



Revista Jurídica



EDIÇÃO I 2022

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF ON THE CODE OF CIVIL PROCEDURE

Adelmo José Pereira

Advogado, consultor jurídico e autor de artigos científicos de natureza jurídica. Graduado em Direito pela Universidade Cidade de São Paulo (2002). Especialização em Direito Empresarial pela Faculdade Legale, Brasil(2022). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil, Empresarial e Previdenciário.

Resumo: O trabalho tem como objetivo analisar os pressupostos legais de distribuição dinâmica do ônus da prova entre as partes litigantes. Para tanto, partiu-se das normas presentes no atual Código de Processo Civil cujo texto disciplina uma regra geral e estática a respeito do assunto, tal como o fazia o código de processo anterior, e também uma regra dinâmica que autoriza as partes e o magistrado da causa a atribuírem de forma diversa o *onus probandi*. No que diz respeito especificamente ao poder concedido ao juiz, a autorização legal se consubstancia em uma inovação no sistema codificado. Assim, foram utilizados textos doutrinários acerca do assunto para o fim de proceder o estudo proposto neste artigo. Ao final, conclui-se que a dinamização da forma de distribuição do ônus da prova em juízo é uma importante ferramenta colocada pelo sistema processual pátrio à disposição do órgão julgador com o fim de garantir a isonomia entre os litigantes, o pleno acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa nos autos de um processo judicial.

Palavras-chave: Ônus da prova; Distribuição dinâmica; Convenção; Decisão judicial; Pressupostos legais.

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the legal assumptions of the dynamic distribution of the burden of proof between the litigants. To do so, it was based on the rules present in the current Code of Civil Procedure, whose text establishes a general and static rule on the subject, as in the previous code of procedure, and also a dynamic rule authorizing the parties and the magistrate of the cause to assign the *onus probandi* in a different way. The legal authorization is an innovation in the codified system, specifically in relation to the power granted to the judge. Thus, the texts produced by the experts on the subject were used for the purpose of carrying out the study proposed in this article. Finally, it is concluded that the dynamisation of the burden of proof distribution in court is an important tool placed at the disposal of the judicial body by the procedural system in order to guarantee equality between litigants, full access to justice, contradictory and ample defense in the judicial process.

Keywords: Burden of proof; Dynamic distribution; Agreement; Judicial decision; Requirements of law.

1 INTRODUÇÃO

O ônus da prova é o meio pelo qual se atribui ao autor e ao réu a faculdade de apresentar ou produzir em juízo a prova das alegações feitas em sede de petição inicial ou contestação.

Com efeito, a prova dos fatos é um dos mais importantes atos praticados no âmbito do processo judicial, pois, invariavelmente, ela se consubstancia no fundamento da decisão que acolhe ou rejeita o pedido formulado pelo autor.

Assim, as partes que pretendem ver os seus argumentos acolhidos em juízo devem no curso da instrução processual provar as questões de fato alegadas em suas manifestações. O ônus da prova se presta, então, a dar conhecimento aos litigantes acerca de quem tem o direito subjetivo de realizar a prova, de forma a influenciar na decisão que será tomada ao final do processo, e, também, de permitir ao julgador resolver o mérito da demanda mesmo na hipótese de ausência na produção dessa prova.

O atual Código de Processo Civil (CPC), Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, repetiu o estatuto processual que lhe antecedeu – CPC/1973, Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – e estabeleceu nos seus incisos I e II do art. 373 a distribuição do ônus probatório como regra geral. Não obstante, em oposição à essa distribuição estática, o novel diploma processual também autorizou uma redistribuição dinâmica desse ônus pelas partes e pelo juiz da causa.

Por conta disso, objetiva-se no presente trabalho analisar os pressupostos estabelecidos no CPC para a distribuição dinâmica do *onus probandi* com o fim de verificar se esse dinamismo se presta a garantir a isonomia, o pleno acesso a justiça, o exercício do contraditório e da ampla defesa nos autos de um processo, tudo em conformidade com o previsto no art. 5º, *caput* e incisos XXXV e LV, da Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 (CF/1988), e nos arts. 5º a 7º, do CPC.

Com o fim de atingir o objetivo proposto, inicialmente serão abordados o conceito e as características do ônus da prova; logo após, tratar-se-á da regra geral e estática prevista no estatuto processual a seu respeito; por fim, serão estudadas as formas dinâmicas de distribuição do ônus probatório, de maneira que, primeiro, será feita uma análise das especificidades da convenção firmada entre as partes a seu respeito e, posteriormente, dos pressupostos necessários para que o juiz da causa promova a sua inversão nos autos de um processo judicial.

2 ÔNUS DA PROVA

2.1 Conceito e aspectos relevantes

O ônus da prova é um direito subjetivo conferido às partes para produzirem no âmbito de um processo judicial as provas necessárias para demonstrar a ocorrência dos fatos alegados em sede de petição inicial ou contestação.

“Esse ônus consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo Juiz” (THEODORO, 2018, p. 921) ao julgar a lide. Ou seja, o “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de *demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse* para as decisões a serem proferidas no processo” (DINAMARCO, 2017, p. 77).

Isso significa que as partes, bem como todos aqueles que intervirem no processo (GONÇALVES, 2018, p. 503), têm o ônus de fazer prova das suas alegações apresentadas em juízo, sob pena de, ao final, ante a deficiência probatória, suportarem uma decisão que talvez lhes seja desfavorável. Isso porque, apesar da omissão da parte em produzir a prova cujo ônus lhe pertencia, pode ser que essa mesma prova seja inadvertidamente produzida pelo seu *ex adverso* ou mesmo tenha a sua produção determinada de ofício pelo magistrado da causa (art. 370, do CPC).

Assim, sendo tal conduta um ônus, ela jamais poderá ser considerada como uma obrigação a ser observada pelos demandantes, pois

a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, em regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. (ARRUDA ALVIM, 2008, p. 502).

O ônus da prova pode ser dividido de acordo com a sua função no âmbito de um processo judicial em aspectos subjetivo e objetivo.

Sob o aspecto subjetivo, o *onus probandi* se caracteriza como uma regra de instrução (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 395) – ou de procedimento (BUENO, 2018, p. 410; THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 923-924) –, de maneira que fornece aos litigantes um prévio conhecimento acerca das suas funções durante a fase instrutória do feito, além de permitir, desde logo, que elas saibam as consequências pela não produção adequada das provas de suas alegações, algo que pode redundar na prolação de uma sentença

desfavorável aos seus interesses.

Ele se consubstancia, então, em “[...] uma regra de conduta dirigida às partes, que indica quais os fatos que a cada uma incumbe provar” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 73) com o fim de se desincumbir do ônus que lhe é imputado pela lei. Nesse sentido, vale observar que

desincumbir-se do ônus da prova significa a produção adequada das provas em juízo, sempre com observância dos ditames legais e judiciais, com vista à formação do convencimento do magistrado a favor da pretensão daquele que as produz. (BUENO, 2013, p. 250).

O ônus da prova objetivo, por sua vez, tem como finalidade precípua servir de parâmetro no momento do julgamento da lide na hipótese das partes não terem se desincumbido a contento do seu *onus probandi*, de maneira que ele “[...] indica qual das partes deverá suportar os riscos advindos do mau êxito na atividade probatória, amargando uma decisão desfavorável” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 73).

Assim, esse ônus se caracteriza como uma regra de julgamento direcionada exclusivamente ao órgão julgador, pois ele tem o dever de apreciar e julgar a questão que lhe é submetida, uma vez que o direito processual civil brasileiro não admite o *non liquet*, ou seja, a ausência ou recusa em proferir uma decisão acerca da questão litigiosa, conforme se depreende do art. 140, do CPC, combinado com o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.

Ainda, como regra de julgamento, o ônus da prova objetivo tem aplicação eventual e subsidiária (BUENO, 2018, p. 410; DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 76; DINAMARCO, 2017, p. 93; THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 925) no processo, de forma que ele somente será utilizado se, no momento de prolação da sentença, o órgão julgador verificar que não foram produzidas as provas necessárias para a demonstração dos fatos alegados. Isso porque “num processo que vê a verdade como fim, deve-se utilizar a regra de julgamento (por insuficiência) somente como *ultima ratio*” (RAMOS, 2015, p. 630).

Agora, se, durante a instrução, o magistrado constatar que existem provas passíveis de serem produzidas e que irão ajudar no deslinde da questão de mérito, ele poderá determinar a sua produção de ofício (GONÇALVES, 2018, p. 501-502), conforme previsto no art. 370, do CPC, “de modo que se certifique de que foram esgotados todos os meios legítimos e acessíveis de busca da verdade” (GRECO, 2011, p. 109).

Portanto, ao comparecerem em juízo e formularem as suas pretensões, as partes têm o ônus de provar os fatos que lhes dão suporte, sendo certo que, se não o fizerem ou o fizerem de forma insatisfatória, poderão sofrer as consequências advindas da omissão ou da produção incompleta dessas provas.

Por fim, desde que não haja dispensa da lei (art. 374, do CPC), todas as questões de fato podem ser objeto de prova em juízo, inclusive uma certa categoria de fatos negativos, conforme exposto a seguir.

2.2 Ônus da prova de fato negativo

O fato negativo pode ser objeto de prova nos autos de um processo por quem o alega, desde que ele seja determinado no que se refere à sua ocorrência dentro de um certo tempo e lugar.

Com efeito, ao comparecer em juízo, o requerido pode apresentar uma defesa direta de mérito na qual ele simplesmente nega a ocorrência dos acontecimentos narrados na petição inicial¹, de maneira que o ônus de prová-los pertencerá ao autor da demanda (NEVES, 2017, p. 736; THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 926), conforme art. 373, I, do CPC.

Isso, por si só, não significa que, após negar os acontecimentos, o demandado deve permanecer inerte no processo, pois, “[...] conquanto a prova do fato constitutivo incumba ao autor, isto não quer dizer que o réu não tenha interesse em fazer contraprova do fato constitutivo ou prova de sua inexistência” (GRECO FILHO, 1999, p. 189).

Assim, apesar do réu alegar, por exemplo, que “não fez”, “não aconteceu” ou “não estava naquele local”, impondo ao autor, em virtude disso, o ônus de provar que “ele fez”, “aconteceu” ou “ele estava naquele local”, nem todo fato negativo se consubstancia em uma prova impossível de ser produzida pela pessoa que o alega.

Tudo porque existem fatos negativos que podem ser determinados quanto ao tempo e lugar (GRECO FILHO, 1999, p. 187) e cuja prova pode ser produzida em juízo de forma indireta, ou seja, a partir da prova de um fato positivo (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 137).

Nesse rumo, retomando o exemplo anteriormente dado, veja-se que, apesar do ônus da prova pertencer ao autor, o réu tem a faculdade de provar em juízo mediante a apresentação do seu cartão de frequência ou a oitiva de testemunhas que “não estava naquele local” no

¹ O conteúdo da contestação do réu e a sua relação com o ônus da prova serão abordados de forma mais detalhada na subseção n. 3.1, *infra*.

momento do suposto acontecimento narrado na exordial exatamente porque, no mesmo horário, ele estava cumprindo a sua regular e habitual jornada de trabalho.

Em razão disso, o que foge à possibilidade de ser provado em juízo são os fatos negativos indeterminados (GRECO FILHO, 1999, p. 190), vale dizer, aqueles que não tem delimitação de tempo e lugar. Em tais situações “[...] é até possível a prova de que a alegação desse fato é falsa, mas é impossível a produção de prova de que ela seja verdadeira” (NEVES; TARTUCE, 2018, p. 720).

Nesse sentido, a afirmação de que uma pessoa nunca esteve em um dado local durante a sua vida é impossível de ser provada, pois a alegação é por demais imprecisa e, além disso, não permite a realização de uma prova indireta nos autos.

Uma prova dessa natureza, impossível ou excessivamente difícil de ser produzida, é chamada pela doutrina de “prova diabólica” (BUENO, 2013, p. 250; THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 941), sendo certo que o novel estatuto processual estabelece algumas disposições com o fim de evitá-la (§ 2º e inciso II do § 3º do art. 373, do CPC) ou conceder meios (§ 1º do art. 373, do CPC) para que esse tipo de prova não seja um obstáculo à realização dos direitos em juízo², nem impeça ou dificulte o exercício da ampla defesa e do contraditório no âmbito de um processo judicial (art. 5º, LV, da CF/1988; e art. 7º, do CPC).

Dessa forma, os fatos negativos determinados podem ser indiretamente provados nos autos mediante a demonstração de fatos positivos que lhes sejam lógica e temporalmente incompatíveis, sendo certo que a simples negação de um acontecimento faz com que o *onus probandi* da sua ocorrência pertença à parte contra quem a alegação foi feita, na forma da regra geral prevista no CPC e que será mais bem analisada na próxima seção deste trabalho.

3 DISTRIBUIÇÃO ESTÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

3.1 Regra geral de distribuição do ônus da prova

A regra geral de distribuição do ônus da prova entre as partes litigantes tem natureza prévia e estática (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 126; THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 928-929) e está disciplinada pelos incisos I e II do art. 373, do CPC, nos mesmos moldes do tratamento lhe era dispensado pelo código anterior³.

Com efeito, o primeiro inciso do art. 373, do CPC, estabelece que o ônus da prova

² Conforme será abordado na seção n. 4, *infra*.

³ A distribuição legal do ônus da prova estava prevista no art. 333, I e II, do CPC/1973.

incumbe ao autor em relação aos fatos constitutivos do seu direito. Fatos constitutivos são os acontecimentos do mundo concreto que, de alguma forma, influenciam no direito cuja violação fez ofendido comparecer em juízo e pleitear uma tutela jurisdicional.

Compete ao demandante, então, trazer aos autos as provas capazes de demonstrar a ocorrência desse suporte fático (BUENO, 2013, p. 249) e o quanto ele é relevante para a procedência do seu pedido. Ou seja, “o autor, na inicial, afirma certos fatos porque deles pretende determinada consequência de direito; esses são os fatos constitutivos que lhe incumbe provar sob pena de perder a demanda” (GRECO FILHO, 1999, p. 189).

Em razão disso, se o autor propõe uma ação e alega determinado fato e na contestação o réu nega a sua existência (defesa de mérito direta), o ônus da prova pertence ao demandante, caso ele não consiga comprovar a sua ocorrência, ao final, o juiz rejeitará o pedido formulado⁴ (art. 487, I, do CPC).

Por sua vez, o inciso II do art. 373, do CPC, prevê que ao réu incumbe o ônus da prova em relação aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor em sua petição inicial.

Veja-se que o demandado, ao apresentar a sua contestação no feito, pode negar os fatos narrados na petição inicial, conforme exposto alhures, confirmá-los ou, posteriormente, durante o seu depoimento pessoal (arts. 385-388, do CPC), confessá-los, situações que tornarão desnecessária qualquer outra atividade probatória no feito (art. 374, II e III, do CPC).

Por outro lado, o réu também pode admitir a ocorrência dos fatos constantes da exordial, mas, entretanto, alegar um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, ou seja, formular uma defesa de mérito indireta (NEVES; TARTUCE, 2018, p. 717; THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 926). Ao adotar essa conduta defensiva, ele terá o ônus de provar as suas alegações.

Anote-se que fato impeditivo é aquele cuja alegação tem o condão de tornar irregular a ida do autor a juízo para pleitear uma tutela jurisdicional. É o que ocorre, por exemplo, quando o demandante afora uma ação de cobrança e o réu reconhece a existência de um contrato de mútuo, mas, afirma que a dívida ainda não se venceu, de maneira que o credor, naquele momento, ainda não poderia demandá-lo pelo pagamento.

Fato modificativo, por sua vez, é o acontecimento cuja constatação implica na modificação da extensão do direito alegado na petição inicial. No exemplo acima proposto, o réu poderia aduzir que, a despeito da existência do contrato e do seu inadimplemento, o valor

⁴ Nesse sentido, veja-se o que foi exposto na subseção n. 2.2, *supra*, sobre a prova de fato negativo.

devido é menor do que a quantia exigida pelo credor.

Derradeiramente, o fato extintivo é aquele que extingue o direito alegado pelo autor na inicial, é o que acontece quando o demandado alega que já pagou a dívida exigida em juízo e, em razão disso, o pedido de cobrança não pode ser acolhido.

Em todos esses exemplos, o ônus da prova pertence ao réu e ele somente obterá uma vantagem no processo, ou seja, o acolhimento das suas pretensões, se provar as alegações concernentes à data de vencimento da dívida ou apresentar o recibo de seu pagamento parcial ou total, respectivamente.

Portanto, o art. 373, I e II, do CPC, fixa as regras gerais de distribuição do ônus da prova, sendo certo, porém, que outros diplomas legais podem excepcioná-las e estabelecer regras específicas de distribuição do ônus probatório, conforme exposto a seguir.

3.2 Exceções legais à regra geral

Uma determinada lei pode veicular em seus dispositivos uma exceção à regra geral de distribuição do ônus da prova, de maneira a estabelecer uma forma de atribuição inversa àquela prevista nos incisos do art. 373, do CPC.

Há quem designe essa situação como uma inversão *ope legis* do ônus probatório, no entanto, é de se notar que não existe “inversão” na espécie, pois a lei, desde logo, na hipótese de ocorrência de determinado fato, atribui automaticamente (NEVES; TARTUCE, 2018, p. 480) o indigitado ônus da prova a um sujeito processual, que, normalmente, não o teria.

É o que se depreende, por exemplo, do conteúdo do art. 38, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, cujo texto prevê que o “ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Note-se que, com fundamento nesse dispositivo legal, a despeito do consumidor ser o autor da ação que alega a existência de publicidade enganosa, o CDC atribui desde logo o ônus da prova ao réu, pessoa mais qualificada econômica e tecnicamente para demonstrar que não houve abusividade na peça publicitária veiculada.

Ademais, essa atribuição do ônus da prova, uma exceção legal (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 133), por certo, da regra geral prevista no art. 373, do CPC, é de observância obrigatória (NEVES; TARTUCE, 2018, p. 723) no curso da instrução, de maneira que não depende de uma decisão judicial para ocorrer.

Além dessa forma expressa, também são passíveis de modificar a regra geral de distribuição do ônus da prova as presunções estabelecidas ou autorizadas em lei.

Cumpra observar, que essas presunções podem ser absolutas ou relativas. As presunções absolutas são aquelas que não admitem prova em contrário. Elas, entretanto, “[...] não são fenômenos de inversão da prova nem se relacionam diretamente com o direito probatório” (DINAMARCO, 2017, p. 84), pois decorrem de ficções criadas pelo legislador “com o efeito de influir na própria estrutura da norma de direito substancial” (DINAMARCO, 2017, p. 84).

As presunções relativas, por outro lado, relacionam-se diretamente com o ônus da prova, pois se consubstanciam em processos mentais que conduzem “[...] à *aceitação de um fato controvertido como existente, sem que esteja provado e até que o contrário venha a sê-lo*” (DINAMARCO, 2017, p. 83-84. Grifo do autor). Elas podem ter origem na lei ou decorrerem da observação dos acontecimentos normais da vida quotidiana (GONÇALVES, 2018, p. 504), hipótese em que são chamadas de simples ou *hominis*.

Em qualquer uma das suas espécies, as presunções relativas possibilitam que uma das partes seja dispensada de produzir prova a respeito de determinado fato, cuja existência ou veracidade é presumida pela lei (art. 374, IV, do CPC) ou pelo órgão julgador (art. 375, do CPC), e impõem ao seu adversário o ônus de demonstrar em juízo que na realidade o fato presumido simplesmente não aconteceu ou que ele aconteceu de maneira diferente.

Dessarte, as exceções legais à regra geral estabelecida nos incisos I e II do art. 373, do CPC, consistem na atribuição, desde logo, pela lei, de forma expressa ou mediante o estabelecimento de uma presunção relativa, do *onus probandi* à parte que não aduziu a alegação em juízo.

Da mesma forma que essas exceções, a distribuição dinâmica do ônus da prova também tem o condão de excepcionar a regra geral e estática fixada pelo mencionado dispositivo legal, algo que será mais bem exposto na próxima seção.

4 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

4.1 Breves considerações iniciais

O novel estatuto processual encampou expressamente a teoria da distribuição dinâmica do *onus probandi* (NEVES, 2017, p. 736; RAMOS, 2015, p. 630), de forma que, atualmente, o sistema brasileiro de distribuição do ônus probatório tem natureza mista (NEVES, 2017, p. 737).

Com efeito, a distribuição dinâmica do ônus da prova se presta a permitir a não aplicação da regra geral prevista nos incisos I e II do art. 373, do CPC, para o fim de,

mediante uma convenção ou por determinação judicial, onerar a parte que tem melhores condições de produzir uma determinada prova em juízo.

Isso porque, por vezes, o sujeito processual que tem o ônus de provar não tem acesso aos meios necessários para levar ou produzir as provas imprescindíveis para o julgamento da lide, sendo que a parte contrária, entretanto, tem plenas condições ou conhecimento suficiente para tanto.

Dessarte, construída ao longo de décadas pela doutrina e acolhida pela jurisprudência⁵, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova tem por objetivo modificar a regra geral prevista no art. 373, I e II, do CPC, para o fim de onerar aquela que tem melhores condições de produzir determinada prova em juízo. Essa modificação pode ser feita por meio de um acordo de vontades e também por determinação judicial, conforme será exposto a partir da próxima subseção.

4.2 Distribuição convencional do ônus da prova

As partes podem firmar um pacto e alterar a forma pela qual o ônus da prova é distribuído entre elas⁶, conforme autoriza⁷ o art. 373, § 3º, do CPC, algo que pode ser feito antes da propositura da ação ou durante o desenvolvimento da marcha processual, nos termos do § 4º desse mesmo dispositivo legal.

Com efeito, “a convenção sobre o ônus da prova é útil exatamente nos mesmos casos em que se permite a distribuição feita pelo juiz” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 140), tendo em vista que ambas têm por finalidade viabilizar a produção da prova no processo⁸.

Além de ser escrito, o referido documento, uma das espécies de distribuição dinâmica

⁵ Exemplificativamente: “[...] 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.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso especial n. 1.286.704-SP. Recorrente: Transbrasil S/A Linhas Aéreas; General Electric Capital Corporation e outros; Nas Holdings LLC; AerCap Ireland Limited e outro. Recorrido: Os mesmos; Interessado: Transbrasil S/A Linhas Aéreas (massa falida). Relatora Ministra Nancy Andrighi, 22 de outubro de 2013. *Diário da Justiça eletrônico* de 28/10/2013. Votação unânime. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32052895&num_registro=201102426968&data=20131028&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 22 abr. 2022.

⁶ Longe de ser uma novidade, pois uma regra semelhante constava no parágrafo único do art. 333, do CPC/1973, o código atual tornou a redação mais simples e clara em relação à maneira das partes disporem sobre o ônus da prova.

⁷ Autorização que está em plena sintonia com a regra contida no art. 190, do CPC, que trata dos negócios jurídicos processuais.

⁸ A distribuição *ope judicis* do ônus da prova será objeto de análise na subseção 4.3, *infra*.

do ônus da prova (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 145), deve observar os requisitos exigidos para a validade dos negócios jurídicos em geral, quais sejam: agentes capazes, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, I a III, do Código Civil, Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002).

Essa convenção, em conformidade com a dicção legal, somente pode ser firmada em relação a assuntos que envolvam direitos disponíveis (inciso I do § 3º, do art. 373, do CPC), pois a lei considera que inverter o ônus da prova se consubstancia também em uma forma de disposição de direito (GONÇALVES, 2018, p. 504).

No entanto, ainda que se trate de direitos indisponíveis, não se pode perder de vista o fato de que, ao firmarem uma convenção dessa natureza, as partes podem estabelecer uma cláusula que acabe por facilitar a prova dessa espécie de direito em juízo.

Nesse rumo, veja-se que, no âmbito das relações de consumo, o art. 51, VI, do CDC, prevê expressamente que são nulas as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que “estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”. Isso significa dizer que, se beneficiar o consumidor, a inversão será válida e deverá ser observada no âmbito de um processo judicial.

Assim, por analogia a essa regra da legislação consumerista, seria razoável o abrandamento da restrição do art. 373, I, do CPC, com o fim de validar uma cláusula dessa natureza, pois, “[...] se a convenção firmada recai sobre fatos ligados a direito indisponível tornando mais fácil para a parte a comprovação desses fatos, obviamente que ela não poderia ser invalidada [...]” (DIDIER JÚNIOR, 2017, p. 143).

Ainda, o inciso II do § 3º, do art. 373, do CPC, estabelece que a inversão prevista na convenção firmada entre as partes não pode tornar excessivamente difícil a qualquer uma delas o exercício do seu direito, ou seja, a referida inversão não pode dar margem a uma prova diabólica.

Por conta disso, ao versar sobre direitos disponíveis as partes não têm plena liberdade para definir o ônus da prova de cada qual, de modo que, se a convenção impossibilitar ou mesmo dificultar em demasia a produção das provas, esse documento deve ser considerado inválido (DINAMARCO, 2017, p. 85).

Tudo porque, ao criar empecilhos para a produção da prova, o referido pacto tornaria a instrução processual um mero ato burocrático no processo, pois as partes e até mesmo o juiz já teriam conhecimento, antecipadamente, que um dos litigantes não conseguiria se desincumbir do seu ônus probatório (GONÇALVES, 2018, p. 504). Isso, por si só, comprometeria o exercício do contraditório e da ampla defesa no processo, em flagrante

oposição ao disposto no LV do art. 5º, da CF/1988.

Demais disso, um documento dessa natureza ofenderia a boa-fé e a lealdade, algo que não se coaduna com as disposições contidas no art. 5º, do CPC, além de conceder às partes o poder de controlar o acesso à justiça, impondo dificuldades para o esclarecimento dos fatos e barreiras para a tutela dos direitos (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 944), em clara violação ao art. 5º, XXXV, da CF/1988. Exatamente o contrário do que se objetiva com a autorização que lhes é conferida pelo § 3º do art. 373, do CPC.

Portanto, a autorização para que as partes firmem uma convenção com o fim de modificar a distribuição do ônus da prova é uma forma de resguardar a vontade dos litigantes e tem por finalidade justamente simplificar e facilitar a forma de produção da prova nos autos. É certo, em razão disso, que o documento firmado por eles deve prestigiar a isonomia, o pleno acesso à justiça, o exercício do contraditório e da ampla defesa, sob pena de ser declarado inválido.

Além dessa convenção, a legislação processual também autoriza que, ante as peculiaridades da causa, o magistrado estabeleça uma forma diferente de distribuição do ônus probatório, algo que será mais bem analisado a seguir.

4.3 Inversão judicial do ônus da prova no CPC

A distribuição *ope judicis* do ônus da prova está prevista no § 1º do art. 373, do CPC, algo que, até a edição desse estatuto processual, somente era autorizado no ordenamento jurídico nas relações de consumo (DINAMARCO, 2017, p. 88) pelo art. 6º, VIII⁹, do CDC, e na hipótese de indícios de agiotagem, situação na qual se imputa ao credor a responsabilidade pela comprovação da regularidade jurídica da cobrança (NEVES, 2017, p. 738), conforme art. 3º¹⁰, da Medida Provisória n. 2.172-32¹¹, de 23 de agosto de 2001.

Por oportuno, cumpre esclarecer que,

[...] apesar de o art. 373, § 1º, do CPC prever a possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova “de modo diverso”, naturalmente, a regra trata da inversão do ônus da

⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

¹⁰ Art. 3º Nas ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação.

¹¹ Ainda em vigor por força do art. 2º, da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001.

prova, até porque, sendo este distribuído entre autor e réu, o modo diverso só pode significar a inversão da regra legal. (NEVES; TARTUCE, 2018, p. 719).

Assim, essa distribuição dinâmica por determinação judicial é uma inovação em relação ao sistema processual anterior (BUENO, 2016, p. 343) e se consubstancia na possibilidade do juiz, ante a constatação de que a regra geral torna “[...] excessivamente onerosa a prova da existência do direito pela parte a quem aproveita” (GRECO, 2011, p. 108), impor à “[...] parte que está em condições mais favoráveis a prova do fato contrário” (GRECO, 2011, p. 108).

É importante observar que

[...] a teoria não desconsidera por completo as regras gerais de distribuição do ônus da prova. O que procura fazer é flexibilizar essas regras, adaptando-as às peculiaridades do caso concreto e às especificidades das partes litigantes, tornando mais efetiva e justa a tutela jurisdicional. (GRINOVER; NERY JÚNIOR; WATANABE, 2011, p. 6).

Vale dizer: a inversão ora discutida não significa que o órgão julgador irá retirar integralmente o ônus probatório de uma parte e o atribuir ao seu adversário. Na verdade, a parte onerada terá por missão esclarecer unicamente o fato controvertido destacado pelo magistrado, “o qual deve achar-se parcial ou indiciariamente demonstrado nos autos” (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 933). Em razão disso, é certo afirmar que a “redistribuição do *onus probandi* é sempre *parcial*. Não pode ser nunca *total*” (THEODORO JÚNIOR, 2018, p. 936. Grifo do autor).

Observa-se, ainda, que a norma autorizadora da inversão *ope judicis* do ônus da prova é uma regra de procedimento (BUENO, 2018, p. 411; DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 143) – e não de julgamento – que visa promover o equilíbrio entre as partes litigantes (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 143).

Derradeiramente, destaca-se que o magistrado só tem poderes para alterar a regra geral e estática do ônus da prova, de maneira que ele não pode, desde que seja válida, promover qualquer alteração em uma regra convencional (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 142).

Portanto, o referido dinamismo probatório se trata de uma autorização legal para que o juiz deixe de aplicar a regra geral e, em decorrência disso, atribua inversamente o ônus da prova aos litigantes, desde que presentes determinados pressupostos, também chamados de condicionantes (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 396). Extraídos a partir

da leitura dos §§ 1º e 2º do 373, do CPC, esses pressupostos se dividem em formais e materiais e serão abordados logo a seguir.

4.3.1 Pressupostos formais

A validade da decisão judicial que atribui o ônus da prova de maneira diferente daquela prevista no *caput* do art. 373, do CPC, depende da presença de alguns pressupostos formais.

Assim, a existência de autorização legal é o primeiro desses pressupostos, uma vez que o § 1º do art. 373, do CPC, autoriza, nas hipóteses expressamente previstas em lei, que o magistrado da causa atribua o ônus da prova de forma diferente daquela estabelecida na regra geral. É o que ocorre, por exemplo, nas lides de consumo, cuja inversão é regida pelo já mencionado art. 6º, VIII, do CDC.

O segundo pressuposto formal é a existência de uma decisão judicial que conclua acerca da necessidade de se operar a indigitada inversão nos autos.

Essa decisão deve ser devidamente fundamentada no que se refere às peculiaridades da causa e à necessidade efetiva da inversão, algo importante, mas, também, desnecessário de ser reafirmado pelo art. § 1º do art. 373, do CPC, pois a fundamentação das decisões judiciais é um dever dos órgãos jurisdicionais e um direito dos jurisdicionados previsto no art. 93, IX, da CF/1988, e, de uma maneira geral, também no art. 11, do estatuto processual.

Ainda, ao proferir uma decisão dessa natureza, o juiz deve conceder à parte um prazo razoável para que ela se desincumba do ônus que, a partir daquele momento, foi-lhe atribuído no processo, de forma a garantir o efetivo contraditório (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 144) e a ampla defesa nos autos, nos termos dos art. 5º, LV, da CF/1988, e art. 7º, do CPC.

Em conformidade com essa determinação, o art. 357, III, do CPC, estabelece que o órgão julgador deve definir no momento de saneamento do feito a maneira pela qual se dará a distribuição do ônus probatório, de modo que fique claro no processo se será feita ou não a sua inversão.

Esse comando legal é suficiente, por si só, para encerrar a discussão travada no passado a respeito de qual seria o momento processual ideal para que se fizesse a inversão, sendo certo que agora não resta qualquer dúvida a respeito disso: o órgão julgador não pode proceder a referida inversão no momento de prolação da sentença. Deverá fazê-lo, preferencialmente, durante o saneamento do feito ou em qualquer momento posterior, desde que conceda à parte a oportunidade de produzir a prova (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 396)

necessária.

Em virtude disso, durante o saneamento do feito, o magistrado deve “*esclarecer* as partes sobre seus ônus probatórios” (DINAMARCO, 2017, p. 94. Grifo do autor) e sinalizar que, em caso de sua aplicação como regra de julgamento, ele o fará de forma invertida e não conforme o estabelecido pelos incisos do art. 373, do CPC.

É certo, entretanto, que, ao fazer isso na decisão saneadora, vale dizer, antes da inauguração da fase instrutória, pode ser que o juiz nem mesmo se utilize dessa regra – de julgamento – ao proferir a sentença de mérito, pois as partes podem efetivamente produzir as provas necessárias e suficientes para o esclarecimento dos fatos alegados (NEVES, 2017, p. 739) e, por conseguinte, o convencimento do órgão julgador.

Não obstante, ao proferir a decisão saneadora e inverter o ônus da prova desde logo, privilegia-se o processo cooperativo (art. 6º, do CPC) e se permite à parte onerada requerer o meio de prova adequado para o fim de se desincumbir do ônus que anteriormente não lhe pertencia (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 145).

Ademais, qualquer uma das partes poderá, inclusive, insurgir-se contra a decisão que inverte o ônus da prova ou que indefere um requerimento de sua inversão, seja mediante uma manifestação apresentada desde logo, seja através da interposição de um recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, XI, do CPC), tendo em vista a recorribilidade imediata dessa matéria.

Dessa forma, a inversão do ônus da prova deve observar a existência de autorização legal para a sua realização, bem como deve ser feita mediante a prolação de uma decisão judicial fundamentada e ser proferida em um dado momento processual no qual a parte possa promover todos os atos necessários para se desincumbir do ônus que, a partir daquele momento, foi-lhe imputado.

4.3.2 Pressupostos materiais

A inversão do ônus da prova também depende da aferição no feito de pelo menos um dos pressupostos materiais elencados no § 1º do art. 373, do CPC, que são: a) a impossibilidade ou a excessiva dificuldade em se produzir a prova e b) a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Com efeito, o primeiro desses pressupostos se refere a uma situação na qual a prova a ser produzida nos autos é uma *probatio diabolica*¹². Cumpre ao magistrado, então, avaliar as

¹² Assunto tratado na subseção n. 2.2, *supra*.

peculiaridades do caso concreto e promover a inversão do *onus probandi* se constatar que a referida prova é impossível ou difícil de ser produzida por uma das partes, mas não o é para o seu *ex adverso*.

Assim, o acesso a documentos escritos, gravações de áudio ou vídeo, testemunhas, bases de dados digitais, arquivos criptografados entre outros elementos de valor probatório que não estão à disposição de um dos litigantes, são alguns exemplos capazes de permitir a inversão do ônus probatório.

A inversão nessas hipóteses garantirá o pleno acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988) e dará concretude ao processo cooperativo (art. 6º, do CPC) que deve imperar durante a tramitação do feito. Ademais, sendo certo que essa decisão deverá ser proferida antes da prolação da sentença, permitir-se-á, também, o exercício do contraditório e da ampla defesa no feito (art. 5º, LV, da CF/1988).

O outro pressuposto material para a inversão judicial do ônus da prova está relacionado com a constatação nos autos de que será mais fácil a obtenção da prova do fato contrário àquele alegado inicialmente por uma das partes. Ou seja, a parte contra a qual as alegações foram feitas terá melhores condições de “provar suas negativas, do que o adversário, a provar suas afirmações” (DINAMARCO, 2017, p. 88). Por exemplo,

[...] o produtor de determinados bens alegadamente nocivos, como o tabaco ou certos medicamentos, dificilmente terá como comprovar que os males lamentado pelo consumidor hajam tido outras causas, como heranças genéticas ou atávicas, erros médicos, alcoolismo *etc.* – fatos impeditivos esses, dos quais provavelmente o autor terá melhor conhecimento e melhores condições de esclarecer mediante o emprego de fontes de prova ao seu alcance. (DINAMARCO, 2017, p. 88. Grifo do autor).

Ainda, a referida inversão não pode levar a uma situação na qual a parte recém onerada não consiga se desincumbir do ônus probatório recebido, conforme vedação constante do § 2º do art. 373, do CPC.

Vale dizer, então, que essa prova deve ser diabólica para apenas uma das partes, pois, se o for para ambas, a inversão apenas fará com que a impossibilidade/dificuldade excessiva na sua produção troque de lado no processo, algo que a doutrina chama de prova diabólica reversa (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 396).

Em hipóteses como essa, a inversão beneficiaria um litigante em detrimento do outro, em clara violação ao disposto no indigitado § 2º do art. 373, do CPC, bem como nos

princípios da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF/1988) e da paridade de tratamento (art. 7º, do CPC) que devem ser observados durante toda a marcha processual.

Assim, se a prova é diabólica para qualquer um dos litigantes, “não cabe ao juiz manter o ônus da prova com aquele que alegou o fato, tampouco invertê-lo [...]” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 135), de maneira que, para fins de julgamento da lide, o magistrado deve verificar qual das partes assumiu o “risco da inesclarecibilidade” (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 135) dos fatos alegados. Em razão disso,

[...] se o fato insuscetível de prova for constitutivo do direito do autor: *a*) e o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (373, CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência; *b*) mas se foi o réu que assumiu o dito risco, o juiz deve, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2018, p. 135-136. Grifo dos autores).

Dessarte, diante das peculiaridades do caso concreto e com o fim de que a prova em juízo seja produzida pela parte que tem melhores condições de o fazer é possível a dinamização judicial do ônus probatório para o fim de permitir a demonstração em juízo dos fatos necessários para o julgamento da lide.

Na próxima subseção, analisar-se-á a relação havida entre o *onus probandi* e a responsabilidade pelo adiantamento das despesas processuais imprescindíveis para a realização das provas pleiteadas em juízo.

4.4 Inversão judicial do ônus da prova e adiantamento de despesas processuais

A inversão do ônus da prova não está relacionada com qualquer tipo de inversão na responsabilidade pelo adiantamento das despesas processuais necessárias para a produção da prova requerida nos autos.

Com efeito, a inversão do ônus da prova é uma regra de procedimento cuja eventual adoção deve ser decidida no saneamento do feito (art. 357, III, do CPC), momento, aliás, em que são fixados os pontos controvertidos e deferidas as provas requeridas pelas partes¹³.

As despesas processuais, por sua vez, são disciplinadas pelo art. 82, do CPC, cujo texto

¹³ Conforme exposto na subseção n. 4.3.1, *supra*.

estabelece que incumbe a parte antecipar o pagamento das despesas necessárias para a prática do ato processual que houver requerido em juízo. No tocante especialmente às despesas relacionadas com a prova pericial, o art. 95, *caput*, do CPC, determina que a remuneração do perito será adiantada pela parte que houver pleiteado a realização da perícia nos autos ou rateada entre os demandantes na hipótese dela ter sido requerida por ambos ou determinada de ofício pelo juízo.

A despeito disso, tem sido frequente, principalmente nas lides que envolvem relações de consumo, o autor requerer a realização de uma perícia nos autos e, apesar da inversão do ônus da prova, o órgão julgador determinar ao consumidor que faça o recolhimento dos valores atinentes às despesas necessárias para a sua realização.

Esse tipo de decisão acompanha o entendimento firmado e reiterado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) no sentido de que “[...] os efeitos da inversão do ônus da prova não possuem a força de obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor”¹⁴.

Ocorre que, em situações como essas, o autor não possui mais o ônus probatório nos autos, tendo em vista a sua inversão perpetrada pelo órgão julgador, de forma que, na realidade, não se está diante de uma situação na qual o réu está obrigado a adiantar as despesas de uma prova pleiteada pelo demandante.

Assim, ante a inversão do ônus da prova, cumprirá ao réu avaliar quais são os meios probatórios mais adequados para provar os fatos controvertidos. Se requerer a elaboração de uma perícia, após o seu deferimento, ele deverá adiantar a remuneração devida ao perito (arts. 82 e 95, *caput*, do CPC).

No entanto, ressalte-se, “ainda que a prova tenha sido requerida pelo consumidor, o fornecedor, em razão da inversão do ônus da prova, terá interesse em realizá-la, devendo assim assumir o adiantamento dos valores nesse sentido” (NEVES; TARTUCE, 2018, p. 740). Se não o fizer, tampouco o autor pode ser compelido a fazer o indigitado recolhimento, pois o ônus probatório não mais lhe pertence. Isso significa dizer que,

uma vez determinada a inversão, o ônus econômico da produção da prova tem de ser da parte sobre a qual recai o ônus processual. Caso contrário, estar-se-ia dando com

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo regimental no agravo em recurso especial n. 246.375-PR. Agravante: Super Brasil Comércio de Equipamentos Frigorígenos Ltda. e outro. Agravado: Banco Itaú S/A. Relator Ministro Luís Felipe Salomão, 04 de dezembro de 2012. *Diário da Justiça eletrônico* de 14/12/2012; RDDP vol. 121, p. 173. Votação unânime. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1199720&num_registro=201202231233&data=20121214&formato=PDF. Acesso em: 9 abr. 2022.

uma mão e tirando com a outra. Se a norma prevê que o ônus da prova pode ser invertido, então automaticamente vai junto para a outra parte a obrigação de proporcionar os meios para sua produção, sob pena de – obviamente – arcar com o ônus de sua não produção. (NUNES, 2013, p. 228).

Ademais, o texto do art. 373, § 1º, do CPC, não veicula qualquer exceção às regras contidas nos arts. 82 e 95, do mesmo código, nem faz ressalva em relação ao adiantamento das despesas necessárias para a produção da prova, “[...] com o quê autoriza o entendimento de que, alterado o ônus da prova, altera-se também o encargo financeiro de seu custeio” (DINAMARCO, 2017, p. 87).

Tudo porque “não parece ser lógico que o consumidor adiante uma despesa que só interesse ao fornecedor, por ser sua única forma de evitar uma derrota na decisão judicial” (NEVES; TARTUCE, 2018, p. 741).

Portanto, ainda que o autor tenha requerido inicialmente a produção de uma prova pericial nos autos, ante a mencionada inversão, o interesse na sua realização foi transferido para o réu, de maneira que, agora, a ele compete efetuar o adiantamento dos valores necessários para tanto.

A despeito disso, se, mesmo com a inversão do ônus da prova, o demandado não pleitear uma perícia no feito e, ainda assim, o autor insistir na sua realização, é certo então que o dever de efetuar o recolhimento pertencerá ao demandante. Essa situação apenas confirma a regra estampada nos arts. 82 e 95, *caput*, do CPC: a parte que pleitear a produção da prova deve adiantar os valores necessários para a sua realização.

Dessa forma, as despesas processuais necessárias para custear a produção da prova nos autos não guardam qualquer relação com a inversão do *onus probandi* (NEVES; TARTUCE, 2018, p. 740) determinada pelo magistrado da causa, de maneira que cada parte deve arcar com os valores necessários para a realização das provas individualmente pleiteadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo promover uma análise a respeito da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no CPC.

Com efeito, o art. 373, I e II, do CPC, estabelece a regra geral de distribuição do ônus da prova. Da sua redação, extrai-se que compete ao autor da ação o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito

do demandante.

Considerada uma forma de distribuição estática, é certo que, por vezes, ante a dificuldade em produzir determinadas provas nos autos, as partes não conseguem se desincumbir adequadamente do *onus probandi* que lhes é imposto pelo citado dispositivo legal, de maneira que, sozinha, essa regra geral se mostra insuficiente para garantir o pleno acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988).

Em virtude disso, surgida a partir da legislação consumerista, construída pela doutrina e adotada pela jurisprudência para as demais relações jurídicas processuais, a distribuição dinâmica do ônus da prova tem por finalidade permitir que a prova seja produzida pela parte que tiver melhores condições de o fazer.

É nesse rumo a permissão do art. 373, §§ 3º e 4º, do CPC, para que os litigantes convençam a distribuição do ônus da prova, antes ou durante a tramitação do processo, com o fim de modificar a regra geral e estática e redistribuir entre si o ônus de provar.

Além dessa espécie de dinamização do ônus da prova, que já era anteriormente prevista pelo art. 333, no parágrafo único, do CPC/1973, o novel estatuto processual inovou ao veicular no § 1º do seu art. 373, uma autorização para que o magistrado da causa atribua o referido ônus probatório de modo diverso daquele previsto nos incisos I e II do *caput* desse mesmo dispositivo legal.

Assim, nos casos estabelecidos em lei, o órgão julgador está autorizado a afastar a aplicação da regra geral e, em razão disso, inverter o ônus da prova nos autos. Ademais, o indigitado dispositivo legal também autoriza que, ante as peculiaridades da causa, o magistrado poderá atribuir diversamente o ônus probatório com o objetivo de que a prova seja produzida pela parte que tiver melhores condições de o fazer.

Ao juiz cumpre, então, delimitar adequadamente os pontos controvertidos no momento de saneamento do feito para o fim de verificar se a regra geral e estática é suficiente para a produção da prova necessária para a elucidação das questões de fato. Na hipótese de constatar que ela é insuficiente, o órgão julgador deve, de forma fundamentada, inverter o *onus probandi* (art. 357, III, do CPC) e permitir que a parte recém onerada pleiteie os meios necessários para que ela se desincumba do ônus que lhe foi atribuído. Essa conduta judicial garantirá o pleno acesso a justiça das partes, além de possibilitar o exercício da ampla defesa e do contraditório no processo (art. 5º, LV, da CF/1988).

Demais disso, o órgão julgador jamais deve se omitir diante das eventuais dificuldades impostas pela natureza da prova ou pelas partes para a sua produção, de modo que, se necessário, ele deve se valer dos seus poderes instrutórios (art. 370, do CPC) com o intuito de

garantir uma instrução íntegra e comprometida com esclarecimento dos fatos.

Uma conduta judicial ativa, atenta às peculiaridades havidas na demanda e pronta para utilizar a distribuição dinâmica do ônus da prova terá o condão de impedir que a regra de distribuição geral e estática seja utilizada para promover manobras processuais fraudulentas, marcadas pela má-fé e tendentes a encobrir a verdade dos fatos.

Dessa forma, conclui-se que a dinamização do ônus da prova é uma importante ferramenta colocada pelo sistema processual pátrio à disposição das partes e do órgão julgador com o fim de garantir a isonomia entre os litigantes, o pleno acesso à justiça, o exercício do contraditório e da ampla defesa nos autos de um processo judicial.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. *Manual de direito processual civil: Processo de conhecimento*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 2.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. ampl., atual. e integralmente rev. São Paulo: Saraiva educação, 2018. v. único.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo código de processo civil anotado*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: Procedimento comum – Ordinário e sumário*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2, tomo I.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de direito Mackenzie*. São Paulo, v. 11, n. 2, p. 129-155. jul./dez. 2017. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/download/11050/6823>. Acesso em: 26 abr. 2022.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. segundo o Código de Processo Civil/2015, de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016, e a Lei

13.363, de 25.11.2016. São Paulo: Malheiros, 2017. v. III.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil: Processo de conhecimento*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: Atos processuais a recursos e processos nos tribunais*. 13. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini; NERY JÚNIOR, Nelson; WATANABE, Kazuo. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto: Processo coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119)*. 10. ed. rev., atual. e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. único.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor: Direito material e processual*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2018. v. único.

NUNES, Rizzato. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Vitor de Paula. Anotações aos arts. 369 a 380. In: TUCCI, José Rogério Cruz e *et al.* (coord.). *Código de processo civil anotado*. São Paulo: AASP-OAB/PR, 2015. Atualizado em 25.02.2019. Disponível em: https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2019/02/CPC_annotado25.2.2019_atual.pdf. Acesso em: 2 mar. 2022.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 59. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.