

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
FACULDADE DE DIREITO**

**PAULA DA SILVA REZENDE LIMA**

**A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/2015 E OS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E DA COOPERAÇÃO NA BUSCA DA  
IGUALDADE SUBSTANCIAL**

**JUIZ DE FORA  
2017**

PAULA DA SILVA REZENDE LIMA

A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/2015 E OS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E DA COOPERAÇÃO NA BUSCA DA  
IGUALDADE SUBSTANCIAL

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Civil sob orientação da Profa. Mônica Barbosa dos Santos.

JUIZ DE FORA

2017

Paula da Silva Rezende Lima

A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CPC/2015 E OS PRINCÍPIOS  
CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS E DA COOPERAÇÃO NA BUSCA DA  
IGUALDADE SUBSTANCIAL

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel, na área de concentração Direito Processual Civil, submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

---

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Mônica Barbosa dos Santos  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof<sup>a</sup>. Flávia Lovisi Procópio de Souza  
Universidade Federal de Juiz de Fora

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Aline Araújo Passos  
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

( ) APROVADO

( ) REPROVADO

Juiz de Fora, 23 de novembro de 2017.

## RESUMO

Denominada distribuição dinâmica do ônus da prova, a técnica de flexibilização da carga probatória prevista no parágrafo primeiro do artigo 373, do CPC/2015, é aplicável subsidiariamente à regra geral e abstrata disposta no *caput*, em processos nos quais os litigantes encontram-se em situação de disparidade quanto à capacidade de produzir prova. O presente trabalho tem por objetivo analisar de que modo a imparcialidade do juiz e outros princípios constitucionais processuais, além da cooperação das partes na aplicação da recente previsão legislativa de flexibilização da carga probatória, contribuem para diminuir as desigualdades processuais. Para tanto, desenvolve-se o raciocínio a partir de diretrizes centrais, como o conceito de ônus da prova, da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, passando pelo comparativo do que foi adotado pelo código de 1973 com o modelo do atual diploma de processo civil e redação do dispositivo legal no qual a teoria dinâmica foi aplicada. Após, são estudados determinados princípios constitucionais e o princípio da cooperação e sua pertinência à nova regra processual. Feita essa análise, passa-se a discorrer sobre o momento da distribuição do ônus probatório e de que maneira a imparcialidade do juízo e a cooperação das partes no processo podem ser determinantes para que se alcance maior igualdade. A partir disso, conclui-se que a distribuição do ônus da prova é importante mecanismo para solução justa dos litígios, visto que busca efetivar os princípios e garantias constitucionais, devendo a atuação imparcial e efetiva do magistrado na redistribuição o encargo probatório, sempre estar aliada à cooperação das partes para se atinja a igualdade substancial.

Palavras-chave: Ônus da prova. Teoria Dinâmica do Ônus da Prova. Princípios Constitucionais processuais. Isonomia. Cooperação entre as partes.

## ABSTRACT

Called the dynamic distribution of the burden of proof, the flexibilization of the evidentiary burden provided for in the first paragraph of article 373, of CPC/2015, is applicable subsidiarily to the general and abstract rule set forth in the *caput*, in cases in which litigants find themselves in a situation of disparity ability to produce evidence. The objective of this study is to to examine how the impartiality of the judgment, and other constitutional principles of procedure, as well as cooperation of the parties in application of the recent legislative forecast of flexibility of the evidentiary burden, contribute to reducing procedural inequalities. Therefore, the reasoning from central guidelines, such as the concepts of burden of proof, of dynamic theory of distribution of the burden of proof, going through the comparative adopted by the 1973 Code with the model of the current civil process diploma and writing of the legal device in which the dynamic theory was applied. After, certain constitutional principles and the principle of cooperation and it's relevance to the new rule of procedural law are studied . Once this analysis is done, it will be discussed about the moment of distribution of the burden of proof and how the impartiality of judgment and the cooperation of the parties to the proceedings can be decisive to achieve greater equality. From this, it is concluded that the distribution of the burden of proof is an important mechanism for the fair solution of litigation, since it seeks to enforce constitutional principles and guarantees, and the impartial and effective performance of the magistrate in redistribution must be allied to the cooperation of the parties to achieve substantial equality.

Keywords: Burden of proof. Dynamic Theory of Burden of Proof. Constitutional principles of procedure. Isonomy. Cooperation between the parties.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA .....</b>	<b>7</b>
<b>2.1 Conceito de ônus da prova .....</b>	<b>7</b>
<b>2.2 A teoria dinâmica do ônus da prova e sua aplicação .....</b>	<b>8</b>
<b>2.3 Evolução da distribuição do ônus da prova do modelo adotado pelo CPC/1973 para o CPC/2015.....</b>	<b>9</b>
<b>2.4 Análise do art. 373, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil de 2015 .....</b>	<b>12</b>
<b>3 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS .....</b>	<b>14</b>
<b>4 REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO .....</b>	<b>19</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>23</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>23</b>

## 1 INTRODUÇÃO

As três figuras dominantes que compõem os processos judiciais são definidas, em autor, réu e juiz. Numa definição breve, autor e réu aparecem como os sujeitos que visam ter seus interesses atendidos e o juiz como a figura imparcial que tem o dever de decidir a lide com base nos fatos trazidos a sua apreciação, conjugando-os com o direito aplicável ao caso. Nesse contexto, observa-se a importância da produção das provas para a correta tutela judicial, pois é a atividade probatória da parte nas relações processuais que traz os elementos necessários ao convencimento do juízo, permitindo o alcance de decisões justas e fundamentadas.

O Código de Processo Civil de 2015, sempre buscando a tutela judicial mais adequada aos direitos, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro importante inovação na teoria geral da prova, ao permitir a flexibilização do *ônus probandi* no art. 373, parágrafo primeiro, para relações jurídicas além das consumeristas, nas quais é autorizada a inversão do ônus probatório no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

Pela exegese do citado dispositivo do Código de Processo Civil é possível observar que a distribuição estática do ônus da prova pode ceder a uma distribuição dinâmica como exceção da regra antes intocada pelo Código de Processo Civil de 1973, que estabelecia um modelo de igualdade formal, o que não condiz com o processo civil moderno, que preza assegurar a igualdade substancial das partes.

No presente trabalho serão abordados os princípios relacionados à produção probatória e como a recente previsão legislativa da dinâmica do ônus da prova trata a possibilidade de redistribuição do encargo no decorrer do processo, ponderando a importância da imparcialidade da decisão que o dinamiza e suas implicações para que se consiga uma maior isonomia entre as partes, mesmo não sendo o único fator determinante para isso.

## 2 A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

### 2.1 Conceito de ônus da prova

Segundo Goldschmidt <sup>1</sup>, ônus é o imperativo do próprio interesse. Partindo disso, pode-se afirmar que aquele que tem o ônus tem a faculdade de agir em benefício do próprio interesse e, mesmo não sendo obrigado a agir, provavelmente o fará para evitar qualquer resultado que o prejudique por sua omissão <sup>2</sup>. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. <sup>3</sup> conceitua:

Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância.

O ônus da prova, então, motiva as partes a participarem ativamente do processo, exercitando o contraditório, trazendo aos autos elementos capazes de comprovar suas alegações e possibilitando ao juiz que analise o caso proposto para que forme seu convencimento e fundamente uma decisão que não se baseie apenas na fala dos litigantes, mas nas comprovações cotejadas.

Na sistemática processual não existe a obrigação do litigante em demonstrar os fatos alegados, mas somente o ônus, por isso, o descumprimento dele não enseja nenhuma penalidade, apenas podendo gerar um resultado negativo, ficando a parte sujeita a uma decisão desfavorável.

Importante ressaltar e distinguir os dois aspectos relativos ao ônus da prova, sendo estes o subjetivo e o objetivo. Consoante Alexandre Freitas Câmara <sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal Civil**. Tradução de Leonardo Prieto Casto. Editora Labor. Barcelona, 1936, p.203, *apud* YOSHIKAWA, Eduardo, “**A distribuição dinâmica do ônus da prova**”, in DIDIER JUNIOR, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Seleccionada**, v. 3, 2ª ed. Editora JusPodivm, 2016. P. 557.

<sup>2</sup> YOSHIKAWA, Eduardo, “**A distribuição dinâmica do ônus da prova**”, in DIDIER JUNIOR, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Seleccionada**, v. 3, 2ª ed. Editora JusPodivm, 2016. P. 557.

<sup>3</sup> DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula, OLIVEIRA, Rafael, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, v. 2. 10 ed. Editora JusPodivm. Salvador, 2015. P. 106.

<sup>4</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, v. 1, 17ª ed. rev. e atual. Editora Lúmen Juris Rio de Janeiro, 2009, p. 379 *apud* ARAÚJO, Arthur Régis Frota Carneiro. **O ônus da prova e sua distribuição no processo civil brasileiro e as perspectivas do novo Código de Processo Civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 14 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55050&seo=1>>. Acesso em: 25 out. 2017

entende-se por ônus subjetivo da prova a responsabilidade distribuída à parte do processo em fazer prova daquilo que lhe caiba, sob pena de ter que suportar os efeitos da sua não produção; já o ônus objetivo da prova refere-se à regra de julgamento direcionada ao magistrado, que determina o modo como proceder com a decisão nos casos em que não tenham sido comprovados os fatos alegados nos autos.

Alexandre Freitas Câmara<sup>5</sup> ensina o tema precisamente:

É de se afirmar, em primeiro lugar, que a visão subjetiva do ônus da prova tem mais relevância psicológica do que jurídica. Em verdade, no momento de produção da prova pouco importa quem está produzindo este ou aquele meio de prova. Isto se dá em razão do princípio da comunhão da prova, segundo o qual, uma vez levadas ao processo, as provas não mais pertencem a qualquer das partes, e sim ao próprio processo, nada importando, pois, quem as produziu. O juiz só deverá considerar as regras sobre a distribuição do ônus da prova, portanto, no momento de julgar o mérito, eis que só assim poderá verificar quem será prejudicado em razão da inexistência de prova sobre determinados fatos.

Sendo assim, o ônus da prova atribui ao sujeito o encargo de demonstrar suas alegações necessárias à formação do convencimento do juiz, existindo regras atribuídas pelo legislador (prévia e estática), pelo magistrado ou por convenção das partes (dinâmica). Portanto, ficam estabelecidas pelo legislador as regras sobre o ônus da prova, mas o juiz ou as partes, atendidos a alguns requisitos, podem alterá-las sob determinadas circunstâncias.

## 2.2 A teoria dinâmica do ônus da prova e sua aplicação

A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova tem como principal defensor Jorge Peyrano, jurista argentino que desenvolveu sua tese, sustentando a flexibilização do encargo probatório como necessária para atender a situações nas quais o modelo estático não demonstre satisfatória adequação<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> *Idem*, 2009, p. 380.

<sup>6</sup> “Concebida para corrigir insuficiências e inadequações em matéria de distribuição do ônus da prova, a teoria da distribuição dinâmica representa uma contraposição à chamada “concepção estática” do ônus probatório” – Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, **A inversão do ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor como Técnica de Distribuição Dinâmica da Carga Probatória**, Revista Dialética de Direito Processual, n. 75, p. 105 – 113, São Paulo, Jun. 2009, p. 106 *apud* RODRIGUES, Daniel, **Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório**, in DIDIER JUNIOR, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Selecionada**, v. 3, 2ª ed. Editora Juspodivum, 2016. P. 513.

Segundo o referido autor, a teoria do ônus dinâmico da prova consiste no deslocamento do ônus probatório conforme as circunstâncias do caso, onerando aquele que está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzir a prova de determinado fato, a despeito da posição de autor ou de réu ou de se tratar de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de direitos<sup>7</sup>.

O intuito da teoria, ao romper com a regra estática, é o de adaptar o encargo de acordo com a peculiaridade de cada caso, não importando, assim, se autor ou réu, mas tendo por base a valoração pelo magistrado, que deverá ser feita minuciosamente sobre qual dos demandantes possui melhores condições de suportar o ônus probatório mesmo de fatos alegados pela parte contrária.

Desse modo, embora dada ao juiz a avaliação da distribuição das regras do ônus da prova, a teoria dinâmica de distribuição tem como objetivo gerar uma maior colaboração dos sujeitos processuais se apoiando nos princípios da cooperação e da boa-fé para buscar uma melhor igualdade jurisdicional.

### **2.3 Evolução da distribuição do ônus da prova do modelo adotado pelo CPC/1973 para o CPC/2015**

Analisado o conceito de ônus e a estruturação da sua distribuição de acordo com a teoria dinâmica do ônus da prova, cumpre verificar como a técnica processual têm se manifestado no ordenamento pátrio.

As normas ônus da prova no Brasil têm origem em duas razões principais, quais sejam, a proibição do *non liquet* e a necessidade de julgamento da causa.

A expressão proveniente do direito romano, *non liquet*, revela a situação em que seria possível extinguir-se o processo em virtude de ausência de prova, sem análise do mérito. No direito brasileiro, por não ser permitido ao magistrado se eximir da prestação jurisdicional, é vedado o *non liquet*, consequência do direito fundamental à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, o qual assegura o julgamento das causas levadas ao poder judiciário mesmo em caso de insuficiência probatória, tornando necessárias as regras acerca do *onus probandi*.

---

<sup>7</sup> PEYRANO, Jorge. 1ª ed. 2008, *apud* RODRIGUES, Daniel, **Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório**, in DIDIER JUNIOR, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Selecionada**, v. 3, 2ª ed. Editora Juspodivum, 2016. p. 515.

Sobre a proibição do *non liquet*, Eduardo Yoshikawa<sup>8</sup> asseverou o seguinte:

A extinção do processo sem julgamento de mérito, como não produz coisa julgada material, não impede a parte vencida de propor novamente a mesma ação, o que compromete a eficácia do processo como meio de composição dos litígios (prevalência do escopo social do processo). Imagine-se, por exemplo, qual seria o reflexo para as partes se um julgamento de mérito somente fosse proferido no terceiro ou quarto processo instaurado, depois de vários julgadores, de primeira e segunda instâncias, declararem inexistir prova que autorize decisão em um ou outro sentido. A jurisdição não cumpriria sua elevada missão. Haveria uma verdadeira denegação de justiça.

Tanto o Código de Processo Civil de 1973 quanto o Código de Processo Civil de 2015 adotaram como regra geral a teoria de Chiovenda<sup>9</sup> de distribuição estática do ônus da prova, segundo a qual, finda a fase instrutória, o magistrado deve verificar qual parte não se incumbiu corretamente do ônus probatório, utilizando-se de parâmetros rígidos para responsabilizá-la pelo não cumprimento do encargo, como critério objetivo de julgamento.

Desse modo, pela distribuição estática do ônus probatório, pertence a cada parte do processo o encargo de demonstrar as alegações feitas por ela, existindo três fatores fundantes, apontados por Fredie Didier Jr. como sendo: “i) a posição da parte na causa (se autor ou réu); ii) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); iii) o interesse de provar o fato.”<sup>10</sup> Então, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo do mesmo direito, regra disposta no *caput* do art. 373, CPC/15, idêntica ao *caput* do art. 333, CPC/73.

Observe que a distribuição estática do ônus da prova, mesmo com o advento do CPC/15, continua como regra geral. Contudo, o sistema estático, embora possa

---

<sup>8</sup> YOSHIKAWA, Eduardo, “**A distribuição dinâmica do ônus da prova**”, in DIDIER JUNIOR, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Selecionada**, v. 3, 2ª ed Editora JusPodivm, 2016. P. 560.

<sup>9</sup> “Segundo Cândido R. Dinamarco, o sistema brasileiro distribui o ônus da prova com base na teoria de Chiovenda, atribuindo o dever de provar à parte que assiste interesse no fato a ser demonstrado.” DINAMARCO, Cândido Rangel, p. 72 *apud* PALMITESTA, Mariana Avarechia. **Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**, Dissertação de Mestrado – Curso de Direito, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11042016-130422/en.php>. Acesso em: 14 out. 2017.

<sup>10</sup> DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula, OLIVEIRA, Rafael, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, v. 2. 10 ed. Editora JusPodivm. Salvador, 2015. P. 111.

garantir uma maior segurança jurídica pela previsibilidade fixa do encargo probatório, pode se mostrar inadequado em algumas situações.

Rendido a esta obviedade, o sistema brasileiro, com o Código de Processo Civil de 2015, inovou trazendo a possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova de acordo com a peculiaridade da causa, relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário.

Durante a vigência do CPC/73, como dito, a previsão era apenas a de distribuição estática, com regulação exclusiva de inversão do ônus da prova por lei especial quando se falava em relação consumerista (art. 6º, VIII, do CDC)<sup>11</sup>, o que não ocorre mais de acordo com a legislação vigente, em que a previsão não tem limitação de matéria.<sup>12</sup>

Como destacado na exposição de motivos do CPC/2015, o objetivo foi o de “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente a causa”, buscando efetivamente a “forma de tornar o processo mais eficiente e efetivo, o que significa, indubitavelmente, aproximá-lo da Constituição Federal em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material”<sup>13</sup> e, assim, potencializando a melhor adequação do julgamento.

O trecho da exposição de motivos reluz a percepção pelo legislador nacional de que a flexibilização da carga probatória permite a prestação de uma tutela judicial mais adequada. Logo, a regra trazida pelo CPC/2015 que possibilita a dinâmica do ônus da prova parte da aproximação do processo à Constituição e busca conformidade com os direitos fundamentais processuais, sobretudo dos princípios do acesso à justiça, da cooperação e da adequação procedimental<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> 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. **Código de Defesa do Consumidor**, Lei 8.078/1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 10 nov. 2017.

<sup>12</sup> MACÊDO, Lucas Buriel e PEIXOTO, Ravi. **O CPC/2015 e a Dinamização do Ônus da Prova**, in DIDIER, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Seleccionada**, v. 3, 2ª ed. Editora JusPodivm, 2016. P. 598.

<sup>13</sup> **Exposição de motivos, Código de Processo Civil 2015** (Lei 13.105/2015), Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2017. P. 26.

<sup>14</sup> MACÊDO, Lucas Buriel e PEIXOTO, Ravi. **O CPC/2015 e a Dinamização do Ônus da Prova**, in DIDIER, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Seleccionada**, v. 3, 2ª ed. Editora JusPodivm, 2016. P. 598.

## 2.4 Análise do art. 373, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil de 2015

Pontuada a estrutura geral da distribuição do ônus da prova, bem como sua alteração na sistemática processual brasileira, faz-se necessário verificar sua previsão específica.

O Código de Processo Civil de 2015 contemplou a distribuição dinâmica do ônus da prova no art. 373, parágrafo primeiro, trazendo, ainda, no parágrafo segundo, uma vedação à aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que ocorre quando a obrigação de tal encargo pela parte seja impossível ou extremamente difícil, como forma de reafirmar o intuito de promover a isonomia processual:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:  
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;  
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor  
§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.  
§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.<sup>15</sup>

Como observado no item anterior, o *caput* do art. 373 do atual Código de Processo Civil repete a regra estática do ônus da prova do diploma de 1973, o que demonstra que o legislador não buscou alterar por completo a regra processual, mas adicionar uma alternativa excepcional, pretendendo preservar a segurança jurídica nas relações processuais.

Importante destacar que a dinâmica do ônus da prova se caracteriza como uma regra de procedimento e, apesar de inegável a aproximação com a inversão do ônus da prova prevista na legislação consumerista, esta última depende da caracterização concreta da relação de consumo e trata-se de uma regra de

---

<sup>15</sup> **Código de Processo Civil de 2015**, Lei 13.105/2015, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 10 nov. 2017.

juízo, embora, para autores como Daniel Amorim Assumpção Neves <sup>16</sup> ambas referem-se à mesma situação:

Apesar do art. 370, §1º do (atual art. 373, §1º) Novo CPC prever a possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova 'de modo diverso', naturalmente a regra trata da inversão do ônus da prova, até porque, sendo esta distribuída entre autor e réu, o modo diverso só pode significar a inversão da regra legal.

Cabe notar que, diferentemente do que entende o autor, não se trata da mesma circunstância. Se assim fosse, caberia ao réu o ônus da prova dos fatos constitutivos do autor, e, ao autor, a prova dos fatos modificativos, extintivos e impeditivos aduzidos pelo réu em seu desfavor, mas de fato o que ocorre é uma variação na regra geral prevista no art. 373, quando o juiz se depara com uma instrução processual introvertida e fraca, incapaz de convencê-lo e, diante da proibição do *non liquet*, distribui o encargo de fazer a prova, transferindo-o à parte que tem mais condições de produzi-la, objetivando formar o seu convencimento da melhor maneira possível.

Nesse sentido, entende Eduardo Cambi <sup>17</sup> que a distribuição dinâmica não caracteriza uma inversão, pois não traz o ônus pré-estabelecido de forma abstrata. Nas palavras do autor:

Com efeito, na distribuição dinâmica do ônus da prova, não há uma verdadeira inversão, porque só se poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica que se dá no caso concreto. O magistrado continua sendo o gestor da prova, agora com poderes ainda maiores porquanto, ao invés de partir do modelo clássico (CPC/73), art. 333), para depois inverter o *onus probandi* (CDC, art. 6º, inc. VIII), cabe verificar, no caso concreto, quem está em melhores condições de produzir a prova e, destarte distribuir este ônus entre as partes (NCPC, art. 373, parágrafo primeiro).

---

<sup>16</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 7ª ed. Editora Método São Paulo, 2015, p. 498 *apud* COUTINHO, André Pimentel. **Ônus da prova: uma análise acerca do instituto e sua previsão no art. 373 do novo Código de Processo Civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 01 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54476&seo=1>>. Acesso em: 23 out. 2017.

<sup>17</sup> CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, parágrafo 1º e 2º do NCPC**, in DIDIER JUNIOR, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Selecionada**, v. 3, 2ª ed. Editora JusPodivm. 2016. P. 536.

Desse modo, o CPC/15, na busca de maior aproximação aos princípios constitucionais, trouxe uma mudança significativa em relação ao ônus da prova, que apesar de excepcional à regra estática, acrescenta uma regra de procedimento nova, em prol de uma melhor prestação jurisdicional.

### 3 A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como destacado anteriormente, a nova previsão de distribuição probatória aproximou o processo da Constituição, buscando harmonizar os direitos fundamentais às regras processuais, o que torna necessário ao trabalho destacar os princípios constitucionais relacionados, quais sejam, princípios do contraditório e ampla defesa, do devido processo legal, da imparcialidade do juiz e da igualdade, além do princípio processual da cooperação das partes.

Os princípios do contraditório e ampla defesa são garantias aos litigantes previstas no art. 5º, LV<sup>18</sup>, da Constituição Federal de 1988, em qualquer espécie de processo, sendo fundamentais para o desenvolvimento justo da lide. O princípio do contraditório assegura que o provimento judicial não seja uma surpresa para nenhuma das partes viabilizando sua manifestação, com efetiva possibilidade de influência na decisão, em todas as fases do processo. O princípio da ampla defesa garante a utilização dos meios legais para proteger os direitos das partes, como acesso aos autos, apresentação e produção de provas, conhecimento dos fundamentos das decisões proferidas, tutela recursal, entre outras garantias<sup>19</sup>.

O princípio do devido processo legal, disposto no art. 5º, LIV<sup>20</sup>, da Constituição Federal de 1988, garante aos sujeitos do processo a correta prestação

---

<sup>18</sup> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: **LIV** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15 de nov. 2017.

<sup>19</sup> GUERRA JÚNIOR, Sylvio. **Princípios atinentes às provas no juízo cível.** Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 13 set. 2008. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.21036&seo=1>. Acesso em: 10 nov. 2017

<sup>20</sup> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

jurisdicional, resguardando o direito de defesa, o bom andamento processual e um julgamento coerente, pautado na legislação pertinente e utilizando-se das técnicas legislativas e processuais. Para Humberto Ávila<sup>21</sup>, o referido princípio tem função de criar os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade dos direitos, integrando o sistema jurídico eventualmente lacunoso.

Na visão de Fredie Didier Júnior, dos princípios do devido processo legal e do contraditório, juntamente com a boa-fé processual, surge o princípio da cooperação<sup>22</sup>, consagrado pelo art. 6º do CPC/15, da seguinte forma:

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Nas palavras do autor, com a previsão de tal princípio:

A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação as partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques para qualquer dos sujeitos processuais.<sup>23</sup>

Os princípios citados estão intimamente ligados à produção probatória, porque ela deve se dar sempre em contraditório, objetivando garantir o direito de ampla defesa, ensejando uma prestação jurisdicional cooperativa, em devido processo legal, sendo a previsão legislativa da distribuição dinâmica do ônus da prova uma forma encontrada para reafirmar este escopo.

O princípio da imparcialidade, embora não esteja expressamente previsto no texto constitucional, traz a determinação de que as partes do processo recebam um julgamento isento, como decorrência lógica do princípio do juiz natural e pautado no

---

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 15 de nov. 2017.

<sup>21</sup> ÁVILA, Humberto. "O que é o 'devido processo legal'?", 2008, p. 57 *apud* DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, v. 1, 17 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2015. P. 67.

<sup>22</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, v. 1, 17 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2015. P. 124

<sup>23</sup> DIDIER JR. Fredie, *op. cit.*, p. 126.

devido processo legal, porque o juiz, exercendo função pública, não pode ter qualquer interesse no resultado da demanda.

O que há de mais próximo a esse princípio na Carta Magna é o art. 95<sup>24</sup>, que por sua vez trata das garantias e vedações estabelecidas aos magistrados. Nesse sentido, é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco<sup>25</sup>:

A Constituição não dedica palavras à garantia da imparcialidade do juiz, mas contém uma série de dispositivos destinados a assegurar que todas as causas postas em juízo – cíveis, trabalhistas e criminais – sejam conduzidas e processadas por juizes imparciais.

Sendo assim, o princípio em análise é de notória importância à prestação jurisdicional colocando o julgador, para cumprir sua atividade, entre as partes e acima delas, sobretudo com o advento do CPC/15 que afirma o princípio da cooperação.

No entanto, cumpre destacar que imparcialidade não é sinônimo de neutralidade, devendo o juiz atuar ativamente sem interesses pessoais e não apenas como mero espectador do processo. O juiz deve exercer sua função como uma figura ativa que busca a melhor solução para o conflito, pois não é de interesse da coletividade um julgador receoso.

Nesse ponto, o princípio da imparcialidade vem como forma de melhor prestação jurisdicional e de inserção do magistrado como parte isenta do processo,

---

<sup>24</sup> **Art. 95.** Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. **Parágrafo único.** Aos juízes é vedado: I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III - dedicar-se a atividade político-partidária; IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 15 de nov. 2017.

<sup>25</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil I**, 5ª ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2005, p. 229-220 *apud* SANTOS, Maria Luiza Faria. **Os poderes instrutórios do juiz e sua harmonização com os princípios da imparcialidade e da igualdade processual**, Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Maria%20Luiza%20Faria%20Santos%20-%20OS%20PODERES%20INSTRUT%20E%20HARMONIZA%20COM%20OS%20PRINC%20E%20DA%20IGUALDADE%20PROCESSUAL.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

coordenando com a distribuição dinâmica do ônus da prova, devendo utilizar-se de sua posição e dos poderes instrutórios conferidos pela lei para, verificados os requisitos, distribuir o encargo probatório de forma a contribuir para a solução do conflito<sup>26</sup>.

Com a previsão do parágrafo primeiro, do artigo 373, que estende a distribuição dinâmica do ônus da prova às hipóteses gerais, cabe ao magistrado decidir fundamentadamente, de ofício ou a requerimento das partes, dinamizar o encargo probatório.

Como apontado, o objetivo da produção probatória é o convencimento do julgador, e, diante das peculiaridades e necessidades, tendo em vista o princípio da imparcialidade e os poderes atribuídos pela legislação, o magistrado não pode ser inerte ou neutro, na medida em que, ao não determinar a distribuição probatória necessária à solução de questões de fato e de direito que se põem no processo, se torna alheio a sua função jurisdicional.

Portanto, no sistema do Novo Código de Processo Civil, o juiz deverá identificar qual litigante tem maior facilidade em produzir determinada prova, tendo um papel mais ativo no processamento da causa, mas nem por isso ferindo o princípio da imparcialidade. Pelo contrário, nesse sentido o juiz age como parte integrante do processo, com dever de cooperação para dirimir o conflito de modo eficiente e efetivo.

O princípio da isonomia encontra-se previsto na Constituição Federal no *caput* do art. 5º<sup>27</sup>, sendo destacado ainda em outros artigos, como no art. 3º, III<sup>28</sup>, art. 5º, I<sup>29</sup>, art. 150, II<sup>30</sup> e art. 226, § 5º<sup>31</sup>, tamanha a importância que lhe é atribuída.

---

<sup>26</sup> THEODORO JÚNIOR Humberto. **Prova – princípio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações reativas à paternidade (dna)**, Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3 do IBDFAM, Síntese Editora, p. 05-23. Out/Dez. 1999.

<sup>27</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil 1988.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm). Acesso em: 14 de nov. 2017.

<sup>28</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil 1988.**

<sup>29</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em

Ademais, a redação do art. 139, inciso I, do CPC/15<sup>32</sup>, inclui entre os deveres do juiz a prática e a preservação da igualdade entre as partes, não bastando apenas agir com igualdade, mas buscando amenizar ou acabar com as desigualdades existentes<sup>33</sup>.

Neste cenário observa-se o princípio da isonomia, o qual vai além da igualdade formal que objetiva pura e simplesmente abolir privilégios, buscando a igualdade material ao tratar iguais de forma igual e desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades, como ressalta Cassio Scarpinella Bueno<sup>34</sup>.

Neutralizar desigualdades significa promover a igualdade substancial, que nem sempre coincide com uma formal igualdade de tratamento porque esta pode ser, quando ocorrentes essas fraquezas, fontes de terríveis desigualdades. A tarefa de preservar a isonomia consiste, portanto, nesse tratamento desigual que formalmente desiguala.

A partir disso, relacionando-se à produção probatória, o princípio da igualdade material permite que as partes possam ter paridade de armas no processo e evita que custos e dificuldades técnicas impliquem prejuízo para a mais vulnerável mesmo que a ela assista o direito.

Desse modo, para uma acertada prestação jurisdicional exige-se a observância da isonomia material ou substancial, concedendo-se tratamento diferenciado aos que se encontram em situações distintas.

Logo, atividade do juiz, no que tange à distribuição do ônus probatório, ainda que de ofício, não viola o princípio da isonomia, mas serve de instrumento para sua efetivação e pela busca da verdade das alegações. Para o magistrado, a aplicação

---

direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil 1988.**

<sup>30</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil 1988.**

<sup>31</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil 1988.**

<sup>32</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento. **Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.105/2015.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 10 nov. 2017.

<sup>33</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, v. 1, 17 ed. Salvador, Editora Jus Podivum, 2015. P. 98

<sup>34</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, v. 1. 2ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 2008. P. 227-228.

do princípio da isonomia substancial permite que, apreciando a lide e as possibilidades legislativas, haja uma diminuição das desigualdades por ventura existentes entre as partes, propiciando uma decisão mais justa.

#### 4 REDISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO

Nesse ponto, superada a análise da relevância dos princípios constitucionais na atividade probatória, passa-se a discorrer quanto ao momento da dinamização do *ônus probandi*.

Destaca-se, aqui, a necessidade de decisão judicial fundamentada para que a distribuição dinâmica do ônus da prova ocorra, com a observância dos pressupostos do parágrafo primeiro do art. 373, do CPC/2015<sup>35</sup>, sendo esta uma regra de procedimento autorizada pela norma jurídica que busca, com a atividade imparcial do juízo, proporcionar às partes maior igualdade no âmbito do processo<sup>36</sup>.

Importante ressaltar, também, que a dinamização do ônus da prova, embora podendo ser determinada de ofício, não pode se revelar como forma de arbitrariedade ou pré-julgamento, pois, como ensina Leonardo Greco<sup>37</sup>:

O importante é que as regras sobre o ônus da prova não sejam manipuladas para tornar impossível a prova dos fatos, mas ao contrário, para tornar efetivo o direito de cada uma das partes de que sejam produzidas todas as provas que possam lhe interessar. Se nenhuma das partes tem facilidade de acesso à prova, a inversão pode representar a escolha ideológica do perdedor, o que compromete irremediavelmente a imparcialidade do juiz.

A redação do art. 373, parágrafo primeiro, do CPC/2015, quanto ao momento da aplicação da redistribuição do ônus da prova, destaca que ela deve ser feita por

---

<sup>35</sup> Art. 373. § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. **Código de Processo Civil de 2015, Lei 13.105/2015**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 10 nov. 2017.

<sup>36</sup> CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, parágrafo 1º e 2º do NCPC**, in DIDIER JUNIOR, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Selecionada**, v. 3, 2ª ed. Editora JusPodivm. 2016. P. 544.

<sup>37</sup> GRECO, Leonardo. **As provas no processo ambiental**. Revista de Processo, v. 128, p. 40 – 58. Out. 2005.

decisão judicial fundamentada, com a concessão de oportunidade à parte para quem é dirigido o ônus a fim de que possa se desincumbir dele. De acordo com a interpretação do STJ <sup>38</sup>, trata-se do saneamento e organização do processo a fase ideal para redistribuição do ônus da prova. Nas palavras de Suzana Santi Cremasco <sup>39</sup>.

Momento adequado para a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é, pois, o início da fase instrutória, no despacho saneador, quando o juiz fixar os pontos controvertidos e determinar as provas que serão produzidas, deverá dizer também qual delas ficará a cargo de cada litigante.

E ainda, na visão de Eduardo Cambi <sup>40</sup>:

A preocupação com a colaboração e com o dialogo processuais deve estar presente durante todo o processo não devendo ser utilizada, pelo magistrado, somente na fase decisória (CPC/73 arts. 130 3 263; NCPC, 367 e 312). Quer com isso evitar decisões surpresas, que contrariam as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, forçando com que o juiz se preocupe com a distribuição da carga probatória a partir da defesa do demandado. Logo, a organização da atividade probatória (quais são os fatos controvertidos, a quem cabe demonstrar tais fatos e quais os meios probatórios serão utilizados) deve ser realizada na audiência preliminar (CPC/73 arts. 331 e Cód. Mod. Art. 11) ou, nos termos do Novo Código de Processo Civil, em decisão ordinatória (saneadora), anterior à fase instrutória (NCPC, art. 35, inc. III).

A orientação também é legal, pois, embora o artigo 373 não especifique o momento da redistribuição, ela deve ser feita seguindo o disposto no artigo 357, III <sup>41</sup> do CPC/15, permitindo-se à parte a qual se destina, se desincumbir do ônus

<sup>38</sup> "Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). (...) VI. A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas". STJ, Segunda Seção, REsp 802.832, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJ de 21/9/2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inversao-onus-prova-cdc-2011.pdf>. Acesso em 12 nov. 2017.

<sup>39</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. 1ª ed. GZ Editora. Rio de Janeiro, 2009, p. 91, *apud* LIMA VAZ, Carlos Augusto. **O Princípio da Igualdade e a nova distribuição do ônus da prova no direito brasileiro**, Revista Ética e Filosofia Política, nº 15, v. 2, dez. 2012.

<sup>40</sup> CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, parágrafo 1º e 2º do NCPC**, in DIDIER JUNIOR, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Selecionada**, v. 3, 2ª ed. Editora Juspodivum. 2016. P. 547

<sup>41</sup> Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373. **Código de Processo Civil de 2015**, Lei 13.105/2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 10 nov. 2017.

atribuído a ela, e, desse modo, afasta-se a possibilidade de que se dê em sentença em franca violação ao devido processo legal. Nas palavras de Fredie Didier Jr <sup>42</sup>:

O processo cooperativo exige que a modificação do ônus da prova respeite a necessidade da prévia informação às partes dos novos encargos probatórios e permitir a atuação da parte para desincumbir-se do novo ônus a ela imposto.

A redistribuição do ônus da prova no saneamento e organização do processo evita surpresas aos litigantes e não dá margens ao cerceamento de defesa, que por consequência poderia levar à anulação do processo, quando o objetivo é viabilizar a melhor forma de compor o conjunto probatório processual.

Como a regra geral continua sendo a do ônus previamente definido, a mudança processual, quando o magistrado entende adequada a redistribuição do ônus probatório, deve ocorrer com uma decisão comunicada às partes de modo a não violar o contraditório e a ampla defesa, estabelecendo um diálogo com os sujeitos processuais a fim de minimizar as diferenças e desigualdades existentes.

A utilização da distribuição dinâmica do ônus da prova como uma das formas de promover a isonomia processual passa por todos os critérios de uma decisão imparcial de um magistrado interessado no processo, e por todos os princípios constitucionais atinentes. Além disso, a redistribuição, sendo proferida na decisão de saneamento e organização, impulsiona a contínua colaboração dos sujeitos processuais.

Dessa forma, não há como afastar a ideia de distribuição dinâmica do ônus da prova da ideia de processo cooperativo. Nas palavras de Artur Carpes <sup>43</sup>:

Os deveres de cooperação e técnica da dinamização situam-se, por assim dizer, em uma via de duas mãos: enquanto a dinamização do ônus prestigia os deveres de cooperação, estes servem de fundamento, justamente, para a utilização da técnica da dinamização.

---

<sup>42</sup> DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula, OLIVEIRA, Rafael, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, v. 2. 10 ed. Editora Jus Podivm. Salvador, 2015. P. 125.

<sup>43</sup> CARPES, Artur. **Ônus dinâmico das provas**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010, p. 65, *apud* SILVEIRA Bruna Braga. **Notas Sobre a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova**. Revista de Direito Privado. Volume 52, p. 263 – 282, Out/Dez. 2012.

Isoladamente, os litigantes e o juiz podem enfrentar dificuldades em chegar ao melhor resultado do processo, devendo, por isso, construí-lo juntos, pela máxima da cooperação.

De tal modo, com os deveres processuais estendidos ao magistrado, recairão sobre ele obrigações de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio, para que desempenhe sua função na busca de minimizar as desigualdades sem comprometer a imparcialidade, uma vez que tais deveres têm por objetivo encontrar a justiça e não favorecer qualquer das partes.

Na visão de Paula Costa e Silva, a cooperação não tem uma conotação de parcialidade, na medida em que vem associada ao caráter social do processo e ao princípio da igualdade substancial das partes e, dessa forma, através do diálogo com os sujeitos processuais o tribunal teria a possibilidade de minimizar as diferenças extraprocessuais.<sup>44</sup>

Repita-se que a regra trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 é uma regra de procedimento, e sendo assim, a imparcialidade e atuação do juízo, ainda que este aja com intuito máximo de diminuir as desigualdades porventura existentes na lide, não é suficiente se os sujeitos envolvidos no processo não atuarem de modo colaborativo.

A ampliação da atuação do magistrado e a colaboração das partes devem estar sempre aliadas ao princípio da isonomia, sobretudo quando da aplicação do instituto da redistribuição do ônus da prova, sendo imprescindível a noção de direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que engloba os direitos fundamentais à igualdade substancial e à prova.

---

<sup>44</sup> COSTA E SILVA, Paula. **Acto e processo - O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. Coimbra. Ed. Coimbra, 2003. p. 600 *apud* SANTOS, Igor Raatz. **Processo, Igualdade e Colaboração – Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil**, Revista de Processo, v. 192, p. 47-80. Fev. 2011.

## 5 CONCLUSÃO

A distribuição dinâmica do ônus da prova mostra-se, em um contexto de processo civil constitucional, como um importante mecanismo para a solução justa dos litígios.

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como o uso pelo atual diploma da teoria da carga dinâmica de distribuição da prova trouxe uma estrutura apropriada para viabilizar uma tutela jurisdicional mais eficaz e justa, tendo como base os princípios constitucionais, sobretudo o princípio da isonomia processual, e possibilitando o acesso efetivo à justiça por qualquer parte que venha a litigar.

Atento às limitações do modelo estático o legislador trouxe, com a redação do art. 373, parágrafo primeiro, mais uma forma de efetivar os princípios e garantias constitucionais, deixando clara a necessidade de uma atividade imparcial do juízo no sentido de redistribuir o ônus da prova e a importância da colaboração de autor e réu no sentido de mostrarem atitudes cooperativas para o equilíbrio do processo na busca da igualdade material.

Dada à importância do assunto, torna-se necessário que os operadores do direito entendam a nova realidade do processo civil para o qual o CPC/15 foi concebido. Outrossim, seja através da gestão do magistrado ou da participação ativa das partes, o processo civil brasileiro deve buscar decisões justas mediante um processo eficaz e preocupado com a solução da lide.

Conclui-se que a norma processual, se aplicada consoante os princípios constitucionais e a participação ativa dos sujeitos parciais do processo, aparece como eficaz mecanismo para obtenção da igualdade substancial que deve ser incessantemente buscada por representar o verdadeiro significado do justo ao desigualar os desiguais. Sem a prova dos fatos alegados não se alcança o convencimento do magistrado, daí a possibilidade de flexibilização do ônus probatório como forma de alcance do justo.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Danilo Moura de. **A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-

4862, Teresina, ano 12, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10264>>. Acesso em: 14 out. 2017.

ARAÚJO, Arthur Régis Frota Carneiro. **O ônus da prova e sua distribuição no processo civil brasileiro e as perspectivas do novo Código de Processo Civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 14 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55050&seo=1>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, v. 1. 2ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo, 2008.

CAMBI, Eduardo. **Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do artigo 373, parágrafo 1º e 2º do NCPD**, in DIDIER JUNIOR, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Seleccionada**, v. 3, 2ª ed. Editora Juspodivum. 2016.

**Código de Processo Civil de 2015**, Lei 13.105/2015, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 10 nov. 2017.

**Código de Defesa do Consumidor**, Lei 8.078/1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm). Acesso em: 10 nov. 2017.

**Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 14 de nov. 2017.

COUTINHO, André Pimentel. **Ônus da prova: uma análise acerca do instituto e sua previsão no art. 373 do novo Código de Processo Civil**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 01 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54476&seo=1>>. Acesso em: 23 out. 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**, v. 1, 17 ed. Salvador, Editora JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula, OLIVEIRA, Rafael, **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, v. 2. 10 ed. Editora JusPodivm. Salvador, 2015.

**Exposição de motivos, Código de Processo Civil 2015** (Lei 13.105/2015), Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>. Acesso em: 10 nov. 2017.

GRECO, Leonardo. **As provas no processo ambiental**. Revista de Processo, v. 128, p. 40 – 58. Out. 2005.

GUERRA JÚNIOR, Sylvio. **Princípios atinentes às provas no juízo cível**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 13 set. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.21036&seo=1>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

LIMA VAZ, Carlos Augusto. **O Princípio da Igualdade e a nova distribuição do ônus da prova no direito brasileiro**, Revista Ética e Filosofia Política, nº 15, v. 2, dez. 2012.

MACÊDO, Lucas Buril e PEIXOTO, Ravi. **O CPC/2015 e a Dinamização do Ônus da Prova**, in DIDIER, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Seleccionada**, v. 3, 2ª ed. Editora JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa, **A inversão do ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor como Técnica de Distribuição Dinâmica da Carga Probatória**, Revista Dialética de Direito Processual, n. 75, jun. 2009, p. 105 – 113, São Paulo, 2009.

PALMITESTA, Mariana Avarechia. **Análise Crítica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**, Dissertação de Mestrado – Curso de Direito, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11042016-130422/en.php>. Acesso em: 14 out. 2017.

RODRIGUES, Daniel, **Reflexões sobre a distribuição dinâmica do ônus probatório**, in DIDIER JUNIOR, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Seleccionada**, v. 3, 2ª ed. Editora Juspodivum, 2016.

SANTOS, Igor Raatz. **Processo, Igualdade e Colaboração – Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil**, Revista de Processo, v. 192, p. 47-80. Fev. 2011.

SANTOS, Maria Luiza Faria. **Os poderes instrutórios do juiz e sua harmonização com os princípios da imparcialidade e da igualdade processual**, Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Maria%20Luiza%20Faria%20Santos%20-%20OS%20PODERES%20INSTRUT%3%93RIOS%20DO%20JUIZ%20E%20SUA%20HARMONIZA%3%87%C3%83O%20COM%20OS%20PRINC%3%8DPIOS%20DA%20IMPARCIALIDADE%20E%20DA%20IGUALDADE%20PROCESSUAL.pdf>. Acesso em: 14 out. 2017.

SILVEIRA Bruna Braga. **Notas Sobre a Teoria Dinâmica do Ônus da Prova**. Revista de Direito Privado. Volume 52, p. 263 – 282, Out/Dez. 2012.

**Superior Tribunal de Justiça** - STJ, Segunda Seção, REsp 802.832, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJ de 21/9/2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inversao-onus-prova-cdc-2011.pdf>. Acesso em 12 nov. 2017.

THEODORO JÚNIOR Humberto. **Prova – principio da verdade real – poderes do juiz – ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações reativas à paternidade (dna)**, Revista Brasileira de Direito de Família, nº 3 do IBDFAM, Síntese Editora, p. 05/23. Out/Dez. 1999.

YOSHIKAWA, Eduardo. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**, in DIDIER JUNIOR, Fredie, MACÊDO, Lucas, PEIXOTO Ravi, FREIRE, Alexandre, **Novo CPC Doutrina Seleccionada**, v. 3, 2ª ed. Editora Juspodivum, 2016.