

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

(EXEGESE DO ART. 373, § 1º, CPC/2015)¹

DYNAMIC DISTRIBUTION OF PROOF

(INTERPRETATION OF THE ARTICLE 373, § 1, CPC / 2015)

Caroline Lovison Dori

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Instituição Damásio Educacional e pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Piraju, São Paulo, Brasil. E-mail: caroline_cld@hotmail.com

Eduardo Cambi

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia (Itália). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR). Promotor de Justiça no Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: eduardocambi@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho aborda a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo novo Código de Processo Civil, como forma de assegurar a garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada e efetiva. Para tanto, observa-se o aspecto constitucional da

¹ Artigo recebido em 10/04/2018 e aprovado em 28/06/2018.

prova, analisa o ônus probatório e a sua distribuição, com ênfase na interpretação do art. 373, § 1º do Código de Processo Civil. Utilizando o método dedutivo, é possível compreender a distribuição dinâmica do ônus probatório como meio de universalização das garantias fundamentais do acesso à justiça, do contraditório e da ampla defesa.

PALAVRAS-CHAVE: Ônus da prova. Distribuição probatória. Distribuição dinâmica. Inversão do ônus. Tutela jurisdicional.

ABSTRACT: The present study addresses the dynamic distribution of the burden of proof by the new Code of Civil Procedure to ensure the constitutional guarantee of adequate and effective judicial protection. It was observed that the constitutional aspect of proof, analyzes the evidential burden and their distribution, with emphasis on the interpretation of Article 373, paragraph 1, of the Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Burden of proof. Proof distribution. Dynamic distribution. Inversion of liens. Judicial protection.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Tutela jurisdicional adequada e efetiva; 3 Ônus da prova e seus aspectos; 4 A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC de 2015; 5 Distribuição do ônus da prova na jurisprudência brasileira; Conclusão; Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

As provas judiciais constituem instrumento adequado à reconstrução dos fatos jurídicos, de maneira que se caracterizam como um conjunto de meios, atividades e resultados, cujo objetivo é apurar a veracidade das alegações formuladas no processo.

Dentro do processo judicial, as provas destinam-se a formar a convicção do juiz, na medida em que reconstroem os fatos pertinentes e relevantes para a resolução da controvérsia. Além de promover a cognição dos fatos, a sua melhor reconstrução no processo legitima o exercício do poder jurisdicional.

O direito à prova é um corolário das garantias fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, viabilizando a obtenção de um processo justo.

Com efeito, o direito à prova promove a garantia constitucional da tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Como prevê o art. 1º do CPC, o processo civil deve ser interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição Federal. Nesse sentido, é preciso analisar se o novo Código de Processo Civil, ao viabilizar a produção probatória, está em conformidade com a Constituição.

Dentre as principais inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 está a consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, § 1º).

Tal regra, ao relativizar a distribuição estática da prova, permite que as provas atendam melhor às especificidades de cada caso concreto, de maneira a alcançar a mais adequada reconstrução dos fatos e, com isso, conduzir a decisões justas.

Para que o direito à prova respeite os limites e as possibilidades constitucionais, a distribuição do ônus da prova deve observar as garantias fundamentais das partes.

Nesse sentido, é importante notar se a regra contida no art. 373, § 1º, do novo Código de Processo Civil contribui para uma instrução probatória mais eficiente e, com isso, permite a concretização da garantia constitucional à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, de forma a compreender a garantia da tutela jurisdicional adequada e efetiva e sua relação com o instituto da prova dentro do Direito Processual Civil.

2 TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA E EFETIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5º, inc. XXXV, garante a inafastabilidade da tutela jurisdicional ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Tal regra é reproduzida no art. 3º do Código de Processo Civil de 2015.

A garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional possui duplo aspecto: a relação entre a jurisdição e a solução administrativa de conflitos; e o acesso à ordem jurídica justa. A conjugação desses dois aspectos resulta que a inafastabilidade somente existirá

concretamente quando o direito processual tutela os interesses da parte titular do direito material².

O acesso à ordem jurídica justa ou o direito ao processo justo confere ao princípio da inafastabilidade da jurisdição novo sentido. O termo “acesso à justiça” indica duas finalidades do sistema jurídico: o sistema por meio do qual os indivíduos podem reivindicar seus direitos, resolver litígios sob a proteção do Estado, que deve ser acessível a todos; e que o Estado deve possibilitar resultados individual e socialmente justos³.

O direito ao processo justo deve garantir a adequação e a efetividade dos instrumentos processuais disponíveis no curso do processo, bem como a efetiva e a adequada tutela possível de ser alcançada ao final do processo⁴.

Destaca-se que a inclusão do inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45/2004 aperfeiçoou, ainda mais, a garantia fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que, além de adequada ao direito material e efetiva, precisa ser célere.

Afinal, de nada adiantaria possibilitar o acesso à justiça se a tutela jurisdicional não garantisse resultados concretos. Com efeito, o acesso à justiça deve ser interpretado de maneira que seja garantido o seu acesso célere, adequado e efetivo.

Ao se incorporar a noção de efetividade ao mecanismo processual, antes reservada à sociologia, pode-se afirmar que o direito processual jamais poderá impedir a realização do direito substancial, sendo que todo e qualquer obstáculo, presente na lei processual, deve ser analisado à luz do art. 5º, XXXV, da CF/1988. Aqueles considerados desproporcionais e não razoáveis devem ser declarados inconstitucionais, para não se prejudicar a tutela do direito material⁵.

Para se garantir a eficácia do pleno acesso à justiça, ou à tutela jurisdicional adequada, é necessário que todo o aparato processual viabilize a superação dos óbices inconstitucionais que impedem a sua concretização.

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 129.

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 03.

⁴ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 107.

⁵ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 290.

As normas processuais, ao serem escritas pelo legislador ou serem aplicadas pelo julgador, devem ser interpretadas de acordo com a Constituição Federal, isto é, os valores, princípios e direitos nela consagrados.

Portanto, as garantias constitucionais do processo devem ser interpretadas de modo a incidir sobre a disciplina do processo. Nesse sentido, a tutela constitucional do processo contribui para a visualização científica do direito processual, não como mero apêndice do direito material, mas como instrumento público de realização da justiça⁶.

Dessa forma, o direito fundamental à prova, o ônus probatório e toda a atividade relativa à prova dentro da lei processual deve ser examinada em consonância com os direitos e princípios estabelecidos constitucionalmente, de maneira, inclusive, a viabilizar a plena garantia do acesso à justiça de maneira célere, adequada e efetiva.

O direito à efetiva tutela jurisdicional pode ser traduzido como um direito instrumental, capaz de assegurar outros direitos. Por isso, o direito à prova deve ser compreendido como inerente e indissociável à ordem jurídica justa⁷.

Dentre as funções da prova, está a preocupação com a mais correta apuração dos fatos, a busca da verdade processual objetivável e a promoção da justiça das decisões:

Os reflexos da concepção garantístico-demonstrativa da prova sobre o sistema normativo devem ser examinados em profundidade na sua incidência sobre o princípio dispositivo e sobre institutos tradicionais como o ônus da prova, as presunções, as máximas de experiência, as preclusões, as limitações probatórias e resíduos de provas legais⁸.

O direito à prova confere a possibilidade de mais ampla participação das partes no processo, produzindo as provas que se fizerem necessárias à demonstração dos fatos por elas alegados. Isso torna o processo meio de promoção da democracia, uma vez que quanto melhor é a reconstrução dos fatos, mais perto o Estado-juiz pode chegar do ideal de justiça.

⁶ CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, 2001, p. 104.

⁷ LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC*. São Paulo: Forense, 2015, p. 235-136.

⁸ GRECO, Leonardo. *O conceito de prova: Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 448.

Por outro lado, o desrespeito ao direito à prova pode caracterizar violação ao acesso à justiça, consistente na inutilidade da ação judiciária pela infringência oculta à garantia de acesso útil à justiça⁹.

De igual modo, Haroldo Lourenço explica que a prova constitui direito oriundo da adequada participação do jurisdicionado no processo, e que o processo é um instrumento que possibilita alcançar a tutela jurisdicional justa. “Nessa esteira, não poucas vezes, a clássica divisão do ônus probatório gera inúmeros obstáculos a um provimento jurisdicional equânime”¹⁰.

A forma clássica de divisão do ônus probatório - compete ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito e ao réu, os fatos extintivos, modificativos e impeditivos - pode gerar obstáculos a um provimento jurisdicional equânime. A teoria da dinamização do ônus da prova, ao viabilizar a distribuição do ônus de maneira diversa da estática, pode garantir a efetivação da tutela jurisdicional de forma adequada e efetiva, porque, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, haverá melhores possibilidades de se obter um processo mais justo ao se determinar a produção probatória de uma ou outra maneira, com a inversão do ônus da prova, para concretizar a isonomia entre os litigantes e evitar que a maior dificuldade na produção da prova redunde na negação dos direitos materiais.

Buscando adotar um posicionamento compatibilizado com as garantias contidas na Constituição Federal de 1988, o novo Código de Processo Civil optou por positivar a doutrina teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no art. 373, § 1º.

Ao facilitar o acesso do litigante hipossuficiente à prova, a distribuição dinâmica do ônus da prova possibilita que as partes melhor esclareçam os fatos controvertidos e se alcance solução judicial mais justa.

Destaca-se que, no atual estágio de desenvolvimento histórico do Direito Processual Civil, o processo não pode mais ser visto como decorrência lógica do direito privado, mas deve ser interpretado e aplicado em conformidade com as normas constitucionais.

⁹ KNIJNIK, Danilo. *As perigosíssimas doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação do senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica*. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 943.

¹⁰ LOURENÇO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 340-341.

Afinal, de nada adiantaria a Constituição Federal estabelecer a garantia fundamental à tutela jurisdicional adequada, efetiva e célere se os institutos previstos no Código de Processo Civil não viabilizassem a sua concretização dentro do processo.

Aliás, seria dispensável a regulamentação legislativa e até mesmo desnecessário o art. 373, § 1.º, do novo CPC, porque bastaria bem compreender o art. 5.º, XXXV, da CF para permitir que o juiz aplicasse a teoria da carga dinâmica da prova. Todavia, a consagração desse instituto no Código de Processo Civil de 2015 foi importante para fins de assegurar na legislação técnicas processuais mais avançadas.

Dessa forma, o novo Código de Processo Civil potencializou as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa ao consagrar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

3 ÔNUS DA PROVA E SEUS ASPECTOS

Ônus da prova não significa obrigação, de maneira que as partes não têm o dever de produzir provas. Porém, caso não o façam, poderão sofrer consequências decorrentes da não elucidação dos fatos controvertidos, pertinentes e relevantes.

A rigor, ônus são atividades que a parte realiza no processo em seu próprio benefício. A lei não obriga as partes a fazer prova, mas, se elas a fizerem, obterão a vantagem de demonstrar suas alegações, e, se omitirem, poderão sofrer as consequências da ausência disso¹¹.

O ônus da prova é distribuído com base no critério do interesse. É do interesse de cada uma das partes demonstrar a veracidade de suas alegações e a ocorrência dos fatos que alegam, posto que na disciplina legal da distribuição do ônus probatório vige a regra pela qual a alegação não comprovada equivale a fato inexistente: *allegatio et non probatio quasi non allegatio*¹².

¹¹ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 413.

¹² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*: De acordo com a Lei 13.256, de 4 de fevereiro de 2016. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 183.

Por isso, o instituto do ônus da prova pode ser tratado sob dois aspectos: o subjetivo e o objetivo¹³.

A perspectiva subjetiva do ônus da prova (ônus subjetivo ou formal) atribui às partes atribuições para a obtenção de êxito no processo, enquanto a perspectiva objetiva (ônus objetivo ou material) traduz-se no método de julgamento que utilizará o juiz caso a matéria de fato não lhe pareça suficientemente comprovada¹⁴.

O ônus da prova, sob o aspecto subjetivo, é uma forma de distribuição do peso da prova entre as partes, cabendo a cada qual provar as alegações que formulou, para tentar convencer o juiz da sua veracidade. Assim, as regras do ônus da prova, sob o ponto de vista subjetivo, são dirigidas às partes, cabendo ao legislador indicar quem possui o encargo de produzir determinada prova. Como regra geral, o art. 373, incisos I e II, do CPC, afirma que cabe ao autor comprovar o fato constitutivo de seu direito e ao réu, os fatos extintivos, modificativos e impeditivos.

Já no que tange ao ônus objetivo da prova, o instituto é visto como uma regra de julgamento a ser aplicada pelo magistrado ao proferir sentença caso a prova se mostre inexistente ou insuficiente¹⁵.

Dessa forma, o aspecto objetivo do ônus da prova serve para orientar o magistrado, ao proferir seu julgamento, quando a prova se mostrar insatisfatória. Isso porque o art. 140 do Código de Processo Civil afasta a possibilidade de o juiz declarar o *non liquet* diante de dúvidas a respeito das alegações de fato em razão da insuficiência ou inexistência de provas. Com efeito, tendo o dever de julgar e não estando convencido das alegações de fato, cabe ao Estado-juiz aplicar a regra do ônus da prova em sentido objetivo.

Em outras palavras, o juiz não pode eximir-se de sentenciar, alegando que não foi possível formar a sua convicção a respeito dos fatos que fundamentam o pedido e a defesa, de maneira tal que não pode proferir o *non liquet*.

A vedação ao *non liquet* no direito processual civil brasileiro decorre, inclusive, do caráter publicista do Direito Processual Civil. Havendo interesse público na solução das

¹³ CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de Direito Processual Civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 641-642.

¹⁴ AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 1224.

controvérsias, o juiz deve recorrer às medidas necessárias para formar o seu convencimento e, assim, proferir o julgamento.

O ônus da prova, contudo, é impróprio, uma vez que os fatos podem ser esclarecidos pela iniciativa da parte contrária ou por meio dos poderes instrutórios do juiz (art. 370/CPC).

Logo, a aplicação do ônus da prova como regra de julgamento deve ser utilizada pelo juiz apenas quando houver dúvida invencível acerca dos fatos alegados pelas partes e não esclarecidos no curso do processo, o que serve de orientação às partes, para que saibam desde o início quais serão as consequências caso não produzam as provas indispensáveis à formação do convencimento judicial¹⁶.

O ônus da prova pode ser tratado como regra de procedimento, quando direcionado às partes, e como regra de julgamento, quando dirigido ao juiz. Como regra de procedimento orientará as partes, indicando como devem se comportar no processo com relação à produção probatória referente às suas alegações (conforme art. 373 do CPC). Enquanto regra de julgamento, deve permitir ao magistrado verificar se as partes se desincumbiram de seu ônus, quando o juiz ainda não tenha se convencido sobre as alegações de fato, em caráter subsidiário, logo, para vedar o *non liquet*¹⁷.

De qualquer modo, as acepções de ônus subjetivo ou objetivo da prova não possuem tantos efeitos práticos, na medida em que as provas, depois que produzidas, não pertencem mais às partes, mas ao próprio processo, como corolário da regra da comunhão (ou aquisição) da prova, prevista no art. 371 do CPC.

No entanto, é importante salientar que o ônus da prova, em sentido objetivo, será necessariamente suportado por uma das partes. O ônus da prova não pode dispensar um componente subjetivo, porquanto é uma categoria jurídica que não pode ser concebida sem um titular. A ausência de convicção do juiz, que determina a aplicação do ônus da prova em sentido objetivo, é inerente ao risco que recai sobre a parte que não produz as provas de suas alegações. Assim, o aspecto objetivo do ônus da prova está ligado, intrinsecamente, ao subjetivo, não podendo ser desprezado¹⁸.

¹⁶ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Op. cit.*, p. 415.

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC - Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 312.

¹⁸ CAMBI, Eduardo. *A prova civil*: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 318.

4 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CPC DE 2015

No Código de Processo Civil brasileiro, a distribuição do ônus da prova está regulamentada pelo artigo 373. A regra prevista no *caput* e incisos do mencionado dispositivo legal repetiu, parcialmente, o disposto no artigo 333 do já revogado Código Buzaid, de 1973, pois manteve, como regra, a distribuição estática do ônus probatório.

Por meio do art. 373, inc. I e II, do CPC, atribuiu-se ao autor o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito e ao réu, o de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Dessa forma, como regra geral, impõe-se à parte a quem a demonstração do fato interessa o ônus de comprová-lo.

Porém, o Código de Processo Civil de 2015 inova ao consagrar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que permite a inversão do ônus probatório para que quem tenha o direito material não fique prejudicado pela maior dificuldade ou impossibilidade de produzir a prova.

Mesmo antes do novo CPC entrar em vigor, o Superior Tribunal de Justiça já indicava a necessidade de mitigar a rigidez da forma estática de distribuição do ônus da prova:

Embora não tenha sido expressamente contemplada no CPC, uma interpretação sistemática da nossa legislação processual, inclusive em bases constitucionais, confere ampla legitimidade à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, segundo a qual esse ônus recai sobre quem tiver melhores condições de produzir a prova, conforme as circunstâncias fáticas de cada caso.¹⁹

Isso porque, por vezes, a distribuição estática do ônus probatório pode se mostrar diabólica, inviabilizando a salvaguarda dos direitos lesados ou ameaçados de lesão²⁰. Afinal, pela regra estática, cabe ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito, e não o demonstrando, julga-se improcedente o pedido, com a imposição do ônus da prova

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.286.704 – SP, Relator: Ministro Benedito Gonçalves; Julgado em: 21 out. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=1.286.704&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=tue>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

²⁰ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCPC. *Revista dos Tribunais Online*. vol. 246, p. 85-111, ago., 2015.

em sentido objetivo (regra de julgamento), ao passo que cabe ao réu provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos do direito do autor, e não o fazendo, julga-se procedente o pedido, sem qualquer consideração com a dificuldade ou a impossibilidade da parte ou do fato serem demonstrados em juízo.

O novo Código de Processo Civil, no artigo 373, § 1º, contemplou e regulamentou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.

É importante notar que o novo CPC, ao dispor sobre a possibilidade de distribuição dinâmica nos casos previstos em lei, abre a possibilidade de que leis esparsas - além daquelas que já contemplam isso (como o art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor) - prevejam outras hipóteses de seu emprego.

Ademais, as técnicas de facilitação da produção probatória, como a distribuição do ônus, decorrem das garantias processuais previstas na Constituição Federal e, por isso, não dependem de expressa previsão legal.

Como o ônus da prova deve estar de acordo com as especificidades do direito material, a fim de se dar a máxima efetividade à garantia fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva (CF, art. 5.º, XXXV), não há razão para se supor que as técnicas de facilitação da produção da prova, incluindo a da inversão do *onus probandi*, devam se dar somente quando estejam contempladas na legislação infraconstitucional²¹.

Todavia, a distribuição dinâmica do ônus da prova não é automática (*ope legis*), dependendo da análise dos seus requisitos pelo juiz no caso concreto (*ope iudicis*).

Serão fatores subjetivos, como a própria hipossuficiência econômico-financeira de uma das partes, seu despreparo ou inexperiência etc., ou fatores objetivos relacionados com a própria causa, dificuldades para a obtenção de certos documentos etc. Em qualquer hipótese essas alterações das regras legais sobre a distribuição do ônus da prova não podem "gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil", tanto quanto não o pode a inversão consensual do ônus da prova, pactuada pelas próprias partes (art. 373, § 3º).²²

Assim, deve ter o ônus da prova a parte que apresentar maior facilidade em produzi-la, cabendo ao juiz analisar o caso concreto e definir como se dará a distribuição.

²¹ CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, 2015.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Op. cit.*, p. 184.

Não é a complexidade da causa que deve determinar a distribuição do ônus probatório, mas a tutela do direito material, pela dificuldade de uma das partes, em detrimento da outra, em produzir a prova.

A distribuição dinâmica da prova não é uma forma de prejulgamento da causa, não se podendo inverter o ônus da prova quando for para a parte onerada tão impossível quanto excessivamente difícil a produção dessa prova para a parte beneficiada (art. 371, § 2º, CPC). Por isso, é imprescindível que o juiz verifique se a parte a quem incumbe o ônus de provar aquele fato tem, ao menos, a possibilidade de produzir a prova²³.

Nesse sentido, o magistrado analisará o caso *in concreto* e decidirá quanto à distribuição do ônus probatório como forma de viabilizar a produção da prova, atribuindo a uma ou outra parte o ônus de provar determinado fato.

Caso a distribuição do ônus probatório impossibilite que o interessado dele se desincumba, estará sendo negado o acesso à tutela jurisdicional, de maneira a violar o devido processo legal e os seus corolários como o contraditório e a isonomia²⁴.

O juiz possui o dever de distribuir dinamicamente o ônus da prova ao verificar a desigualdade entre as partes, bem como as melhores condições do requerido em produzir as provas, sob pena de omissão inconstitucional em razão da violação ao direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5.º, inc. XXXV, CF).

Assim, deve-se destacar que a dinamização do ônus da prova não é a regra, mas a exceção, de forma que o art. 373, § 1º, do CPC merece ser aplicado apenas em casos específicos, por decisão fundamentada, como meio de concretização da garantia constitucional à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva.

A distribuição dinâmica do ônus da prova do Código de Processo Civil estatui uma regra universal aplicável a qualquer relação jurídica sujeita às normas gerais de Direito Processual Civil. Por isso, o art. 373, § 1º, do CPC possui alcance amplo, atingindo inclusive os procedimentos inerentes à tutela dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Diferente da regra do art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor que, por estar prevista no Título I, desde Código, incidia, a rigor, apenas às relações consumeristas não coletivas. Destarte, o legislador do novo CPC agiu corretamente ao

²³ CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 83.

²⁴ LOURENÇO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 220.

potencializar a distribuição dinâmica do ônus da prova a todas as relações jurídicas, mantendo coerência com a interpretação constitucional das normas processuais (art. 1º do CPC), ao amparar-se na dimensão objetiva da garantia fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, estabelecida no art. 5.º, XXXV, da CF²⁵.

Por outro lado, cabe analisar se a positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo Código de Processo Civil de 2015 inviabilizaria a aplicação da inversão do ônus da prova estabelecida no Código de Defesa do Consumidor. Isso porque a distribuição dinâmica, contida no art. 373, § 1º, do CPC pode ser aplicada a todo e qualquer processo, independentemente do procedimento ou do direito material debatido:

Cremos que sendo bem assimilada a teoria dinâmica do ônus da prova, a inversão perderá muito espaço, pois, do contrário, os processos em geral serão mais favoráveis ao hipossuficiente, enquanto o CDC pode ser prejudicial, quando comparado com a Teoria Dinâmica. O próprio CDC traz a solução, onde o art. 7º afirma que os direitos previstos no estatuto do consumidor não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade²⁶.

Contudo, melhor que mitigar o alcance do art. 6º, inc. VIII, do CDC, é destacar que tanto a técnica de distribuição dinâmica do novo Código de Processo Civil quanto a da inversão do ônus probatório do Código de Defesa do Consumidor devem ser harmonizadas para ampliar as garantias fundamentais das partes e melhor efetivar o direito constitucional à prova no processo civil. Caberá ao juiz, inclusive com fundamento no art. 139, inc. VI, do CPC, diante das peculiaridades do caso concreto, possibilitar às partes amplas oportunidades de demonstrarem os fatos necessários à tutela dos direitos e à promoção da justiça da decisão.

Destaca-se que a distribuição do ônus da prova ou sua inversão devem ser realizadas anteriormente à sentença, em decisão motivada pelo juiz. Isso restou claro na regra contida no art. 357, inc. III, do CPC/2015, imputando ao juiz o dever de distribuir o ônus da prova ao proferir decisão de saneamento e de organização do processo.

²⁵ CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, 2015.

²⁶ LOURENÇO, Haroldo. *Op. cit.*, p. 493-494.

A fixação do momento da distribuição do ônus da prova, durante o saneamento do processo, é um corolário da garantia constitucional do contraditório, tão ressaltada nos arts. 7º, 9º e 10 do CPC/2015, para dar maior segurança às partes, as quais saberão dos riscos decorrentes da não comprovação das matérias que cabem a elas demonstrar.

Com efeito, a distribuição dinâmica da carga probatória e seus institutos, trazidos pelo novo Código de Processo Civil, complementam a concepção estática e estabelecem legalmente a teoria já consolidada na doutrina e na jurisprudência anteriores ao CPC/2015, possibilitando, de forma mais concreta, a garantia dos direitos fundamentais e processuais na legislação infraconstitucional.

5 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A teoria da distribuição do ônus da prova, apesar de ter sido consagrada no novo Código de Processo Civil de 2015, não chega a ser uma novidade no direito brasileiro. Sua aplicação é recorrente na jurisprudência brasileira, mesmo anteriormente à regra do art. 373, § 1º, do CPC.

Nesse sentido, a distribuição do ônus da prova já vinha sendo usada na resolução de processos que discutiam a responsabilidade civil ambiental. Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, ao examinar caso sobre dano ambiental causado por usina hidrelétrica, manteve a possibilidade de inversão do ônus probatório, com base no princípio da precaução. A corte determinou que a concessionária de serviço público construtora de usina hidrelétrica provasse a não existência ou irrelevância dos prejuízos alegados pela parte autora²⁷.

Vislumbra-se, seja nesse julgado ou em outros proferidos pelo STJ, que é possível a inversão do ônus da prova em sede de processo no qual se discuta dano ambiental. Por certo, a produção probatória pode se mostrar excessivamente onerosa à parte que alega os fatos, razão pela qual a inversão do ônus se torna imprescindível para o deslinde da causa, para a busca da verdade real e garantia de um julgamento justo, que atenda ao princípio da tutela jurisdicional adequada e efetiva.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.722.228 – RO*, Relator: Ministro Benedito Gonçalves; Julgado em: 1º mar. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201800140262>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Ademais, mesmo antes do advento do novo CPC, aplicava-se o art. 6º, inc. VIII, do CDC para distribuir o ônus da prova nas relações consumeristas. Contudo, em julgamento, também proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, quando se afastou a configuração de relação consumerista, admitiu-se distribuir o ônus probatório de maneira diversa da teoria estática. A ação tinha como recorrente entidade fechada de previdência complementar, de maneira que o STJ, com base em entendimento sumulado, afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Ainda assim, diante das peculiaridades da causa, e considerando o disposto no artigo 373, § 1º, do CPC, atribuiu a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus probatório. Também ressaltou que esse entendimento já era aplicado e consolidado pelo STJ mesmo antes da vigência do atual Código de Processo Civil²⁸.

Além dos casos expostos, é perfeitamente cabível a distribuição do ônus probatório em âmbito de matéria trabalhista.

Ressalta-se que, conforme disposto no Enunciado 302 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (realizado em março de 2018, no Recife), os parágrafos 1º e 2º do artigo 373 aplicam-se ao processo do trabalho:

Aplica-se o art. 373, §§1º e 2º, ao processo do trabalho, autorizando a distribuição dinâmica do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o seu encargo probatório, ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. O juiz poderá, assim, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que de forma fundamentada, preferencialmente antes da instrução e necessariamente antes da sentença, permitindo à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.²⁹

Nesse sentido, vale ressaltar o seguinte julgado:

Em que pese ser do autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito e do réu aquelas que comprovem os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito obreiro, por inteligência dos Arts. 818 da CLT e 373 do CPC, combinados, atualmente a distribuição do ônus de prova é dinâmica, não fica limita ao

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 1.235.042 – RS*, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze; Julgado em: 09 fev. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201800133917>. Acesso em: 30 mar. 2018.

²⁹ ACADEMIA. *Carta de Recife - Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Disponível em: <https://www.academia.edu/36177656/Carta_de_Recife_-_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_C%C3%ADveis?auto=download>. Acesso em: 30 mar. 2018.

disposto no Art. 818 da CLT, com isso, o ônus recairá sobre aquele que tem melhores condições de produzi-la.³⁰

Assim, é perfeitamente aplicável a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias no âmbito trabalhista, de maneira a viabilizar a produção probatória pela parte que detiver maiores condições para tanto, garantindo um julgamento justo, equânime e que atenda aos princípios constitucionais relativos ao processo.

Tais julgados representam exemplos de como os tribunais, preocupados em assegurar a garantia da tutela jurisdicional adequada e efetiva aos jurisdicionados, conferem maior flexibilidade às regras de distribuição do ônus da prova.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 procurou conferir maior amplitude às garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988.

No âmbito das provas, isso não foi diferente. O novo Código de Processo Civil potencializou o direito constitucional à prova, como um corolário das garantias constitucionais da ação, devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

Com efeito, o CPC/2015, ao positivar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em seu artigo 373, §1º, consolidou a sua aplicação no direito brasileiro, pois tal teoria já vinha sendo propalada pela doutrina e aplicada pela jurisprudência nacional.

O novo CPC acertou ao elucidar como deve se dar a aplicação da dinamização do ônus probatório, estabelecendo que o magistrado deve analisar, no caso em concreto, qual das partes possui melhores condições de produzir a prova. Somente após verificar se os requisitos do art. 373, § 1º, do CPC estão presentes no caso concreto poderá, em decisão fundamentada, e que assegure a plenitude do contraditório, distribuir dinamicamente o ônus da prova.

Com isso, pretende-se afastar o ônus diabólico da prova e assegurar a quem tem razão a tutela de seu direito material, pela produção probatória mais adequada e, por conseguinte, possibilitar um processo mais justo.

³⁰ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região SP. *Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo nº 1000887-14.2017.5.02.0511 – TRT-2 SP*, Relator: Cintia Taffari; Publicado em: 25 out. 2017. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta010&docId=5d4d96c2cc4f2b15dcb0018471182d486c980a50&fieldName=Documento&extension=html#q=>>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

A distribuição dinâmica do ônus da prova está respaldada na garantia fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva, do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal e deve ser aplicada a todas as relações processuais sujeitas às regras do Código de Processo Civil, inclusive a processos especiais, como os que versam sobre a promoção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Isso porque a distribuição estática da prova não pode gerar obstáculos inconstitucionais à garantia fundamental à tutela jurisdicional. Ao ser aplicada de modo universal, a distribuição dinâmica merece destaque porque dá melhores condições de se obter um processo mais justo, baseado em uma produção probatória em conformidade com as particularidades das partes e do direito material discutido.

Porém, deve-se destacar que a dinamização do ônus da prova é medida excepcional, não prescindindo do dever de fundamentação da decisão, devendo ser aplicada em casos específicos, desde que devidamente justificados.

Por outro lado, não se pode afirmar que a distribuição do estática do ônus da prova seja incorreta ou ultrapassada, mas é apenas um ponto de partida que, diante de previsão legal ou da constatação de impossibilidade ou excessiva dificuldade da produção da prova pode ser alterado pelo juiz.

Afinal, o que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova se propõe é assegurar a isonomia entre os litigantes, facilitar o esclarecimento dos fatos jurídicos controvertidos, pertinentes e relevantes, dar ampla oportunidade para que as partes consigam demonstrar as suas alegações, evitar a aplicação do ônus da prova em sentido objetivo (como regra de julgamento) e promover a justiça das decisões.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ACADEMIA. *Carta de Recife - Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Disponível em: https://www.academia.edu/36177656/Carta_de_Recife_-_F%C3%B3rum_Permanente_de_Processualistas_Civis?auto=download. Acesso em: 30 mar. 2018.
- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. *Lei nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial nº 1.235.042* –

RS, Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze; Julgado em: 09 fev. 2018. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201800133917>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso*

Especial nº 1.286.704 – SP, Relator: Ministro Benedito Gonçalves; Julgado em: 21 out. 2015. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?processo=1.286.704&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.722.228* – RO, Relator:

Ministro Benedito Gonçalves; Julgado em: 1º mar. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201800140262>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região SP. *Recurso Ordinário em Rito*

Sumaríssimo nº 1000887-14.2017.5.02.0511 – TRT-2 SP, Relator: Cintia Taffari; Publicado em: 25 out. 2017. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/easysearch/cachedownloader?collection=coleta010&docId=5d4d96c2cc4f2b15dcb0018471182d486c980a50&fieldName=Documento&extension=html#q=>>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC - Lei n. 13.105, de 16-3-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

- CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d'Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Curso de Direito Processual Civil completo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *Direito Constitucional à Prova no Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.
- _____. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) - Exegese do art. 373, §§ 1.º e 2.º do NCPC. *Revista dos Tribunais Online*. vol. 246, p. 85-111, ago., 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil: De acordo com a Lei 13.256, de 4 de fevereiro de 2016*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: teoria geral e processo de conhecimento*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GRECO, Leonardo. *O conceito de prova: Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.
- KNIJNIK, Danilo. *As perigosíssimas doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação do senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica*. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LOURENÇO, Haroldo. *Teoria Dinâmica do Ônus da Prova no novo CPC*. São Paulo: Forense, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.