



O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U., Forense Universitária e Atlas, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.

Ào querido amigo Rodolfo,  
como lembrança de tantas aulas juntas  
Amizades 7/10/15

## O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### Questões controversas

Ào amigo  
AMIGOS RODOLFO,  
COM A ESPERANÇA  
E AS MEMÓRIAS  
DO FAVOR SICA  
7/10/15

- Ada Pellegrini Grinover
- Antonio Carlos Marcato
- Benedito Cerezo Pereira Filho
- Camilo Zufelato
- Carlos Alberto Carmona
- Carlos Alberto de Salles
- Fabio Guidi Tabosa Pessoa
- Fernando da Fonseca Gajardoni
- Flávio Luiz Yarshell
- Giovanni Bonato
- Heitor Vitor Mendonça Sica
- José Carlos Baptista Puoli
- José Roberto dos Santos Bedaque
- José Rogério Cruz e Tucci
- Marcelo José Magalhães Bonizzi
- Paulo Eduardo Alves da Silva
- Paulo Henrique dos Santos Lucon
- Ricardo de Barros Leonel
- Rodolfo de Camargo Mancuso
- Susana Henriques da Costa

Ào estimado amigo  
Rodolfo com  
estime e admiração  
regra do  
Fabrício Tabosa

Ào admirado  
Rodolfo, com  
votos que sigam  
esta trajetória  
à frente  
prof. cívico em  
D. Processual  
7/10/15  
Fabrício



necessário investigar se a antecipação de tutela recursal é apta à “estabilização”, nos termos do art. 304. A favor da resposta negativa, pode-se afirmar que seria passível de estabilização apenas a “tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303” (isto é, por meio de procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e autônomo e concedida pelo juízo de 1º grau). A favor da resposta positiva, tem-se a falta de proibição expressa e o fato de que o art. 304 condiciona a estabilização à falta de interposição do “respectivo recurso”, sem se limitar ao agravo de instrumento (art. 1.015, I), o que poderia permitir contemplar o agravo interno (art. 1.037).

#### 14 Prazo para julgamento do agravo de instrumento

O prazo previsto nesse dispositivo pode ser excedido, por igual período, havendo “motivo justificado” (art. 227). Após o transcurso dessa prorrogação, três consequências podem ser cogitadas: (a) responsabilização civil do relator, por meio de ação própria, quanto aos prejuízos causados pela parte em razão do descumprimento do dever de “velar pela duração razoável do processo” (art. 139, II) a qual, contudo, fica afastada sempre se comprovar “justo motivo” (art. 143, II); (b) responsabilização administrativa do relator, por meio de representação movida por qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública perante o corregedor do tribunal ou o Conselho Nacional de Justiça (art.235); (c) remessa dos autos ao substituto legal para prática do ato em dez dias, por força de decisão do corregedor do Tribunal ou do relator no Conselho Nacional de Justiça nos autos da mesma representação referida no art. 235. De todo modo, convém lembrar que o cumprimento das providências indicadas neste artigo sujeita-se igualmente ao respeito à ordem cronológica nos processos, nos termos e condições do art. 12.

## O ÔNUS DA PROVA E SUA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

José Carlos Baptista Puoli<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2 O ônus da prova; 3 A regra geral do sistema do NCPC: distribuição estática e prévia do ônus da prova; 4 A regra, excepcionalíssima, da distribuição dinâmica do ônus da prova; 5 O momento das “decisões” a respeito de ônus; 6 Os recursos em face das decisões aplicando normas de distribuição do ônus da prova; 7 Distribuição dinâmica e preclusão; 8 Conclusão; Referências.

### 1 Introdução

Com o recente advento do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, e estando em curso o período da “*vacatio legis*”,<sup>2</sup> cabe à doutrina analisar tal importante e recente texto e auxiliar a Comunidade Jurídica quanto à compreensão do Novo Código, em especial quando ali se tem inovações em relação ao que preceituava o CPC de 1973. Com este objetivo, o presente artigo é dedicado ao estudo da disciplina que o NCPC dá ao ônus da prova e à possibilidade de este ônus ser distribuído de forma dinâmica. Trata-se de tema muito relevante, eis que o desfecho do processo pode ser influenciado de maneira efetiva pela distribuição que seja feita, pela lei ou pelo juiz,

<sup>1</sup> Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado.

<sup>2</sup> Nos termos do art. 1.045 do NCPC: “Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.”

do ônus de provar. Por ser assim, o estudo do tema partirá da análise da regra “geral” que se mantém, com a escolha legislativa por descrever previamente a quem caberá o ônus de provar no tocante aos fatos que sejam relevantes para o julgamento e que tenham restado controvertidos no contexto da demanda. Em seguida, serão verificadas as condições estipuladas pelo legislador para que, em situações excepcionálistimas, se possa realizar a distribuição dinâmica. De outro lado, registre-se que o presente artigo não irá analisar a possibilidade preconizada pelos §§ 3º e 4º do art. 373 do NCPC, onde se trata da eventual convenção, entre as partes, a respeito do ônus de provar. Este “recorte” se faz, na medida em que, aqui, não se tem propriamente uma novidade, sendo, todavia, o caso de mencionar, apenas, ser esta mais uma situação em que o legislador do NCPC tenta estimular as partes quanto à realização de convenção em matéria processual. Tal tentativa é, no âmbito do ônus de provar, uma renovação da regra similar que constou do CPC em vias de perder vigor, mas que lá não alcançou relevante utilização prática. Fica, de todo modo, a referência a tal possibilidade, bem como a menção a que este artigo não se destina a tratar deste tópico específico.

Feitas estas considerações, e ainda à guisa de introdução, cumpre desde logo mencionar que no presente estudo se procurará também fazer o devido e necessário realce ao princípio da segurança jurídica, eis que, se é certo que o processo visa obter resultados justos, não é menos certo afirmar que continua atual e necessária a compreensão do fenômeno processual como sendo um conjunto de garantias que visa proteger as partes contra o arbítrio do Estado, em quaisquer das formas de realização do poder, incluído aqui o exercício de poder pela via jurisdicional. Fala-se disto já nesta introdução, eis que o tema da distribuição dinâmica da prova tem sido nos últimos anos tratado com frequência pela doutrina, como se o mesmo pudesse representar imprescindível via para a realização do acesso à ordem jurídica justa. Contudo, e como será exposto neste texto, a banalização de seu uso será descabida e mesmo inconstitucional, por impedir que as partes possam previamente ter noção precisa e, portanto, previsibilidade a respeito da consequência de suas condutas ao longo da demanda. Diga-se, ainda, que o Novo Código de Processo Civil também busca estimular que na sociedade haja uma litigância responsável, de forma que não é lícito, nem razoável, estimular que os sujeitos recorram ao Judiciário sem quaisquer condições de provar suas alegações, na esperança de obter melhor sorte mediante uma dinâmica alteração que se faça, no curso do processo, do ônus de provar. Enfim, estes os parâmetros que se pretendem desenvolver no presente artigo que, mesmo sem a pretensão de esgotar o tema, busca suscitar o debate a respeito do ônus da prova no NCPC, tentando contribuir para a compreensão das regras recém editadas a respeito de tal instituto pelo legislador.

## 2 O ônus da prova

Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco, “o processo também, como complexa ligação jurídica entre os sujeitos que nele desenvolvem atividade, é em si mesmo

uma relação jurídica (relação jurídica processual), a qual, vista em seu conjunto apresenta-se composta de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas de cada um de seus sujeitos: poderes, faculdades, deveres, sujeição, ônus”.<sup>3</sup> Dentre tais posições jurídicas ganha, no âmbito do processo civil, especial relevância a noção de ônus. É que, ao resolver conflitos não relacionados à aplicabilidade de sanções penais, o processo civil faz uma divisão de trabalho entre os sujeitos que participam da relação processual destinando, em larga medida, aos próprios interessados (os sujeitos parciais, basicamente autor e réu) as iniciativas de realização das condutas que se façam necessárias à busca pelo êxito em seus respectivos objetivos no processo. Tal objetivo, para o autor, centra-se na obtenção, no processo de conhecimento, de uma sentença de procedência que julgue o mérito de seu pedido e defina ter ele, autor, o direito a obter de bem da vida almejado. De seu lado, o réu tem por objetivo convencer o juiz de que o pedido do autor não deve ser acolhido, seja por deficiências na relação processual (que levem a um “encerramento” do processo sem julgamento do mérito), seja com a obtenção de uma sentença de improcedência, que reconheça ser do réu o direito de permanecer com o bem objeto do pedido.

Pois bem, na divisão de trabalho acima referida, os ônus processuais ganham especial destaque eis que, como define Dinamarco (com menção à doutrina de Goldschmidt), ônus é “um imperativo do próprio interesse”, em referência que se completa em seguida, quando Dinamarco menciona que “os ônus não são impostos para o bem de outro sujeito, senão do próprio sujeito ao qual se dirigem”.<sup>4</sup> Enfim, os sujeitos parciais têm de realizar determinadas condutas no processo se desejam continuar tendo chance de obter seus respectivos objetivos (acima mencionados). Por isso, oportuna a ideia de ônus como sendo um encargo, um peso, no sentido de uma conduta que tem de ser realizada sob pena de, por conta de sua omissão, o sujeito perder a possibilidade de alcançar determinado resultado positivo. Não se trata de dever, nem de obrigação, eis que “o não desempenho” do ônus não gera aplicação de sanção. Nesta esteira, Luiz Eduardo Boaventura Pacífico menciona que “no ônus, o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma” e, complementando seu raciocínio de forma simples e didática, Pacífico esclarece que “o não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada”.<sup>5</sup>

Importante destacar esta característica do ônus, qual seja a da liberdade. É que, como se verá mais abaixo, parece estar havendo hoje em dia uma tentativa de desfigurar o ônus aproximando-o do dever. Isto, s.m.j., é indesejado e tende a realizar um tipo de processo civil autoritário que não se coaduna com o devido processo legal. Independentemente disto, importante mencionar que os dois principais ônus a serem desempenhados pelos sujeitos parciais do processo civil dizem respeito ao ônus de afirmar

<sup>3</sup> CINTRA, A. C., GRINOVER, A. P., DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 302-303.

<sup>4</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 209.

<sup>5</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40-42. em especial p. 41.

e ao ônus de provar. Quanto ao ônus de afirmar, decorre ele da circunstância de, em nosso sistema, o juiz desconhecer os fatos e não ter, em regra, o poder de iniciativa para fazer com que o fenômeno processual possa ser gerado. Por isso, cumpre ao interessado a missão de ajuizar uma petição inicial para, assim, tirar o juiz da “inércia”, descrevendo os fatos que teriam existido na vida e que seriam constitutivos do direito que ele, autor, crê ter para alcançar um bem da vida não obtido amigavelmente. De seu lado, o réu, querendo, também tem de invocar fatos que lhe sejam benéficos por serem impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor.

Mas não basta alegar, eis que, se os fatos afirmados forem relevantes e restarem controvertidos, haverá a necessidade de ser feita, pelo interessado, a prova da existência de tais eventos. Chega-se, assim, ao ônus da prova que, na formulação didática e simples de Dinamarco, corresponde ao “encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse”.<sup>6</sup> Dito isso, fundamental destacar, quanto ao ônus da prova, que tal instituto é portador de um ideal mais amplo qual seja a regra do interesse, de forma que, pensar em ônus, nos termos do acima mencionado, implica em endereçar ao interessado na comprovação de determinado fato o encargo de provar a existência de tal evento. Isso posto, passa-se a tratar da regra geral que, por expressa e nítida escolha do legislador, foi mantida em nosso sistema processual civil.

### 3 A regra geral do sistema do NCCPC: distribuição estática e prévia do ônus da prova

Como visto na parte final do item anterior, a ideia de ônus da prova está intrinsecamente ligada à noção de interesse, de forma que, ressalvadas poucas, mas muito poucas mesmo, situações em que o valor justiça exige, e condições especialíssimas do caso tornem necessária distribuição diferenciada (e dinâmica) do ônus, certo é que nosso legislador manteve, expressa, correta e conscientemente a regra geral de que, no processo civil, o encargo de provar incumbe ao interessado na demonstração de um dado fato. E o legislador não parou aí. Com efeito, e a exemplo que já constava de nossa lei, o *caput* do art. 373 do NCCPC esclarece que o “ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Ou seja, reiterando fórmula clara e objetiva, realiza o legislador divisão do ônus que varia conforme for o tipo de fato objeto do encargo.

Neste sentido, por estar o autor desejando obter sentença que altere a realidade dos fatos e que importe numa “agressão” à esfera de direitos do réu tem ele, autor, de demonstrar o fato que fundamenta esta pretensão. Trocando em miúdos o maior interessado na demonstração do fato que evidencie não ter o réu direito a continuar mantendo consigo o bem da vida tem, a ele destinado, o “peso” da necessidade de

<sup>6</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., v. III, p. 70.

demonstrar que assim é. Calha dizer que tal destinação é razoável e mesmo necessária, eis que seria de todo inconveniente permitir que quem “acusa” como “irregular/indevida” uma situação não tenha de demonstrar minimamente a substância de sua afirmativa. Pensar o contrário seria abrir, ainda mais, as portas do Judiciário para um demandismo que tem sido verificado em nosso país num patamar, aparentemente, além do razoável.<sup>7</sup> Em outros termos, aquele que busca o Judiciário deve fazer uma análise criteriosa a respeito do caso e do pedido a formular antes de ingressar com a demanda, eis que em regra a ele, autor da ação, incumbirá a prova do fato constitutivo de seu direito. Por sua vez, ao réu que invocar, em defesa indireta de mérito,<sup>8</sup> fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, será destinado o ônus respectivo. Novamente razoável e mesmo necessário tal endereçamento, posto que, justamente por ser o processo um instrumento ético<sup>9</sup> e não apenas técnico de solução de conflitos, o “invocar” deste tipo de fato deve vir acompanhado de uma substância mínima, gerando a noção de que quem os invoca somente deve fazê-lo na medida em que tenha condições, mínimas, reiterar-se, de demonstrar, enfim, provar a alegação. Em sentido similar ao que se defende neste texto, Dinamarco, ao comentar a regra do art. 333 do CPC de 73, ensina que “essa fórmula coloca adequadamente o tema do *onus probandi* no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter vitória. O princípio do interesse é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no art. 333 do CPC”.<sup>10</sup>

Neste diapasão, cabe referir que a doutrina tem denominado como sendo esta a faceta subjetiva do ônus da prova. Esta característica decorre, pois, da prévia e legal distribuição do ônus da prova, como elemento que induz o comportamento das partes que, por conhecerem esta regra prévia de distribuição do ônus, escolhem e realizam suas condutas na relação processual sabedoras dessa circunstância, antevendo quem, aos olhos da lei, tem o encargo em relação a cada fato, bastando classificá-lo como sendo constitutivo, modificativo, extintivo e/ou impeditivo para saber do endereçamento do ônus respectivo. Neste sentido, Flávio Yarshell comenta que “quanto às partes [...] sua avaliação de chances e riscos em um dado processo – futuro ou mesmo em curso

<sup>7</sup> Entre outros doutrinadores que têm se dedicado ao tema, Rodolfo de Camargo Mancuso denuncia estarmos vivendo um período de “cultura demandista” e, com acerto, comenta que esta “representa um falacioso exercício de cidadania, na medida em que promove o afastamento entre as partes, acirra os desentendimento, e estende o conflito a um ponto futuro indefinido, esgarçando o tecido social e sobrecarregando a justiça estatal de controvérsias” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 59-60).

<sup>8</sup> A respeito do que caracteriza a defesa indireta de mérito, Dinamarco ensina que “o réu faz uma defesa substancial indireta quando opõe à pretensão do autor a alegação de um fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito que este alega ter. Esses fatos atuam negativamente sobre o direito, cada um deles a seu modo, todos comprometem a eficácia do fato constitutivo alegado pelo autor – sendo todos eles, portanto dotados de eficácia favorável ao réu” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., v. III, p. 485).

<sup>9</sup> A respeito do processo como instrumento ético e não apenas técnico de solução de conflitos, v. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 18 e ss.

<sup>10</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Op. cit., v. III, p. 72.

– é influenciada, de forma relevante, pela prova de que disponham ou de que necessitem dispor – sendo estas determinadas justamente em função do ônus que tenham para si atribuído”.<sup>11</sup>

Daí depreende-se que esta divisão prévia e legalmente realizada, além de enaltecer o valor liberdade (como antes já mencionado) também prestigia a segurança jurídica. Diz-se isso na medida em que, para ter segurança jurídica, há de se dar condições para que os sujeitos possam prever o resultado de suas condutas. E mais, a previsibilidade apenas é valiosa na medida em que haja algum grau de estabilidade, posto que se for lícito alterar com facilidade as condições que permitiram o prognóstico não haverá segurança, nem jurídica, nem de qualquer outra natureza. Daí ter razão Flávio Yarshell quando menciona que “parece mais coerente com as prerrogativas enfeixadas pela garantia do devido processo legal, e sem qualquer receio de retrocesso em relação às conquistas do direito processual contemporâneo, o entendimento segundo o qual as normas sobre o ônus da prova devem ser determinadas de antemão e independentemente da situação processual concreta, acentuando-se que a distribuição do ônus da prova pela lei é fator de segurança jurídica”.<sup>12</sup> À mesma conclusão chega Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa quando afirma que “a definição prévia da distribuição do ônus probatório é uma exigência do princípio da segurança jurídica que, como muitos reconhecem é inerente ao Estado Democrático de Direito [...], que impõe seja garantida uma dose razoável de previsibilidade na aplicação das regras jurídicas”.<sup>13</sup> E nem se diga que na busca por Justiça se possa descuidar da necessidade de dar à sociedade dose razoável de segurança jurídica, eis que, como chama a atenção Humberto Ávila, é preciso notar “o peso distinto do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro [...] ele possui elevado peso quando em confronto com outros princípios constitucionais, graças à sua hierarquia e ao seu imbricamento sistemático com outros princípios que lhe dão suporte”. E prossegue Ávila comentando que “o balanceamento do princípio da segurança jurídica com outro princípio [...] para lançar mão de uma metáfora, inicia-se com a balança inclinada em seu favor, só tendo a sua posição alterada se houver gravíssimas razões que justifiquem seu detrimento”.<sup>14</sup>

Ou seja, é razoável e plenamente lícito que os sujeitos, como autores ou réus de demandas, possam estabelecer uma estratégia de conduta que conte sim com esta regra do jogo, qual seja a prévia distribuição do ônus que é, reitere-se, a norma básica posta pelo legislador do NCPC para solução da generalidade de casos que sejam levados para apreciação perante o Judiciário. Importante asseverar que a legislação veda a litigância de má-fé, mas não fecha as portas para esta lícita e legítima programação de condutas no processo. Dizer o contrário, numa extrapolação de uma mal explicada ideia de colaboração que sirva como um suposto “dever”, ou mesmo um

<sup>11</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 66.

<sup>12</sup> Idem, p. 86.

<sup>13</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *RePro*, v. 205, 2012, p. 126.

<sup>14</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 419.

constrangimento, para a parte é querer impor um sistema de processo civil autoritário<sup>15</sup> que deturpa o caráter de liberdade inerente à ideia de ônus e, ainda, impõe maltrato à Constituição Federal que, s.m.j., repele a ideia de que, direta ou indiretamente, se tenha no processo civil instrumentos para exigir da parte que produza provas contra si e no interesse de outrem. Tal afirmação, que já poderia ser feita antes do advento do NCPC (como decorrência do devido processo legal), ganha agora maior relevo e nitidez, posto que o legislador de forma expressa passou a contemplar, também para o processo civil, o direito de não produzir prova contra si mesmo, nos termos do que consta do *caput* do art. 379 do NCPC. Comentando tal norma, Nelson Nery Jr. leciona que “não se pode exigir da parte, em processo contraditório, que faça afirmações que poderiam beneficiar a parte contrária e atuar em detrimento do declarante, vale dizer, não se pode exigir da parte que produza prova contra si mesma”.

Dito isso, cumpre passar a analisar a regra do § 1º do art. 373 do NCPC.

#### 4 A regra, excepcionalíssima, da distribuição dinâmica do ônus da prova

Visando contemplar casos excepcionalíssimos em que a regra geral da distribuição estática possa levar a situações de insuportável injustiça, o legislador brasileiro passou a contemplar, no § 1º do art. 373 do NCPC, a assim chamada teoria da carga dinâmica das provas. Sem mencionar este nome, mas fazendo referência ao raciocínio nela embutido, Moacyr Amaral Santos, em obra clássica, indica estudos de Jeremias Bentham que, já no ano de 1823, falava da necessidade de se destinar o ônus da prova “em cada caso, à parte que puder satisfazê-lo com menores inconvenientes”.<sup>16</sup> Nos tempos modernos tal ideia tem sido desenvolvida notadamente na Argentina, em especial na doutrina de Jorge Peyrano.<sup>17</sup> Como esclarece Eduardo Cambi, fala-se de carga dinâmica “posto que não está atrelada a pressupostos prévios e abstratos, desprezando regras estáticas, para considerar a dinâmica – fática axiológica e normativa – presente no caso concreto, a ser explorada pelos operadores jurídicos (intérpretes)”.<sup>18</sup> Neste sentido, o legislador do NCPC acolheu tal teoria nos termos do § 1º do art. 373, que

<sup>15</sup> No mesmo sentido do exposto no texto, Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa esclarece, com razão, que essa extrapolação da ideia de colaboração ou cooperação no processo tem “origem em uma visão artificial, autoritária e moralista do fenômeno processual e da razão de ser da jurisdição, por força da qual ônus e faculdades processuais [...] poderiam ser transmutados em deveres [...] com a quase criminalização do exercício do direito de defesa pela parte, que já não atuaria, no processo, em defesa do seu interesse individual, mas como *longa manus* do Estado” (YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. *Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova*. Op. cit., p. 133-134).

<sup>16</sup> AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970, v. I, p. 100.

<sup>17</sup> Com ampla notícia a respeito do desenvolvimento da teoria, na Argentina, vide, de Jorge Peyrano, o artigo *Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas* (PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. *RePro*, v. 217, p. 205 e ss., 2013).

<sup>18</sup> CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 342.

se encontra assim redigido: “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.”

Desde logo, necessário salientar que a própria técnica de redação legislativa adotada pelo NCPC evidencia ser excepcional a possibilidade de adoção, num caso concreto, da distribuição dinâmica do ônus da prova. Diz-se isso na medida em que, como já mencionado, a regra geral repousa no *caput* do art. 373, enquanto que a medida excepcional vem referida, e confinada, no § 1º que, confirmando a excepcionalidade, é expresso ao arrolar requisitos, sem os quais, a regra de exceção não pode ser aplicada. E tem mesmo de ser assim posto que, como Luiz Eduardo Boaventura Pacífico já alertava (em escrito anterior ao advento do NCPC), “a repartição dinâmica do ônus da prova consubstancia solução excepcional e subsidiária, que encontra espaço apenas e tão somente se as regras gerais de distribuição do *onus probandi* conduzirem o caso a um desfecho manifestamente injusto”.<sup>19</sup> Tal advertência mantém sua atualidade à vista dos termos em que redigido o Novo Diploma Processual. Sendo assim, cumpre passar a comentar os requisitos de verificação necessária e que condicionam a aplicação da norma em comento.

#### 4.1 Primeiro requisito “não” expressamente mencionado pela lei

O primeiro requisito que, salvo melhor juízo, tem de ser exigido para permitir que a regra do § 1º do art. 373 do NCPC possa ser aplicada, constitui elemento que não se encontra expressamente mencionado na norma legal, mas deflui da interpretação sistemática do texto NCPC e do que consta do próprio § 1º em comento. É que a norma pretende resolver situações de impossibilidade ou, para dizer o mínimo, de extrema dificuldade para produção da prova. Ora, a situação que assim se caracterize deve ser alegada por quem a sente. Em outras palavras, não cabe ao juiz, mesmo sem existir sequer pedido decorrente da suposta dificuldade, imiscuir-se no caso concreto e desde logo realizar uma distribuição dinâmica se nem mesmo o interessado na prova vislumbra a “dificuldade” de obtê-la. Vale lembrar que, como visto acima, o ônus da prova tem umbilical ligação com a regra do interesse, de forma que não se deve prescindir do pedido do interessado como condição para aplicar a norma de exceção. Neste sentido, e em artigo redigido ao tempo do CPC de 1973, Danilo Knijnik já teve oportunidade de mencionar que “o ônus dinâmico não pode ser aplicado para simplesmente compensar a inércia ou a inatividade do litigante inicialmente onerado, mas única e tão somente para evitar a formação da ‘probatio diabolica’”.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. Op. cit., p. 226.

<sup>20</sup> KNIJNIK, Danilo. As perigosíssimas doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da situação de senso comum como instrumentos par assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz;

Diga-se, ainda, em favor do acima referido que, em caso de ausência de prova que o juiz entenda fundamental para realizar seu convencimento no caso concreto, e antes de pensar em julgar com base em regra (estática ou dinamicamente estipulada) de ônus da prova, poderá o juiz exercer, caso entenda necessário para bem julgar, seus poderes instrutórios. Ademais, se a ideia é bem prover e julgar o mérito com base em entendimento firmado à vista da prova dos autos, lícito que o juiz determine, ainda que de ofício, prova a ser realizada, de forma a com isso obter fundamentos para realizar seu convencimento, deixando a possibilidade de julgar com base em regra de ônus como última possibilidade, eis que este tipo de julgamento sempre tem maior potencialidade para conduzir a injustiças do que aquele feito com base na prova feita, ainda que esta tenha sido realizada por determinação judicial.<sup>21</sup> Em resumo, necessário que haja solicitação pelo interessado que entenda estar na impossibilidade de realizar a prova, ou, quando necessário, exercício dos poderes instrutórios do juiz, sem se admitir, de todo modo, que o juiz realize distribuição dinâmica do ônus de provar sem pedido.

Por fim, e sendo, como visto acima, necessário o pedido da parte interessada na dinamização, certo é que tal requerimento deve ser formulado em momento anterior à decisão de saneamento. Assim é na medida em que, nos termos do art. 357, III do NCPC, será esta a ocasião oportuna para ser proferida decisão de eventual dinamização. Ressalte-se, tal requerimento não se vincula a um prazo expressamente previsto na lei, mas deve ser realizado antes da decisão de saneamento, sob pena de preclusão.

#### 4.2 Segundo requisito “não” expressamente mencionado

O segundo requisito que, mesmo não expresso no texto legal, tem de ser exigido como condição para que possa ser aplicada a distribuição dinâmica da prova constitui requisito que também deflui da interpretação sistemática do que do NCPC consta. Trata-se da necessidade de que, em nome da litigância responsável, não se aceite que a aplicação da norma em comento sirva para permitir que o autor de demanda judicial se sinta dispensado de apresentar alegações minimamente substanciais. É dizer, a exemplo do que foi exigido pelo Código de Defesa do Consumidor (quando da previsão da possibilidade de haver inversão do ônus da prova), há que se verificar se as alegações feitas, por quem pede a distribuição dinâmica, apresentam verossimilhança. Vale lembrar que, dentre os vários estágios que se vislumbram entre o estado de ignorância (sobre a verdade) e a certeza, passa-se pela verificação de situações

NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 947.

<sup>21</sup> Neste sentido, José Roberto Santos Bedaque, escrevendo ainda com base nas regras do CPC de 1973, leciona no sentido de que as regras de ônus de prova apenas podem ser levadas em conta no momento de decidir, sendo que “os princípios estabelecidos no art. 333 do CPC só devem ser aplicados depois que tudo for feito no sentido de se obter a prova dos fatos. E quando isto ocorrer, não importa a sua origem, isto é, quem a trouxe para os autos” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 120).

intermediárias, das quais, as mais comumente referidas, são a verossimilhança e a probabilidade. Não seria o caso de se exigir aqui probabilidade, eis que esta só se obtém com “prova” que, no caso, alegadamente seria de difícil obtenção. Mas solicitar do interessado a apresentação de alegações verossímeis é o mínimo para impedir que a possibilidade, teórica, da distribuição dinâmica do ônus da prova vire estímulo para que quaisquer demandas, mesmo que desprovidas de fundamento mínimo, sejam levadas ao Judiciário tentando-se que lá seja consertada tal falta com o pedido de dinamização do encargo probatório. A respeito da verossimilhança, Cândido Dinamarco afirma que esta se dá quando “na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência”.<sup>22</sup> Enfim, não há uma elevada exigência, mas a necessidade de cobrar do interessado uma demonstração básica da consistência de suas alegações, o que se faz necessário, repita-se, para evitar que a solução encontrada pelo legislador (para oferecer Justiça em casos excepcionais) não vire pretexto para que se admita tal ardid no bojo de demandas que sejam ajuizadas sem que haja um mínimo grau de razoabilidade a revestir as alegações e o pedido inicial.

#### 4.3 A impossibilidade, a excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório e a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário

Passando agora aos requisitos expressamente referidos pelo § 1º do art. 373 do NCPC, insta trabalhar com a imposição expressa de que a distribuição dinâmica apenas possa ser realizada em caso de presença concreta, efetiva de impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir a prova, circunstâncias estas que devem vir cumuladas com a necessidade de que haja maior facilidade de a “parte contrária” realizar prova de seu interesse. Quanto à impossibilidade, trata-se da famosa figura da “*probatio diabolica*”, que se verifica quando o destinatário do encargo não dispõe de qualquer possibilidade de realizar a produção da prova. Havendo esta rara impossibilidade absoluta, deverá verificar-se, ainda antes de decidir se é ou não viável a distribuição dinâmica, se a parte judicialmente onerada pelo ônus não sofreria com a mesma situação. Em outras palavras, como expressamente referido pelo § 2º do art. 373, a “decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Ou seja, a ideia é que a prova possa ser produzida, de forma que não é o objetivo do legislador o de simplesmente alterar a parte que seria “vitimada” pela decisão “contrária” decorrente da impossibilidade de desincumbir-se do ônus. Neste sentido, Daniel Amorim Assunção Neves menciona que “a nova sistemática de distribuição do ônus da prova serve para facilitar a produção da prova, e não para fixar a priori vencedores e vencidos”.<sup>23</sup> De seu lado, William Santos Ferreira afirma, a respeito da “maior

<sup>22</sup> v. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 143.

<sup>23</sup> NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Novo Código de Processo Civil: inovações alterações supressões: comentadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 265.

facilidade de obtenção de prova do fato contrário para a parte onerada judicialmente”, que “este requisito é cumulativo com o do item II porque não seria admissível a dinamização se esta não fosse útil, não trouxesse um proveito para a instrução”, e William ainda complementa falando da “vedação de *probatio diabolica* por dinamização”.<sup>24</sup> No mesmo sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam que “não se poderá, de modo nenhum, dinamizar o ônus da prova se a atribuição do encargo acarretar uma *probatio diabolica reversa*”.<sup>25</sup>

Enfim, à vista do acima exposto, parece ser possível dizer que o tema da dinamização não parece oferecer grandes dificuldades quando se tiver a, reiterar-se, rara (mas possível) situação de impossibilidade efetiva de se produzir a prova.

Os maiores problemas de interpretação decorrem, contudo, da situação em que se tenha “apenas” a “excessiva dificuldade” de uma parte em desincumbir-se do ônus, com a concomitante alegação de uma “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”. Diversas as dificuldades trazidas por esta segunda situação. Primeiramente, cabe indagar quão excessiva terá de ser a dificuldade na busca pela prova para legitimar a dinamização? A resposta a esta indagação passa, de novo, pela menção a que se trata de hipótese excepcional. Sendo assim a excessiva dificuldade deve ser objeto de demonstração concreta e objetiva, não devendo se contentar o juiz com a mera alegação sobre ser mais simples, ou fácil, a produção da prova pela parte situada no polo contrário da relação processual. De outro lado, quanto à parte a ser eventualmente onerada, deverá haver a demonstração do porque teria ela efetiva e objetivamente “maior facilidade” quanto à realização da prova do fato de seu interesse (ou nos termos da lei a tal da “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”). Quanto a este “outro lado da moeda”, importante analisar o processo legislativo havido, eis que, numa das etapas intermediárias da tramitação do NCPC, o texto, então projetado, era menos detalhista ao listar requisitos. Com efeito, da versão inicialmente aprovada pelo Senado (em dezembro de 2010), constava do art. 358 que, “Consideradas as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la”.<sup>26</sup>

Basta comparar o texto de 2010 com o que, enfim, consta do NCPC para perceber que, efetivamente, o legislador analisou as variações possíveis para o tema e, ao fim e ao cabo, deliberou por não permitir que a mera presença de “melhores condições” para alguém produzir a prova possa servir como requisito único para autorizar a dinamização. Em outras palavras, à vista do texto do NCPC, e como já foi acima mencionado, tem-se de realizar, no caso concreto, complexa análise das circunstâncias que levam a

<sup>24</sup> FERREIRA, William Santos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1008.

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 396.

<sup>26</sup> Para conferir esta versão do projeto, veja-se, entre outras fontes, BUENO, Cássio Scarpinella. *Projetos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 205.

se ter, pelo lado de uma das partes a tal da “excessiva dificuldade” (em desincumbir-se do ônus) com a respectiva demonstração dos motivos pelos quais a parte a ser onerada tem efetivamente “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”.

O exemplo normalmente cogitado para compreender esta simultaneidade de situações, em que uma das partes está em risco de se ver sacrificada, ao mesmo tempo em que a outra disporia de condições para realizar a prova, é o caso da situação de dano provocado em procedimento médico cirúrgico, no qual o paciente estava sedado e em que, na sala de cirurgia, se encontrava apenas a equipe médica. Com descrição pouco diversa, Danilo Knijnik fala da posição privilegiada “do médico, em poder de quem se encontra o prontuário, os exames ou mesmo o relatório do que sucedeu na sala de cirurgia”.<sup>27</sup> Salvo melhor juízo, realmente esta é uma situação em que fica muito difícil a prova para o paciente que vem a juízo alegar dano havido na cirurgia e pedir a indenização respectiva. Acontece que mesmo neste tipo de caso, o verdadeiro exemplo típico (ou ao menos didático), de situação em que a teoria da distribuição dinâmica deveria ser aplicada, verifica-se que a cega aplicação da distribuição diferenciada do ônus de provar se faz polêmica e “perigosa”, eis que, como menciona o próprio Danilo Knijnik, deve-se ter enorme cautela “e uma fundamentação apurada, especialmente no âmbito do erro médico e da responsabilidade civil como um todo”, eis que “a prática da medicina não é uma ciência exata”.<sup>28</sup>

De outro lado, na casuística dos Tribunais Brasileiros vinham sendo anotados precedentes de aplicação da teoria, mas boa parte dos casos envolvem demandas versando a respeito de relação de consumo (de serviços bancários, p. ex.) ou casos relativos a dano ambiental. Salvo melhor juízo, a invocação da distribuição dinâmica nestes casos parece ser meramente retórica, à vista das repercussões que, para o desfecho de processos com estes tipos de objeto, decorrem de expressas escolhas feitas pela lei material e influenciam o conjunto de eventos a serem provados posto que, com a previsão de responsabilidade objetiva, a demonstração (prova) de culpa passa a ser prescindível.

Neste contexto, tem-se dificuldade de enumerar situações práticas que escapem ao campo das relações de consumo e/ou “de meio ambiente” e nos quais se tenha realmente uma tão grande e “excessiva dificuldade” que esteja devidamente acompanhada da “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”. De todo modo, insista-se, mesmo para estas situações (que eventualmente ocorram) ter-se-á de exigir haja este paralelismo de situações (excessiva dificuldade para um e facilidade para o outro), com a devida análise e fundamentação pelo juiz no caso concreto, sob pena de haver afronta ao devido processo legal.

É dizer, sem esta dupla e concomitante presença de requisitos, a eventual aplicação da dinamização apenas resultará na cristalização de “uma outra” solução injusta, na qual terá havido o mero “definir” prévio, mas agora judicialmente, da parte que será

<sup>27</sup> KNIJNIK, Danilo. *As perigosíssimas doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da situação de senso comum como instrumentos par assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica*. Op. cit., p. 947.

<sup>28</sup> Idem, p. 950.

derrotada no embate judicial. Inclusive, em momento inicial da tramitação do projeto do novo CPC, Ricardo de Barros Leonel já alertava que do encaminhamento então dado pelo texto poderia decorrer, como ainda decorrerá agora à vista da Lei nº 13.105/2015, “dificuldade prática de interpretação e de aplicação”, eis que não se tinha então e não se tem agora uma delimitação adequada, objetiva e/ou segura dos pressupostos para a utilização desta teoria. E Leonel prosseguia, sugerindo que a redação da norma fosse centrada na “maior facilidade concreta na produção da prova e no acesso à informação técnica, parâmetros estes já adotados no CDC [...] revelando maior objetividade e facilidade de delimitação em perspectiva pragmática”.<sup>29</sup>

Enfim, diga-se, sem medo de errar, que a alegação de excessiva dificuldade para provar somente poderá ser aceita quando for evidenciado que realmente era absolutamente escusável para o sujeito não ter tomado cuidados básicos que lhe poderiam dar condições de provar, redundando em agora não ter a condição de realizar a prova. E isso, cumulado com a concomitante demonstração sobre haver objetiva e razoável evidência de que a prova é factível de ser realizada pela parte contrária, eis que sua atividade diuturna torna possível supor que ele possui a prova consigo e/ou tem melhor condição concreta para realizá-la. Deste modo, parece certo, pois, que o âmbito da rara aplicabilidade da nova disposição legal se concentra em casos que envolvam situações técnicas, posto que este tipo de circunstância parece melhor acomodar a presença concomitante de dificuldade/facilidade acima mencionada. Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello seguem nesta linha, quando afirmam que o “juiz deve atentar, portanto, de um lado, para a facilidade com que uma das partes poderá fazer a prova de determinado fato, e, de outro, para a impossibilidade ou extrema dificuldade que a parte, a quem originariamente incumbiria o ônus, teria para fazer a prova desse mesmo fato”, complementando que “a facilidade, dificuldade ou impossibilidade está relacionada ao aspecto técnico”.<sup>30</sup>

Neste contexto, e também por isso, necessário não banalizar a aplicação de tal teoria, pois, sem a presença das circunstâncias acima referidas, haverá, reitere-se, mera troca de “vitimados” pela distribuição do encargo, gerando-se também aí injustiças, o que não se aceita num Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, diga-se, ainda, que a maior facilidade não pode ser confundida, ou aceita, pelo só fato de haver “maior” condição econômica de uma das partes. Concorde-se, assim, plenamente com William Santos Ferreira, quando ele menciona que “a questão exclusivamente econômica não justifica a distribuição dinâmica do ônus da prova, a solução da desigualdade econômica tem mecanismos próprios de equilíbrio”, concluindo de forma absolutamente incisiva e correta que “hipossuficiência econômica no estado democrático não pode ser franqueadora isolada de decisão de

<sup>29</sup> LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a respeito do ônus da prova. In: TUCCI, José Rogério Cruz; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Org.). *Processo civil: homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 57.

<sup>30</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 650.

mérito favorável sem prova”.<sup>31</sup> Não discrepam, a este respeito, as palavras de Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello que esclarecem não ser relevante para a dinamização da prova o aspecto “econômico pois, em relação a este, há as regras da assistência judiciária gratuita”.<sup>32</sup> Observação similar também já havia sido feita por Fábio Tabosa que, escrevendo ao tempo do CPC de 73, afirmou entendimento plenamente aplicável ao NCPC, ao falar do “ônus da prova e ônus de custear a prova”, advertindo que “embora próximos, não se confundem os dois encargos”.<sup>33</sup>

#### 4.4 A exigência, “potencializada”, de a decisão sobre eventual dinamização ser devidamente fundamentada

Além de todo o acima exposto, um outro veemente indício sobre a cautela que o legislador quer que se tenha como condição para eventualmente ser admitida a dinamização do ônus da prova decorre da circunstância de o NCPC ter enfatizado a exigência geral de motivação das decisões judiciais, ao salientar, no § 1º do art. 373, que a possibilidade de dinamização apenas é aceita “desde que” o juiz “o faça por decisão fundamentada”. Importante lembrar que um dos princípios da interpretação jurídica se assenta na ideia de que a lei não contém palavras inúteis. Neste contexto, e considerando que o NCPC foi enfático ao destinar ao tema da motivação o regramento bastante minucioso e genérico contido no art. 489, II e § 1º, poder-se-ia indagar a respeito do motivo de a exigência ter sido reiterada, aqui no § 1º do art. 373. Salvo melhor juízo, a única explicação plausível para esta repetição encontra-se no desejo do legislador de exigir do juiz ainda maior cautela quando da eventual dinamização, posto que ela tem enorme potencial para influir no resultado do processo, com eventual alteração da regra geral posta pela lei como critério básico.

Como já foi corretamente salientado por Fábio Tabosa “em matéria de prova”, deve-se evitar que “o juiz se guie por simpatias/antipatias, por interesses pessoais ou ainda, pura e simplesmente, que aja às cegas, optando a esmo por uma ou outra das versões apresentadas”.<sup>34</sup> Pois bem, foi para evitar que assim ocorra que a lei salientou, potencializou mesmo, a exigência de motivação para a decisão que porventura venha a dinamizar a prova. E tal necessidade se faz ainda de maior relevância na medida em que, como acima foi salientado, as balizas postas pelo legislador (como requisitos da dinamização) são muito imprecisas, de forma que, notadamente nos casos em que for tal benefício solicitado com base na suposta “excessiva dificuldade”, deverá haver especial cuidado em motivar a decisão, evidenciando os aspectos concretos do caso que

<sup>31</sup> FERREIRA, William Santos. *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 1009.

<sup>32</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 650.

<sup>33</sup> TABOSA PESSOA, Fábio Guidi. In: MARCATO, Anrônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1061.

<sup>34</sup> Idem, p. 1058.

isso demonstre, cumulando-se isso com igual motivação acurada da afirmativa judicial de ter a parte onerada “maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”.

## 5 O momento das “decisões” a respeito de ônus

Tradicional a referência a que a norma de distribuição dos ônus da prova caracteriza regra de julgamento, a ser utilizada somente no momento da sentença e na hipótese de a prova produzida não ser suficiente. Trata-se, pois, da situação em que por instrução deficitária não se logra convencer o juiz do acerto/desacerto das partes, situação em que o legislador, visando encerrar o conflito, estipula a já mencionada divisão de tarefas, dando ao juiz o instrumental necessário a que ele, no caso concreto, verifique quem não se desincumbiu do ônus probatório, de forma que a este seja destinada decisão de mérito contrária a seus interesses. Neste sentido, José Roberto dos Santos Bedaque menciona que “a incidência” das normas de distribuição do ônus da prova “se dá exatamente em situações de insuficiência de prova”.<sup>35</sup> De seu lado, William Santos Ferreira explica que o “ônus da prova não envolve convicção judicial, mas sua ausência, portanto o fato probando não é esclarecido (provado), mas sim definido (resolvido) por regra legal”.<sup>36</sup>

Pois bem, no tocante à regra geral contida no *caput* do art. 373 nada se altera quanto a isso, de forma que tendo persistido para o juiz, até o momento de sentenciar, a perplexidade decorrente de o magistrado não ter encontrado nos autos prova suficiente para firmar seu convencimento (sobre quem tem razão), deverá ser proferida sentença contrária aos interesses de quem não tiver se desincumbido do ônus probatório. Tem-se, aqui, a revelação do aspecto objetivo do ônus de provar, o qual é, em verdade, uma decorrência da vedação legal ao “*non liquet*” de maneira que, com tal regra, ao processo se possa por fim mesmo nos casos em que a prova produzida não dá ao magistrado convencimento. Evita-se, assim, o inconveniente de se aguardar, pela eternidade, pela prova necessária a dar convencimento ao juiz, de modo que nosso sistema processual dá a chance para a prova ser feita pelo interessado, permite que o juiz possa determinar a realização desta em determinadas circunstâncias, mas não tolera um processo sem fim. Destarte, ultrapassada a fase destinada à instrução da causa, passa a incidir, como diz Fábio Tabosa, o “aspecto objetivo a que antes se aludiu, vale dizer, a regra de julgamento”<sup>37</sup> que orientará o juiz a respeito de quem deve ser aquinhado com uma decisão favorável e quem terá o dissabor da decisão contrária a seus interesses.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Op. cit., p. 122.

<sup>36</sup> FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 252.

<sup>37</sup> TABOSA PESSOA, Fábio Guidi. *Código de Processo Civil interpretado*. Op. cit., p. 1.059.

<sup>38</sup> A despeito de ser comum, na doutrina, a referência aos aspectos objetivo e subjetivo do ônus da prova concorda-se com Flávia Benzatti Tremura Polli Rodrigues quando, em dissertação de mestrado a respeito do tema, ela menciona que “mais do que aspectos distintos ou antagonicos, os aspectos objetivo e subjetivo

Contudo, nem sempre a decisão a respeito do ônus da prova ocorrerá apenas no bojo da sentença. Para assim concluir, bastaria ler a parte final do § 1º do art. 373 do NCPC, quando a lei menciona que, na presença dos requisitos (antes referidos) “poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada” dando “à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. É dizer, ao esclarecer que a dinamização, quando ocorrer, deverá acarretar a necessária abertura de oportunidade para a parte onerada se desincumbir do ônus, já deixa claro o legislador que tal disciplina não caracteriza, ao menos nesta situação específica, norma que se possa dizer ser regra de julgamento. Não é à toa que no bojo do art. 357, III do NCPC, o legislador inclusive indica o momento em que poderá acontecer a decisão de dinamização. Com efeito, ao regram o “saneamento” e a “organização do processo” diz o legislador que o juiz deve, entre outras atividades, “definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373”. Mas a definição, neste momento e no que interessa ao presente texto, apenas deve ser feita por decisão em caso de ter sido pedida, pelo interessado, a distribuição dinâmica. Em resumo, se não houve circunstância no caso específico que esteja a exigir a decisão que, por ventura, importe numa alteração do que estipula a norma geral do *caput* do art. 373, nada precisará ser decidido neste momento. Contudo, havendo a necessidade de decidir se estão presentes os requisitos da dinamização pedida, deverá o juiz decidir a questão, de forma que a fase instrutória se inicie com as partes tendo plena consciência a respeito do teor concreto do ônus de provar. Neste sentido, Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ensinam que “em regra, o ônus da prova é distribuído de maneira fixa pelo legislador. Não havendo convenção sobre o ônus da prova ou requerimento para sua redistribuição dinâmica, não há necessidade de qualquer decisão a respeito do assunto. Porém, havendo controvérsia a respeito, tem o juiz de decidir a questão na decisão de organização da causa ou em audiência a fim de não atrasar a marcha procedimental com reabertura da fase instrutória em momento deslocado do procedimento”.<sup>39</sup> Na mesma esteira, Wambier, Conceição, Ribeiro e Mello mencionam que “em boa hora o legislador, de forma expressa, estabeleceu que é na decisão saneadora que o juiz deverá definir a distribuição do ônus da prova, evitando com isso que a parte seja surpreendida com a inversão do ônus probatório ou sua repetição dinâmica”.<sup>40</sup>

Cabe lembrar, todavia, que no tocante à eventual dinamização do ônus da prova há de aplicar-se, também, o disposto no art. 9º do NCPC, quando determina que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. É que pela potencialidade “danosa” que da dinamização do ônus de prova decorre deverá haver, ao menos, a prévia possibilidade de a parte judicialmente onerada ser previamente ouvida, até para que ela possa demonstrar, por exemplo, que também ela não

do ônus da prova são complementares e não existem independentemente” (RODRIGUES, Flávia Benzatti Tremura Polli. *Apontamentos críticos à distribuição dinâmica do ônus da prova*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 79).

<sup>39</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Op. cit., p. 384.

<sup>40</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Op. cit., p. 626.

terá facilidade para se desincumbir do ônus dinamizado e/ou que a prova não é de difícil produção por quem pede o benefício da dinamização. Enfim, se há de ter prévio contraditório a respeito deste tema, sob pena de ser nula a decisão que aplique a dinamização sem antes ter dado efetiva chance de manifestação para as partes. Por conta disso, necessário enfatizar que, havendo dinamização, não se terá neste momento a incidência de uma “regra de julgamento”. É que, sob pena de ferimento ao mandamento constitucional do contraditório ter-se-ia mesmo de, como fez o legislador, garantir que sempre se dará a necessária oportunidade de a parte onerada se desincumbir do ônus dinamizado. Não é por outro motivo que, para esta situação, Marinoni, Arenhart e Mitidiero afirmam ser a norma de ônus, neste caso, uma regra de instrução que “serve para boa formação do material probatório da causa, condição para que se possa chegar a uma solução justa para o litígio. Partindo-se da perspectiva do ônus da prova como regra de instrução é que se pode falar em dinamização do ônus e em inversão do ônus de provar”.<sup>41</sup>

Observe-se, porém, que, dinamizado o ônus da prova e transcorrida a fase instrutória, em caso de persistir a perplexidade, terá o juiz a condição de usar a regra de distribuição que, neste caso foi judicialmente formulada e incidirá agora como regra de julgamento que põe o critério a ser seguido no caso, dando-se desfecho ao processo com prolatação de sentença contrária àquele que não se desincumbiu do ônus dinamizado.

Enfim, no contexto do NCPC pode-se de falar de decisões a respeito do ônus da prova, de modo que, conforme o caso, poder-se-á ter decisão aplicando a distribuição do ônus da prova como regra de julgamento, por exemplo, no caso de utilizar-se o juiz da regra do *caput* do art. 373, como também pode-se ter decisão deste tipo como regra de instrução, a ser proferida no momento de saneamento e organização do feito, com a garantia da oportunidade para a parte onerada pela dinamização poder se desincumbir do ônus.

## 6 Os recursos em face das decisões aplicando normas de distribuição do ônus da prova

Como visto anteriormente, pode haver decisão sobre distribuição de ônus da prova que se caracterize como critério de julgamento, como também pode haver incidência concreta da regra de dinamização, caso em que se terá aplicado norma de instrução. Em caso da aplicação da norma (legal ou judicial) de distribuição de ônus da prova como critério de julgamento, ter-se-á decisão de mérito que, uma vez preenchidos os requisitos previstos pelo § 1º do art. 203 do NCPC será sentença e impugnável por apelação. De outro lado, havendo decisão deferindo ou negando dinamização postulada pela parte, ter-se-á decisão interlocutória passível de ser impugnada por agravo de instrumento, nos termos do que expressamente preceitua o inciso XI do art. 1.015 do

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Op. cit., p. 395.

NCPC. Esclareça-se, de todo modo, que este inciso, como referido acima, deve ser lido no sentido de permitir-se o agravo de instrumento não apenas da decisão que redistribui o ônus de provar dinamicamente, mas também daquela que, decidindo a respeito de pedido da parte, nega o benefício. É que, diga-se uma vez mais, trata-se de situação de extrema importância para as partes, de forma que se houver o pedido e for ele denegado não haveria sentido de se aguardar até o futuro julgamento de uma apelação para apenas então verificar se estavam ou não presentes os requisitos ensejadores da dinamização. E a intenção do legislador foi a de submeter esta temática a agravo de instrumento, cumprindo debitar a mera falha de redação a circunstância de se ter mencionado o deferimento da redistribuição, sem nada dizer da decisão em sentido contrário.

## 7 Distribuição dinâmica e preclusão

Como já mencionado neste texto, entende-se que deve ser o interessado quem deve solicitar a concessão do benefício da distribuição dinâmica da prova. Também já se referiu que tal pedido deve ser apresentado antes do momento de ser prolatada a decisão de organização e saneamento do processo, sob pena de preclusão. Dada a importância do tema, e considerada a opção do legislador de, para casos em que houver o pedido, demarcar momento para a decisão respectiva, importante salientar que, uma vez proferida a decisão que defere ou indefere o pedido de dinamização, a parte que se sentir prejudicada deve se socorrer do agravo de instrumento que, como mencionado no item anterior, é o recurso adequado para combater este tipo de decisão. Caso não o faça, operará a preclusão e o tema não mais poderá ser objeto de solicitação/decisão.

Ainda quanto a isso, cabe enfatizar que, uma vez decidido o tema, não caberá reverter o vetor da distribuição judicial do ônus da prova, sob pena de infringência ao comando do art. 505 do NCPC, que é expresso ao preceituar que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas”. Comentando este verdadeiro limite ao poder do juiz, Heitor Sica, escrevendo ao tempo do CPC de 1973, já teve oportunidade de asseverar, com razão, que “o fundamento dessas normas não é outro senão a necessidade de segurança jurídica e de celeridade processual. Pode-se dizer, na esteira da generalidade da doutrina que a exigência da preclusividade de questões incidentais é inerente à própria natureza do processo, com conjunto encadeado de atos desenvolvidos sob o contraditório e programados para a busca da composição do litígio”.<sup>42</sup> A seu turno, e escrevendo à luz da Lei nº 13.105/2015, Nelson Nery Jr. segue na mesma linha, ao mencionar que por ser “a decisão de saneamento interlocutória, as questões nela decididas, e não impugnadas por recurso de agravo, ficam cobertas pela preclusão”.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 181.

<sup>43</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 972.

Relevante anotar, por fim, que a possibilidade de o juiz utilizar-se de seus poderes instrutórios, quando isso for cabível, não preclui, mas a questão sobre distribuir, ou não, o ônus da prova de modo dinâmico, este sim é tema passível de preclusão.

## 8 Conclusão

Como exposto ao longo deste texto, é nítida e evidente a opção do legislador de, no âmbito do NCPC, manter a regra geral de distribuição estática e prévia do ônus da prova no processo civil. Entretanto, cedendo à pressão do politicamente correto, o legislador decidiu contemplar na lei a teoria da carga dinâmica da prova, mas o fez de modo confinado, de maneira que esta dinamização ocorra apenas na presença dos requisitos expostos neste texto. Fez mais o legislador, exigindo do julgador fundamentação potencializada da decisão que porventura esteja a dinamizar o ônus da prova num caso concreto. Importante realçar, ainda, que ao contrário do que tem parecido para parte da doutrina, são raras, mas raras mesmo, as situações em que se apresentam as circunstâncias necessárias a que o ônus possa ser dinamizado. Como referido, não desmente esta afirmativa o fato de, por vezes, a jurisprudência usar o rótulo da dinamização para decidir a respeito de temas em que a responsabilidade, aos olhos da lei material, é objetiva, sendo de destacar que, em verdade, as relações de consumo e mesmo as de fundo ambiental são mais adequadamente equacionadas por suas regras próprias não sendo, s.m.j., efetivamente necessária a dinamização em cascos deste tipo. Diga-se, ainda, que tal instituto não pode ser banalizado, nem mesmo sob o pretexto de, com isto, realizar-se uma ideia de colaboração processual, eis que isso desnatura o conceito de ônus (posto que este se encontra fundado num ideal de liberdade de escolha), bem como fere o devido processo legal (que permite às partes legítima escolha de uma estratégia processual, sendo vedado apenas o extremo da litigância de má-fé) e a segurança jurídica (que veda a inexistência de previsibilidade e estabilidade, como regra, para positivação de regras no processo). Mesmo invocar o princípio da justiça não é suficiente para que se queira banalizar a dinamização do ônus da prova, primeiro porque, como exposto neste texto, são raras as situações de efetiva presença de seus requisitos, segundo porque, como asseveram Georges Abboud e Guilherme Lunelli, “inexistindo consenso sobre o que é justo ou injusto, não há como acreditarmos na figura de um sujeito solitário com acesso privilegiado ao ideal de justiça”. Ao que cabe agregar a lição de Dinamarco quando instiga o aplicador da lei a buscar a justiça das decisões, mas igualmente fala que desta busca não deve “emanar a ideia de uma carga excessiva e perigosa de poderes entregues ao juiz. Legislador ele não é e, com as ressalvas postas, sempre continua o juiz sujeito à lei. Aquele que a pretexto de dar a esta interpretação evolutiva, pretender impor crenças soluções suas personalíssimas, decorrentes de suas opções políticas, crenças religiosas, preconceitos, preferências etc. estará cometendo ilegalidade e sua decisão não será legítima”.<sup>44</sup> Enfim, concluindo,

<sup>44</sup> ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *RePro*, v. 242, p. 349, 2015.

cabe asseverar que a dinamização do ônus da prova é instituto que em poucas situações pode auxiliar na busca por Justiça, mas que não pode ser ampliado e/ou banalizado sob pena de se tornar a ideia efetivamente inconstitucional.

São Paulo, junho de 2015.

## Referências

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *RePro*, v. 242, 2015.
- AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970. v. I.
- ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Direito e processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Projetos do novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- \_\_\_\_\_. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- KNIJNIK, Danilo. As perigosíssimas doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da situação de senso comum como instrumentos par assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- LEONEL, Ricardo de Barros. Anotações a respeito do ônus da prova. In: TUCCI, José Rogério Cruz; RODRIGUES, Walter Piva; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real (Org.).

- Processo civil*: homenagem a José Ignacio Botelho de Mesquita. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil: Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Novo Código de Processo Civil: inovações alterações supressões: comentadas*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. *O ônus da prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatórias dinámicas. *RePro*, v. 217, 2013.
- RODRIGUES, Flávia Benzatti Tremura Polli. *Apontamentos críticos à distribuição dinâmica do ônus da prova*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.
- TABOSA PESSOA, Fábio Guidi. In: MARCATO, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito de urgência*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. *RePro*, v. 205, 2012.