

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA I**

**CELSO HIROSHI IOCOHAMA**

**GISELA MARIA BESTER**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama, Gisela Maria Bester – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-548-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos Sociais. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



# XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

---

### **Apresentação**

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI, na esteira da tradição já consagrada na área da pesquisa e da Pós-Graduação em Direito, trouxe para a cidade de São Luís – Maranhão, o mais amplo espaço para apresentação dos estudos produzidos na área jurídica, nesta versão sob o tema “Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça”.

Realizado entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, com a parceria da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, o evento viabilizou o debate sobre os estudos apresentados, proporcionando o compartilhamento de experiências e conhecimento sobre os temas tratados.

Nesta obra, congregam-se os estudos de vinte trabalhos que formaram o GT (Grupo de Trabalho) PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I, assim sintetizados:

Sob o título OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS SOB A ÓTICA DO ACESSO À JUSTIÇA: DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO AO PROCEDIMENTO COMO CAMPO FÉRTIL À PARTICIPAÇÃO ATIVA DAS PARTES, Hélintha Coeto Neitzke e Celso Hiroshi Iocohama destacam os efeitos do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 para o processo judicial, na medida do fortalecimento da atividade das partes em decorrência da possibilidade das convenções processuais, retratando suas consequências para a garantia do acesso à justiça.

Thiago Alves Feio e Alyne Azevedo Marchiori, por sua vez, partem da insegurança jurídica vivenciada pelo direito brasileiro para analisar a aplicação do sistema de precedentes para além do processo civil. Assim, com o título A APLICABILIDADE DOS PRECEDENTES DO CPC DE 2015 NO PROCESSO DO TRABALHO, trazem seu estudo voltado aos princípios norteadores do processo do trabalho, promovendo críticas e análise para a aplicação dos precedentes aos processos nesse sistema processual especializado.

Com o trabalho A AUDIÊNCIA PÚBLICA JURISDICIONAL COMO FATOR DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS, Julianna Moreira Reis e Alice Pompeu Viana registram sua preocupação em fazer com que a Constituição seja um efetivo instrumento de vontade nacional e popular, na medida em que se constata a incapacidade do Poder Legislativo e do

Poder Executivo em efetivar as promessas constitucionalmente previstas, provocando-se o deslocamento do debate político para a judicialização, exigindo-se práticas democráticas para a intervenção em políticas públicas, das quais destacam a audiência, que é o tema principal do estudo.

Também preocupado com a efetivação da Constituição Federal por mecanismos democráticos, Daniel Gomes de Souza Ramos apresenta o trabalho sob o título *A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA – A DEFENSORIA PÚBLICA E A JUSTIÇA ITINERANTE COMO FERRAMENTA DE EFETIVAÇÃO DESTE DIREITO*, cotejando indicadores dessa prática para a realização da justiça em atenção à universalização de oportunidades e à inafastabilidade jurisdicional.

Com o estudo *A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NAS CAUSAS EM QUE É PARTE A FAZENDA PÚBLICA*, Daniela Lacerda Chaves e Valter de Souza Lobato analisam as bases da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, sua inversão e a teoria da carga dinâmica do ônus probante, a fim de contextualizá-las nas causas envolvendo a Fazenda Pública, ponderando a relação entre o princípio da isonomia processual e o da supremacia do interesse público sobre o privado.

Bárbara Altoé Puppín e Rodrigo Maia Bachour também contribuem para com o tema do ônus da prova com o trabalho intitulado *A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015*. Partindo do método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica, anotam as implicações práticas decorrentes do tratamento dado ao ônus da prova pelo novo Código de Processo Civil.

Por seu turno, o estudo intitulado *A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015*, de Tatiane Cardozo Lima, resgata dados da história do Direito Processual Civil como ponto de partida para a análise da autonomia concedida pelo legislador às partes, tratando do princípio da cooperação e da efetividade, bem como das intercorrências provocadas em diversos elementos do processo judicial, em busca de sua harmonização e aplicação.

Tadeu Saint Clair Cardoso Batista e Alisson Alves Pinto fazem uma análise crítica da legislação, doutrina e jurisprudência, para o tratamento dos sistemas de legitimação ativa, com o trabalho intitulado *A LEGITIMAÇÃO ATIVA PARA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA – PERSPECTIVA RESTRITIVISTA QUE MERECE SER SUPERADA*. Partindo de um raciocínio hipotético-dedutivo, o estudo apresenta as perspectivas entre a

busca efetiva dos direitos coletivos pelos interessados ou a existência de um modelo de exclusão da participação processual da coletividade.

Fernanda Claudia Araujo da Silva e Inês Maria de Oliveira Reis, por meio de seu estudo intitulado A TRANSPARÊNCIA DO JUDICIÁRIO E O TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº 2/2017: UMA VISÃO SOB A ÓTICA DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA-CNJ, correlacionam a ética e o estado democrático para tratar da transparência dos atos administrativos públicos, dos princípios constitucionais e da aplicação da Lei Anticorrupção, invocando a proposta do Conselho Nacional de Justiça para atender às regras de transparência internacional.

O estudo intitulado BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA, de Yasmin Juventino Alves Arbex e Alessandro Aparecido Feitosa de Rezende, verifica as alterações promovidas pelo novo Código de Processo Civil em atenção à tendência de evolução do Direito Jurisprudencial, diante do sistema de precedentes e do escopo de redução do excesso de demandas.

Atento às questões éticas e o comportamento das partes diante do processo judicial, Luiz de Franca Belchior Silva demonstra seus estudos por meio do trabalho DESOBEDIÊNCIA JUDICIAL: APLICAÇÃO DO CONTEMPT OF COURT NO DIREITO BRASILEIRO. Com a análise do descumprimento das ordens judiciais, o autor demonstra a afronta à Lei Penal e a desestabilização da Administração Pública, indicando o problema do fenômeno da impunidade como objeto de preocupação e intervenção do Poder Judiciário.

No tratamento do direito constitucional à saúde e diante do problema de como efetivá-lo, Juliana de Oliveira apresenta seu trabalho sob o título DIREITO À SAÚDE: JUDICIALIZAÇÃO DO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS AO SUS, colocando sob foco as políticas públicas envolvendo o direito à saúde e a sua judicialização, apresentando, para tanto, levantamento e análise dos dados do Conselho Nacional de Justiça obtidos em 2016, acrescentando a posição de suspensão da tramitação dos processos sobre o tema em decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em 2017 .

Indicando a economia redacional de diversos dispositivos do Código de Processo Civil de 2015, o estudo de Bruna Berbieri Waquim, sob o título EMBARGANDO DE DECLARAÇÃO O NOVO CPC: ALGUNS QUESTIONAMENTOS PRÁTICOS, transita sobre questões polêmicas envolvendo a audiência de conciliação/mediação nas ações de família, aborda a figura do especialista prevista no art. 699, trata da intimação prevista no

parágrafo único do art. 932 (que regula a inadmissibilidade dos recursos e o prazo para a manifestação do recorrente) e aborda a decisão que analisa o pedido de efeito suspensivo à apelação.

O trabalho FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: ANÁLISE DO ASPECTO HISTÓRICO E AS INOVAÇÕES ADVINDAS COM O CPC DE 2015, de Luis Augusto Bezerra Mattos, procura realizar um levantamento histórico envolvendo a fundamentação das decisões judiciais, para, num segundo momento, analisar a atuação do magistrado diante do ato de decidir, finalizando com o tratamento dado ao tema pelo novo Código de Processo Civil.

Com o estudo GRANDES PODERES, GRANDES RESPONSABILIDADES: A APLICAÇÃO DO ART. 139, IV DO CPC, Gabriel de Carvalho Pinto analisa as possibilidades atribuídas ao juiz para a adoção de medidas atípicas sub-rogatórias, indutivas, coercitivas e mandamentais na execução por quantia certa que tenha por objeto obrigação pecuniária.

Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres e Kadmo Silva Ribeiro demonstram a evolução do sistema processual, que, inicialmente estruturado na civil Law, permite o desenvolvimento de outras ferramentas para a vinculação das decisões judiciais e a garantia da efetividade e segurança processual, sob o título HISTORICIDADE DO DIREITO PROCESSUAL: UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

Por meio do trabalho sob o título O JUDICIALISMO RADICAL NA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO, Fabiana Coelho Simoes e Lorraine Rodrigues Campos Silva demonstram as divergências teóricas envolvendo a temática da inversão do ônus da prova no direito do consumidor e a distribuição dinâmica do ônus da prova no Direito Processual Civil e a necessidade de critérios democráticos para o afastamento de decisões subjetivas sobre o assunto.

Dias Andrade apresenta seu estudo com o título O JUIZ HÉRCULES NA APLICAÇÃO DO ARTIGO 523 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À EXECUÇÃO TRABALHISTA, por meio do qual trata da discussão sobre as lacunas no ordenamento trabalhista e o tratamento do conceito de casos difíceis, fundando-se no pensamento de Ronald Dworkin para embasar as reflexões acerca da aplicação do cumprimento de sentença previsto na legislação processual civil.

O LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL é estudo por Mariana Bisol Grangeiro e Camila Victorazzi Martta, em especial pela retirada da expressão “livremente” nos dispositivos do novo Código de Processo Civil quando do tema da valoração da prova e seus impactos na atividade judicial.

Francisca das Chagas Lemos finaliza a presente obra com o trabalho RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO E DO AGENTE PÚBLICO POR DANOS. Criticando as práticas adotadas pela Administração Fazendária, aborda a responsabilidade civil do Estado para a reparação do dano causado a terceiros pelos agentes, destacando o conflito das orientações jurisprudenciais decorrentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I registram, por fim, seus agradecimentos e cumprimentos a toda organização do XXVI Congresso Nacional do CONPEDI – São Luís – Maranhão, parabenizando os participantes pelo comprometimento e dedicação para com o estudo do Direito e sua efetividade.

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR

Profa. Dra. Gisela Maria Bester – UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

## THE BURDEN OF PROOF DISTRIBUTION IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE OF 2015.

**Bárbara Altoé Puppini** <sup>1</sup>  
**Rodrigo Maia Bachour** <sup>2</sup>

### **Resumo**

O presente artigo trata da distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil de 2015 e tem por objetivo identificar, por meio do método hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, as implicações práticas decorrentes das alterações na legislação, em atenção à efetividade processual. Para isso, será realizada uma análise sobre o tratamento conferido ao tema pelo Código de Processo Civil de 2015 e sua relação com outros institutos processuais, mormente quanto à disposição expressa da distribuição dinâmica do ônus da prova.

**Palavras-chave:** Processo civil, Efetividade, Ônus da prova, Distribuição dinâmica, Negócio jurídico processual

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This article deals with the burden of proof distribution in the Civil Procedure Code of 2015 and aims to identify, through the hypothetical-deductive method and the bibliographic research technique, the practical implications arising from the changes in the legislation, in attention to the procedural effectiveness. For this, an analysis will be made of the treatment given to the subject by the Civil Procedure Code of 2015 and its relation with other procedural institutes, especially regarding the express provision of the dynamic distribution of the burden of proof.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Civil procedure, Effectiveness, Burden of proof, Dynamic distribution, Procedural legal business

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Processual na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Civil pela UNIDERP. Bolsista pela CAPES.

<sup>2</sup> Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais do Programa de Pós Graduação Strictu Sensu da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Tabela de notas e protesto da Comarca de Medeiros Neto-BA.

## INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) consagrou um modelo processual civil constitucional ao positivizar que todas as normas nele contidas devem ser ordenadas e interpretadas conforme os preceitos estabelecidos na Constituição da República de 1988 (CR/88)<sup>1</sup>.

Desse modo, o atual diploma processual preocupou-se com a reprodução e densificação de compromissos constitucionais através, do que convencionou-se denominar, de normas fundamentais, previstas nos artigos 1º ao 12 do CPC/15 e outros esparsos ao longo do Código.

Isso significa que, embora não expressos em determinado dispositivo no corpo do CPC/15, princípios como a eficiência, contraditório e paridade de tratamento devem nortear a discussão pelas partes e as decisões do intérprete ao longo de todo o processo<sup>2</sup>.

Ademais, não se pode descuidar do relevo conferido pelo legislador ao direito fundamental ao justo processo, sendo este compreendido como a prestação da tutela adequada, tempestiva e efetiva<sup>3</sup>.

Desse modo, consagra-se o que já se conhecia como *processo civil de resultados*, evidenciando a necessidade pela efetividade da resposta jurisdicional, traduzida na *plena satisfação* do direito *adequadamente* reconhecido em *tempo razoável*.

---

<sup>1</sup> Art. 1º. CPC. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

<sup>2</sup> Mister salientar, nesse sentido, que trata-se de um código orgânico, com escopo de conferir alto grau de coesão ao sistema processual civil, por meio do alcance das normas fundamentais processuais e, conseqüentemente, das finalidades constitucionais às normas nele estabelecidas.

<sup>3</sup> Art. 6º. CPC. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Nesse contexto de destaque atribuído à efetividade<sup>4</sup>, enquanto princípio e norte do escopo garantista da CR/88, dedica-se o legislador em tornar hábeis os instrumentos processuais postos à disposição dos jurisdicionados.

Este é, portanto, o ponto de partida do presente do trabalho, cujo objetivo se dirige, especificamente, à análise do instituto do ônus da prova no CPC/15 e as principais implicações práticas decorrentes ante a vigência do aludido diploma processual.

Diferentemente do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), o legislador processual previu, expressamente, a dinamização do ônus da prova, embora esta já fosse reconhecida pela jurisprudência. Contudo, com o advento do CPC/15 é que o tema ganha contornos mais definidos, mormente quanto aos requisitos, limites e momento processual adequado para aplicação.

A principal consequência da positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova foi o encerramento do debate sobre a sua aplicação subsidiária e excepcional, já que agora está prevista em dispositivo autônomo (artigo 373, §1º, do CPC/15).

Para tanto, utilizou-se o método hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, através da análise sistêmica dos dispositivos do CPC/15, especialmente quanto àqueles alterados ou inéditos em relação ao CPC/73, além de pesquisa jurídica doutrinária sobre o tema.

Por fim, o objeto do presente artigo destina-se à apresentar as principais alterações teóricas e práticas geradas a partir da introdução, no recente diploma processual, de um dispositivo específico sobre o tema da técnica processual da distribuição dinâmica do ônus da prova.

---

<sup>4</sup> A flexibilidade do CPC/15 suprimiu o modelo de tipicidade rígido do CPC/73, devendo o novo código ser interpretado à luz do vetor da efetividade, sendo este, inclusive, núcleo de preocupação da atividade executiva.

## **1 PROVA JUDICIAL**

Antes de adentrar no tema específico do artigo, importante definir um conceito para a prova e destacar sua relevância para o processo judicial, uma vez que constitui-se como instrumento hábil e indispensável à solução da controvérsia e, conseqüentemente, à consecução de uma justiça eficiente.

As provas são definidas, por Humberto Theodoro Júnior (2014, p. 87), como “os meios utilizados para formar o convencimento do juiz a respeito de fatos controvertidos que tenham relevância para o processo”.

Vale, ainda, destacar o conceito de prova utilizado por José Frederico Marques (1990, p. 310), como sendo:

Meio e modo utilizados pelos litigantes com o escopo de convencer o juiz da veracidade dos fatos por eles alegados, e igualmente, pelo magistrado, para formar sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide. Torna-se possível reconstruir, historicamente, os acontecimentos geradores do litígio, de sorte a possibilitar, com a sua qualificação jurídica, um julgamento justo e conforme o Direito.

## **2 ÔNUS DA PROVA**

O instituto do ônus da prova pode ser entendido como o interesse processual próprio de uma parte, pois, caso não observado, abre-se a possibilidade de uma situação de desvantagem processual.

Em regra<sup>5</sup>, é atribuído à parte que tem interesse de comprovar os fatos por ela alegados e que foram impugnados pela parte contrária. Assim, cabe ao sujeito o ônus de

---

<sup>5</sup> As exceções à aludida regra são as alegações que independem de dilação probatória, a teor do que estabelece o artigo 374 do CPC/15: Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

afirmar fatos e o ônus de provar as próprias alegações, sob pena de não serem tidas como verdadeiras (DINAMARCO, 2005, p. 71) <sup>6</sup>.

Assim, o ônus da prova deve ser entendido como um encargo conferido às partes para demonstração das alegações de fato que demandam dilação probatória (fatos controvertidos).

Portanto, não se configura como dever jurídico, já que não existe obrigação para o sujeito e, o seu descumprimento, não importa na configuração de ato ilícito, mas tão somente um prejuízo para a própria parte.

A atribuição do ônus da prova à determinado sujeito poderá ser dada (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2015, p. 107): (i) pelo legislador, (ii) pelo juiz, (iii) por convenção das partes.

No primeiro caso, o legislador estabelece abstrata e previamente quem deve arcar com a falta de prova. Na segunda hipótese, o juiz decide dinamicamente, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. Na última, é conferida às partes a possibilidade de convencionarem sobre o ônus da prova, como típico negócio jurídico processual.

Ainda neste capítulo, importante distinguir a dupla finalidade atribuída ao ônus da prova: subjetiva, que serve como guia para as partes; e objetiva, que serve como guia para o juiz (MARINONI, MITIDIERO, ARENHART, 2015, p. 944).

A finalidade subjetiva funciona como regra de instrução ao definir orientações que servirão para estimular as partes à provarem suas alegações, ao mesmo tempo que adverte sobre os perigos da não produção das provas que lhe incumbiam.

---

<sup>6</sup> Segundo Candido Rangel Dinamarco, “o ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo” (2005, p. 73).

A segunda constitui parâmetro objetivo para auxiliar o juiz, e não se confunde com a atribuição de ônus da prova à ele ((DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2015, p. 108), pois destina-se à evitar o subjetivismo do magistrado que deverá adequar sua decisão com a aplicação das regras de distribuição.

Registre-se que a finalidade objetiva tem caráter residual (THEODORO JR., 2015, p. 922), uma vez que, diante da existência da vedação ao *non liquet*, a regra de julgamento com base no artigo 373 do CPC/15 apenas será aplicada quando o juiz não puder decidir por ausência ou insuficiência das provas produzidas.

### **3 DISTRIBUIÇÃO LEGAL DO ÔNUS DA PROVA**

O CPC/15 manteve a regra geral da distribuição estática do ônus da prova no *caput* do seu artigo 373, da forma como existia no CPC/73, segundo a posição da parte e ao fato alegado:

Art. 373. 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.

Assim, continua vigorando o entendimento de que cabe ao autor provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu cabe provar os fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor<sup>7</sup>.

Nesse ponto, merece especial atenção quanto à distinção dos fatos constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do autor.

Giuseppe Chiovenda assevera que são constitutivos aqueles fatos que fazem nascer uma vontade concreta da lei e uma expectativa de direito por parte de alguém. São extintivos

---

<sup>7</sup> Para mais: AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48.

os fatos que fazem desaparecer a vontade concreta da lei e, conseqüentemente, a expectativa de direito que dela decorre. Quando o fato se destina a alterar pedido do autor que foi acolhido integralmente, este se caracteriza como modificativo. Por fim, fatos impeditivos são determinados pela sua natureza negativa: “a saber, a falta de uma das circunstâncias que devem concorrer com os fatos constitutivos a fim de que estes produzam os efeitos que lhes são peculiares e normais” (CHIOVENDA, 1969, p. 7-8).

Portanto, como exposto alhures, a regra estabelecida no *caput* do artigo 373 do CPC/15 confere previsibilidade às partes quanto à produção das provas, já que lhes permite antever seus encargos e direcionar suas condutas, bem como para realizar um juízo prognóstico sobre a ação, além de revelar-se como método fundamental para o juiz decidir na hipótese de ausência ou insuficiência das provas produzidas.

#### **4 DISTRIBUIÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA**

Diante da necessidade crescente pela efetividade do processo civil brasileiro, o legislador positivou a dinamização do ônus probatório no CPC/15, uma vez que a previsão exclusiva da distribuição estática acabava por trazer injustiças aos jurisdicionados, o que ocorria, por exemplo, nos casos de desvantagem técnica e econômica das partes.

Não se trata de verdadeira inovação, posto que a doutrina e jurisprudência já reconheciam sua aplicação<sup>8</sup>. Mas, ao estabelecer dispositivo autônomo, findam as dúvidas que existiam sobre a possibilidade do emprego da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil nacional.

Portanto, a distribuição dinâmica do ônus da prova destina-se à proteger o efetivo direito à prova nos casos em que esse direito era obstado pela regra da distribuição estática, auxiliando na consecução de uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

---

<sup>8</sup> Por exemplo, Fredie Didier Jr., ainda em 2009 (*Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, v.2, 2009, p.94).

O juiz do caso concreto, sensível às peculiaridades da causa, possui as melhores condições de determinar a quem caberia o ônus da prova, levando em consideração as possibilidades e facilidades das partes para produzir determinada prova (RODRIGUES, 2007, p 244-254).

Não se pode olvidar que há autores que se posicionam desfavoravelmente à essa expressa disposição no CPC/15. Araken de Assis (2015, p. 204-205) defende que o *caput* do artigo 379<sup>9</sup> se transporta como limite aos deveres das partes, ao estabelecer a vedação do *self incrimination* para qualquer hipótese, no mesmo sentido da CR/88. Para ele, a dinamização do ônus probatório implicaria na conduta oposta ao que o aludido artigo proíbe, de modo que o parágrafo 1º do artigo 373 seria inconstitucional.

Contudo, partiremos da premissa de que a distribuição dinâmica do ônus da prova fundamenta-se na paridade de tratamento, isonomia e cooperação processual, normas fundamentais processuais expressamente previstas no CPC/15 (THEODORO JR., 2015, p. 930).

Registre-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz deve seguir certos requisitos, conforme dispõem os parágrafos 1º e 2º do artigo 373 do CPC/15:

Art. 373. [...]

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

Portanto, mister salientar que a dinamização probatória não deve ser aplicada como regra geral, assim como não deve partir do subjetivismo do juiz, reservando-se apenas para situações excepcionais de acordo com as circunstâncias da causa (SILVEIRA, 2015, p. 169).

---

<sup>9</sup> Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: [...].

A redistribuição do ônus da prova dependerá de decisão do juiz, que poderá se dar de ofício ou por provocação, hipótese em que a parte deverá demonstrar sua efetiva dificuldade para produzir a prova e a condição de ser produzida pela outra parte.

A referida técnica possui duas vertentes: material e processual. A primeira está relacionada à (i) impossibilidade ou excessiva dificuldade de produção da prova ou (ii) maior facilidade de ser produzida por uma das partes. Mas em ambos os casos o juiz deverá realizar análise conjunta de ao menos uma condicionante material com os pressupostos processuais.

Para que seja possível sua aplicação, cabe à parte indicar também porque se trata de hipótese que merece aplicação da excepcionalidade em detrimento da regra prevista no *caput* do 373 do CPC/15 (MARINONI, MITIDIERO, ARENHART, 2015, p. 396).

A respeito da impossibilidade ou excessiva dificuldade de produzir provas, é o que a doutrina usualmente denomina de “prova diabólica” e pode decorrer de diversos fatores do caso concreto, como por exemplo, a prova de fato negativo. Nesse caso, deve ficar demonstrada a possibilidade de produção pela parte adversa, sob pena de desvirtuar a sistemática da técnica da dinamização e criar prova diabólica reversa (vedação expressa no §2º do artigo 373).

Sobre a facilidade da parte de produzir determinada prova, este requisito constitui-se como a posição privilegiada assumida por determinado sujeito diante, por exemplo, do conhecimento técnico especial ou por ter em seu poder valiosas fontes de prova (FUGA, 2016, p. 22).

Vale salientar que a dinamização do *onus probandi* pode ser atribuída sobre um fato ou prova específica, ou mesmo sobre a totalidade dos fatos alegados, desde que de acordo com caso concreto. Assim, ordinariamente, não é sobre a totalidade genérica que se trava o debate, mas, sim, sobre a situação fática controvertida, detalhada e justificada pela maior facilidade de ser obtida prova do fato contrário pela parte adversa ou pela impossibilidade ou excessiva dificuldade de provar o fato alegado nos moldes estáticos da lei.

Quanto ao momento processual adequado para a redistribuição do ônus probatório, o artigo 357, III<sup>10</sup>, do diploma processual vigente estabelece que deverá ser realizada no início da instrução processual, mais precisamente na decisão de saneamento e organização do processo.

Todavia, a redistribuição pode ocorrer em outros momentos, desde que seja oportunizado à parte se desincumbir do ônus que tenha sido lhe atribuído, em respeito ao princípio do contraditório (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2015, p. 125)<sup>11</sup>.

Por fim, é imprescindível que o juiz observe o dever de fundamentação das decisões judiciais, disposto no artigo 93, IX, da CR/88 e reproduzido no artigo 489, §1º, do CPC/15<sup>12</sup>, reforçando a necessidade de motivação, sob pena de nulidade da decisão.

Nesse ponto, inclusive, destaca-se que contra a decisão que versa sobre a redistribuição do ônus da prova, é cabível o recurso de agravo de instrumento, nos termos do artigo 1.015, XI, do CPC/15<sup>13</sup>.

## **5 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA POR CONVENÇÃO DAS PARTES**

---

<sup>10</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.

<sup>11</sup> No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. *Ônus da Prova*. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/%2016,MI235364,31047-Onus+da+prova>. Acesso em: 14 ago. 2017.

<sup>12</sup> Art. 489. [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

<sup>13</sup> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º.

A distribuição dinâmica do ônus da prova pode se dar também por convenção das partes, através de típico negócio jurídico processual (GODINHO, 2015, p. 238-239), nos moldes do que estabelecem os parágrafos 3º e 4º do artigo 373 do CPC/15:

Art. 373. [...]

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

Quanto ao momento da convenção, esta pode se dar até mesmo antes do processo, consoante expressa disposição no parágrafo 4º, encerrando discussão que existia sob a égide do CPC/73. Essa previsão extingue o antigo entendimento de que se trataria de negócio extrajudicial, pois, em verdade, cuida de hipótese de negócio jurídico cujos efeitos incidem em procedimento atual ou futuro, sem qualquer restrição de tempo ou espaço (GODINHO, 2015, p. 239).

Merece atenção a concepção de Araken de Assis, que admite, com ressalva, a possibilidade de o negócio jurídico ser realizado previamente ao processo judicial. Para ele, o negócio celebrado antes do processo deve, obrigatoriamente, derivar de contrato com cláusulas predeterminadas e observar a restrição do artigo 373, parágrafo 3º, II, tendo em vista que a ignorância sobre a natureza da futura demanda poderá provocar excessiva dificuldade para uma das partes (ASSIS, 2015, p. 202).

A despeito da ausência de disposição sobre uma forma específica para a celebração de uma convenção, entendemos que a liberdade não é total, porque deverá ser realizada em instrumento escrito, público ou particular, por petição conjunta ou mediante termo nos autos (THEODORO JR., 2015, p 938), devendo estar presentes os requisitos de validade de qualquer outro negócio jurídico processual: agentes capazes, objeto lícito e forma admitida em lei.

Ademais, há vedação expressa acerca da impossibilidade de convenção para distribuir os ônus probatórios nos incisos I e II do aludido parágrafo 3º, no primeiro caso para

evitar a disposição de um direito que é tido por indisponível no ordenamento jurídico (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2015, p. 120). A segunda hipótese está em consonância com o que dispõe o parágrafo 2º do mesmo artigo 373.

## **5 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA E A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS**

Embora a discussão sobre os reflexos da distribuição dinâmica do ônus da prova na ação de produção antecipada de provas (artigos 381 a 383 do CPC/15) seja incipiente, vale pontuar algumas alterações pertinentes às ambas técnicas processuais.

A supracitada ação destina-se ao reconhecimento do direito autônomo à produção de prova antes da fase instrutória do processo para o qual ela seria utilizada. Este instituto sofreu alterações no CPC/15, em que pese sua desvinculação do requisito da urgência, vez que não se encontra no capítulo dos procedimentos cautelares (até mesmo porque esse capítulo foi suprimido no novel diploma processual).

Portanto, a medida probatória autônoma ganha nova função no atual sistema processual, pois pode servir para evitar um litígio ou, até mesmo, para esclarecer os fatos diante da eventual propositura de uma demanda.

Registre-se que o ponto de conexão da ação de produção antecipada de prova com a dinamização do ônus probatório se retrata no parágrafo 2º do artigo 382 do CPC/15, senão vejamos:

Art. 382. [...]

§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

Isso porque, a sentença da ação de produção antecipada de provas tem natureza homologatória, não cabendo ao juiz decidir sobre a ocorrência dos fatos e suas consequências jurídicas. Caberá ao juiz da causa principal a valoração da prova produzida em sede da ação antecipatória.

Para a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, deve o juiz analisar a casuística, a fim de verificar o preenchimento dos requisitos materiais e processuais, logo, discute-se se ele estaria ou não exercendo juízo de valor sobre os fatos alegados.

De um lado, é preciso atentar para o fato de que procedimento de produção antecipada de provas não admite a defesa da parte adversa enquanto a técnica de redistribuição exige o contraditório efetivo.

Lado outro, entendemos pelo reconhecimento da dinamização do ônus da prova também em sede de ação de produção antecipada de provas. Primeiro, pelo argumento de que: “Há, sim, contraditório reduzido, mas não zerado [...] Não se admite discussão em torno da valoração da prova e dos efeitos jurídicos dos fatos probandos – isso será objeto do contraditório em outro processo” (DIDIER JR., BRAGA, OLIVEIRA, 2015, p. 145-146).

Segundo porque, se a regra do ônus probatório perpassa o direito material ao qual alude, alguns casos são dignos de um tratamento diferenciado, pois se assim não fosse, existiria óbice inclusive para verificação do interesse processual da medida antecipatória (YARSHELL, 2009, p. 98).

## **CONCLUSÃO**

Foi possível constatar que o CPC/15 buscou a efetivação do objetivo garantista dos direitos fundamentais consagrados na CR/88. Nesse contexto, progrediu o legislador quanto ao tema da distribuição do ônus da prova ao positivizar a técnica processual de dinamização probatória.

Os estudos realizados, demonstraram que, embora não trate de verdadeira inovação, pois sua aplicação já era reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátrias, andou bem o novel diploma processual ao estabelecer limites conceituais, requisitos autorizadores e o momento adequado para aplicação.

Outrossim, a sistematização da distribuição dinâmica do ônus da prova em artigo autônomo findou o debate sobre a possibilidade de sua aplicação no processo civil brasileiro, além de que fixou sua natureza subsidiária e excepcional frente à regra geral de distribuição estática do *caput* do artigo 373 do CPC/15.

Diante de todo o exposto, percebeu-se que há ainda um longo caminho a ser construído com base no debate doutrinário e jurisprudencial quanto às questões referentes à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo civil brasileiro.

## **REFERÊNCIAS**

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Instituiu o Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm). Acesso em: 10 ago. 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 2.

\_\_\_\_\_; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 3.

FUGA, Bruno A. S. **A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios**. Birigui: Boreal, 2016.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil: teoria geral do processo civil**. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1990, v.1.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A distribuição do ônus da prova no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos**. In: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Kazuo Watanabe. (Org.). **Direito Processual Coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVEIRA, Bruna Braga da. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no CPC-2015**. In: DIDIER JR, Fredie; FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Felix (coord.). **Grandes temas do Novo CPC: direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015.

TALAMINI, Eduardo. **Ônus da Prova**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/%2016,MI235364,31047-Onus+da+prova>. Acesso em: 14 ago. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

YARSHELL, Flávio Luis. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.** São Paulo: Malheiros, 2009.