21 abr. 2018.

LEITE, Gisele em 2015 - **O Neoprocessualismo do CPC de 2015**<<https://professoragiseleleite.jusbrasil.com.br/artigos/240387719/o-neoprocessualismo-do-cpc-de-2015>> Acessado em 16 abr. 2018.

LUCIANO, Marcelo e publicado em maio de 2015 - **Cargas probatórias dinâmicas no novo código de processo civil** <<https://jus.com.br/artigos/39422/cargas-probatorias-dinamicas-no-novo-codigo-de-processo-civil>> Acessado em 05 mai. 2018.

JÚNIOR, Sylvio Guerra em 13/09/2008 - **Princípios atinentes às provas no juízo cível**<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,principios-atinentes-as-provas-no-juizo-civel,21036.html>> Acessado em 21 abr. 2018.

NEVES, Daniel. **Manual de Direito Processual Civil** Vol. Único – 2016.

_____. Novo CPC comparado . 3ª ed. Revista 2016 – Pub. Editora Método.

NUNES, Jorge Amaury Maia e NOBREGA, Guilherme Pupe e publicado em 13/09/2016 - **Ônus da prova**
<<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI245504,31047-Onus+da+prova>> Acessado em 01 mai. 2018.

SILVA, Luciana Vieriae publicado em outubro de 2016. **Prova ilícita no processo civil à luz do princípio da proporcionalidade.**
<<https://jus.com.br/artigos/8997/prova-ilicita-no-processo-civil-a-luz-do-principio-da-proporcionalidade>> Acessado em 21 abr. 2018.

Superior Tribunal de Justiça STJ - AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgInt no AREsp 935324 SP 2016/0155701-0
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442912292/agint-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-935324-sp-2016-0155701-0?ref=juris-tabs>> Acessado em 16 mai. 2018.