

A DISTRIBUIÇÃO LEGAL, JURISDICIONAL E CONVENCIONAL DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Fredie Didier Jr.*

RECEBIDO EM:	10.10.2017
APROVADO EM:	20.11.2017

* Livre-docente pela Universidade de São Paulo (USP), pós-doutor pela Universidade de Lisboa, doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), mestre pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), professor associado da Faculdade de Direito da UFBA (graduação, mestrado e doutorado), coordenador do curso de graduação da Faculdade Baiana de Direito, professor visitante da Pontifícia Universidad Católica del Perú, membro da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL), do Instituto Iberoamericano de Direito Processual, do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo e da Associação Brasileira de Direito Processual, advogado e consultor jurídico. E-mail: frediedidier@gmail.com

• FREDIE DIDIER JR.

- **RESUMO:** O texto se propõe a examinar, dogmaticamente, a disciplina normativa do ônus da prova no direito processual civil brasileiro, considerando especialmente o tratamento que lhe foi dispensado pelo Código de Processo Civil vigente desde 2015, como a expressa permissão legal para que o juiz ou mesmo as partes do processo possam, considerando as circunstâncias do caso concreto, estabelecer regra específica sobre o ônus de provar determinado fato. A constante preocupação que envolve o tema se justifica no fato de que sua aplicação possui forte impacto na preservação do equilíbrio entre as partes do processo, de modo a impedir, por exemplo, que a impossibilidade ou o excessivo ônus de produzir uma prova não resulte em negativa de um justo direito devido à parte, denominada prova diabólica. Outra questão que merece destaque no presente artigo diz respeito à prova sobre fatos negativos. A depender da condição do fato negativo, se absoluto ou relativo, a interpretação judicial sobre o ônus de provar poderá produzir resultados distintos.
- **PALAVRAS-CHAVE:** processo civil brasileiro; ônus da prova; fato negativo.
- **ABSTRACT:** The text proposes to examine dogmatically the normative discipline of the burden of proof in Brazilian civil procedural law, especially considering the treatment given to it by the Civil Procedure Code in force since 2015, such as the express legal permission for the judge or even the parties to the proceedings may – considering the circumstances of the case – establish a specific rule on the burden of proving a particular fact. The constant concern that surrounds the theme is justified by the fact that its application has a strong impact on preserving the balance between the parts of the process, in order to prevent, for instance, the impossibility or the excessive burden of proving from not resulting in denial of a lawful right due to the part, called diabolical proof. Another issue that deserves attention in this article concerns to proof of negative facts. Depending on the condition of the negative fact, whether absolute or relative, judicial interpretation of the burden of proving may produce different results.
- **KEYWORDS:** Brazilian civil procedural law; burden of proof; negative facts.

1. Introdução

Os problemas sobre o ônus da prova são universais; desconhece-se ordenamento jurídico que não tente de algum modo resolvê-los.

O novo Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, publicado em 2015, trouxe importantes inovações sobre esse tema¹. A consagração legislativa expressa da possibilidade de o juiz redistribuir o ônus da prova, caso a caso, muito possivelmente seja inédita e, por isso, possa vir a servir como paradigma para outros países.

Este ensaio dedica-se a apresentar os contornos dogmáticos da disciplina do ônus da prova no direito processual civil brasileiro, estruturado pelo CPC de 2015. As referências ao CPC estão relacionadas ao direito brasileiro².

2. Conceito de ônus da prova: dimensões (funções) objetivas e subjetivas

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

Ônus da prova é, pois, o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato. Esse encargo pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes.

A atribuição feita pelo legislador é prévia e estática (invariável de acordo com as peculiaridades da causa); a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é considerada *dinâmica*, porque feita à luz de uma situação concreta.

O legislador, conforme será visto adiante, estabelece abstratamente *quem arca com a falta de prova*; são as chamadas *regras gerais sobre ônus da prova*. Mas essas regras podem ser alteradas, em determinadas circunstâncias, pelo juiz ou, atendidos certos requisitos, por convenção das partes.

As regras de ônus da prova devem ser analisadas a partir de duas perspectivas (dimensões ou funções).

1 Artigo 373 do CPC brasileiro de 2015: “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. § 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. § 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”.

2 A íntegra do CPC brasileiro de 2015 está disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

• FREDIE DIDIER JR.

Numa primeira perspectiva, elas são regras dirigidas aos sujeitos parciais, orientando, como um farol, a sua atividade probatória. Tais regras predeterminam os encargos probatórios, estabelecendo prévia e abstratamente *a quem* cabe o ônus de provar determinadas alegações de fato. Fala-se aí em *ônus subjetivo* ou *função subjetiva* das regras do ônus da prova, que permite “dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato” (CARPES, 2010, p. 52).

O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pesar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa. Fala-se, ao propósito, de ônus da prova, num primeiro sentido (*ônus subjetivo ou formal*) (MOREIRA, 1988, p. 74-75).

Sucedem que é possível que as provas produzidas sejam insuficientes para revelar a verdade dos fatos. Mesmo sem prova, porém, impõe-se ao juiz o dever de julgar – afinal, é vedado é o *non liquet*.

A partir daqui entra a *segunda* perspectiva pela qual se podem enxergar as regras sobre ônus da prova: trata-se de regramento dirigido ao juiz (uma *regra de julgamento*), que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas eventualmente advindas da ausência, ao final da atividade instrutória, de um determinado elemento de prova. Sob esse ângulo, fala-se em *ônus objetivo*^{3,4}.

Em síntese, as regras processuais que disciplinam a distribuição do ônus da prova tanto são regras dirigidas às partes, na medida em que as orientam sobre o que precisam

3 “A circunstância de que, ainda assim, o litígio deva ser decidido torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver provado o fato que lhe aproveitava. Aqui também se alude ao ônus da prova, mas num segundo sentido (*ônus objetivo ou material*)” (MOREIRA, 1988, p. 74-75). “O valor normativo das disposições pertinentes à distribuição do *onus probandi* assume real importância na ausência de prova: em semelhante hipótese é que o juiz há de indagar a qual dos litigantes competia o ônus, para imputar-lhe as consequências desfavoráveis da lacuna existente no material probatório” (MOREIRA, 1977, p. 61).

4 Flávio Luiz Yarshell (2009), a despeito de utilizar essa terminologia, critica a qualificação do ônus da prova em *subjetivo* e *objetivo*. Em sua opinião, “sob o prisma puramente lógico, desvincular essa posição jurídica dos sujeitos parciais importaria descaracterizá-la como um autêntico ônus, que a toda evidência não pode ser de titularidade do juiz (que, no processo, exerce essencialmente poderes e se sujeita a deveres)” (YARSELL, 2009, p. 65). Sucedem que, em nosso entendimento, as qualificações *subjetivo* e *objetivo* não têm por escopo determinar se o ônus é atribuído, respectivamente, às partes ou ao juiz. Falar em ônus sob uma perspectiva *objetiva* não implica atribuí-lo ao juiz. O juiz, naturalmente, não tem ônus de provar nada. O ônus de provar, nos moldes descritos pelo legislador, é *das partes*. O que se quer dizer é que as mesmas regras que disciplinam a distribuição do ônus (que as partes têm) de provar devem servir de parâmetro *objetivo* para que o juiz, ao decidir, possa imputar as consequências negativas de eventual ausência de prova de uma alegação de fato à parte que, desde o princípio, tinha o encargo de prová-la.

provar (*ônus subjetivo*), como também são regras de julgamento dirigidas ao órgão jurisdicional, tendo em vista que o orientam sobre como decidir em caso de insuficiência das provas produzidas (*ônus objetivo*)^{5,6} – o último refúgio para evitar o *non liquet*.

A análise e a eventual aplicação das regras do ônus da prova sob essa perspectiva *objetiva* serão feitas apenas *após* o encerramento da fase instrutória, no momento do julgamento. Somente então o magistrado vai verificar se as alegações de fato estão, ou não, provadas. Quanto àquelas que estão provadas, tem-se entendido que não é determinante, no momento da análise judicial do material probatório, discernir quem produziu a prova trazida aos autos⁷.

Não se deve, porém, minimizar a *importância da função subjetiva* das regras sobre ônus da prova, seja quanto à determinação do comportamento da parte na condução do processo, seja quanto à eventual influência que, sob essa ótica, a análise das provas possa gerar na convicção do magistrado.

Como se verá adiante, exatamente porque as regras de ônus da prova criam expectativas para as partes quanto a uma possível futura decisão é que eventual redistribuição desse ônus (com aplicação da redistribuição judicial do ônus da prova) deve ser feita em momento anterior ao da decisão, de modo a permitir que a parte redimensione a sua participação no processo.

Correta, portanto, a lição de Artur Carpes (2010, p. 54):

[...] se a repartição do ônus da prova possui influência na participação das partes – na medida em que vai servir à estruturação da sua respectiva atividade probatória –, e tal participação constitui elemento fundamental para a construção da decisão justa, não se pode mais minimizar a importância da função subjetiva.

5 Sobre a distinção, ver Carpes (2007, p. 34) e Góes (2005, p. 53).

6 É interessante a correlação do ônus subjetivo e objetivo com os princípios inquisitivo e dispositivo: “Em sentido objetivo, ônus da prova é regra de julgamento, tendo por destinatário o juiz. Assim, no processo penal, é regra, fundada na presunção de inocência, que o juiz deve absolver o réu, não havendo, nos autos, prova da materialidade do crime e da autoria. Nesse sentido, a regra sobre o ônus da prova, nada importando que se trate de processo inquisitorial ou dispositivo. [...] Em sentido subjetivo, a idéia de ônus da prova liga-se mais fortemente aos processos de tipo dispositivo. O ônus da prova é repartido entre as partes, sucumbindo aquela que dele não se desincumbe. Assim como o direito subjetivo se vincula a uma regra de direito objetivo, assim o ônus da prova, em sentido subjetivo, vincula-se a uma regra de julgamento (ônus da prova em sentido objetivo)” (TESHEINER, 2005, p. 355).

7 Assim, Barbosa Moreira (1977, p. 75): “Em última análise, não é o comportamento da parte onerada que está em causa. Os resultados da atividade instrutória são apreciados pelo órgão judicial sem qualquer valoração, positiva ou negativa, desse comportamento. Se persistiu a obscuridade, em nada aproveita à parte onerada alegar que fez, para dissipá-la, tudo que estava ao seu alcance, e portanto nenhuma culpa se lhe pode imputar. Inversamente, se a obscuridade cessou para dar lugar à certeza da ocorrência do fato, em nada prejudica a parte onerada a circunstância de que ela própria não tenha contribuído, sequer com parcela mínima, e ainda que pudesse fazê-lo, para a formação do convencimento judicial, devendo-se o êxito, com exclusividade, a outros fatores [...]”.

• FREDIE DIDIER JR.

Mesmo, porém, no momento *do julgamento*, o chamado *ônus subjetivo da prova* pode, eventualmente, contribuir para influenciar o convencimento do magistrado.

À luz da presença ou da ausência de prova quanto a determinada alegação de fato, pode não ser de todo irrelevante saber quem, em princípio, deveria tê-la produzido. Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 64) lembra, corretamente, que,

[...] na mesma medida em que as declarações da testemunha que favoreçam a parte que a arrolou possam eventualmente ser vistas com algum cepticismo decorrente da mencionada origem, declarações prestadas em desfavor da parte que arrolou podem ser tidas como mais rigorosamente isentas e, portanto, dignas de maior consideração.

Assim, *pode ser* que haja, sim, relevância em analisar se uma prova que está nos autos efetivamente foi carreada por quem, efetivamente, tinha o ônus de trazê-la, ou se uma prova faltante poderia ter sido trazida, com indiscutível facilidade, por uma das partes, ainda que desonerada de fazê-lo. Essa análise pode contribuir para uma leitura do comportamento das partes e para uma avaliação do seu grau de empenho e comprometimento com o processo, o que, somado a outros elementos colhidos nos autos, pode ser determinante para o acolhimento ou rejeição da sua tese (YARSHELL, 2009, p. 62-63).

3. Ônus da prova como regra de julgamento e de aplicação subsidiária

As regras do ônus da prova, em sua *dimensão objetiva*, não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo. São regras de juízo, isto é, *regras de julgamento*: conforme se viu, orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato - vale observar que o sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza.

Mas essas regras só devem ser aplicadas subsidiariamente.

Por essa razão, diz-se que, com o *juízo de verossimilhança*, deixa de existir o motivo para a aplicação de qualquer regra de distribuição do ônus da prova - pois está o juiz autorizado a julgar com base em prova *prima facie* ou prova de verossimilhança; da mesma forma, quando as partes se tenham desincumbido do ônus da prova, não haverá possibilidade de *non liquet* - e, portanto, o juiz julgará de acordo com as provas e seu convencimento (WATANABE, 1998, p. 619).

4. Distribuição legal do ônus da prova

4.1. Generalidades

Como dito anteriormente, o ônus da prova pode ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes. O legislador distribui estática e abstratamente esse encargo (art. 373 do CPC). Segundo a distribuição legislativa, compete, em regra, a cada uma das partes o ônus de fornecer os elementos de prova das alegações de fato que fizer.

A parte que alega deve buscar os meios necessários para convencer o juiz da veracidade do fato deduzido como base da sua pretensão/exceção, afinal é a maior interessada no seu reconhecimento e acolhimento.

O CPC, ao distribuir o ônus da prova, levou em consideração três fatores: 1. a posição da parte na causa (se autor ou réu); 2. a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); 3. e o interesse em provar o fato. Assim, ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo desse mesmo direito (art. 373 do CPC).

Dessa forma, é possível classificar os fatos deduzidos, quanto à sua natureza e ao efeito jurídico que podem produzir, em constitutivos, modificativos, impeditivos ou extintivos.

O *fato constitutivo* é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe o suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. Como é o autor que pretende o reconhecimento desse seu direito, cabe a ele provar o fato que determinou seu nascimento. Por exemplo: um contrato de locação e seu inadimplemento são fatos constitutivos do direito de restituição da coisa locada; um testamento e o falecimento do testador geram direito à sucessão; um ato ilícito e culposo, causador de dano, faz nascer direito de indenização etc.

O réu pode defender-se simplesmente negando os fatos trazidos pelo autor, quando sobre ele, a princípio, não pesa qualquer ônus de prova - sem excluir a possibilidade de contraprova mencionada a seguir. Trata-se da chamada *defesa direta*.

Mas se trazer *fatos novos (defesa indireta)*, aptos a modificar o direito do autor, extingui-lo ou impedir que ele nasça, cabe-lhe o encargo legal de prová-los, afinal de contas é seu interesse que esse direito não seja reconhecido.

A posição do réu é, nesse sentido, até cômoda, dentro do processo, vez que sobre ele só recairá o ônus de provar, quando demonstrado o fato constitutivo do direito pelo

• FREDIE DIDIER JR.

autor (CHIOVENDA, 1969, p. 379; CAMBI, 2006, p. 324). Sem prova do fato gerador de seu direito, o autor inevitavelmente sucumbe - independentemente de qualquer esforço probatório do réu. Na verdade, só se exige esforço probatório do réu em duas situações: 1. provado o fato constitutivo do direito do autor, cabe ao réu provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo desse direito, eventualmente alegado; ou 2. provado o fato constitutivo do direito do autor, se o réu se limitou a negá-lo, sem aduzir nada de novo, cabe-lhe fazer a *contraprova*, de forma a demonstrar o contrário. A *contraprova* pode servir tanto para revelar a ilegitimidade formal ou material da prova trazida pelo autor sobre o fato como para afastar a ocorrência do próprio fato (CHIOVENDA, 1969, p. 380).

O réu pode deduzir três tipos de fatos novos: extintivo, impeditivo ou modificativo do direito afirmado⁸. A prova de todos esses *fatos novos*, que, de alguma forma, abalam o direito afirmado pelo autor, é encargo do réu.

O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito - tal como o pagamento, a compensação e a decadência legal.

Pode ser *conatural* ao direito, já nascendo com ele - por exemplo: confere-se o direito ou seu exercício até certo termo (determinado por prazo prescricional ou decadal), cuja ocorrência gera extinção do direito - ou *sucessivo*, posterior ao seu nascimento (por exemplo: pagamento ou compensação). Mas o fato extintivo conatural ao direito pode ser neutralizado temporariamente com a superveniência de um fato novo que reforce o fato constitutivo, tal como a interrupção da prescrição (CHIOVENDA, 1969, p. 8).

O *fato impeditivo* é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça - tal como a incapacidade, o erro, o desequilíbrio contratual.

Pode ser *conatural* ao fato gerador - como o desequilíbrio contratual ou a ausência de boa-fé na conclusão de um negócio - ou a ele *antecedente*, anterior - tal como a incapacidade. Mas, jamais, será sucessivo ou posterior. Isso porque está sempre ligado à ausência de requisito de validade do ato gerador.

Chiovenda (1969, p. 8-9) explica que, para o nascimento de um direito, é necessária a presença de: 1. causas *eficientes*, que são circunstâncias que têm por função específica dar nascimento ao direito - compõem o próprio fato constitutivo do direito; e 2. causas *concorrentes*, que são circunstâncias que devem concorrer para que o fato constitutivo (causa eficiente) produza seu efeito regular (dar nascimento ao direito) e cuja ausência obsta sua produção - isto é, são fatos impeditivos do direito.

8 Conceitos baseados nas lições de Chiovenda (1969, p. 7 et seq).

O fato *impeditivo* é um fato de natureza negativa; é a falta de uma circunstância (causa concorrente) que deveria concorrer para que o fato constitutivo produzisse seus efeitos normais. Por isso, em qualquer caso, tanto a presença de fatos constitutivos (causa eficiente) como a ausência de fatos impeditivos (presença de causa concorrente) “são igualmente necessárias à existência do direito” (CHIOVENDA, 1969, p. 10). É o que se observa não só no contexto dos fenômenos jurídicos, como também dos fenômenos naturais, como demonstra o autor italiano já citado.

Constata-se que, no âmbito dos fenômenos jurídicos, se enquadra como fato impeditivo do nascimento de um direito, em regra, a ausência dos requisitos de validade do fato gerador (sempre ato jurídico) e como fato constitutivo do direito a presença dos seus pressupostos de existência.

O *fato modificativo*, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo - tal como a moratória concedida ao devedor.

Essa é, porém, apenas a regra geral que estrutura o processo civil brasileiro.

A distribuição do ônus da prova pode ser feita *dinamicamente*, à luz das circunstâncias do caso, ora pelo juiz, ora pelas próprias partes.

4.2. A “inversão *ope legis*” do ônus da prova

Há casos em que o legislador altera a regra geral e cria hipóteses excepcionais de distribuição do ônus da prova - ao autor não caberia o ônus da prova do fato constitutivo, por exemplo. Há quem denomine esses casos de inversão *ope legis* do ônus da prova. É uma técnica de redimensionamento das regras do ônus da prova, em homenagem ao princípio da adequação.

A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, *aprioristicamente*, isto é, independentemente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 373 do CPC.

Rigorosamente, não há aí qualquer *inversão*⁹; há, tão somente, uma exceção legal à regra genérica do ônus da prova. É, pois, igualmente, uma norma que trata do ônus *da prova*, excepcionando a regra contida no art. 373 do CPC. Por conta disso, é também

9 “Inversão do ônus da prova é técnica processual, e parte do pressuposto de que o ônus pertenceria, à data da propositura da demanda, àquele contra quem foi feita a inversão. Não devem ser tomadas como inversão do ônus da prova, senão como simples distribuição do encargo probatório, as regras de direito material que abstratamente prevêem que em determinados casos especificados na lei o encargo sobre determinados fatos é desta ou daquela parte no processo. É o que acontece no art. 38 do CDC, onde não se tem, a rigor, inversão do ônus de provar, já que a regra da distribuição é esta que o legislador determinou. Inversão há quando se inicia com um encargo e se o altera no curso do processo” (RODRIGUES, p. 208).

• FREDIE DIDIER JR.

uma regra de julgamento: ao fim do litígio, o juiz observará se as partes se desincumbiram dos seus respectivos ônus processuais, só que, em vez de aplicar o art. 373 do CPC, aplicará o dispositivo legal específico.

A inversão *ope legis* do ônus da prova é um caso de *presunção legal relativa*. A parte que alega o fato está dispensada de prová-la. Cabe à outra parte o ônus da prova de que o fato não ocorreu

Bom exemplo de inversão *ope legis* é o da prova de propaganda enganosa, em causas de consumo.

O art. 38 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) determina que o ônus da prova da veracidade e da correção da informação ou comunicação publicitárias cabe a quem as patrocina. A regra do ônus da prova para determinar a correção ou veracidade da informação publicitária é a de que cabe ao fornecedor – o patrocinador da publicidade, o anunciante, que é quem contrata a campanha das agências e dos veículos e quem se beneficia da mensagem publicitária – fazer a prova.

4.3. Prova diabólica. Prova duplamente diabólica

A prova diabólica¹⁰ é aquela cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil. Trata-se de “expressão que se encontra na doutrina para fazer referência àqueles casos em que a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato é extremamente difícil, nenhum meio de prova sendo capaz de permitir tal demonstração” (CÂMARA, 2005, p. 12).

Um bom exemplo de prova diabólica é a do autor da ação de usucapião especial, que teria de fazer prova do fato de não ser proprietário de nenhum outro imóvel (presuposto para essa espécie de usucapião). É prova impossível de ser feita, pois o autor teria de juntar certidões negativas de todos os cartórios de registro de imóvel do mundo. Outro exemplo de prova diabólica são os “factos que ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito” (SILVA; REIS, 2013, p. 157).

Há quem use a expressão para designar a prova de algo que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo (CÂMARA, 2005, p. 12).

Sucedem que *nem toda prova diabólica se refere a fato negativo* – basta pensar, por exemplo, que nem sempre o autor terá acesso à documentação que corrobora a existência de um vínculo contratual (fato positivo), em sede de uma ação revisional. E nem todo fato negativo é impossível de ser provado, demandando prova diabólica (por exemplo: certidões negativas emitidas por autoridade fiscal).

10 Também chamada “prova difícil” (cf. SILVA, REIS, 2013).

Quando se está diante de uma prova diabólica, algumas soluções podem ser adotadas. Dentre essas soluções, pode-se utilizar a prova indiciária, a prova por amostragem ou ainda a chamada *probatio levior*¹¹. Em outras palavras, esse “abaixamento do grau de convicção” de que fala o excerto transcrito quer dizer que o magistrado estaria autorizado a, diante de certos fatos cuja prova é difícil, reputá-los ocorridos com base num juízo de aparência, calcado nas máximas de experiência.

Pode ser, no entanto, que a prova seja insuscetível de ser produzida por aquele que deveria fazê-lo, de acordo com a lei, mas apta a ser realizada pelo outro. Nessa hipótese, caso as próprias partes não tenham convencionado validamente a distribuição do ônus da prova de modo diverso ao estabelecido pelo legislador, poderá o juiz distribuí-lo dinamicamente, caso a caso, na fase de saneamento ou instrutória – em tempo de o onerado dele desincumbir-se.

É o caso da prova *unilateralmente diabólica*, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas viável para a outra.

No entanto, existem situações em que a prova do fato é impossível ou muito difícil para ambas as partes – é *bilateralmente diabólica*. É o que Marinoni (2007) chama de “situação de inescclarecibilidade”. Em tais casos, não cabe ao juiz manter o ônus da prova com aquele que alegou o fato, tampouco invertê-lo, na fase de saneamento (ou probatória), para atribuí-lo ao seu adversário (art. 373, § 2º, do CPC).

Em razão disso, ao fim da instrução, o juiz pode não chegar a um grau mínimo de convicção, e uma das partes deverá arcar com as consequências gravosas desse seu estado de dúvida – afinal, é vedado o *non liquet*.

Para definir qual será sua regra de julgamento (ônus objetivo), cabe ao juiz verificar, ao fim da instrução, qual das partes assumiu o “risco de inescclarecibilidade”, submetendo-se à possibilidade de uma decisão desfavorável.

Assim, se o fato insuscetível de prova for constitutivo do direito do autor: 1. e o autor assumiu o risco de inviabilidade probatória (“inesclarecibilidade”), o juiz, na sentença, deve aplicar a regra legal (art. 373 do CPC) do ônus da prova (regra de julgamento) e dar pela improcedência; 2. Mas, se foi o réu que assumiu o dito risco, o juiz deve, depois da instrução e antes da sentença, inverter o ônus da prova e intimá-lo (o réu) para que se manifeste, para, só então, dar pela procedência (MARINONI, 2007, p. 7-8).

11 “Outro instrumento de reacção à prova difícil é trazido pela degradação ou abaixamento do grau de convicção necessário acerca da correspondência entre o relato e a realidade de um facto para que a decisão o possa aceitar como verificado para, com base nesta conclusão, decidir. Estamos, em cheio, no domínio da *probatio levior*” (SILVA; REIS, 2013, p. 159).

• FREDIE DIDIER JR.

Tome-se o seguinte exemplo, extraído da doutrina de Gerhard Walter (1985, p. 277-278). Um nadador iniciante faleceu na piscina de um clube social (de nadadores), de grande profundidade, que jamais fora identificada ou sinalizada como imprópria para os neófitos – como determinam as leis. Seus familiares ajuizaram ação indenizatória em face do clube social sob o argumento de que a vítima morreu afogada. O clube social, em sua defesa, sustenta que o falecimento se deu por um colapso cardíaco ou circulatório, o que é fato natural excludente denexo de causalidade. Ao longo do processo, constatou-se que nenhum dos fatos (afogamento ou colapso) era passível de prova – sequer por indício –, imperando a dúvida, uma “situação de inescurecimento”. Perceba-se, contudo, que o clube social, ao furtar-se de cumprir seu dever legal de definir a piscina como imprópria para uso de iniciantes, aceitou o risco de causar acidentes desse viés e produzir dano, bem como o risco de não deter meio de prova apto a excluir o nexo de causalidade entre o descumprimento do seu dever de proteção/prevenção (com sinalização devida) e o acidente fatal. Assumiu, pois, o risco da “inesclarecimento”, devendo o julgador inverter o ônus da prova, antes da sentença – em tempo de exercer o contraditório –, para, em seguida, condená-lo a indenizar a vítima. Parece que, nesses casos, estaria o juiz valendo-se de prova *prima facie*: pauta-se no que usualmente ocorre (máxima de experiência) para presumir o afogamento. Calca-se nas regras de experiência, para se convencer da ocorrência do fato não provado. Talvez aqui se encaixe, com perfeição, a visão de Kazuo Watanabe (1998) exposta linhas atrás de que a inversão do ônus da prova nada mais é do que um julgamento por verossimilhança – que é aquele promovido pela prova de primeira aparência ou por verossimilhança (prova *prima facie*).

4.4. Ônus da prova de fato negativo

Fato negativo pode ser objeto de prova.

Atualmente, a ideia de que os *fatos negativos* não precisam ser provados (*negativa non sunt probanda*) há muito já não tem valor¹². Todo fato negativo corresponde a um fato positivo (afirmativo) e vice-versa. Se não é possível provar a negativa, nada impede que se prove a afirmativa correspondente.

É preciso distinguir, entretanto, as negativas *absolutas* das *relativas*.

12 “Em primeiro lugar, em muitíssimos casos, não se saberia como aplicá-lo. Qual é o fato positivo, qual é o fato negativo? Qual é a afirmativa, qual é a negativa? Via de regra, toda afirmação é, ao mesmo tempo, uma negação: quando se atribui a uma coisa um predicado, negam-se todos os predicados contrários ou diversos dessa coisa” (CHIOVENDA, 1969, p. 377). Sobre o tema, ver Alvim (2003, p. 495) e Góes (2005, p. 70).

A *negativa absoluta* é a afirmação pura de um não fato, indefinida no tempo e/ou no espaço (por exemplo: jamais usou um “biquíni de lacinho”).

Já a *negativa relativa* é afirmação de um não fato, definida no tempo e/ou no espaço, justificada pela ocorrência de um fato positivo – fácil de perceber quando nos lembramos dos “álbis” (por exemplo: na noite do *réveillon*, não cometeu adultério no apartamento 501, do Hotel Copacabana, pois estava hospedada com amigas no Eco Resort, na Praia do Forte, na Bahia).

Por isso, diz-se, atualmente, que somente os fatos *absolutamente* negativos (negativas absolutas/indefinidas) são insuscetíveis de prova – e não pela sua negatividade, mas, sim, pela sua indefinição (LOPES, 2007, p. 32-33; GÓES, 2005, p. 70).

Para um fato ser probando, é indispensável que seja ele *determinado*, isto é, identificado no tempo e no espaço. É dessa regra que resulta não ser o fato indeterminado ou indefinido passível de prova. Não é possível, por exemplo, provar que a parte nunca esteve no município de São Paulo. Nesses casos, o ônus probatório é de quem alegou o fato positivo de que ela (a parte) esteve lá.

Em alguns casos, a negativa absoluta e indefinida pode ser provada – ou, ao menos, presumida –, a partir do uso de mecanismos específicos. É possível provar, por exemplo, a inexistência de contas bancárias em nome de determinada pessoa, com uma declaração do Banco Central. Um meio de prova de que “não há débitos fiscais pendentes” é a chamada “certidão negativa”, expedida pelas autoridades fiscais. A viabilidade de demonstração de negativas indefinidas deve-se, sobretudo, ao fato de existirem certos órgãos centralizadores de dados, informações e registros, aptos a atestar fatos desse viés – muitos deles estatais (por exemplo: Receita Federal, cartórios de imóveis etc.). No mais, inegável é a possibilidade de prova de negativa absoluta por confissão extraída em depoimento pessoal.

Já os fatos relativamente negativos (negativas definidas/relativas) são aptos a serem provados. Se alguém afirma, por exemplo, que, em 9 de dezembro, não compareceu à academia pela manhã, porque foi ao médico, é possível provar indiretamente a não ida à academia (não fato), se houver comprovação de que esteve toda a manhã no consultório médico¹³.

Para Arruda Alvim (2003, p. 495), nesse caso (o das negativas relativas), o ônus da prova será bilateral (de ambas as partes), o que não parece adequado, pois esse tipo de

13 Nas *Ordenações Filipinas*, Livro III, Título LIII, § 10, encontrava-se curiosa regra nesse sentido: “Posto que seja regra que a negativa não se pode provar, e por conseguinte se não pode articular, essa regra não é sempre verdadeira, porque bem se pode provar se é coartada a certo tempo e certo lugar, e bem assim se pode provar se é negativa que se resolve em afirmativa e pode-se ainda provar por confissão da parte feita em depoimento”.

• FREDIE DIDIER JR.

ônus “compartilhado” não funciona como regra de julgamento. Ora, como deve o juiz julgar a causa se nenhuma das partes se desincumbiu do seu ônus (imposto a ambas)? O ônus de prova tem de ser unilateral.

Assim, nesse particular, é preciso distinguir duas diferentes hipóteses.

Quando a parte deduz uma *negativa relativa* como *não fato constitutivo do seu direito*, cabe a ela o ônus de demonstrar indiretamente sua não ocorrência, com a prova do fato positivo correlato. Por exemplo, se um indivíduo pretende afastar judicialmente uma multa de trânsito (direito potestativo), sob o argumento de que não conversava ao telefone, na condução do seu veículo, no dia 12 de novembro de 2007, às 9 horas, na Avenida Otávio Mangabeira (fato negativo), porque estava com seu veículo estacionado, nesse mesmo momento, em determinado estacionamento público, em frente à Casa do Comércio (fato positivo), cabe-lhe o encargo de provar, de forma indireta, o fato negativo, com a demonstração do fato positivo que a ele corresponde.

Mas é possível que a parte deduza *negativa relativa*, em sua defesa, para *desmentir fato constitutivo do direito do seu adversário*; nega o fato trazido pela contraparte, fazendo, simultaneamente, uma afirmação de fato positivo que demonstra a sua não ocorrência.

O ônus é unilateral e pode o juiz agir de duas diferentes formas: 1. ou mantém a regra legal de ônus de prova, que impõe ao autor o encargo de provar o fato constitutivo do seu direito (art. 373, I, do CPC) – já que, feita a prova pelo autor, só resta ao réu a possibilidade de contraprova; 2. ou, percebendo que o adversário (réu) tem melhores condições de atender ao encargo probatório, inverte o ônus da prova (na fase de saneamento ou instrução) – distribuindo dinamicamente o ônus da prova, como será visto em item a seguir –, para que ele (réu) prove o contrário, ainda que de forma indireta, com a demonstração do fato positivo (e novo) por ele aduzido.

Imagine-se que o autor afirmou que o réu conduzia seu veículo em alta velocidade na Avenida Anita Garibaldi, na manhã do dia 2 de junho de 2007, e o atropelou (fato positivo constitutivo do seu direito). O réu, em sua defesa, assevera que não estava na condução do seu carro no dia e na hora apontados (fato negativo), pois já o tinha transferido, nessa data, a terceiro (fato positivo correlato)¹⁴. Aplica-se, como dito, a regra geral (art. 373, I, do CPC), cabendo ao autor provar o fato constitutivo do seu direito – o

14 Para Leo Rosenberg (2002), a prova de não fato não é tão difícil quanto se afirma em nossa doutrina. Basta se comprovar a ocorrência ou não das circunstâncias que falam em favor do fato positivo correlato: “*Pero se em algún caso la comprobación de la no existencia de un hecho resultara especialmente difícil, y, en cambio, muy fácil la comprobación de su existencia, el tribunal podrá y deberá tomar la circunstancia de que el adversario no su ministra la prueba de la inexistencia y nisi quiera trata de su ministrarla, como motivo para declarar lè inexistència del hechogracias a su libre apreciación de laprueba*” (ROSENBERG, 2002, p. 378). Mas em nenhum caso, conclui, a dificuldade de fornecer a prova pode levar a uma modificação das regras de ônus de prova, conclusão com a qual não se concorda, como se verá adiante.

que não exclui a possibilidade de o juiz distribuir dinamicamente o ônus da prova, por considerar que a outra parte tem melhores condições de provar o contrário.

5. Distribuição convencional do ônus da prova

O § 3º do art. 373 do CPC permite que as próprias partes distribuam o ônus da prova mediante convenção¹⁵, que pode ser firmada antes ou mesmo no curso do processo (art. 373, § 4º).

Tem-se aí típico *negócio jurídico processual*.

A convenção pode recair sobre o ônus da prova de qualquer fato. Pode tratar-se de fato simples ou de fato jurídico; fato relativo a negócio jurídico ou a vínculo extracontratual; fato lícito ou ilícito etc. Não há razão para restringir essa convenção a fatos do próprio negócio em que a convenção porventura esteja inserida.

A convenção sobre o ônus da prova pode ser, aliás, um negócio jurídico autônomo, sem qualquer relação com um negócio anterior – e a possibilidade de essa convenção realizar-se na pendência de um processo reforça essa conclusão.

É passível de invalidação, entretanto, a convenção sobre ônus da prova quando: 1. recair sobre direito indisponível da parte (art. 373, § 3º, I); 2. tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (art. 373, § 3º, II). Esse negócio jurídico, então, pode ser realizado tanto extrajudicial como judicialmente, após o início do processo.

Bem analisadas essas situações, parece-nos que bastaria ao legislador tratar da segunda hipótese: é vedada a convenção sobre ônus da prova que torne excessivamente difícil o exercício de um direito – o que vale para os direitos *disponíveis* ou *indisponíveis*. Sim, porque se a convenção firmada recai sobre fatos ligados a direito indisponível tornando *mais fácil* para a parte a comprovação desses fatos, obviamente que ela não poderia ser invalidada (cf. MOUZALAS; ATAÍDEJR., 2015, p. 410). O que o inciso I pretende é evitar que um direito indisponível deixe de ser exercido por dificuldades quanto à prova dos fatos que lhe são subjacentes – caso em que a convenção sobre o ônus da prova poderia representar, por via oblíqua, a própria disponibilidade do direito (cf. MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 125).

Exemplo de convenção que recai sobre fato ligado a direito indisponível e é, nada obstante, válida: em termo de ajustamento de conduta (negócio jurídico para a solução de problemas relativos aos direitos coletivos), determinada empresa se compromete a adequar o seu processo produtivo às diretrizes de proteção ao meio ambiente, assumindo

15 Sobre o tema, ver o excelente trabalho de Godinho (2015).

• FREDIE DIDIER JR.

o ônus de, na hipótese de ser demandada, provar que as providências adotadas e os materiais utilizados não agredem o equilíbrio do meio ambiente.

Percebe-se que, no contexto, se discute direito indisponível (direito fundamental ao meio ambiente equilibrado) e a convenção recai sobre fato a ele vinculado (atos de degradação do meio ambiente), mas não compromete o seu exercício - aliás, facilita-o.

A convenção sobre ônus da prova é útil exatamente nos mesmos casos em que se permite a distribuição feita pelo juiz, conforme será visto adiante.

O art. 51, VI, do CDC cuida da nulidade de convenção quando imponha ao consumidor o ônus da prova das suas alegações. Trata-se de norma que complementa o disposto no CPC. É como se houvesse um terceiro inciso no § 3º do art. 373 do CPC. Esse dispositivo “não proíbe a convenção sobre o ônus da prova, mas, sim, tacha de nula a convenção, se trazer prejuízo ao consumidor” (NERY JR, 1998, p. 416).

Uma vez firmada a convenção, e desde que satisfeitos os requisitos de validade, ela é imediatamente eficaz. Aplica-se aqui o disposto no art. 200 do CPC: é desnecessária a homologação pelo juiz para que o negócio seja imediata e plenamente eficaz.

É relevante destacar que as convenções sobre o ônus da prova não impedem a utilização da iniciativa probatória do magistrado (DONOSO, 2007, p. 61)¹⁶. Realizado o negócio probatório, permanece a possibilidade de atuação do magistrado, que pode realizar atividade probatória, desde que em seus limites, tendo tal convenção processual influência apenas na aplicação do ônus objetivo da prova, se for o caso.

Tendo em vista essa situação, certa doutrina defende a inoperância da inversão negocial, pois os poderes instrutórios do magistrado prevaleceriam sobre essa convenção, sendo possível ao magistrado determinar a produção das provas ainda que as partes houvessem pactuado diversamente (SANTOS, 2002, p. 70-71). Ocorre que esse posicionamento doutrinário encontra-se em desacordo com a lógica probatória: a disposição refere-se ao ônus objetivo e não ao sujeito que deverá produzir a prova - que, por conta da regra de aquisição processual da prova, é questão irrelevante quando há suficiência probatória (MACÊDO; PEIXOTO, 2015, p. 485).

Na verdade, assumindo o referido posicionamento, qualquer modalidade de inversão ou dinamização probatória tornar-se-ia inútil. Em nenhuma das possibilidades de dinamização é impedida a atividade probatória do órgão julgador¹⁷. Acontece que, havendo essa inversão, há natural modificação na atuação probatória das partes - ônus

¹⁶ O art. 333 do CPC de 1973 corresponde ao art. 373 do CPC de 2015.

¹⁷ Nesse exato sentido, já afirmou o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) que “A inversão do ônus da prova não é incompatível com a atividade instrutória do juiz reconhecida no artigo 130 do Código de Processo Civil” (STJ, REsp 696.816/RJ, 3ª Turma, relator: ministro Sidnei Beneti, julgado em: 6.10.2009, publicado DJe de 29.10.2009). O art. 130 do CPC de 1973 corresponde ao art. 370 do CPC de 2015.

subjetivo – como também a modificação de quem arcará com os riscos de não se desincumbir do ônus probatório – ônus objetivo –, mas nada dispõe sobre os poderes probatórios do magistrado (MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 126-127).

A doutrina brasileira não prestigia a distribuição convencional do ônus da prova, embora se empolgue com a distribuição judicial do ônus da prova, como se verá adiante. Tem razão Robson Renault Godinho (2015, p. 60) quando manifesta o seu estranhamento quanto ao fato de que “praticamente não se vê a referência à participação das partes na fixação da disciplina concreta de seus encargos”. O autor enxerga aí um sintoma da negligência com que se vem tratando a questão da autonomia privada no processo, especialmente em matéria probatória, em cujo regulamento se pode ver um dispositivo que expressamente prevê a possibilidade de as partes, convencionalmente, promoverem uma distribuição do ônus da prova de modo distinto daquele previsto na lei. Ele continua:

Realmente, é revelador que se identifique a insuficiência das regras abstratas de distribuição do ônus da prova, escrevam-se laudas sobre a necessidade de uma “teoria dinâmica” da carga probatória, prevejam-se modificações legislativas nesse sentido, decisões sufraguem a teoria e prosiga um silêncio – que em certo modo é eloquente – sobre a autonomia das partes para regulação da matéria, inclusive em conjunto com o juiz e, se for o caso, o membro do Ministério Público. Afigura-se sintomático que se pleiteie a dinamização do ônus da prova e se ignore a possibilidade de as partes disciplinarem os respectivos encargos (GODINHO, 2015, p. 34).

6. Distribuição do ônus da prova feita pelo juiz

6.1. Generalidades

O legislador brasileiro autoriza o juiz a, preenchidos certos pressupostos, redistribuir o ônus da prova, diante de peculiaridades do caso concreto. A redistribuição é feita caso a caso. É chamada, por isso, de *distribuição dinâmica do ônus da prova* – embora, como já se viu, também seja dinâmica a distribuição feita por convenção das partes. A redistribuição judicial do ônus da prova pode ser feita de ofício e é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, XI, do CPC).

É preciso destacar que a regra é a distribuição legal do ônus da prova; a dinamização depende de decisão do magistrado, seja de ofício, seja a requerimento de uma das partes. Ou seja, a dinamização é excepcional e depende do reconhecimento dos pressupostos do § 1º do art. 373 (MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 232-234; SILVA, 2014, p. 552).

A técnica é consagração do princípio da igualdade e do princípio da adequação.

• FREDIE DIDIER JR.

Visa-se ao equilíbrio das partes (art. 7º do CPC): o ônus da prova deve ficar com aquele que, no caso concreto, tem condições de suportá-lo¹⁸.

O processo deve, ainda, ser adequado às peculiaridades do caso, sempre que a regra geral se revelar com elas incompatível.

O CPC prevê a possibilidade de distribuição do ônus da prova pelo juiz. O CDC também o faz, para as causas de consumo – e sempre em favor do consumidor; a previsão do CPC não faz distinção em relação ao beneficiário da inversão, que pode ser o autor ou a parte.

Essa regra do CPC é, por isso, uma regra geral. Este item examinará as duas.

De todo modo, ambas devem observar pressupostos *formais*. Assim, primeiramente serão examinados os pressupostos formais para a distribuição dinâmica do ônus da prova feita pelo juiz e, em seguida, os pressupostos materiais, específicos de cada uma das hipóteses.

É importante registrar, finalmente, que a norma jurídica que autoriza a redistribuição do ônus da prova pelo juiz não se confunde com a norma jurídica que atribui ônus da prova a uma das partes. A segunda é, como se viu, uma norma de julgamento, que serve para que o juiz possa decidir a causa em situações de ausência de prova; a primeira é uma regra que autoriza o órgão julgador a alterar as regras de ônus da prova. Não se pode confundir *a regra que se inverte* com *a regra que autoriza a inversão*. A regra que autoriza a distribuição judicial do ônus da prova é regra de procedimento, e não de julgamento (cf. CÂMARA, 2005, p. 11; MARINONI, 2007, p. 5-7; KNIJNIK, 2007, p. 182-183; CAMBI, 2006, p. 343).

6.2. Pressupostos formais gerais

A redistribuição do ônus da prova pelo juiz depende da observância de três pressupostos formais.

6.2.1. Decisão motivada

A redistribuição deve ser feita em decisão motivada (art. 373, § 1º, do CPC). Embora prevista expressamente no CPC, a exigência de motivação para a decisão que redistribua o ônus da prova é um imperativo do art. 93, IX, da Constituição Federal.

É preciso atentar, ainda, para um aspecto muito importante: as hipóteses normativas que autorizam a distribuição do ônus da prova pelo juiz são recheadas de conceitos

18 Nesse particular, Manuel Domínguez (2009, p. 122-123) chama a atenção para a necessidade de cautela ao se considerar a facilidade/dificuldade probatória como critério de distribuição. Facilidade e dificuldade são termos que podem prestar-se a abusos, alerta. Sustenta, ainda, que a distribuição judicial deve complementar a distribuição legal, só podendo ser utilizada em casos extremos – em que as regras objetivas sejam inaplicáveis ou conduzam a resultados manifestamente injustos.

jurídicos indeterminados. O inciso II do § 1º do art. 489 do CPC reputa como não fundamentada a decisão que “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

É interessante, ainda, o posicionamento de Eduardo Cambi (2006, p. 420) que, embora se refira à redistribuição feita em causas de consumo, serve como orientação geral: o juiz, ao inverter o ônus da prova, deve fazê-lo sobre fato ou fatos específicos, referindo-se a eles expressamente; deve evitar a inversão do *onus probandi* para todos os fatos que beneficiam ao consumidor, de forma ampla e indeterminada, pois acabaria colocando sobre o fornecedor o encargo de provar negativa absoluta ou indefinida, o que é imposição diabólica.

Para além de apontar as premissas fáticas da dinamização, a exemplo do predomínio das técnicas necessárias, o julgador deverá sempre discriminar sobre que fatos se aplicará a modificação probatória. Se a regra geral é a distribuição legal, os fatos não referidos expressamente na decisão do juiz não terão seus encargos probatórios alterados (MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 420).

6.2.2. Momento da redistribuição

O juiz deve redistribuir o ônus da prova *antes de proferir a decisão*, de modo que a parte possa se desincumbir do novo ônus que lhe foi atribuído. Essa exigência está expressamente prevista na parte final do § 1º do art. 373 do CPC, mas *é aplicável a qualquer hipótese de redistribuição judicial do ônus da prova, inclusive nas causas de consumo*.

Trata-se de exigência que prestigia a *dimensão subjetiva* do ônus da prova e, com isso, concretiza o princípio do contraditório.

O momento da redistribuição pode ser qualquer um, desde que permita à parte se desincumbir do ônus que acaba de lhe ser atribuído. No entanto, parece ser mais oportuna a redistribuição feita por ocasião da decisão de saneamento e organização do processo, como, aliás, expressamente indica o art. 357, III, do CPC.

É bom que fique claro: não é possível a *inversão judicial do ônus da prova* feita na sentença.

Se fosse lícito ao magistrado operar a inversão do ônus da prova no exato momento da sentença, ocorreria a peculiar situação de, simultaneamente, se atribuir um ônus ao réu, e negar-lhe a possibilidade de desincumbir-se do encargo que antes inexistia (GIDI, 1995, p. 38)¹⁹.

19 No mesmo sentido, quanto ao momento da inversão judicial, ver Cambi (2006, p. 418 et seq.), Carpes (2007, p. 40 et seq.), Alves (2007, p. 212-213), Miranda Netto (2009, p. 217-218) e Mendes Jr. (2004, p. 89).

• FREDIE DIDIER JR.

O processo cooperativo (art. 6º do CPC) exige que a modificação do ônus da prova respeite a necessidade da prévia informação às partes dos novos encargos probatórios e permitir a atuação da parte para desincumbir-se do novo ônus a ela imposto (MACÊDO; PEIXOTO, p. 214; YARSHELL, 2009, p. 83).

Por outro lado, exigir que a parte, apenas por vislumbrar uma possível inversão judicial do ônus da prova em seu desfavor, faça prova tanto dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos que eventualmente alegar, como da inexistência do fato constitutivo do direito do autor, é transformar em regra geral aquilo que foi pensado para ser aplicado *caso a caso*; ou seja, é considerar que a possibilidade de inversão feita pelo juiz equivale à distribuição do ônus da prova feita pelo legislador.

Se isso acontecer, a decisão é nula, por violação ao contraditório.

A previsão da parte final do § 1º do art. 373 do CPC encerra, assim, longa discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito do assunto. No Superior Tribunal de Justiça²⁰, o tema já havia sido resolvido, no sentido apontado no texto e defendido desde a sua sempre: regra de inversão judicial do ônus da prova é regra de procedimento e, por isso, deve ser aplicada *antes da decisão*²¹. A leitura dessa decisão é imprescindível para a compreensão histórica da discussão²².

6.2.3. Proibição de a redistribuição implicar prova diabólica reversa

A redistribuição judicial do ônus da prova não é permitida se implicar prova diabólica para a parte que agora passa a ter o ônus (art. 373, § 2º, do CPC). Trata-se de um pressuposto negativo para a sua aplicação prática.

Exatamente porque a existência de prova diabólica é muita vez o seu principal fundamento, a redistribuição judicial do ônus da prova não pode implicar uma situação que torne impossível ou excessivamente oneroso à parte arcar com o encargo que acabou de receber (MIRANDA NETTO, 2009, p. 184-186).

Por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Estado brasileiro), em ação em que a parte pleiteava a condenação de empresa telefônica à indenização por danos morais pela realização de ligações indevidas de cobrança, recusou a inversão do ônus da prova, sob o enfoque do CDC. Para tanto, argumentou que “seria impossível

20 A Corte Judiciária brasileira responsável pela uniformização da aplicação da legislação federal brasileira.

21 STJ, 2ª S., EREsp n. 422.778/SP, relator: ministro João Otávio de Noronha, rel. p/ acórdão: ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em: 29. 2.2012, publicado no DJe de 21.6.2012.

22 É importante deixar registrado um rol de alguns autores que defendiam que a *inversão judicial do ônus da prova* pudesse ser feita na sentença - posicionamento que, atualmente, contraria expresso dispositivo de lei: Watanabe (1998, p. 735), Dinamarco (2003, p. 82-84), Lopes (2007, p. 50-51) e Nery Jr. (p. 217).

para o Banco fazer prova da ausência de coação ou ameaça ao demandante²³. Em outras palavras, a modificação do ônus da prova não poderia ser feita na hipótese em que tornaria impossível que a outra parte dele se desincumbisse.

Nas hipóteses em que identificada hipótese de prova diabólica para ambas as partes, não deve haver a utilização da dinamização probatória. Em tal situação, deve ser utilizada a regra da inesclarecibilidade, de forma a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, devendo esta ser submetida à decisão desfavorável (MACÊDO; PEIXOTO, p. 212-213).

6.3. A regra geral de distribuição do ônus da prova feita pelo juiz

O § 1º do art. 373 do CPC consagra uma regra geral de *inversão judicial do ônus da prova* ou *distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz*.

Trata-se de regra que pode ser aplicada *ex officio*, em benefício de qualquer das partes. Mas não pode ser aplicada “para simplesmente compensar a inércia ou inatividade processual do litigante inicialmente onerado” (KNIJNIK, 2006, p. 947; 2007, p. 191).

Com essa amplitude, é regra sem precedentes no direito brasileiro.

O CPC consagrou, legislativamente e com aperfeiçoamentos, a *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* (na Argentina, onde foi bem desenvolvida, chamada de *teoria das cargas probatórias dinâmicas*²⁴). No Brasil, a teoria foi bastante desenvolvida e discutida (cf. SOUZA, 1999; DALL’AGNOL JUNIOR, 2001; CARPES, 2007, p. 36-37; MARINONI, 2007, p. 7; LOPES, 2007, p. 51-52; ALVES, 2007; KNIJNIK, 2006, 2007, p. 175-179; CÂMARA, 2005; CAMBI, 2006, p. 344-346; GODINHO, 2006; DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2014; CREMASCO, 2009; MACÊDO; PEIXOTO, 2014), a ponto de haver precedentes judiciais²⁵ que a aplicavam, independentemente da existência de texto normativo que a embasasse expressamente. Agora, há tratamento normativo expresso.

23 TJRS, Apelação Cível n. 70037339751, 14ª Câmara Cível, relator: desembargador: Dorval Bráulio Marques, julgado em: 26.8.2010.

24 Sobre a visão argentina, longamente, ver Peyrano (2004). Manuel Dominguez (2009, p. 118-119) cita farta doutrina italiana e espanhola nesse sentido, admitindo a distribuição judicial e casuística do ônus de prova, tendo em conta a normalidade (o que parece se aproximar da ordinaryness e verossimilhança aferidas com máximas de experiência) e a facilidade probatória.

25 STJ, 4ª Turma, REsp n. 69.309/SC, relator: ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em: 18.6.1996, publicado no DJ de 26. 8.1996, p. 29688; STJ, 1ª Turma, RMS n. 38.025/BA, relator: ministro Sérgio Kukina, julgado em: 23.9.2014; STJ, 3ª Turma, REsp n. 1.286.704/SP, relatora: ministra Nancy Andrighi, julgado em: 22.10.2013, publicado no DJe de 28.10.2013.

• FREDIE DIDIER JR.

Além dos pressupostos formais, já examinados, o juiz deverá verificar a ocorrência de ao menos um pressuposto *material*.

- Primeiro pressuposto material: *prova diabólica*. O § 1º do art. 373 do CPC autoriza a distribuição do ônus da prova nos casos em que há “impossibilidade” ou “excessiva dificuldade de cumprir o encargo”. Essa é a hipótese clássica de *inversão judicial do ônus da prova*, reivindicada há muitos anos pela doutrina²⁶ e aceita pelos tribunais.
- Segundo pressuposto material: *maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário*. Também é possível a redistribuição judicial do ônus da prova quando, à luz do caso concreto, revelar-se que a obtenção da prova do fato contrário pode ser mais facilmente obtida por uma parte em relação a outra. Nesse caso, a redistribuição do ônus da prova feita pelo juiz visa à concretização da ideia de que o ônus deve recair sobre aquele que, no caso concreto, possa mais facilmente dele se desincumbir.

Uma situação clássica em que há maior facilidade probatória é nas ações de responsabilidade civil contra médicos em cirurgias e tratamentos médicos. Nessas situações, especialmente quando há necessidade da discussão acerca da culpa na cirurgia ou no tratamento, em geral, o médico terá maiores condições de demonstrar a regularidade ou não de sua atuação profissional (CREMASCO, 2009, p. 103; MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 181).

A melhor condição de produzir provas é *fato* a ser objeto de prova. Trata-se, porém, de fato que pode ser presumido pela natureza da causa (*prova prima facie*) ou aferido a partir de declarações e documentos constantes nos autos. Entretanto, existem situações em que tal fato terá de ser demonstrado pela parte cuja carga probatória se reduzirá (BARBERIO, 2004, p. 102-104).

A proposta de Knijnik (2007, p. 180 et seq.)²⁷, pensada para o CPC de 1973, que não possuía dispositivo expresso sobre o tema, ajuda muito a compreender o § 1º do art. 373 do CPC e pode ser um ponto de partida doutrinário – embora a redação do dispositivo seja mais elástica do que o posicionamento por ele defendido.

Para o autor, a redistribuição judicial do ônus da prova somente deveria ser cabível nos casos de: 1. *hipossuficiência probatória*, quando o adversário da parte goza de posição privilegiada, por dispor de conhecimento técnico especial ou por ter em seu poder importantes fontes de prova (por exemplo: médico que detém o prontuário e os exames

²⁶ Para Alexandre Câmara (2005, p. 14-15), essa deveria ser a única hipótese.

²⁷ Ver também Knijnik (2006, p. 946 et seq.).

do paciente); 2. *inacessibilidade da prova*, decorrente de conduta culposa ou desleal (por falta de cooperação/colaboração) do seu adversário, já que a conduta desleal que *dificulta* o acesso à prova deve ser punida e só aquela que *inviabiliza* o acesso à prova deve conduzir à dinamização do ônus probatório.

Uma situação que pode ser imaginada é a possibilidade de alteração da situação fática no decorrer do processo provocar uma nova redistribuição dos encargos probatórios. Ou seja, pode ser que, após realizada a dinamização, a parte que, inicialmente, não detinha condição de arcar com o ônus de provar determinado fato venha a adquiri-lo e a situação contrária, em que a outra parte deixa de possuir a hiper-suficiência probatória que legitimou a dinamização. Nas duas situações, seria viável uma nova redistribuição dos encargos probatórios, desde que haja decisão motivada e a oportunização da parte se desincumbir desse novo ônus (CREMASCO, 2009, p. 91-93; (MACÊDO; PEIXOTO, 2014, p. 198-200).

6.4. A inversão do ônus da prova feita pelo juiz em causas de consumo

O CDC autoriza a inversão judicial (*ope iudicis*; “por obra do juiz”) do ônus da prova. Esse é um dos “casos previstos em lei” a que se refere a primeira parte do § 1º do art. 373 do CPC.

O art. 6º, VIII, do CDC permite, em duas hipóteses, que o magistrado inverta o ônus da prova nos litígios que versem sobre relações de consumo: 1. quando verossímil a alegação do consumidor, segundo as regras ordinárias de experiência; 2. quando o consumidor for hipossuficiente. A redistribuição deve sempre ser feita *em favor do consumidor*.

- 1) Constatada a verossimilhança das alegações do consumidor, com base nas regras de experiência, o magistrado deve presumi-las verdadeiras, para, redistribuindo o ônus da prova, impor ao fornecedor o encargo de prova contrária²⁸.
- 2) Verificando que o consumidor se encontra em situação de fragilidade e hipossuficiência probatória - sem dispor de condições materiais, técnicas, sociais ou

²⁸ Note que Kazuo Watanabe (1998, p. 617) entende que não é propriamente caso de inversão do ônus da prova: “O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg, é que o magistrado, com a ajuda das máximas da experiência e das regras da vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes. Examinando as condições de fato com base nas máximas da experiência, o magistrado parte do curso normal dos acontecimentos e, porque o fato é ordinariamente a consequência ou pressuposto de um outro fato, em caso de existência deste, admite também aquele como existente, a menos que a outra parte demonstre o contrário. Assim, não se trata de uma autêntica hipótese de inversão do ônus da prova”. O autor parece equiparar o instituto à prova *prima facie*, ou prova de primeira aparência ou por verossimilhança.

• FREDIE DIDIER JR.

financeiras de produzir a prova do quanto alegado²⁹ -, o juiz deve supor que as alegações do consumidor sejam verdadeiras, determinando que a contraparte passe a ter o ônus da prova contrária.

Em ambos os casos, a inversão é sempre uma decisão do juiz, que deverá considerar as peculiaridades de cada caso concreto.

Basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o próprio legislador colocou entre eles a conjunção alternativa “ou”. Não são pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos (RODRIGUES, 2003, p. 326-327) (CAMBI, 2006, p. 413)³⁰.

A doutrina, que exige sempre a presença da verossimilhança, lembra que a tese de que os pressupostos sejam alternativos não implica a inversão baseada em alegações absurdas. As alegações não se dividem em absurdas e verossímeis. Entre esses dois extremos, há as que geram dúvidas, mas em que se encontra presente uma situação de insuficiência probatória, sendo justificada a inversão do ônus da prova. Caso a alegação seja absurda, o magistrado formará a convicção da inexistência da ocorrência do fato, sequer havendo a necessidade de inversão do ônus da prova, que depende de um estado de dúvida (MACÊDO, PEIXOTO, 2014, p. 129-130).

LEGAL, JURISDICTIONAL AND CONVENTIONAL DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF IN BRAZILIAN NEW CIVIL PROCEDURE CODE

REFERÊNCIAS

- ALVES, M. da S. Esboço sobre o significado do ônus da prova no processo civil. In: KNIJNIK, D. (Coord.). *Prova judiciária*. Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ALVIM, J. M. de A. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2.

²⁹ Para fazer essa análise, o juiz deve ponderar fatores como as dificuldades de acesso a informações, dados ou documentação, o grau de escolaridade, sua posição social, seu poder aquisitivo etc.

³⁰ Assim, também, STJ, AgRg no REsp n. 906.708/RO, 3ª Turma, relator: ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 19.5.2011, publicado no DJe de 30.5.2011. Em sentido diverso, Antônio Gidi (1996, p. 584), defendendo que a inversão só é autorizada quando presentes ambos os pressupostos - afinal, afirma, é sempre imprescindível que a alegação do consumidor seja verossímil.

BARBERIO, S. J. Cargas probatórias dinâmicas. In: PEYRANO, J. W. (Org.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2004.

CÂMARA, A. F. Doenças preexistentes e ônus da prova: o problema da prova diabólica e uma possível solução. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 31, 2005.

CAMBI, E. *A prova civil*. Admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CARPES, A. *Ônus dinâmico da prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARPES, A. T. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, D. (Coord.). *Prova judiciária*. Estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CHIOVENDA, G. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

CREMASCO, S. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

DALL'AGNOL JUNIOR, A. J. Distribuição dinâmica do ônus probatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 788, 2001.

DIDIER JR., F.; OLIVEIRA, R. A.; BRAGA, P. S. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 2.

DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. III.

DOMÍNGUEZ, M. S. *Estudios de derecho probatorio*. Lima: Libreria Communitas EIRL, 2009.

DONOSO, D. A prova no processo civil. Considerações sobre o ônus da prova, sua inversão e a aplicação do art. 333 do CPC diante da nova leitura do princípio dispositivo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, 2007.

GIDI, A. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, 1995.

GIDI, A. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 3, 1996.

GODINHO, R. R. A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais. In: CARMARGO, M. N. (Org.). *Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais*. Salvador: Jus Podivm, 2006.

GODINHO, R. R. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GÓES, G. *Teoria geral da prova - apontamentos*. Estudos em homenagem a Eduardo Espínola. Coordenação Freddie Didier Junior. Salvador: Editora Jus Podivm, 2005.

KNIJNIK, D. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: FUX, L.; NERY JUNIOR, N.; ALVIM, T. A. (Coord.). *Processo de Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

KNIJNIK, D. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007

• FREDIE DIDIER JR.

- LOPES, J. B. de. *A prova no direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MACÊDO, L. B. de; PEIXOTO, R. M. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Jus Podivm, 2014.
- MACÊDO, L. B. de; PEIXOTO, R. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 241, 2015.
- MACÊDO, L. B. de; PEIXOTO, R. A dinamização do ônus da prova sob a óptica do novo Código de Processo Civil.
- MARINONI, L. G. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/principal/pub/anexos/2007061901315330.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2007.
- MENDES JR., M. de S. O momento para a inversão do ônus da prova com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 114, 2004.
- MIRANDA NETTO, F. G. de. *Ônus da prova: no direito processual público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MOREIRA, J. C. B. As presunções e a prova. In: MOREIRA, J. B. C. *Temas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- MOREIRA, J. C. B. Julgamento e ônus da prova. In: MOREIRA, J. B. C. *Temas de direito processual civil - segunda série*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MOUZALAS, R.; ATAÍDE JR., J. R. de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 240, 2015.
- NERY JR., N. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.
- NERY JR., N. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 1.
- PEYRANO, J. W. (Org.). *Cargas probatórias dinâmicas*. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2004.
- RODRIGUES, M. A. *Elementos de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.
- RODRIGUES, M. A. *Ação civil pública e meio ambiente*.
- ROSENBERG, L. *La carga de laprueba*. 2. ed. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2002.
- SANTOS, S. A. Sá dos. *A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVA, P. C. e; REIS, N. T. dos. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 38, v. 222, p. 149-171, ago. 2013.
- SILVA, R. A. da. *Dinamização do ônus da prova no projeto do Código de Processo Civil*. In: DIDIER JR., F. et al. (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 3.

SOUZA, W. A. Ônus da prova - considerações sobre a doutrina das cargas probatórias dinâmicas. *Revista Jurídica dos Formandos em Direito da UFBA*, Salvador, n. 6, 1999.

TESHEINER, J. M. R. Sobre o ônus da prova (em homenagem a Egas Dirceu Moniz de Aragão). In: MARINONI, L. G. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WALTER, G. *Libre apreciación de la prueba*. Bogotá: Temis, 1985.

WATANABE, K. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1998.

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