

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC – SP

Maria Flavia de Melo Gomes

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA**

São Paulo

2020

Maria Flavia de Melo Gomes

**DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Processual Civil, sob a orientação do Prof. Dr. William Santos Ferreira.

São Paulo

2020

Banca Examinadora

---

Prof. Orientador

---

Prof.

---

Prof.

## RESUMO

A presente exposição pretende analisar as regras de distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro e, notadamente, a possibilidade de flexibilização no caso concreto. Busca-se delinear a técnica de distribuição dinâmica e ressaltar o importante papel que exerce no cumprimento das normas fundamentais consagradas na Constituição Federal. O estudo também ressalta o caráter complementar, excepcional e subsidiário do sistema dinâmico e os requisitos que autorizam e legitimam a redistribuição do ônus da prova.

Palavras chave: ônus da prova - distribuição dinâmica - processo civil brasileiro.

## ABSTRACT

The following essay pretends to analyze the rules of distribution of the burden of proof in the brazilian civil procedure and, notably, the possibility of flexibilization depending on the case. It intends to outline the technique of dynamic distribution and to emphasize the important role it takes to comply with the fundamental standards established in the Federal Constitution. The research also highlights the complementary, exceptional and subsidiary character of the dynamic system and the requirements that authorizes and legitimates the redistribution of the burden of proof.

Keywords: burden of proof - dynamic distribution - brazilian civil procedure.

## SUMÁRIO

### 1. INTRODUÇÃO

### 2. CAPÍTULO 1 - DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

2.1. A função da prova no processo civil

2.2. Vedação ao “non liquet”

2.3. Ônus subjetivo e objetivo

2.4. Distribuição estática do ônus da prova

2.5. Regra geral do ônus da prova no Código de Processo Civil

### 3. CAPÍTULO 2 - DA INSUFICIÊNCIA DA REGRA GERAL

3.1. Capacidade probatória das partes

3.2. Provas diabólicas

3.3. Prestação jurisdicional adequada e efetiva

### 4. CAPÍTULO 3 - DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

4.1. Distribuição dinâmica no Código de Processo Civil

4.2. Excepcionalidade

4.3. Momento

4.4. Limites

4.5. Risco de inversão da prova diabólica

4.6. Aplicação pelos Tribunais

### 5. CONCLUSÃO

### 6. BIBLIOGRAFIA

## INTRODUÇÃO

Pela inafastabilidade do controle jurisdicional ou vedação ao “non liquet”, o juiz não se eximirá de julgar as causas a ele submetidas, devendo, nos casos de omissão ou obscuridade da Lei, se valer da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, conforme prevê a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro.<sup>1</sup> De igual modo, o juiz também não se absterá de julgar as causas insuficientemente instruídas. Neste caso, contudo, a solução deve ser outra.

De início, a prova dos fatos cabe a quem aproveita. Neste sentido, o ônus da prova caberá ao autor, quanto aos fatos constitutivos de seu direito, e ao réu, quanto aos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor. Trata-se, assim, da distribuição estática do ônus da prova, consolidada no art. 373, I e II, do Código de Processo Civil.<sup>2</sup>

O sistema estático do ônus da prova, por outro lado, nem sempre é suficiente. Por vezes, no caso concreto, a produção de determinada prova se mostra impossível ou excessivamente difícil, o que se convencionou chamar de prova diabólica.

O Código de Processo Civil de 2015, em observância aos princípios do Estado Constitucional, passou a prever expressamente a técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova, já utilizada pela jurisprudência para assegurar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. Pela atual sistemática, o ônus da prova pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes.

Ressalte-se que a regra geral do processo civil continua sendo a distribuição estática do ônus da prova, suficiente para a solução da maioria dos conflitos levados ao Judiciário. Excepcionalmente, diante das peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou excessiva dificuldade de cumprir o encargo “ou” à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz, fundamentadamente, se utilizar

---

<sup>1</sup> Art. 4º, LINDB. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>2</sup> Art. 373, CPC. 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.

da técnica de distribuição dinâmica do ônus probatório.<sup>3</sup> Com isso, o ônus de provar será da parte que estiver em melhores condições de elucidar os fatos.

Assim, pretende-se com este trabalho avaliar a insuficiência do sistema estático do ônus da prova em determinados casos e destacar a importância da técnica da dinamização para garantir a justiça e a efetiva tutela jurisdicional, sem, contudo, perder de vista a excepcionalidade da medida, que deve observar os limites previstos em Lei.

---

<sup>3</sup> Art. 373, §1º, CPC. 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.

## 2. DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL

### 2.1. A função da prova no processo civil

O processo de elaboração do novo Código de Processo Civil foi pautado na necessidade de compatibilizar a legislação ordinária aos valores e princípios constitucionais.<sup>4</sup> Vislumbra-se a intenção do legislador logo de início, ao dispor que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.<sup>5</sup>

O Código, contudo, foi além. Seja para fins didáticos, seja para reafirmar o seu compromisso com os preceitos constitucionais, o fato é que os primeiros onze artigos do Código se dedicam aos princípios constitucionais do processo civil, os quais devem nortear o trabalho do intérprete.

Assim, o Código de Processo Civil busca garantir uma tutela jurisdicional adequada e efetiva através de um procedimento célere e justo. Pelos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, consagrados pela Constituição Federal e pelo próprio Código, chega-se ao direito à prova.

Antes de prosseguir, é válido destacar a insuficiência da visão tradicional do contraditório, baseada na ciência e na possibilidade de resistência. Hoje, em um Estado Democrático de Direito, também é necessário que as partes tenham a possibilidade de influenciar a decisão judicial.

Há de se garantir a participação isonômica das partes e o direito de expor e comprovar os fatos alegados. Nos termos do art. 369 do Código de Processo Civil, “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”.

---

<sup>4</sup> Nos termos da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, pretendeu-se “estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;”

<sup>5</sup> Art. 1º, CPC.

Assim, as provas são levadas ao processo com o objetivo de demonstrar a veracidade dos fatos alegados e contribuir para o convencimento do juiz.<sup>6</sup> Do mesmo modo, segundo Humberto Dalla Bernardina de Pinho, a prova pode ser tratada como o “conjunto de atividades de demonstração e valoração mediante as quais se procura comprovar a veracidade de determinados fatos relevantes para o julgamento da causa”.<sup>7</sup>

Neste sentido, as provas recaem sobre os fatos relevantes e pertinentes e devem ser levadas em consideração pelo juiz para solucionar a controvérsia. Assim, o juiz deve se pronunciar sobre as provas dos autos e indicar os motivos que o levaram a decidir naquele sentido.

Destarte, é o que dispõe o próprio Código de Processo Civil. Nos termos do art. 371, “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Não há dúvidas sobre a importância das provas para concretizar o direito e a justiça. Não é demais lembrar que os sujeitos processuais devem buscar a verdade e cooperar entre si para que se obtenha uma decisão de mérito efetiva e justa, conforme determina o art. 6º do Código de Processo Civil.

Segundo Alexandre Freitas Câmara,

Pode-se afirmar que a prova é *a alma do processo de conhecimento*. É que só através das provas o juiz poderá reconstruir os fatos da causa e, com isso, produzir uma decisão que – construída através da participação em contraditório de todos os atores do processo – seja a correta para o caso deduzido. É através da atividade de produção e valoração da prova, portanto, que o processo de conhecimento poderá adequadamente produzir os resultados que dele são esperados.

Daí por que poder-se afirmar que existe uma intrínseca ligação entre a prova e o princípio constitucional do contraditório. É que através da prova que a

---

<sup>6</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 220. Versão eletrônica.

<sup>7</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 668. Versão eletrônica.

parte produz consegue ela participar do procedimento de formação da decisão com influência na formação do resultado. E este direito de participação com influência, como tantas vezes repetido ao longo deste trabalho, é o próprio *direito ao contraditório*. Por tal razão, deve-se considerar que o direito da parte produzir provas resulta diretamente da garantia constitucional do contraditório, entendido este como garantia de participação com influência no resultado do processo.<sup>8</sup>

Com isso, a prova, além de ser um direito, é peça fundamental para a prestação da tutela jurisdicional adequada e de acordo o modelo constitucional do processo civil.

## 2.2. Vedação ao “non liquet”

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao determinar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrou o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Seguindo o raciocínio da norma constitucional, a Lei de Introdução ao Direito Brasileiro e o Código de Processo Civil vedam o “non liquet”.<sup>9</sup>

A Lei de Introdução ao Direito Brasileiro prevê o uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais na hipótese de omissão legal. Já Código de Processo Civil, em seu art. 140, caput, é enfático ao estabelecer que “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Vale lembrar que o exercício da autotutela, salvo raras exceções, é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, ao assumir o compromisso de exercer a tutela jurisdicional, o Estado-juiz não pode se eximir de decidir.<sup>10</sup> Destarte, o Estado-juiz tem o dever se manifestar e solucionar o caso concreto, diferente do juiz romano.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. Cit.*, p. 220.

<sup>9</sup> KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

<sup>10</sup> “Alega-se que a proibição é importante para resguardar o sistema jurídico do colapso. Com efeito, aduz-se que, para que seja possível viver em sociedade, é preciso que o Estado disponha de instrumentos jurídicos para pacificação social. Sustenta-se, ainda, que, a partir do momento que o Estado proibiu o exercício da autotutela, assumiu o dever de prestar a jurisdição em toda e qualquer hipótese. Neste sentido, se o juiz pudesse deixar de decidir, os conflitos sociais não seriam solucionados e a própria configuração do Estado restaria comprometida”. *Ibidem*, p.174.

<sup>11</sup> “In the Roman courts, when any of the judges, after the hearing of a cause, were not satisfied that the case was made clear enough for them to pronounce a verdict, they were privileged to signify this opinion by casting a ballot inscribed with the letters “N. L.,” the abbreviated form of the phrase ‘non liquet’”. NON

No mesmo sentido, segundo Cassio Scarpinella Bueno, “Uma vez provocado, o Estado-juíz tem o *dever* de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta, mesmo que seja negativa (...)”.<sup>12</sup>

Portanto, a missão atribuída ao Poder Judiciário o impede de se abster quando provocado. Válido sustentar que, além de aplicar a lei ao caso concreto, o Estado-juíz deve decidir de forma justa e adequada. Para tanto, o Código, como será visto adiante, acode o juiz que não se convenceu dos fatos alegados, mas, ainda assim, tem o dever julgar.

### 2.3. Ônus subjetivo e objetivo

Após tratar da vedação ao “non liquet”, afigura-se razoável introduzir o conceito de ônus da prova. Ônus, por si só, pode ser conceituado como a faculdade de agir em busca de uma vantagem, ou seja, de um benefício próprio.<sup>13</sup> A inobservância do ônus, diferente do descumprimento da obrigação, não gera um ilícito, podendo, contudo, ser desvantajosa ao onerado.

Quanto ao ônus da prova, este incide sobre as partes. A elas compete produzir as provas necessárias para demonstrar a veracidade dos fatos alegados, além de ver aplicado o direito e efetivada a tutela jurisdicional. Com efeito, a inobservância do ônus de provar é capaz de produzir efeitos negativos à parte onerada.

Sobre o ônus da prova, a doutrina e a jurisprudência comumente o dividem em subjetivo e objetivo. Por oportuno, transcreve-se a contribuição de Alfredo Buzaid:<sup>14</sup>

O instituto do ônus da prova se liga, assim, direta e fundamentalmente à atividade das partes, que invocam a aplicação do direito. Conjugam-se dois princípios na elaboração dessa doutrina. O primeiro é o de que o juiz moderno não pode, à maneira do juiz romano, encerrar um processo, dizendo

---

LIQUET. *In: The Law Dictionary*. Disponível em: <<https://thelawdictionary.org/non-liquet/>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

<sup>12</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil* - volume único. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 54.

<sup>13</sup> Segundo Alfredo Buzaid, com base nas lições de Francesco Carnelutti, “Falamos de ônus, quando o exercício de uma faculdade é pôsto como condição para obter certa vantagem. Por isso ônus é uma faculdade, cujo exercício é necessário para a consecução de um interesse”. BUZAID, A. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 57, p. 113-140, 1 jan. 1962. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>>. Acesso em: 30 abr. 2020, p. 126.

<sup>14</sup> BUZAID, A. *Op. Cit.*, p. 116.

simplesmente *non liquet* e, portanto, esquivando-se de proferir uma decisão de mérito a favor de uma parte e contrária a outra. O segundo é o de que, estando a parte empenhada no triunfo da causa, a ela toca o encargo de produzir as provas, destinadas a formar a convicção do juiz na prestação jurisdicional.

Assim, dois sentidos são atribuídos ao ônus da prova. O subjetivo é voltado às partes e o objetivo ao julgador.

Pelo subjetivo, é analisado a quem cabe produzir a prova e, assim, suportar os efeitos negativos da sua não produção ou produção insuficiente. Note-se que o ônus subjetivo pode incentivar a parte a buscar provas e elementos capazes de demonstrar a verdade dos fatos alegados e, assim, influir no convencimento do juiz.<sup>15</sup> Pretende-se, com isso, produzir provas com o claro objetivo de obter uma vantagem, qual seja, uma resposta favorável do Estado-juiz.

Já o ônus objetivo é considerado uma regra de julgamento. Para Daniel Amorim Assumpção Neves, “No aspecto objetivo, o ônus da prova afasta a possibilidade de o juiz declarar o *non liquet* diante de dúvidas a respeito das alegações de fato em razão da insuficiente ou inexistência de provas.”<sup>16</sup>

Conforme já tratado outrora, o Estado-juiz, ainda que não convencido dos fatos alegados, não pode se abster de julgar. Ou seja, ainda que insuficientes os elementos existentes nos autos, o juiz deverá julgar e fundamentar a decisão, utilizando-se, para tanto, a regra do ônus da prova objetivo. Portanto, tem claro caráter subsidiário, sendo empregue quando o juiz não houver formado o seu convencimento.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> MALAGÓ, Fábio Machado. *Distribuição dinâmica do ônus da prova*. Mestrado em Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

<sup>16</sup> “Sendo obrigado a julgar e não estando convencido das alegações de fato, aplica a regra do ônus da prova.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 698.

<sup>17</sup> “Quando, finalmente, os elementos de prova não são produzidos ou se apresentam despido da indispensável força de convicção, aí, sim, terá o magistrado de se guiar pelas regras formais do ônus da prova, para decidir contra a parte a quem a lei impunha dito encargo.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova - Princípio da verdade real - Poderes do juiz - Ônus da prova e sua eventual inversão - Provas ilícitas - Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, jan. 2004, p. 12.

Assim, o ônus da prova objetivo é destinado ao juiz na fase decisória. Já o ônus subjetivo pode ser definido como uma regra de procedimento, funcionando como guia para as partes no processo.

#### 2.4. Distribuição estática do ônus da prova

O encargo atribuído às partes de provar os fatos alegados já era perfilhado pelo direito romano.<sup>18</sup> Assim, a ideia de que a parte, seja autora ou ré, tem o ônus de provar as alegações feitas em juízo é antiga.<sup>19</sup>

Firmou-se, desde então, o entendimento de que a prova dos fatos cabe a quem aproveita. Desse modo, a depender da alegação, cabe ao autor ou ao réu a sua prova. Segundo Alfredo Buzaid,

Essa importante distinção entre as alegações que as partes podem fazer em juízo gera a repartição do ônus da prova e constitui a base em que, no direito moderno, se assentou a classificação entre fatos *constitutivos*, *modificativos* e *extintivos*.<sup>20</sup>

A ideia de que ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor se apoia na teoria da distribuição estática do ônus probatório, abraçada pela maioria dos países de tradição romano-germânica.<sup>21</sup>

Na distribuição estática, o ônus da prova é preestabelecido e não leva em conta as especificidades do caso concreto. Regulado de modo abstrato e apriorístico, o ônus

---

<sup>18</sup> MALAGÓ, Fábio Machado. *Op. Cit.*, p. 84

<sup>19</sup> Para Alfredo Buzaid, com base no direito romano (D.22.3.12), “À primeira vista parece mais equitativo que o autor prove o que pretenda, porém indubitavelmente se exigem certas provas do réu, porque se eu reclamo um crédito e êle responde que já pagou a importância, está obrigado a provar êste fato; (...)”. BUZAID, A. *Op. Cit.*, p. 119.

<sup>20</sup> “É que, em direito romano, o fato afirmado pelo autor, por êste devia ser provado; se o réu oferecesse uma exceção de *pagamento*, *non numeratae pecuniae* ou *non adimpleti contractus*, ao réu cabia fazer a prova de sua afirmação, porque tais fatos jurídicos tendiam a modificar ou extinguir a obrigação.” *Ibidem*, p. 120.

<sup>21</sup> KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus da prova” e da “situação de senso comum”, como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 943.

estático apenas considera a posição das partes e a natureza dos fatos alegados.<sup>22</sup> Ou seja, cabe ao autor provar os fatos que fundamentam o seu pedido e ao réu, de outro lado, os fatos alegados em exceção.

Utilizando-se das lições de Pedro Ferreira Múria, Danilo Knijnik lembrou que a previsão estática “consagra a chamada teoria das normas, cujo postulado repousa na ‘técnica de descobrir a repartição do *onus probandi* na sintaxe da lei’, desimportando as consequências daí advindas, quanto a maior ou menor dificuldade de provar (...)”.<sup>23</sup>

De fato, baseada em uma visão liberal, a distribuição estática do ônus da prova independe do caso concreto.<sup>24</sup> O que se pretende ao preestabelecer o ônus da prova, fixando-o de modo genérico, é assegurar a segurança jurídica e a igualdade formal.<sup>25</sup>

Neste mesmo sentido, Gabriel Valetin propõe que “Las reglas de la carga de la prueba deben estar predeterminadas normativamente; sólo así se puede garantizar la seguridad y previsibilidad jurídica para una igual aplicación de la ley.”<sup>26</sup> Assim, o autor entende ser necessário estabelecer critérios fixos e prévios para garantir a segurança jurídica.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> No mesmo sentido Eduardo Cambi. CAMBI, Eduardo. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova) - exegese do artigo 373, §§ 1º e 2º do NCPC. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (coord.). *Direito Probatório*. 3. ed. Salvador: Salvador: JusPodivm, 2018. p. 294.

<sup>23</sup> KNIJNIK, Danilo. *Op. Cit.*, p. 943.

<sup>24</sup> SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-15. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (coord.). *Direito Probatório*. 3. ed. Salvador: Salvador: JusPodivm, 2018. p. 294.

<sup>25</sup> A respeito, Bruna Braga da Silveira transcreve a seguinte lição de Leo Rosemberg: “[...] las normas sobre la carga de la prueba no pueden deducirse del resultado del proceso singular, sino que deben establecerse independientemente de todo o proceso sacándolas de las normas del derecho a aplicarse”. ROSEMBERG, Leo. *La carga de la prueba*. 2. ed., Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 17-18. Apud SILVEIRA, A distribuição dinâmica..., 2018, 294.

<sup>26</sup> VALENTIN, Gabriel. La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba. *Revista de Derecho*. Segunda época. Año 9. n.º 10 (diciembre 2014), 249-277. p. 271.

<sup>27</sup> Para Giovanni Verde, citado por Gabriel Valetin, “Si potrebbe, allora, pensare che il giudice sia libero di scegliere, accogliendo o rigettando la richiesta sulla base di personale convinzioni (ad es., la maggior fiducia che gli ispira una parte rispetto all'altra). Se accettassimo una simile possibilità, correremmo il rischio di reintrodurre nel nostro sistema un processo di tipo irrazionale e arbitrario, che abbiamo visto essere retaggio di epoche storiche sorpassate. Il principio di legalità e la certezza del diritto, intesi come prevedibilità e controllabilità delle decisioni giudiziarie, sino contrarii a tale soluzione. L'unica via, quindi, è quella di preconstituire un canone di valutazione per il caso dell'incertezza.” VERDE, Giovanni, *Diritto processuale civile*, t. 1, 3. Ed. Zanichelli Ed., Bologna, 2012, p. 112-115. Apud VALENTIN, La prueba y la sentencia..., 2014, 268.

Vale assinalar que a ideia já era defendida por Leo Rosenberg, que se dedicou ao estudo do ônus da prova.<sup>28</sup> Sobre a questão, segundo Hanns Prütting, “Rosenberg reconoció que la distribución de la carga de la prueba no estaba sujeta a la discreción del juez, de los principios individuales o los resultados de las hipótesis, sino que tenía sus raíces en la ley, en la naturaleza y estructura de la norma jurídica.”<sup>29</sup> Portanto, não deve ser atribuído ao juiz o poder de decidir sobre o ônus da prova, devendo as regras serem preestabelecidas e independentes das particularidades do processo.

Por este modelo permite-se que as partes conheçam de antemão os seus ônus, o que pode influenciar, inclusive, o próprio ajuizamento da ação. Neste sentido, aquele que pretende ingressar em juízo pode avaliar os riscos e a possibilidade de obter êxito. Do mesmo modo, o réu sabe, desde o início, quais são os seus encargos.

A respeito, Bruna Braga da Silveira, baseando-se nas lições de Flavio Yarshell, assevera que a previsão estática e prévia permite a “análise do risco e do prognóstico de êxito para decisão sobre o ajuizamento ou não de determinada ação, servindo ate mesmo para evitar lides temerárias”.<sup>30</sup>

A ciência prévia do ônus da prova, assim como a aplicação ortodoxa do modelo de distribuição estática, vem sendo, cada vez mais, questionada pela doutrina no atual estágio do direito.

## 2.5. Regra geral do ônus da prova no Código de Processo Civil

No Brasil, nos termos do art. 373, caput, do Código de Processo Civil, ao autor cabe a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O dispositivo, que repete o art. 333, caput, do Código anterior, consagra a regra geral do ônus da prova.

---

<sup>28</sup> Leo Rosenberg é bastante conhecido por sua obra sobre o ônus da prova, “Die Beweislast”, de 1900.

<sup>29</sup> PRÜTTING, Hanns. “Carga de la prueba y estándar probatorio: La Influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno Derecho probatorio”. *Revista Ius et Praxis*, Año 16, nº 1, 2010, pp. 453 - 464. p. 458.

<sup>30</sup> SILVEIRA, Bruna. *Op. Cit.*, p. 311. De modo mais crítico, William dos Santos assevera que a previsão estática e prévia permite que as partes “previamente deliberem sobre suas condutas probatórias de maneira marcadamente manipuladora e conveniente (se o ônus não é de determinada parte), em total descompasso com a cooperação e colaboração para a descoberta da verdade (...)”. FERREIRA, William Santos. In. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1072.

Trata-se da distribuição estática. Com efeito, o ônus da prova é preestabelecido e independente das peculiaridades da causa e pretende garantir a segurança jurídica e a igualdade formal. Sobre o ônus da prova, Alfredo Buzaid cita Adolf Wach e propõe:

O seu fundamento está, como demonstra WACH<sup>31</sup>, em uma regra de eqüidade, que nasce da consideração que, litigando as partes e devendo conceder-se-lhe a palavra igualmente para o ataque e a defesa, é justo não impor só a uma o ônus da prova. Do autor não se pode exigir senão a prova dos fatos que criam especificamente o direito. Poderá o réu negar, mediante exceção, os pressupostos gerais desse estado.<sup>32</sup>

Com a mesma redação do Código anterior, a distribuição do ônus da prova com base na posição das partes e nos fatos alegados é a adotada, como regra, pelo Código em vigor. Ao autor cabe provar o fato que fundamenta o seu pedido e ao réu compete provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor, ou seja, o fato que fundamenta a sua resistência.

Não convém repetir a análise realizada sobre a distribuição estática do ônus da prova, mas apenas destacar a adoção de critérios fixos e abstratos pelo processo civil. As regras do art. 373, caput, do Código se destinam às partes, que buscam provar os fatos com a pretensão de obter êxito na demanda, e ao próprio juiz.<sup>33</sup>

Pelo que dispõe o art. 371 do Código de Processo Civil, o juiz apreciará a prova independentemente do sujeito que a tiver produzido.<sup>34</sup> Trata-se do conhecido princípio da comunhão das provas. Com efeito, as provas devem ser analisadas e consideradas pelo juiz, que deverá indicar na decisão as razões da formação de seu convencimento. Somente se inexistente ou insuficiente pode o juiz utilizar das regras do ônus da prova, evitando-se, assim, o *non liquet*.

---

<sup>31</sup> WACH, Adolf. *Vorträge*, 2. ed. p. 210 et seq. Apud BUZAID, A. Do ônus da prova, 1962, 128.

<sup>32</sup> BUZAID, A. *Op. Cit.*, p. 128.

<sup>33</sup> Conforme já salientava Alfredo Buzaid, "O Código de Processo Civil brasileiro tem, portanto, o mérito de haver contemplado o instituto do ônus da prova sob o seu duplo aspecto, subjetivo e objetivo, pondo de em dia com as melhores conquistas do progresso científico moderno." O autor se referia ao diploma de 1939. Contudo, face à semelhança das previsões sobre o ônus da prova, entendeu-se por bem fazer o destaque. BUZAID, A. *Op. Cit.*, p. 140.

<sup>34</sup> Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Pretendeu-se apresentar neste item a regra geral do ônus da prova no processo civil: a distribuição estática. O Código em vigor, na esteira do seu antecessor, também permite a distribuição diversa por acordo entre as partes, que, todavia, não pode recair sobre direito indisponível ou tornar excessivamente difícil o exercício do direito.<sup>35</sup> Para concluir, o Código inova ao prever a distribuição dinâmica do ônus probatório de modo expresso, conforme será visto adiante.

Antes de seguir, há de se deixar claro desde já que a distribuição estática, como regra que é, é satisfatória na maioria dos casos. A distribuição dinâmica é excepcional e somente se legitima no caso concreto, como se pretende analisar neste estudo.

---

<sup>35</sup> Art. 373, §3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. §4º A convenção de que trata o §3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

### 3. DA INSUFICIÊNCIA DA REGRA GERAL

#### 3.1. Capacidade probatória das partes

Delineadas as funções do ônus da prova e a regra geral adotada pelo processo civil brasileiro, pretende-se, agora, analisar a suficiência, ou não, do sistema estático. Para tanto, há de se ter em mente que a sociedade está em constante transformação e os direitos e deveres das partes variam ao longo do tempo.

Conforme já analisado no capítulo anterior, o sistema estático do ônus da prova atribui ao autor a prova dos fatos que fundamentam o seu pedido e ao réu a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Vale lembrar que o modelo estático, ao preestabelecer o ônus probatório, busca assegurar a segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade formal.

Sobre a igualdade formal e a adoção do sistema estático do ônus da prova pelo Código de Processo Civil de 1973, transcreva-se, por oportuno, a lição de Bruna Braga da Silveira:

Até mesmo pelo contexto liberal-individualista em que aquela norma foi elaborada, verificava-se sua intenção em primar pela igualdade formal entre as partes, dividindo de maneira igualitária o ônus da prova entre os litigantes, buscando segurança jurídica pela previsibilidade no procedimento e pela imparcialidade no tratamento das partes.<sup>36</sup>

A igualdade é um dos fundamentos da teoria da distribuição estática do ônus da prova. Para Fábio Machado Malagó, leva-se em conta o “princípio segundo o qual todos devem ser tratados da mesma forma no âmbito processual, sem qualquer tipo de discriminação, sendo-lhes garantida igualdade de oportunidades, igualdade de tratamento e igualdade de riscos (...).”<sup>37 38</sup>

---

<sup>36</sup> SILVEIRA, Bruna. *Op. Cit.*, p. 294.

<sup>37</sup> (...) “ou, como resume HÉLIO TORNAGHI, ‘paridade de direitos, deveres, faculdades e encargos’”. MALAGÓ, Fábio Machado. *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>38</sup> Segundo Hans Prütting, “En particular se debe entender la distribución de la carga de la prueba como una forma de regular legalmente la distribución del riesgo que suele dar lugar a que el legislador elabore reglas de distribución para garantizar la seguridad y previsibilidad jurídica para una igual aplicación de la ley.” PRÜTTING, Hanns. *Op. Cit.*, p. 462.

No mesmo sentido, o atual Código de Processo Civil, tal qual o seu antecessor, impõe ao juiz o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento.<sup>39</sup> Vale destacar que às partes devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, conforme se depreende do texto constitucional e do próprio diploma processual.

Nos termos do art. 369 do Código de Processo Civil, as partes podem empregar todos os meios legais e os moralmente legítimos para provar os fatos alegados. Trata-se do princípio da atipicidade. Ou seja, além dos meios previstos em lei, são admitidos outros meios de prova, desde que lícitos e morais.<sup>40</sup>

Há de se ter em mente que o Código prevê diversos direitos e deveres às partes no âmbito processual. O art. 77, I, em consonância com os preceitos fundamentais do processo civil constitucional, estabelece o dever de “não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito”.

O que se percebe é que o Código pretende assegurar um tratamento igualitário e imparcial. O mesmo se diga sobre o ônus da prova. Conforme tratado anteriormente, o Código adotou o sistema estático de distribuição do ônus da prova como regra geral, cabendo a quem alega o ônus probatório.

Como bem assinalou Artur Thompsen Carpes,

Normalmente quem alega a existência de determinado fato possui melhores condições de prová-lo em juízo. Semelhante máxima de experiência informou a formulação doutrinária do ônus da prova ao longo da história - e colaborou, por conseguinte, para promover a igualdade entre as partes.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

<sup>40</sup> FERREIRA, William Santos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.

<sup>41</sup> Para tanto, o autor faz menção a Gian Antonio Micheli, da obra “L’Onere della Prova”. CARPES, Artur Thompsen. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-15. In: DIDIER JR., Fredie (coord. geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (coord.). *Direito Probatório*. 3. ed. Salvador: Salvador: JusPodivm, 2018. p. 283.

A princípio, pode-se entender que o tratamento igualitário assegurado às partes é suficiente para garantir uma decisão justa, sendo inoportuno diferenciá-las no âmbito processual. Segundo Fábio Machado Malagó,

Em um processo ideal, em que as partes litigam em pé de igualdade, as regras formais de igualdade e de distribuição do ônus da prova (em sua forma estática) seriam suficientes para dar uma solução imparcial e justa ao litígio, visto que ambas recebem o mesmo tratamento, ambas exercem livremente as oportunidades que a lei lhes oferece, e ambas podem se desincumbir dos respectivos ônus sem maiores dificuldades (além daquelas que naturalmente o processo lhes impõe).<sup>42</sup>

Contudo, a igualdade formal nem sempre é suficiente e adequada a solução do caso concreto. Em certos casos, garantir tão somente a igualdade formal pode agravar o desequilíbrio entre as partes no processo. No mesmo sentido, a distribuição estática do ônus da prova pode se mostrar insuficiente para assegurar a paridade e o equilíbrio no âmbito processual.

### 3.2. Provas diabólicas

Os principais valores da distribuição estática do ônus da prova já se encontram suficientemente descritos neste estudo. Ao menos já se sabe que a segurança jurídica e a igualdade formal são comumente empregues na defesa de uma regra fixa e prévia de ônus da prova, ou seja, independente do caso concreto.

A priori, as partes possuem as mesmas oportunidades e riscos<sup>43</sup> e, em especial, a mesma capacidade probatória. Contudo, nem sempre assegurar às partes o mesmo tratamento é satisfatório. Garantir unicamente a igualdade formal pode ser insuficiente e até mesmo prejudicial a solução justa do caso.

A respeito, em determinadas situações, a distribuição estática do ônus da prova não é adequada. Por vezes, a produção de certa prova pode ser excessivamente difícil ou impossível, o que compromete sobremaneira a parte onerada, que anseia influir na convicção do juiz através da comprovação dos fatos alegados.

---

<sup>42</sup> MALAGÓ, Fábio Machado. *Op. Cit.*, p. 74.

<sup>43</sup> Expressão usada por Fábio Malagó, em sua dissertação de Mestrado. *Ibidem*.

Segundo Humberto Theodoro Júnior,

A aplicação da partilha estática do ônus da prova se vale da premissa de que as partes litigam em condições equânimes de acesso à prova, de maneira que os encargos em questão seriam objeto de repartição legal equilibrada. No entanto, a realidade aponta para rumos diferentes, pois não são raros os casos em que a parte encarregada pela lei do *onus probandi* não se acha, *in concreto*, em condições favoráveis de acesso aos meios demonstrativos da verdade acerca dos fatos alegados na fase postulatória, relevantes para o juiz chegar à solução justa do litígio.<sup>44</sup>

Assim, além da igualdade formal, há de se assegurar a igualdade material. Vale dizer que a distribuição do ônus da prova deve considerar as desigualdades existentes entre as partes, sob pena de inviabilizar o acesso à justiça, garantido pela Constituição Federal e reforçado pelo Código de Processo Civil.

Sabe-se que as partes podem empregar todos os meios legais e os moralmente legítimos para provar os fatos alegados e influir no convencimento do juiz. Ocorre que, em determinados casos, a parte não tem condições de produzir a prova a fundamentar suas alegações. A respeito, à prova cuja produção é excessivamente difícil ou mesmo impossível dá-se o nome de diabólica.

Transcreva-se, por oportuno, a lição de Artur Thompsen Carpes:

As regras do ônus da prova possuem por razão motivadora, ademais, o princípio de que no processo toda a prova é admissível. Consistiria invencível paradoxo outorgar à parte o ônus de provar sem disponibilizá-la plenas oportunidades para cumprir com aludido ônus. Significa dizer, a *contrario sensu*, que em princípio é defeso impor às partes excessiva dificuldade ou impossibilidade para a produção das suas alegações. Com efeito, a regra do ônus da prova deve assegurar o exercício do direito fundamental à prova, de modo a evitar a imposição da *probatio diabolica*, isto é, de ônus probatório cujo cumprimento revela-se excessivamente difícil ou impossível.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 926. Versão eletrônica.

<sup>45</sup> CARPES, Artur Thompsen. *Op. Cit.*, p. 284.

Ainda sobre a definição, não há dúvidas de que a excessiva dificuldade é a que foge do comum. Já a impossibilidade é definida por Zulmar Duarte de Oliveira Jr. como a “incontornabilidade dos empecilhos ou obstáculos para a produção de determinada prova pela parte inicialmente onerada.”<sup>46</sup>.

Seja como for, é válido anotar que as condições profissionais, técnicas e fáticas podem impactar a capacidade probatória da parte.<sup>47</sup> Isto é, a excessiva dificuldade ou a impossibilidade de produzir uma prova pode estar relacionada às condições em que se encontra a parte no caso concreto.

Para Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira, um exemplo de prova diabólica pode ser retirado da ação de usucapião especial, em que o autor tem o encargo de provar que não é proprietário de nenhum outro imóvel.<sup>48</sup> Outro exemplo citado pela doutrina é o da responsabilidade civil por erro médico. Neste caso, além da excessiva dificuldade de produção da prova pelo autor, nota-se a maior facilidade de sua produção pelo médico réu, que, em geral, visa demonstrar uma atuação diligente e adequada ao caso.

A respeito, segundo Jorge W. Peyrano, difusor da distribuição dinâmica do ônus da prova,

Situaciones distintas de las habituales (V. gr., hipótesis de una mala praxis médica quirúrgica) determinan la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que desplaza el esfuerzo probatorio desde quien lo tenía sobre sus hombros (la actora que debía probar “todo” lo relacionado con la mala praxis médica de la que fuera víctima) hacia la contraria de la parte que originariamente y de acuerdo con las reglas ortodoxas del onus probandi soportaba el esfuerzo probatorio correspondiente.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. In. GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015*: vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 272. Versão eletrônica.

<sup>47</sup> Segundo Jorge W. Peyrano, citado por Fábio Malagó, “essa capacidade pode ser aferida das mais diversas formas, seja pelo fato de a parte possuir melhores condições profissionais, seja por ter melhores condições técnicas, seja ainda por dispor de melhores condições fáticas para a produção da prova.” MALAGÓ, Fábio Machado. *Op. Cit.*, p. 157.

<sup>48</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. vol. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 134.

<sup>49</sup> PEYRANO, Jorge W. La carga de la prueba. In. *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020, p. 15.

Assim, em determinados casos, as diferenças existentes entre as partes devem ser levadas em consideração para garantir uma solução justa. Por vezes, dependendo da situação, há de se pensar em uma alternativa à aplicação ortodoxa das regras fixas e prévias do ônus da prova. É o que se pretende analisar mais adiante.

### 3.3. Prestação jurisdicional adequada e efetiva

Já se concluiu que a igualdade formal pode não ser suficiente para garantir uma tutela jurisdicional justa, sendo necessário assegurar a igualdade material e, com isso, atentar-se às diferenças substanciais que desequilibram a relação entre partes. Como bem afirmado por Rui Barbosa<sup>50</sup>, é preciso tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Anote-se que o atual Código de Processo Civil, ao reproduzir diversos preceitos constitucionais, procura assegurar o cumprimento das normas fundamentais previstas na Constituição Federal, notadamente dos direitos e garantias fundamentais. Lembre-se que a todos deve ser assegurado o acesso à justiça, assim como o devido processo legal e os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Insta salientar que o acesso à justiça não se encerra em um simples provimento jurisdicional. Isto é, extrapola o direito subjetivo de obter uma resposta do Estado-Juiz. Para garantir uma solução adequada ao caso concreto, é preciso observar as normas fundamentais do processo civil, devendo assegurar um tratamento paritário no tocante aos direitos, deveres e ônus, além de garantir o contraditório em sua tríplice dimensão.

Deixando de lado a visão tradicional do contraditório e atentando-se aos valores do Estado Democrático de Direito, é necessário assegurar a possibilidade de influir no convencimento do juiz, e não apenas a ciência e a oportunidade de resistência. Assim, às partes devem ser assegurados os meios e as condições para comprovar a verdade dos fatos alegados e influenciar a decisão judicial.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2020.

<sup>51</sup> No mesmo sentido, segundo Eduardo Cambi, “A correta reconstrução dos fatos no processo, mediante a utilização das provas, possibilita a realização de *decisões justas*. Pode-se, assim, asseverar que o *direito à prova*, ao pretender dar melhores oportunidades para que as partes influam na formação

Neste sentido, segundo Ada Pellegrini Grinover,

É evidente, portanto, que o concreto exercício da ação e da defesa, tendo por escopo influir sobre o desenvolvimento e o resultado do processo, fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do evento posto como fundamento da ação ou da exceção: ou seja, à possibilidade de a parte servir-se das provas.<sup>52</sup>

Para tanto, é necessário conferir às partes um tratamento isonômico. Conforme já analisado, eventuais diferenças podem desequilibrar o processo e prejudicar, senão inviabilizar, a própria função jurisdicional. Assim, é preciso encontrar meios e soluções capazes de neutralizar as desigualdades e garantir o efetivo acesso à justiça.

Como bem assinalou Leonardo Grecco,

Toda parte em um processo deve ter a possibilidade de expor e defender a sua causa em condições que não a inferiorizem perante a outra. Sem isso, não há garantia de um processo justo. O contraditório pressupõe, portanto, que nenhuma das partes seja posta em posição de desvantagem em relação à outra na possibilidade de planejar a sua defesa e de realizá-la. Ambas as partes devem ter as mesmas oportunidades de sucesso no ganho da causa. Para assegurar essa paridade de armas, o juiz deve suprir as deficiências defensivas da parte em desvantagem.<sup>53</sup>

A depender das peculiaridades do caso concreto, o sistema estático do ônus da prova não é adequado aos fins da ação judicial. No mesmo sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, citado por Danilo Knijnik, destaca que, “servindo o processo para a realização do direito material, não pode a lei processual estabelecer regulação que,

---

do convencimento do juiz, contribui para a *cognição mais fiel* dos fatos relevantes para a justa solução dos conflitos de interesses. Por isso, a regra contida no art. 5º, inciso XXXV, CF, tem sido interpretada em sentido amplo para, ao concretizar normativamente a aspiração contida na preocupação se de obter o *acesso a ordem jurídica justa*, não possibilitar que o processo contemple iniquidades vindo a beneficiar o litigante que não tem razão, mas, ao contrário, sirva de instrumento para a realização de uma tutela jurisdicional célere, adequada e efetiva”. CAMBI, Eduardo. O direito à prova no Processo Civil. In. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, 2000. p. 149.

<sup>52</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879541/mod\\_resource/content/1/U11%20-%20Grinover%20-%20Conteudo%20da%20garantia.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879541/mod_resource/content/1/U11%20-%20Grinover%20-%20Conteudo%20da%20garantia.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2020, p. 19.

<sup>53</sup> GRECCO, Leonardo. *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. In. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, dez. 2006. <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista09/Artigos/LeonardoGreco.pdf>>. Acesso em 16 jun. 2020. p. 8.

por motivos meramente processuais, ponha em perigo, com risco até de eliminá-la, a igualdade jurídica assegurada pela norma material”.<sup>54</sup>

Por todo o exposto, assegurar uma tutela jurisdicional adequada, justa e efetiva não significa, tão somente, cumprir formalismos. Em determinados casos, recomenda-se flexibilizar o procedimento para assegurar os princípios constitucionais. A respeito, a dinamização do ônus da prova pode ser uma alternativa, como se pretende analisar adiante. Vale destacar que qualquer adaptação deve observar os princípios da boa-fé e da cooperação, além das demais normas fundamentais do processo civil.

---

<sup>54</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 66. Apud KNIJNIK, Danilo. *As (perigosíssimas) doutrinas...*, 2006, 946.

## 4. DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

### 4.1. Distribuição dinâmica no Código de Processo Civil

Pretendeu-se demonstrar até aqui que, a depender do caso concreto, o sistema estático do ônus da prova não é adequado à finalidade do processo de assegurar uma solução justa às partes. É nesse cenário que a distribuição dinâmica do ônus probatório ganha força. Há de se garantir o acesso à justiça, que, mais uma vez, não significa o simples ingresso em juízo.

No século XIX, divergindo da doutrina da época, Jeremy Bentham já sustentava a insuficiência do modelo estático. Por suas lições, o ônus cabe a quem tem melhores condições de produzir a prova, isto é, mais facilidade e menos inconvenientes em sua produção.

Contudo, atribui-se a Jorge W. Peyrano a criação e o desenvolvimento da teoria da distribuição dinâmica, que, a depender do caso concreto, possibilita a flexibilização do ônus da prova. O autor não descarta o modelo estático, mas permite a dinamização do ônus probatório em casos particulares a fim de evitar injustiças.

Trata-se de uma solução excepcional e subsidiária. Para o próprio autor, “frente a situaciones excepcionales que dificultan la tarea probatoria de una de las partes, se debe desplazar el esfuerzo probatorio respectivo hacia la contraria, por encontrarse ésta en mejores condiciones de acreditar algún hecho o circunstancia relevante para la causa”.<sup>55</sup>

Ressalte-se que as regras rígidas de distribuição do ônus da prova, que apenas consideram a posição das partes e a natureza dos fatos alegados, são aplicáveis para a maioria das situações. Já a distribuição dinâmica somente será devida quando restar comprometida a igualdade entre as partes no processo e, portanto, o próprio equilíbrio necessário à obtenção de uma solução justa e efetiva.

---

<sup>55</sup> PEYRANO, Jorge. *Op. Cit.*, p. 16.

Neste mesmo sentido, os participantes do XVII Congreso Argentino de Derecho Procesal definiram a teoria da distribuição dinâmica de modo didático, razão, inclusive, pela qual se transcreve:<sup>56</sup>

La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquéllas arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce en nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar; rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva.

De maneira semelhante, a doutrina e a jurisprudência brasileiras já tratavam da distribuição dinâmica do ônus da prova antes mesmo da promulgação do atual Código de Processo Civil, que prevê expressamente a sua possibilidade. Já se falava também da necessidade de compatibilizar o processo civil com os preceitos constitucionais ou, conforme Sérgio Cruz Arenhart, aprimorá-lo “com a evolução na interpretação judicial, com o manejo mais adequado das técnicas processuais postas à disposição do juiz e com o preenchimento das lacunas legais, sob o vento das garantias constitucionais”.<sup>57</sup>

A respeito, a Ministra Nancy Andrighi, em mais de uma oportunidade, sustentou ser possível mitigar a aplicação do sistema estático, ensejando a distribuição dinâmica do ônus da prova a depender das particularidades da causa em juízo. A Ministra expôs que o julgador “deverá se orientar pelas especificidades do direito material envolvido, das regras que lhe são próprias e dos princípios gerais da veracidade, lealdade, boa-fé e solidariedade”. À época, acrescentou que “Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação dessa teoria”.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Ibidem, p. 972.

<sup>57</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

<sup>58</sup> REsp nº 1.364.707. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. J. 25/02/2014. DJe.10/03/2014.

Pretende-se, com essas breves considerações, consignar que a teoria de Jorge W. Peyrano já era tratada pelos processualistas durante a vigência do Código anterior. Porém, foi com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015 que o sistema dinâmico ganhou ainda mais destaque.

Nos termos do §1º do art. 373 do Código em vigor, nas hipóteses previstas em Lei ou diante das peculiaridades da causa, “poderá o julgador atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada”. Já o §2º deste mesmo dispositivo processual adverte que a redistribuição não poderá gerar situação em que a desincumbência do encargo seja impossível ou excessivamente difícil.<sup>59</sup>

Assim, quando a regra tradicional do ônus da prova se mostrar insuficiente para promover a tutela adequada e efetiva, poderá o julgador atribuir o encargo à parte que estiver em melhores condições de provar, desde que cumpridos os pressupostos para tanto, conforme será visto adiante.

Portanto, anote-se que o Código mantém o modelo estático como regra e prevê expressamente a possibilidade de dinamizar o ônus da prova quando necessário para assegurar os direitos e garantias fundamentais, tão caros em um Estado Democrático de Direito. Há de se garantir o acesso à justiça ou, como já destacou Eduardo Cambi<sup>60</sup>, o acesso à ordem jurídica justa, baseada nos ditames constitucionais e de acordo com o atual contexto social.

Conforme será analisado, os §§ 1º e 2º do art. 373 determinam os pressupostos da distribuição dinâmica do ônus da prova. O juiz deverá se atentar à necessidade de manter o equilíbrio no âmbito processual e assegurar o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a boa fé, a cooperação entre as partes, dentre outros princípios do processo civil constitucional, tão importantes quanto.

---

<sup>59</sup> Art. 373, §1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. §2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

<sup>60</sup> CAMBI, Eduardo. *Op. Cit.* p. 149.

Anote-se que a interpretação sistemática é essencial na busca da melhor, mais adequada e efetiva, prestação jurisdicional. Neste sentido, é fundamental combinar os preceitos constitucionais com o que prevê, não à toa, o Código de Processo Civil sobre o tema da distribuição do ônus da prova.

#### 4.2. Excepcionalidade

Já no tópico anterior é possível reconhecer a excepcionalidade da flexibilização do ônus da prova. Uma vez mais, a regra geral do processo civil brasileiro é a previsão contida no art. 373, caput, do Código, cabendo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Portanto, a distribuição dinâmica do ônus da prova é complementar ao sistema estático e aplicável em caráter excepcional e subsidiário. Anote-se que a redistribuição do encargo probatório é limitada aos casos de insuficiência ou inadequação do modelo tradicional, devendo o juiz analisar com cautela o cenário a ele apresentado.

Com base no art. 373, §1º, as peculiaridades do caso, ligadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo fixado no caput “ou” à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, podem autorizar a flexibilização da regra geral. Assim, a mitigação do sistema estático do ônus da prova é excepcional e deve se ater à necessidade de garantir as mesmas oportunidades às partes e o equilíbrio no âmbito processual.

No mesmo sentido, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, citado por José Carlos Baptista Puoli, já afirmava, na vigência do Código anterior, que “a repartição dinâmica do ônus da prova consubstancia solução excepcional e subsidiária, que encontra espaço apenas e tão somente se as regras gerais de distribuição do *onus probandi* conduzirem o caso a um desfecho manifestamente injusto”.<sup>61</sup>

À esta conclusão também é possível chegar pela análise da posição topográfica do dispositivo no Código de Processo Civil. A respeito, o legislador ordinário, ao prever

---

<sup>61</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 226. Apud PUOLI, José Carlos Baptista. O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil. In. *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas/Vários autores*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 238.

a teoria da distribuição dinâmica nos parágrafos do art. 373, destaca ainda mais o seu caráter excepcional.

Do mesmo modo, José Carlos Baptista Puoli observa a técnica de redação legislativa adotada pelo Código e sustenta que “a regra geral repousa no *caput* do art. 373, enquanto que a medida excepcional vem referida, e confinada, no §1º que, confirmando a excepcionalidade, é expresso ao arrolar requisitos, sem o quais, a regra de exceção não pode ser aplicada”.<sup>6263</sup>

Feitas essas considerações, entende-se possível seguir e analisar os requisitos e as condições que possibilitam a distribuição dinâmica do ônus da prova.

#### 4.3. Momento

Quanto ao momento adequado para a redistribuição do ônus da prova, há certa divergência.

De início, há quem defenda a incidência da técnica de distribuição dinâmica do ônus da prova no momento da sentença, como regra de julgamento. Por esta corrente, diga-se minoritária, prevalece o sentido objetivo do ônus da prova, que, portanto, deve ser aplicado para afastar o “non liquet” diante do não convencimento do juiz a respeito dos fatos alegados.<sup>64</sup>

Percebe-se que os defensores deste pensamento ignoram o ônus da prova em seu aspecto subjetivo, voltado às partes como regra de instrução. Sustentam os seus adeptos que as partes devem se esforçar para comprovar os fatos alegados, devendo o ônus da prova incidir quando o juiz, ao final do processo, não se mostrar convencido da situação dos autos em razão da inexistência ou insuficiência de provas.

De fato, não se pode desconsiderar o esforço devido na instrução do processo, devendo as partes se comportar de acordo com a boa-fé e cooperar entre si para obter uma solução justa e efetiva. Contudo, também é necessário garantir os demais valores constitucionais, tão enfatizados no atual Código de Processo Civil. Há de se assegurar

---

<sup>62</sup> Ibidem. p. 238.

<sup>63</sup> No mesmo sentido, Bruna Braga da Silveira. SILVEIRA, Bruna Braga da. *Op. Cit.* p. 310.

<sup>64</sup> COUTO, Camilo José D'Ávila. *Dinamização do ônus da prova: teoria e prática*. Doutorado em Direito Processual. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011. p. 172/174.

o devido processo legal, o contraditório em sua tríplice dimensão, a vedação à decisão surpresa, além de garantir às partes a possibilidade de cumprir com os seus encargos.

Nos termos do §1º do art. 373, a depender das peculiaridades do caso concreto, poderá o juiz, fundamentadamente, redistribuir o ônus da prova, “caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. O Código, logo no parágrafo seguinte, determina que a decisão “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Nota-se, por estas considerações, a atenção dedicada às normas fundamentais do processo civil e à garantia de acesso à justiça em seu sentido amplo. Neste sentido, a sentença não parece ser o momento adequado para redistribuir o ônus da prova.

Sobre a assunto, pela previsão do art. 357, III, o juiz deverá definir a distribuição do ônus da prova na decisão de saneamento e de organização do processo, momento em que, dentre outras providências, se delimitam as questões de fato que serão objeto da atividade probatória.

Segundo os autores Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira, “O saneamento é o momento apropriado, justamente, por preceder à fase probatória, viabilizando às partes maior previsibilidade das perspectivas de julgamento na eventual hipótese de insuficiência de provas”.<sup>65</sup> É também o entendimento de Renato Montans de Sá.<sup>66</sup>

A maioria da doutrina, em consonância com o dispositivo mencionado, sustenta que o momento ideal para redistribuir o ônus da prova é no saneamento, possibilitando à parte se desincumbir do encargo atribuído.

Não se nega o disposto no Código. De fato, o saneamento pode ser o momento adequado para a distribuição do ônus da prova. Porém, parece mais adequado pensar que o juiz, a depender do caso concreto, está autorizado a redistribuir o ônus da prova a qualquer tempo antes da sentença.

---

<sup>65</sup> ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão eletrônica.

<sup>66</sup> SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão online.

À título de curiosidade, com base no Código de Processo Colombiano, “según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de falar (...).”<sup>67</sup>

Neste mesmo sentido, para Zulmar Duarte de Oliveira Jr., “nada impede que o juiz module o ônus da prova em outra fase processual”, desde que permita que a parte se desincumba do encargo. Aduz, com acerto, que “algumas dificuldades na produção da prova ocasionalmente aparecem somente no momento da respectiva instrução”.<sup>68</sup>

Da mesma forma, William Santos Ferreira é ainda mais enfático:

não é negar a oportunidade assegurada por lei, mas sim que o que se estabelece na lei é o caminho usual para que não haja grande prejuízo de retomada das atividades instrutórias superadas (o que é evitado se as atividades já começarem com a distribuição dinâmica no saneamento), ocorre que será durante a instrução que muito provavelmente se evidenciarão os requisitos para distribuição (...).<sup>69</sup>

Anote-se que o momento apropriado não é necessariamente o do saneamento, mas sim quando se verificar a presença das condições que permitem o juiz redistribuir o ônus da prova. Pensar de outro modo pode limitar sobremaneira a própria técnica da distribuição dinâmica, que, dentre outras pretensões, busca assegurar a igualdade material das partes no processo.

#### 4.4. Limites

---

<sup>67</sup> “Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por el estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. (...)” Disponível em <<https://www.cvc.gov.co/sites/default/files/Normatividad/Nacional/Leyes/Ley-1564-jul-12-2012-Codigo-General-del-Proceso.pdf>>. Acesso em 14.08.2020.

<sup>68</sup> OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. *Op. Cit.* p. 276.

<sup>69</sup> FERREIRA, William Santos. *Op. Cit.* p. 1076.

Antes de continuar, duas ideias devem estar bem alinhadas. Sabe-se que o uso da técnica de distribuição dinâmica é excepcional e subsidiário e que a decisão do juiz que atribuir o ônus da prova de modo diverso deverá possibilitar a desincumbência do encargo. Estabelecidas tais premissas, outros pontos também merecem destaque.

De início, anote-se que o Anteprojeto do Código de Processo Civil, apresentado pelo Senado Federal, já possibilitava a distribuição dinâmica do ônus da prova. Porém, falava-se apenas na imposição do ônus à parte que estivesse em melhores condições para produzir a prova.<sup>70</sup> Oportunamente, uma redação mais restritiva foi recomendada e aceita pela Câmara dos Deputados.<sup>71</sup>

Pelo art. 373, §1º, do Código atual, “as peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput {que prevê a regra geral} ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”, podem autorizar a distribuição dinâmica.

Quanto ao artigo acima, entende-se que a partícula “ou” deve ser lida como “e”. Portanto, entende-se que a distribuição dinâmica apenas será cabível quando ao autor for impossível ou excessivamente difícil provar determinado fato e ao réu for mais fácil a prova do fato contrário. Ou seja, não se trata de uma alternativa, mas de um requisito cumulativo.

Como já destacou William dos Santos Ferreira, “se os elementos justificadores da distribuição dinâmica são o princípio da igualdade e o estímulo à colaboração para a descoberta da verdade, se uma prova é impossível para uma parte não é compatível

---

<sup>70</sup> Art. 262, do Anteprojeto do Código de Processo Civil. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la. § 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 14.08. 2020.

<sup>71</sup> FERREIRA, William Santos. *Op. Cit.* p. 1073.

transferir o ônus para a outra, quando esta não está em condições para produzir a prova".<sup>72 7374</sup>

No mais, vale ressaltar que a distribuição dinâmica do ônus da prova não incide sobre todo o material fático, mas somente sobre fatos ou circunstâncias determinadas. É o que adverte Jorge W. Peyrano, para quem a incidência da técnica "no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan sólo parcial; conservándose en cabeza de la otra parte la imposición de ciertos esfuerzos probatorios".<sup>75</sup>

Assim, a distribuição dinâmica, além de excepcional, não implica a modificação total do ônus da prova. Isto é, as partes continuam com o ônus de provar determinadas questões de fato, o que se justifica, inclusive, para coibir demandas temerárias.

Para complementar a exposição, o juiz que redistribuir o ônus probatório deverá fundamentar a decisão e possibilitar à parte o cumprimento do encargo. Sobre o dever de fundamentar a decisão, o art. 373, §1º, do Código de Processo Civil somente reitera a previsão do art. 93, IX, da Constituição Federal.<sup>76</sup> Assim, o juiz deverá fundamentar a decisão, demonstrando a insuficiência do sistema estático e a observância dos demais requisitos e condições que autorizam a distribuição dinâmica.

Por oportuno, conforme o art. 1015, XI, do Código<sup>77</sup>, cabe agravo de instrumento da decisão que versar sobre a redistribuição do ônus da prova. Anote-se que o recurso é cabível para ambas as partes do processo, ou seja, tanto para o autor,

---

<sup>72</sup> FERREIRA, William Santos. *Op. Cit.* p. 1073.

<sup>73</sup> No mesmo sentido, José Carlos Baptista Puoli: "insta trabalhar com a imposição expressa de que a distribuição dinâmica apenas possa ser realizada em caso de presença concreta, efetiva de impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir a prova, circunstâncias estas que devem vir cumuladas com a necessidade de que haja maior facilidade de a 'parte contrária' realizar prova de seu interesse. PUOLI, José Carlos Baptista. *Op. Cit.* p. 240. Este também é o entendimento de Bruna Braga da Silveira. SILVEIRA, Bruna Braga da. *Op. Cit.* p. 321.

<sup>74</sup> No sentido contrário, "Basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o próprio legislador colocou entre eles a conjunção alternativa "ou" não são pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos". DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. Cit.* p. 150.

<sup>75</sup> PEYRANO, Jorge W. *Op. Cit.* p. 17.

<sup>76</sup> Art. 93, IX, CF. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

<sup>77</sup> Art. 1015, CPC. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

como para o réu.<sup>78</sup> Apesar de existir entendimento diverso, é este o que melhor se adequa à própria literalidade do artigo e à igualdade das partes no processo.

#### 4.5 Risco de inversão da prova diabólica

Antes de finalizar a análise das características da distribuição dinâmica do ônus da prova, é preciso destacar um requisito negativo para a sua aplicação prática.

Após estabelecer as condições mínimas que podem possibilitar a redistribuição do ônus da prova, o art. 373, agora em seu §2º, estabelece que a decisão do juiz “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

Relembra-se, aqui, que a prova impossível ou excessivamente difícil é também chamada de diabólica. Conforme já pontuado outrora, sendo um obstáculo àquele que pretende provar os fatos alegados e obter uma tutela a seu favor, a “*probatio diabólica*” pode autorizar a própria distribuição dinâmica, desde que respeitados, obviamente, os demais pressupostos para a sua aplicação.

Além da excessiva dificuldade ou da impossibilidade de se desincumbir do ônus atribuído abstratamente por lei, há de se constatar a maior facilidade da parte contrária na atividade probatória, conforme se defendeu anteriormente. Redistribuir o encargo sem analisar a real situação das partes é um risco. Isso porque, por vezes, a obtenção das provas pela parte contrária também é excessivamente onerosa. Neste caso, como já destacou William dos Santos Ferreira, em referência a Artur Carpes e Danilo Knijnik, “O que se estaria fazendo é apenas transferindo as consequências da *prova diabólica*, o que é vedado §2º do art. 373 e representa o mesmo que vedar o acesso a jurisdição (art. 5º, XXXV, LIV e LV da CF).”<sup>79</sup>

Portanto, o risco de inversão da prova diabólica impede a distribuição dinâmica. Escrito de outra forma, a redistribuição judicial do ônus da prova só é permitida quando

---

<sup>78</sup> Informativo de Jurisprudência 645, STJ, de 26 de abril de 2019. “É cabível agravo de instrumento contra decisão interlocutória que defere ou indefere a distribuição dinâmica do ônus da prova ou quaisquer outras atribuições do ônus da prova distinta da regra geral, desde que se operem *ope judicis* e mediante autorização legal”. REsp 1.729.110/CE. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. 02/04/2019. DJe. 04/04/2019.

<sup>79</sup> FERREIRA, William Santos. *Op. Cit.* p. 1074.

não implicar prova diabólica para a parte contrária, isto é, para quem recebe o encargo judicialmente.

Segundo os autores Fredie Didier Jr., Paula S. Braga e Rafael A. de Oliveira, em menção à Miranda Netto, “Exatamente porque a existência de prova diabólica é muita vez o seu principal fundamento, a redistribuição judicial do ônus da prova não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber.”<sup>80</sup>

Assim, anote-se que não somente o Código de Processo Civil impede expressamente a prova diabólica invertida, como também os princípios subjacentes à própria teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, destacando-se, por oportuno, o da isonomia, o do contraditório, e, por todos, o do amplo acesso à justiça, conduzem a esta conclusão.

#### 4.6. Aplicação pelos Tribunais

Delineadas as principais características do sistema de distribuição dinâmica do ônus probatório, passa-se a comentar a posição da jurisprudência pátria sobre o tema. Não se pretende questionar o acerto das decisões, mas apenas apontar o modo como o assunto é tratado pelos Tribunais.

Como já pontuado, a redistribuição do ônus da prova costuma ser defendida na hipótese de responsabilidade civil por erro médico. O que se constata muitas vezes é a impossibilidade ou a excessiva dificuldade do autor, paciente, em cumprir o encargo e a maior facilidade do réu, médico, de demonstrar uma atuação diligente e apropriada ao caso.

A respeito, a jurisprudência brasileira já tratava da distribuição do ônus da prova nos casos de responsabilidade civil do médico na vigência do Código revogado.<sup>81</sup> “Nas relações entre médico-paciente, é normalmente o médico que dispõe de maior número e de melhores dados sobre o fato, daí o seu dever processual de levá-los ao processo,

---

<sup>80</sup> DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Op. Cit. p. 146.

<sup>81</sup> REsp 69309/SC. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. J. 18/06/1996. DJ 26/08/1996.

fazendo a prova da correção do seu comportamento”.<sup>82</sup> Inclusive, por vezes o paciente é sedado e não tem acesso aos prontuários médicos.

Ressalte-se que a redistribuição do ônus da prova também vinha sendo tratada nas ações envolvendo dano ambiental<sup>83</sup> e contratos bancários<sup>84</sup>, além de outros casos que, a depender de suas peculiaridades, justificavam a incidência da técnica com base em valores constitucionais, essencialmente voltados à consecução de uma sociedade justa e igualitária.

Transcreva-se, por oportuno, a contribuição do Ministro Herman Benjamin:

O atributo *social*, que qualifica o modelo de Estado brasileiro adotado em 1988, eleva a uma posição de protagonista central, no plano de uma renovada fundamentação axiológica da prova, algo mais do que o simples interesse pessoal dos litigantes, que tendem, naturalmente, à defesa egoística da posição de cada um no processo.

O Ministro ainda assevera:

Em síntese, 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 de um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda, tendo por aspiração final afastar a *probatio diabolica* do caminho dos sujeitos vulneráveis.<sup>85</sup>

Fato é que os Tribunais pátrios já admitiam a possibilidade de dinamizar o ônus da prova nos casos de insuficiência ou de inadequação do modelo estático na garantia do acesso à justiça.

Já o Código de Processo Civil atual, especialmente a previsão do art. 373, §§1º e 2º, não deixa dúvida sobre a possibilidade de aplicar a distribuição dinâmica do ônus

---

<sup>82</sup> TJRS. Ap. 599.306.537. Rel. Mara Larsen Chechi. 9.ª Câmara Cível. J. 09.08.2000. TJSP. Ap. 0032465-23.2004.8.26.0002. Rel. Claudio Godoy. 1ª Câmara de Direito Privado. J. 08.11.2011. TJMG. Ag. 1.0024.10.197595-1/004. Rel. Wander Marotta. 7ª Câmara Cível. J. 02/04/2013.

<sup>83</sup> REsp nº 1060753/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. J. 01/12/2009. DJe. 14/12/2009. REsp nº 1237893/SP. Rel. Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. J. 24/09/2013. DJe. 01/10/2013.

<sup>84</sup> REsp nº 619148/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. J. 20/05/2010. DJe. 01/06/2010. REsp nº 1189679/RS. Rel. Min. Nancy Andrighi. Segunda Seção. 24/11/2010. DJe. 17/12/2010.

<sup>85</sup> REsp nº 883.656/RS. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. J. 09/03/2010. DJe. 28/02/2012.

probatório no caso concreto. Não há mais sentido discutir a admissibilidade do sistema pelo processo civil brasileiro, sendo, contudo, razoável o debate a respeito dos limites e das condições que legitimam a sua aplicação.

Desde a entrada em vigor do atual Código, a possibilidade de redistribuir o ônus da prova vem sendo reconhecida em diversas situações pelos Tribunais e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, que já consolidou a posição.<sup>86</sup>

Por todo o exposto, a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova encontra respaldo no Código de Processo Civil e nos preceitos constitucionais, que devem guiar o ordenamento jurídico como um todo. Assim, o sistema dinâmico é aplicado de forma excepcional e subsidiária para assegurar, no caso concreto, a tutela jurisdicional justa, efetiva e adequada.

---

<sup>86</sup> "A jurisprudência desta Corte Superior, admite a aplicação da teoria da **distribuição dinâmica** do ônus da prova, segundo a qual, havendo peculiaridades relativas à excessiva dificuldade de uma das partes em produzir as provas necessárias, esse ônus deve se atribuído de forma diversa, por decisão judicial fundamentada, àquela parte que tiver mais facilidade na sua produção, como asseverado pelo Tribunal de origem na hipótese. Súmula 83/STJ." AgInt no AREsp 1438327/SP. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. J. 20/04/2020. DJe 24/04/2020. Corroboram com a afirmação: AgRg no AREsp 844281/DF. Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. J. 19/04/2016. DJe. 27/05/2016. REsp 1701633/RS, Rel. Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. J. 21/11/2017. DJe. 19/12/2017. AgInt no AREsp 1292086/RJ. Rel. Min. Assusete Magalhães. Segunda Turma. J. 06/09/2018. DJe. 13/09/2018.

## 5. CONCLUSÃO

Pretendeu-se com esta exposição apresentar as regras de distribuição do ônus da prova adotadas pelo atual Código de Processo Civil, que funcionam como um norte para as partes no processo e, ao mesmo tempo, auxiliam o juiz que não se convenceu dos fatos alegados, mas, ainda assim, está obrigado a decidir.

Restou demonstrado que o sistema estático do ônus da prova continua a ser a regra geral no processo civil brasileiro, sendo aplicável e suficiente para a maioria dos casos levados à apreciação do Estado-Juiz. Regulado de maneira apriorística, o ônus estático considera a posição das partes no processo e a natureza dos fatos alegados, cabendo ao autor a prova dos fatos que fundamentam o seu pedido e ao réu dos fatos que impedem, modificam ou extinguem o direito do autor.

O diploma processual em vigor vai além ao prever expressamente a distribuição dinâmica do ônus da prova para assegurar uma melhor prestação jurisdicional. Assim, a depender das particularidades do caso concreto, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade em produzir certa prova, bem como a maior facilidade da parte contrária na atividade probatória, pode o juiz redistribuir o ônus de provar.

Ressalte-se que a doutrina e a própria jurisprudência já tratavam do tema antes mesmo da previsão legal e vozes importantes já defendiam, para determinados casos, a flexibilização do ônus da prova como medida de justiça. Não é demais salientar que o processo civil constitucional deve garantir o mais amplo acesso à justiça e, com isso, a efetiva participação das partes no processo e uma tutela jurisdicional adequada.

É preciso assegurar às partes o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, assim como a igualdade material ou substancial no processo. Entende-se que a distribuição dinâmica está em consonância com as normas e preceitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, sendo cabível quando o sistema estático se mostrar insuficiente para garantir a melhor resposta ao caso.

Anote-se que a distribuição dinâmica é complementar à regra geral do ônus da prova e aplicável excepcional e subsidiariamente, devendo o juiz analisar com cautela o caso a ele apresentado. Assim, deve ser adotada como exceção e nos limites legais, devendo possibilitar à parte se desincumbir do encargo atribuído.

Trata-se, portanto, de importante instrumento para assegurar a igualdade entre as partes no processo e uma resposta adequada ao caso. Deve, contudo, ser adotado com parcimônia, atentando-se às peculiaridades da causa e aos requisitos legais para legitimar a dinamização do ônus da prova.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão eletrônica.

AUFIERO, Mario Vitor M. Dinamização do ônus da prova e o dever de custeá-la. *Revista de Processo: REPro*, São Paulo, v. 42, n. 273, nov. 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da Prova e sua Modificação no Processo Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Sergio%20Cruz%20Arenhart%20-%20onus%20da%20prova%20e%20sua%20modifica%C3%A7%C3%A3o%20no%20dpc.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracaos\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracaos_aos_mocos.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2020

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil - volume único*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUZAID, A. Do ônus da prova. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 57, p. 113-140, 1 jan. 1962. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66398>>. Acesso em: 30 abr. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CAMBI, Eduardo. O direito à prova no Processo Civil. In. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 34, 2000. p. 149.

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCPC. *Revista de Processo: REPro*, São Paulo, v. 40, n. 246, ago. 2015.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. Premissas para a melhor compreensão da dinamização do ônus da prova no novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP*, Rio de Janeiro, ano 11. v. 18, n. 1, jan./abr. 2017.

COUTO, Camilo José D'Ávila. Dinamização do ônus da prova: teoria e prática. Doutorado em Direito Processual. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2011.

CURY, Augusto Jorge. Decisão sobre ônus da prova: o momento adequado à sua inversão judicial. *Revista de Processo: REPro*, São Paulo, v. 43, n. 277, mar. 2018.

DÍAZ-RESTREPO, Juan Carlos. *La carga dinámica de la prueba como modalidade de carga probatoria aplicada em el ordenamento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional*. Em: Entramado. Enero - Julio, 2016 vol. 12, no. I, p. 202-221. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. vol. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie (coord. geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos. (coord.). *Direito Probatório*. 3. ed. Salvador: Salvador: JusPodivm, 2018.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GAGNO, Luciano Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão, ou distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo: REPro*, São Paulo, v. 40, n. 249, nov. 2015.

GRECCO, Leonardo. A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n 9, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista09/Artigos/LeonardoGreco.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879541/mod\\_resource/content/1/U11%20-%20Grinover%20-%20Conteudo%20da%20garantia.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/879541/mod_resource/content/1/U11%20-%20Grinover%20-%20Conteudo%20da%20garantia.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2020.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 171-205, set./dez. 2015.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do "ônus da prova" e da "situação de senso comum", como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. Cargas dinâmicas da prova no novo CPC. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 16, nº 41, p. 33-41, jul/set. 2015. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/41cpc%204.pdf?d=636687290507196448>>. Acesso em 10 ago. 2020.

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

MALAGÓ, Fábio Machado. *Distribuição dinâmica do ônus da prova*. Mestrado em Direito Processual Civil. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte. In. GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença: comentários ao CPC de 2015*: vol. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Versão eletrônica.

PEYRANO, Jorge W. La carga de la prueba. In. *Escritos sobre diversos temas de Derecho Procesal*. Disponível em: <<https://letrujil.files.wordpress.com/2013/09/38jorge-w-peyrano.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2020.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de direito processual civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PRÜTTING, Hanns. "Carga de la prueba y estándar probatorio: La Influencia de Leo Rosenberg y Karl Hainz Schwab para el desarrollo del moderno Derecho probatorio". *Revista Ius et Praxis*, Año 16, nº 1, 2010, pp. 453 - 464.

PUOLI, José Carlos Baptista. O Ônus da Prova e sua Distribuição Dinâmica no Novo Código de Processo Civil. In. *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*/Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.

SÁ, Renato Montans de. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Versão eletrônica.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 21. ed. São Paulo: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Versão eletrônica.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova - Princípio da verdade real - Poderes do juiz - Ônus da prova e sua eventual inversão - Provas ilícitas - Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (dna). *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 17, jan. 2004.

VALENTIN, Gabriel. La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba. *Revista de Derecho*. Segunda época. Año 9. n.º 10 (diciembre 2014), 249-277.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) et al. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.