

# A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO GARANTIA DA EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Maria Cristina Zainaghi<sup>1</sup>

Resumo: A prova certamente é um dos institutos mais áridos do ordenamento processual, por seu viés Constitucional (artigo 5º, LVI), bem como filosófico, quando questionamos o próprio conceito de verdade, questionando a verdade formal e a verdade real. Neste trabalho estudaremos a questão do ônus probatório e a mudança, trazida pelo novo código de processo civil, que é nossa problematização. Para esse estudo utilizaremos o método de revisão bibliográfica para obtermos o resultado pretendido.

Palavras-Chave: Prova-ônus-inversão

THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF AS A GUARANTEE OF THE EFFECTIVENESS OF JUSTICE.

Abstract: The evidence certainly is one of the most arid procedural planning institutes, by your bias (article 5, LVI), as well as philosophical, when we question the very concept of truth, questioning the truth and the real truth. In this work we study the question of evidentiary burden and the change brought by the new code of civil procedure, which is our questioning. For this study we will use the method of literature review in order to achieve the desired result.

Keywords: Proof-burden-inversion

## 1. INTRODUÇÃO.

---

<sup>1</sup> Advogado. Doutora em direito pela PUC/SP. Mestre pela Universidade Mackenzie. Palestrante do Departamento de Cultura e Eventos da OAB/SP. Professora Universitária.



o desafio de apresentar um trabalho versando sobre a prova no Novo Código de Processo Civil, nos vimos diante de um tema bastante auspicioso e de importância nos diversos ramos do direito processual, pois a questão probatória é o assecuratório do resultado do provimento jurisdicional.

A prova assegura a concessão da tutela jurisdicional pretendida, sendo o meio pela qual a parte comprova seu direito.

Para tanto é necessário debatermos, ainda que sucintamente, a questão da verdade formal e da verdade real.

Outro ponto que discutiremos, diz respeito aos princípios norteadores das questões probatórias, principalmente no que diz respeito ao ônus probatório.

Verificaremos o ônus probatório, agora com a aplicação do entendimento doutrinário do denominado ônus dinâmico e a possibilidade da inversão probatória por acordo entre as partes, sem levar em conta a obrigação do advogado para com o seu cliente.

O ônus probatório no levará a análise do momento em que essa inversão se deverá fazer, nas hipóteses em que o juiz deva autorizá-lo.

Assim damos início ao debate.

## 2. VERDADE FORMAL E VERDADE REAL.

Como sabemos ao se propor uma ação o autor na petição inicial discorrera sobre os fatos, bem como as normas jurídicas que se relacionam com a matéria.

O mesmo ocorrerá com o réu, quando da contestação. Moacyr Amaral nos ensina que:

“Provar, porém, é bem “o meio pelo qual a inteligência chega a descoberta da verdade”. É um meio utilizado para persuadir o espírito de uma verdade” (Santos: 1983. p. 2)

Na comprovação dos fatos é que teremos a necessidade

das prova, como nos ensina Gildo dos Santos, que assevera:

“A função da prova é apuração da verdade. Do ponto de vista objetivo ou prático do processo é formar a convicção do juiz, permitindo-lhe, através do convencimento, compor a lide.”  
(Santos: 1979. p.4)

“À demonstração dos fatos (ou melhor, das alegações sobre fatos) é que se dá o nome de prova, cujo estudo será objeto dos capítulos seguintes” (Lopes:2002. p. 25)

Dentro dessa demonstração dos fatos, na busca da verdade, é que nos deparamos com um inquestionável um conceito filosófico, que “data vênua” não existe, posto que será verdade aquilo que convence o outro, no caso, o juiz.

Daí termos, na teoria geral do processo, dois conceitos para verdade, ou seja, o da verdade formal, presente no processo civil, que se caracteriza pela verdade demonstrada pelas provas. Já a verdade real se relaciona com o direito penal, ou seja, a verdade mais próxima da realidade, ou apesar da impropriedade, a verdade verdadeira.

De qualquer forma, a verdade se relaciona com o que convence o juiz, assim certamente o ônus probatório é essencial na busca e obtenção da verdade, ou na formação da convicção do juiz, que se valerá do princípio da persuasão, que deverá, porém, ser motivado.

Assim a credulidade do juiz, se apresentará na sentença, quando ao proferir a sua decisão fundamentará a formação de seu convencimento.

### 3. O ÔNUS PROBATÓRIO.

Na necessidade estabelecida pelo processo de se obter a verdade, o legislador atribuiu essa obrigação ao autor da ação, cabendo, pois a ele, o ônus de provar o que alega.

“Antes do exame do ônus da prova importa registrar que as partes têm o ônus da alegação dos fatos que servem de base para os seus pedidos (pedido de procedência, pedido de

improcedência” (Lopes: 2002. p. 39)

Assim ao autor cabe demonstrar ao julgador o seu direito material, pleiteado na ação.

“O *ônus probandi* traduz-se, para a parte a quem incumbe o encargo de fornecer a prova do facto alegado, nas consequências negativas para a sua pretensão, decorrente de ser dado como liquido e certo o facto contrário, por esta a ter omitido, ou não ter logrado realizar essa prova, ou ainda, ver-se na contingência de sofrer tais consequências se dos autos não resultarem provas bastantes e suficientes desse facto, que tenham ou não sido trazidos para o processo pela mesma parte” (Rangel: 2000. p. 97)

O direito processual civil estabelece, como regra, que *ônus* compete ao autor quanto aos fatos alegados na inicial e, ao réu quanto aos fatos que se contrapõe ao direito do autor, ou seja, quanto a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Neste sentido o antigo artigo 333<sup>2</sup> do Código de Processo Civil, foi repetido no artigo 373<sup>3</sup>, primeira parte, do Novo Código de Processo Civil.

Em regra geral, esse dispositivo é correto, todavia haverá situações em que se estabelece uma afronta ao próprio direito à justiça, na medida em que o autor não tem acesso as provas.

A dificuldade desse dispositivo se apresenta em algumas situações, onde, por exemplo, em uma demanda por erro médico, o hospital destrói todas as fichas clinicas do paciente, que não terá como comprovar.

Neste momento é que teremos que aplicar a inversão

---

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.

probatória, já que o autor nesta hipótese será o polo hipossuficiente, sem condições de comprovar as suas alegações.

### 3.1. ÔNUS DINÂMICO.

Como já vimos, o Novo Código de Processo Civil em seu artigo 373, *caput*, repete o disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil (constante da nota de rodapé abaixo), atual, que atribui o ônus probatório ao autor.

Inovando, o Novo Código de Processo Civil, em seus parágrafos asseguram que, havendo dificuldade para o Autor e, para garantir o devido processo legal e o próprio acesso a justiça, o ônus probatório será alterado. Neste sentido temos o denominado “ônus dinâmico”.

O artigo 373 do NCPC ensina, *in verbis*:

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.

Notemos que, o parágrafo primeiro do artigo 373, prevê que o juiz poderá modificar o ônus probatório a medida que, em

diversas circunstâncias, não há como o autor comprovar o seu direito.

A jurisprudência, em alguns julgados já tratava do ônus diabólico, ou seja, a impossibilidade de se impor ao Autor o ônus probatório que o mesmo não terá como cumprir.

Nesse sentido para melhor entendermos, podemos verificar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que em Recurso Especial nº 1133872/PB, que teve como Relator o Ministro MASSAMI UYEDA, da SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/12/2011 e publicado no Diário da Justiça em 28/03/2012<sup>4</sup>,

---

<sup>4</sup> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC) - AÇÃO DE COBRANÇA - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS BRESSER E VERÃO - PRELIMINAR - PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA - NÃO- OCORRÊNCIA - EXIBIÇÃO DOS EXTRATOS BANCÁRIOS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DA CORRENTISTA - POSSIBILIDADE - OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE LEI - CONDICIONAMENTO OU RECUSA - INADMISSIBILIDADE - RESSALVA - DEMONSTRAÇÃO DE INDÍCIOS MÍNIMOS DA EXISTÊNCIA DA CONTRATAÇÃO - INCUMBÊNCIA DO AUTOR (ART. 333, I, DO CPC) - ART. 6º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 211/STJ - NO CASO CONCRETO, RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Preliminar: nas ações em que se discutem os critérios de remuneração de caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças de correção monetária e dos juros remuneratórios, o prazo prescricional é de vinte anos, não transcorrido, na espécie;

II - A obrigação da instituição financeira de exibir os extratos bancários necessários à comprovação das alegações do correntista decorre de lei, já que se trata de relação jurídica tutelada pelas normas do Código do Consumidor, de integração contratual compulsória, não podendo ser objeto de recusa nem de condicionantes, em face do princípio da boa-fé objetiva.

III - A questão relativa ao art. 6º da LICC não foi objeto de debate no v. acórdão recorrido, ressentindo-se o especial, portanto, do indispensável prequestionamento, incidindo, na espécie, o Enunciado n. 211/STJ;

IV - Para fins do disposto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, é cabível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor para o fim de determinar às instituições financeiras a exibição de extratos bancários, enquanto não estiver prescrita a eventual ação sobre eles, tratando-se de obrigação decorrente de lei e de integração contratual compulsória, não sujeita à recusa ou condicionantes, tais como o adiantamento dos custos da operação pelo correntista e a prévia recusa administrativa da instituição financeira em exibir os documentos, com a ressalva de que ao correntista, autor da ação, incumbe a demonstração da plausibilidade da relação jurídica alegada, com indícios mínimos capazes de comprovar a existência da contratação, devendo, ainda,

Lá temos uma hipótese em que há necessidade de se inverter o ônus probatório para assegurarmos o direito da parte. Neste sentido, vejamos o que afirma o Sr. Relator:

“No mais, relativamente à matéria objeto dos recursos repetitivos, constata-se que o Tribunal de origem, reconheceu, expressamente, ser ônus da recorrente CAIXA a exibição dos extratos bancários requeridos pela recorrida MIRIAM, porquanto, "a obrigação da instituição financeira, na manutenção de dados de seus clientes, decorre da lei e da relação contratual entre ambos" (fl. 40).

Na realidade, o entendimento adotado pelo Tribunal de origem não dissente da jurisprudência desta Corte Superior, que já se manifestou reiteradamente no sentido de que, tratando-se de documento comum entre as partes e, sobretudo, ante a evidência de que os contratos caderneta de poupança configuram típico contrato bancário, vinculando depositante e depositário nas obrigações legais decorrentes, a obrigação da instituição financeira de exibir a documentação requerida decorre de lei, já que se trata de relação jurídica tutelada pelas normas do Código do Consumidor, de integração contratual compulsória, não podendo ser objeto de condicionantes -, tais como a prévia recusa administrativa da instituição financeira em exibir o documento e o pagamento de tarifas administrativas pelo correntista -, em face do princípio da boa-fé objetiva. No ponto, é importante deixar assente ser pacífica a compreensão jurisprudencial desta Corte no sentido de que, em ações em que se pleiteiam exibição de documentos, não pode a instituição financeira condicionar a apresentação dos extratos ao pagamento de tarifas administrativas pelos correntistas, tampouco à prévia recusa administrativa da instituição financeira em exibir os referidos documentos. Nesse sentido, citam-se os seguintes precedentes:

"Recurso Especial. Processual Civil. Instituição bancária. Exibição de documentos. Custo de localização e reprodução dos documentos. Ônus do pagamento. - O dever de informação e, por conseguinte, o de exibir a documentação que a contenha é obrigação decorrente de lei, de integração contratual

---

especificar, de modo preciso, os períodos em que pretenda ver exibidos os extratos; V - Recurso especial improvido, no caso concreto.

(REsp 1133872/PB, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/12/2011, DJe 28/03/2012)

compulsória. Não pode ser objeto de recusa nem de condicionantes, face ao princípio da boa-fé objetiva. - Se pode o cliente a qualquer tempo requerer da instituição financeira prestação de contas, pode postular a exibição dos extratos de suas contas correntes, bem como as contas gráficas dos empréstimos efetuados, sem ter que adiantar para tanto os custos dessa operação." (ut REsp 330.261/SC, 3ª Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 8/4/2002)."

Podemos dizer que essas hipóteses que alteravam o disposto no antigo Código de Processo Civil (artigo 333), serviram de base para o texto do novo Código, que veio acabar com o que se chamava de *ônus diabólico*.

Isso porque não era possível a parte cumprir sua obrigação probatória, sendo esse ônus injusto e, que, acabava por tolher o direito de acesso à justiça.

Neste sentido o Superior Tribunal da Justiça no Recurso Especial n. 883.656/RS, relatado pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, da 2ª Turma, julgado em 09/03/2010, e publicado no dia 28/02/2012, assim asseverou:

PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO COM MERCÚRIO. ART. 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ÔNUS DINÂMICO DA PROVA. CAMPO DE APLICAÇÃO DOS ARTS. 6º, VIII, E 117 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ONUS PROBANDI NO DIREITO AMBIENTAL. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO NATURA.

1. Em Ação Civil Pública proposta com o fito de reparar alegado dano ambiental causado por grave contaminação com mercúrio, o Juízo de 1º grau, em acréscimo à imputação objetiva estatuída no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81, determinou a inversão do ônus da prova quanto a outros elementos da responsabilidade civil, decisão mantida pelo Tribunal a quo.

2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova,



com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope judicis*), modifica a incidência do *onus probandi*, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitam no universo movediço em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada.

5. No Direito Ambiental brasileiro, a inversão do ônus da prova é de ordem substantiva e *ope legis*, direta ou indireta (esta última se manifesta, p. ex., na derivação inevitável do princípio da precaução), como também de cunho estritamente processual e *ope judicis* (assim no caso de hipossuficiência da vítima, verossimilhança da alegação ou outras hipóteses inseridas nos poderes genéricos do juiz, emanção natural do seu ofício de condutor e administrador do processo).

6. Como corolário do princípio *in dubio pro natura*, "Justifica-se a inversão do ônus da prova, transferindo para o empreendedor da atividade potencialmente perigosa o ônus de demonstrar a segurança do empreendimento, a partir da interpretação do art. 6º, VIII, da Lei 8.078/1990 c/c o art. 21 da Lei 7.347/1985, conjugado ao Princípio Ambiental da Precaução" (REsp 972.902/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.9.2009), técnica que sujeita aquele que supostamente gerou o dano ambiental a comprovar "que não o causou ou que

a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva" (REsp 1.060.753/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 14.12.2009).

7. A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, contém comando normativo estritamente processual, o que a põe sob o campo de aplicação do art. 117 do mesmo estatuto, fazendo-a valer, universalmente, em todos os domínios da Ação Civil Pública, e não só nas relações de consumo (REsp 1049822/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 18.5.2009).

8. Destinatário da inversão do ônus da prova por hipossuficiência - juízo perfeitamente compatível com a natureza coletiva ou difusa das vítimas - não é apenas a parte em juízo (ou substituto processual), mas, com maior razão, o sujeito-titular do bem jurídico primário a ser protegido.

9. Ademais, e este o ponto mais relevante aqui, importa salientar que, em Recurso Especial, no caso de inversão do ônus da prova, eventual alteração do juízo de valor das instâncias ordinárias esbarra, como regra, na Súmula 7 do STJ. "Aferir a hipossuficiência do recorrente ou a verossimilhança das alegações lastreada no conjunto probatório dos autos ou, mesmo, examinar a necessidade de prova pericial são providências de todo incompatíveis com o recurso especial, que se presta, exclusivamente, para tutelar o direito federal e conferir-lhe uniformidade" (REsp 888.385/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.11.2006. No mesmo sentido, REsp 927.727/MG, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJe de 4.6.2008).

10. Recurso Especial não provido.  
(REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA

TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012)

Ora vemos que o ônus probatório clamava por alteração, pois o asseverado no artigo 333 do antigo Código de Processo Civil, demonstrava ser um empecilho ao acesso à justiça, notadamente em questões de direitos difusos e coletivos ou individuais homogêneo.

Neste contexto tivemos a alteração legislativa, e assim passássemos a permitir que o juiz faça esse contraponto

probatório, como garantidor da isonomia das partes.

Notemos que a lei, o Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/15, está agora ratificando o que a jurisprudência já vinha asseverando, às vezes fundada no Código de Defesa do Consumidor, como, por exemplo, na decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da apelação nº 0002401-14.2012.8.26.0531<sup>5</sup>, com relatoria da Desembargadora Maria Grün, que asseverou:

“Diante de todo o exposto, há verossimilhança nos fatos alegados na inicial, bem como evidente relação de consumo e hipossuficiência probatória, devendo ser invertido o ônus da prova. O autor, sem possuir muitos, fez prova pelos meios que lhe eram possíveis (testemunhas e boletim de ocorrência). Assim, nos termos do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, atribui-se ao réu-apelado o ônus da prova da não ocorrência dos fatos narrados da inicial, do qual não se desincumbiu.”

Cabe-nos consignar que esse entendimento não é, na jurisprudência, mansa e pacífica, tanto que em decisões semelhante essa inversão não foi admitida, como por exemplo, no Agravo de instrumento, 2130896-78.2015.8.26.0000<sup>6</sup>, ou no Agravo de instrumento 2122327- 88.2015.8.26.0000<sup>7</sup>, ambos

---

<sup>5</sup> DANOS MORAIS. RECUSA DE PAGAMENTO COM CHEQUE EM SUPERMERCADO.

Verossimilhança das alegações por prova testemunhal. Hipossuficiência probatória verificada. Inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor), do qual não se desincumbiu o réu-apelado. Recusa que expôs desnecessariamente para outras pessoas dívida do autor com o supermercado. Danos morais configurados. Indenização de R\$3.000,00 (três mil reais) suficiente para compensação do dano. Recurso parcialmente provido.

(Relator(a): Mary Grün; Comarca: Santa Adélia; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 14/08/2015; Data de registro: 14/08/2015)

<sup>6</sup> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Seguro-DPVAT. Ação de cobrança. Prova pericial requerida por ambas as partes. Decisão que atribuiu à ré o pagamento das despesas correlatas. Inadmissibilidade. Inteligência do art. 33 do CPC. Perícia a ser realizada pelo IMESC em razão da gratuidade processual deferida ao autor. Inversão do ônus da prova. Descabimento. Relação de consumo inexistente. RECURSO PROVIDO.

(Relator(a): Gil Cimino; Comarca: Limeira; Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 13/08/2015; Data de registro: 15/08/2015)

<sup>7</sup> Ação ordinária. Indenização por danos morais e materiais. Alegado erro médico. Atendimento pelo SUS. Matéria em disputa sob aspectos subjetivo e objetivo.

proferidos pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

#### 4. NEGOCIAÇÃO DAS PARTES DO ÔNUS PROBATÓRIO.

No que diz respeito à inversão probatório, nos deparamos com outro problema no Novo Código de Processo Civil, no momento em que se estabelece nos parágrafos 3º e 4º do artigo 373, que as partes podem negociar a inversão probatória.

Surge aqui um problema: Como poderá o advogado influenciar seu cliente a concordar com a inversão, sem que isso se torne um desrespeito ao direito da parte de não fazer prova contra si. Vejamos os parágrafos textualmente:

§ 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.

No questionamento apresentado vemos um problema para a advocacia que, deverá lidar com essa possibilidade de inversão sem que os patronos das partes rompam com o seu dever de bem defender seu cliente, afinal como poderemos convencionar com algo que pode nos ser favorável no processo.

Assim essa alteração e, previsão da Lei 13.105/2015, talvez não logre aplicabilidade à medida que, envolve o próprio exercício do *jus postulandi*, inclusive, a nosso ver conflitando com o artigo 34<sup>8</sup> da Lei 8.906 de 4 de julho de 1984.

---

Impertinência da chamada inversão do ônus da prova. Cada parte tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio. Recurso desprovido.

(Relator(a): Borelli Thomaz; Comarca: Ibitinga; Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 12/08/2015; Data de registro: 15/08/2015).

<sup>8</sup> Art. 34. Constitui infração disciplinar:

I - exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos;

II - manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta

- 
- lei; III - valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber; IV - angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros;
- V - assinar qualquer escrito destinado a processo judicial ou para fim extrajudicial que não tenha feito, ou em que não tenha colaborado;
- VI - advogar contra literal disposição de lei, presumindo-se a boa-fé quando fundamentado na inconstitucionalidade, na injustiça da lei ou em pronunciamento judicial anterior;
- VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional;
- VIII - estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário;
- IX - prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio;
- X - acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione;
- XI - abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia;
- XII - recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública;
- XIII - fazer publicar na imprensa, desnecessária e habitualmente, alegações forenses ou relativas a causas pendentes;
- XIV - deturpar o teor de dispositivo de lei, de citação doutrinária ou de julgado, bem como de depoimentos, documentos e alegações da parte contrária, para confundir o adversário ou iludir o juiz da causa;
- XV - fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime;
- XVI - deixar de cumprir, no prazo estabelecido, determinação emanada do órgão ou de autoridade da Ordem, em matéria da competência desta, depois de regularmente notificado;
- XVII - prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la;
- XVIII - solicitar ou receber de constituinte qualquer importância para aplicação ilícita ou desonesta;
- XIX - receber valores, da parte contrária ou de terceiro, relacionados com o objeto do mandato, sem expressa autorização do constituinte;
- XX - locupletar-se, por qualquer forma, à custa do cliente ou da parte adversa, por si ou interposta pessoa;
- XXI - recusar-se, injustificadamente, a prestar contas ao cliente de quantias recebidas dele ou de terceiros por conta dele;
- XXII - reter, abusivamente, ou extraviar autos recebidos com vista ou em confiança;
- XXIII - deixar de pagar as contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB, depois de regularmente notificado a fazê-lo;
- XXIV - incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional; XXV - manter conduta incompatível com a advocacia;
- XXVI - fazer falsa prova de qualquer dos requisitos para inscrição na OAB;
- XXVII - tornar-se moralmente inidôneo para o exercício da advocacia; XXVIII - praticar crime infamante;

Lá em seu inciso IX, se vê asseverado que o advogado, comete infração, se prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio, assim a negociação quanto a esse direito, a nosso ver, se tornaria uma infração nos termos do disposto em nos Estatuto.

Portanto, quer nos parecer que essa previsão legal, da inversão probatória, inserta no Novo Código de Processo Civil conflita com o próprio exercício da advocacia.

Eis aqui um ponto obscuro da inversão probatória.

## 5. O MOMENTO DA INVERSÃO PROBATÓRIA

Um ponto importante nesse questionamento, diz respeito ao momento em que o juiz deverá cientificar a parte autora, que a mesma é responsável pelo ônus probatório.

Para essa discussão ainda não temos um entendimento que esclareça o artigo 373, parágrafo 1º, mas podemos tomar como referência as discussões apresentadas para a inversão do Código de Processo Civil.

Assim nesse tema temos posicionamento para defender que a inversão poderia se dar quando da sentença.

Neste sentido Nelson Nery assevera:

“Não há momento para o juiz fixar o ônus da prova ou sua inversão (CDC, 6º, VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, preferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu.” (Nery: 2015. p. 994)

Todavia nos parece que, essa inversão deverá ser afirmada e justificada pelo juiz no momento do saneamento do

---

XXIX - praticar, o estagiário, ato excedente de sua habilitação. Parágrafo único. Inclui-se na conduta incompatível:

- a) prática reiterada de jogo de azar, não autorizado por lei;
  - b) incontinência pública e escandalosa;
- embriaguez ou toxicomania habituais.

processo, agora principalmente se verificarmos o artigo 357<sup>9</sup>, inciso III, estabelece claramente que será, nesse momento que ocorrerá a inversão probatória.

## 6. CONCLUSÃO

O tema, como vimos, é bastante interessante, primeiramente na abordagem do conceito de verdade, que no processo se limita ao convencimento.

---

<sup>9</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

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

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

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1o Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2o As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

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

§ 4o Caso tenha sido determinada a produção de prova testemunhal, o juiz fixará prazo comum não superior a 15 (quinze) dias para que as partes apresentem rol de testemunhas.

§ 5o Na hipótese do § 3o, as partes devem levar, para a audiência prevista, o respectivo rol de testemunhas.

§ 6o O número de testemunhas arroladas não pode ser superior a 10 (dez), sendo 3 (três), no máximo, para a prova de cada fato.

§ 7o O juiz poderá limitar o número de testemunhas levando em conta a complexidade da causa e dos fatos individualmente considerados.

§ 8o Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

§ 9o As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

Outro ponto que suscitou controvérsia, diz respeito ao ônus probatório, onde a obrigação será do autor, como regra.

Esse entendimento permanece legalmente e na maioria da jurisprudência atual, mas será modificado após 16 de março de 2016, quanto da entrada em vigor da Lei nº 13.105/15. Isso porque nela se admitira que o ônus seja transferido ao réu sempre que, ao autor, for impossível a comprovação probatória (ônus dinâmico).

Desta feita, acabaremos com a possibilidade do ônus diabólico, que tolhe o direito do jurisdicionado.

O ônus dinâmico, que permitirá ao juiz, a alteração do ônus probatório, deverá ser aplicado pelo julgador na fase do saneador, através de decisão motivada.

No tocante a possibilidade de se inverter o ônus probatório por vontade das partes, nos parece que, isso somente será possível com autorização da parte, pois o patrono, não poderá fazê-lo, sob pena, de incorrer em infração procedimental de seu Estatuto.

Ousamos dizer que, tal inversão por ato negocial da parte, não vai surtir efeito no universo jurisdicional, sendo, pois, um dispositivo a se tornar letra morta.



## 7. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. Direito judiciário brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. Tratado de direito processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

. Manual de direito processual civil. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BADRE, Aldo. Teoría general del proceso. Buenos Aires:



- Abeledo-Perrot. t. I. CALAMANDREI, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Traduzido da edição italiana de 1936 por Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.
- . Instituciones de derecho procesal civil. Buenos Aires: Depalma, 1943.
- CARNELUTTI, Francesco. Instituições de processo civil. São Paulo: Classic Book, 2000.
- . La prueba civil. 2ª edición. Buenos Aires: Ediciones Depalma. 2000.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Estudios diversos de derecho procesal. Barcelona: Bosch, 1985.
- CASTRO, Francisco Augusto das Neves e. Teoria das provas e sua aplicação aos atos civis. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1942. v. I.
- COUTURE, Eduardo J. Interpretação das leis processuais. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- . Fundamentos do direito processual civil. Campinas: Red Livros, 1999.
- . Introdução ao estudo do processo civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- GOZAÍNI. Teoría general del derecho procesal — jurisdicción, acción y proceso. Buenos Aires: Ediar, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- . Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difuso. In: *Ajuris* /80.
- . Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: *MILARÉ*, Edis. Ação civil pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- IORIO, Alfredo J. Di. Lineamentos de la teoría general del

- derecho procesal. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- . Temas de derecho procesal. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- LACERDA, Galeno. Comentários ao código de processo civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. VIII, t. I.
- . Despacho saneador. Porto Alegre: Sulina, 1953.
- LESSONA, Carlo. Teoria dele prove. Firenze: Casa Editrice Libreria. 1899.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. Estudos sobre o processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1947.
- . Eficácia e autoridade da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 1945.
- LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais. 2002.
- MACHADO, Antonio; PIMENTA, Paulo. O novo processo civil. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos — conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- . A defesa dos interesses difusos em juízo. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. IV.
- . Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974. t. III.
- . Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1971. t. XVI.
- . Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1977. t. XIII.
- NEVES E CASTRO. Theoria das provas e sua aplicação aos actos civis. 2ª edição. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos – Editor, 1917.
- RANGEL. Rui Manuel de Freitas. O ónus da prova no processo civil. Coimbra: Almedina. 2000.

- SANTOS, Gildo dos. A prova no processo civil. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva. 1979. SANTOS, Moacyr Amaral. Prova judiciária no cível e no comercial. 5ª edição. Volume 1. São Paulo: Editora Saraiva. 1983.
- SATA, Salvatore. Direito processual civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. v. I e II. SCHÖNKE, Adolfo. Derecho processual civil. 5. ed. alemã. Tradução L. Pietro Castro. Barcelona: Bosch, 1950.
- TELLES, José Homem Corrêa. Doutrina das ações. Rio de Janeiro: B. L. Guarnier, 1880. Atualizado por Augusto Teixeira de Freitas.
- TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). Garantias constitucionais do processo civil. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999. WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso de processo civil avançado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v. I.