

A NOVA DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Raul André Mathias¹

RESUMO: O presente estudo examina a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova e a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo a sua disciplina no chamado Novo Código de Processo Civil. Tal teoria visa flexibilizar o critério apriorístico de repartição do ônus da prova, consubstanciando-se, em suma, numa construção doutrinária, que determina que a produção da prova seja suportada pela parte que possui melhor condições de produzi-la, seja por possuir situação mais cômoda, seja por dispor de meios menos onerosos para tal, servindo como uma regra supletiva à regra geral de distribuição do ônus da prova, que prevê uma distribuição abstrata e rígida, e, por vezes, revela-se falha, impossibilitando a reconstituição dos fatos alegados pelas partes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual civil. Ônus da prova. Artigo 333 do Código de Processo Civil. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Noções gerais acerca da prova e do ônus da prova. 2.1 Conceito. 2.2 Objeto e finalidade da prova. 2.3 Aspecto subjetivo e objetivo do ônus da prova. 3 O ônus da prova no Código de Processo Civil de 1973. 3.1 Exegese do artigo 333 do código de processo civil. 3.2 Críticas à teoria estática adotada pelo artigo 333 do código de processo civil. 4 O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. 5 Teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova. 5.1 Considerações gerais. 5.2 Fundamentos de admissibilidade da teoria no processo civil brasileiro. 5.3 Prova diabólica. 5.4 Aplicabilidade no processo civil brasileiro. 6 A presença da teoria da dinamização do ônus da prova no Novo Código de Processo Civil. 7 Considerações finais. 8 Referências.

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Universidade Paranaense - UNIPAR.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por objetivo primordial analisar a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no sistema processual civil brasileiro.

Sistematizada pelo jurista e processualista argentino Jorge W. Peyrano, em suma, tal teoria consubstancia-se em uma construção doutrinária amplamente aplicada pela jurisprudência, que determina que a produção da prova seja suportada pela parte que possui melhor condições de produzi-la, seja por possuir situação mais cômoda, seja por dispor de meios menos onerosos para tal.

Nota-se, destarte, que a aplicação desta teoria afasta a regra de distribuição do ônus probatório prévio e abstrato, constante do artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973, que leva em consideração o efeito jurídico pretendido pela parte e a sua posição na relação jurídica processual, ou seja, deve, a parte, demonstrar a ocorrência do fato que lhe serve de fundamento, seja ele constitutivo, para a parte autora, ou extintivo, impeditivo ou modificativo para a parte ré.

O tema se faz pertinente, tendo em vista os aspectos constitucionais do processo nele abarcados, como o direito fundamental à igualdade substancial, o direito fundamental à prova, e o direito fundamental à segurança jurídica, que serão abordados no decorrer do trabalho, além da presença da referida teoria na Lei 13.105/2015, sancionada em 16 de março de 2015, popularmente conhecida por Novo Código de Processo Civil.

2 NOÇÕES GERAIS ACERCA DA PROVA E DO ÔNUS DA PROVA

2.1 CONCEITO

O conceito de “prova” não é assunto tratado de forma exclusiva pelo direito processual, mas é formado “por elementos das mais diversas ciências, não obstante ingressem no direito processual com visão e regime particular” (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 263).

O vocábulo “prova” é derivado do latim “*probatio*”, que significa, *lato sensu*, “o meio pelo qual a inteligência chega à descoberta da verdade” (PACÍFICO, 2011, p. 21). Na sistemática processual civil, a prova pode ser conceituada como sendo “um conjunto de atividades de verificação e

demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento” (DINAMARCO, 2009, p. 42).

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 265) criticam os conceitos de prova baseados na busca da verdade, afirmando que “a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida”. Neste contexto, conceituam a prova como sendo “todo meio retórico, regulado pela lei, dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

Já o vocábulo “ônus” é derivado do latim “*onus*”, que significa carga, fado ou peso. Hernando Echandía (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 42) conceitua o ônus como sendo:

O poder ou faculdade (em sentido amplo) de executar livremente certos atos ou adotar certa conduta prevista na norma em benefício e interesse próprios, sem sujeição nem coerção, e sem que exista outro sujeito que tenha o direito de exigir o seu cumprimento, mas cuja inobservância acarreta consequências desfavoráveis.

Neste diapasão, dada a autonomia conceitual do instituto do ônus, a doutrina difere “ônus” de “obrigação”.

A obrigação “é o vínculo jurídico em razão do qual uma pessoa pode exigir da outra uma determinada prestação, economicamente apreciável, ou não” (CREMASCO, 2009, p. 24). Trata-se de uma figura pertencente ao direito material, em que duas (ou mais) pessoas se encontram ligadas entre si por um liame legal ou negocial, que estabelece a sujeição de um (ou uns) perante o outro (ou outros). Ou seja, é uma relação de direito material em que o sujeito passivo está obrigado a uma prestação em favor do sujeito ativo.

A obrigação é sempre devida. Desta forma, “seu inadimplemento mostra-se inadmissível, na medida em que atenta contra a ordem jurídica posta [...], caracteriza ato ilícito e, em consequência, é passível de sofrer sanções” (CREMASCO, 2009, p. 25).

É neste ponto que reside a grande diferença entre os institutos: a ilicitude da violação da obrigação, e licitude do descumprimento do ônus.

A disciplina do ônus não está atrelada a nenhum tipo de sujeição, ou seja, “fica a critério exclusivo do interessado – por razões de conveniência, oportunidade ou estratégia – decidir acerca da realização do ato”

(CREMASCO, 2009, p. 25). Como bem leciona Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2011, p. 40):

No ônus, o sujeito encontra-se livre para realizar ou não o ato contemplado pela norma, não obstante sua inobservância possa ensejar consequências desfavoráveis; ninguém pode exigir tal ou qual comportamento do onerado, cuja atividade se situa no âmbito de sua autorresponsabilidade. Na obrigação, inexistente semelhante liberdade de agir, encontrando-se o sujeito passivo em estado de sujeição jurídica e de coerção.

Superada esta distinção, nota-se que, no decorrer do processo, as partes lidam com diversos tipos de ônus², sendo o ônus de provar apenas um desses atos. Diz-se isto porque a lei não obriga as partes a produzirem prova, mas, se elas o fizerem, obterão a vantagem de demonstrar suas alegações e, se não o fizerem, sofrerão as consequências de sua omissão.

Neste diapasão, Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 70) conceitua o ônus da prova como sendo “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”. Portanto, é possível se conceituar o instituto do ônus da prova como sendo a conduta imposta à parte, dentro do processo, para que os fatos por ela alegados obtenham *status* de verídicos, para que sejam admitidos pelo juiz e influenciem a sua decisão final.

2.2 OBJETO E FINALIDADE DA PROVA

Decorrente dos conceitos apresentados no tópico anterior, há de se destacar que a prova se destina a demonstrar as afirmações de fato feitas pelas partes no processo. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 57), o objeto da prova é “o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios ou presumidos”.

Neste sentido, cabe salientar que o objeto da prova não são os fatos, mas as alegações de fato. Assim lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 266) ao afirmarem que “o fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso, já que este existe ou não existe”, ou seja, “não há fatos bons, corretos e verdadeiros nem maus, incorretos, mentiras” (DINAMARCO, 2009, p. 57). As alegações, porém, “podem ser verazes ou mentirosas, e daí a pertinência de prová-las” (DINAMARCO, 2009, p. 57).

² Echandía (*apud* CREMASCO, 2009, p. 27) diz que “as partes devem executar certos atos, adotar determinadas condutas, afirmar fatos e fazer petições, tudo dentro dos limites de tempo e lugar que a lei processual assinala, se quiserem obter êxito e evitar prejuízos como resultado do processo”.

Além disso, pela máxima *jura novit curia* (“o juiz conhece o direito”), tem-se que o direito alegado não é objeto da prova, mas apenas os fatos. Também se diz *da mihi factum, dabo tibi jus* (“dê-me o fato, que lhe dou o direito”), para significar que basta a parte demonstrar que os fatos ocorreram para que o juiz aplique o direito correspondente. Para o sistema processual brasileiro o direito não é objeto de prova, pois deve ser do conhecimento do juiz. Quando muito, este pode exigir que a parte prove a vigência de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, na forma do artigo 337 do Código de Processo Civil de 1973, ou do artigo 376 do Novo Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, conforme se extrai do conceito de Cândido Rangel Dinamarco, citado no início do presente tópico, a prova deve recair sobre fato controvertido no processo. Controvérsia é o embate de razões, alegações ou fundamentos, que são divergentes e se repelem. A ocorrência, nos autos, desse “choque de afirmações reciprocamente excludentes é que abre caminho para a prova, porque só ela será capaz de eliminar as dúvidas do juiz quanto aos fatos” (DINAMARCO, 2009, p. 58).

Porém, mais do que controvertido, o fato a ser objeto da prova deve ser pertinente e relevante para o julgamento da lide. Fatos supérfluos ou que não influam para a decisão da lide não merecem ser provados.

Deve se mencionar, ainda, que, mesmo entre alegações controvertidas e relevantes, há determinados fatos que não precisam ser provados³: os notórios; os em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade; os afirmados por uma parte e confessados pela outra; e os admitidos no processo como incontroversos.

Os fatos tidos como notórios são aqueles de conhecimento geral, na região em que o processo tramita. Contudo, como leciona Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 63), “não se pode liberalizar imprudentemente seu conceito e extensão”, pois, como aponta Eduardo Ribeiro (*apud* DINAMARCO, 2009, p. 63), é necessário que o conhecimento do fato “integre o comumente sabido, ao menos em determinado estrato social, por parcela da população a que interesse”.

Também independem de prova os fatos em cujo favor milita presunção de existência ou veracidade. Há casos em que a lei presume, de forma relativa (*juris tantum*) ou de forma absoluta (*juris et de jure*), a veracidade de

³ Estas hipóteses estão enumerados no artigo 334 do CPC de 1973 e são exatamente as mesmas enumeradas no artigo 374 do NCPC, não havendo inovações neste ponto na nova codificação.

determinados fatos. Quando o fato alegado é possuidor de presunção relativa de veracidade, a parte que o utiliza como fundamento não precisa, *a priori*, produzir provas acerca de sua veracidade, entretanto, é possível que a parte adversária produza provas contra este, objetivando remover a veracidade presumida e prová-lo falso. Já quando, em favor da alegação, milita presunção absoluta de veracidade, não é admitida qualquer prova em contrário.

As demais hipóteses previstas, fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, e fatos admitidos, no processo, como incontroversos, excluem a própria controvérsia acerca das alegações, podendo ocorrer em caso de revelia, contestação sem impugnação específica de todos os fatos alegados pelo autor ou em caso de confissão.

Desta forma, verifica-se que o grande objeto da prova são as alegações de fatos, tendo em vista que o direito dificilmente será matéria a ser provada, a não ser sua vigência, conforme já explanado. Ademais, só deverão ser provados aqueles fatos sobre os quais as partes tenham feito alegações opostas, criando dúvida acerca destes no processo, e cuja elucidação seja decisiva para a melhor compreensão do evento objeto da causa de pedir e que seja relevante para a decisão judicial.

2.3 ASPECTO SUBJETIVO E OBJETIVO DO ÔNUS DA PROVA

O instituto do ônus da prova é comumente dividido, pela doutrina, em dois aspectos ou perspectivas, das quais decorre sua finalidade essencial. Desta forma, apesar de tratar-se de um instituto unitário (há apenas um ônus da prova), este é uma figura complexa que abrange, de um lado, o ônus subjetivo e de outro, o ônus objetivo⁴.

O maior interessado em convencer o julgador da veracidade de suas afirmações é a própria parte que alega o fato, eis que esta busca um pronunciamento judicial favorável à sua causa e negativa aos interesses de seu oponente. O trabalho de persuadir o juiz passa, necessariamente, pela produção da prova durante a instrução processual. Este é o aspecto subjetivo do ônus da prova, o de buscar a persuasão do julgador, a partir de critérios determinados, a fim de se obter uma decisão favorável.

Desta forma, nota-se que o ônus subjetivo estabelece uma regra de conduta para a parte, pois se revela pelo encargo que esta possui de fornecer

⁴ Barbosa Moreira também denomina o ônus da prova subjetivo como formal, e o ônus da prova objetivo como material.

as provas dos fatos relevantes em seu favor. Nas palavras de Leo Rosenberg (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 150), o ônus subjetivo é “o que incumbe a uma parte de subministrar a prova de um fato controvertido, mediante a sua própria atividade, se quer evitar a perda do processo”. Aduz, ainda, Suzana Santi Cremasco (2009, p. 30) que:

O ônus subjetivo estabelece, pois, com quais dos litigantes se relacionam os fatos a serem provados e, a partir daí, a quem compete provar determinado fato, quem deve promovê-lo, ou, ainda, a quem interessa que se produza certa prova, indicando, com isso e por consequência, aquele que será afetado na sentença pela falta da prova respectiva.

A falta da prova respectiva, a que faz menção a ilustre autora, atrai a aplicação do aspecto objetivo do ônus probatório. Este aspecto se traduz em um critério de julgamento para o juiz, autorizando o seu pronunciamento mesmo em caso de insuficiência probatória. Neste sentido, “a regra do ônus da prova se apresenta como regra destinada a viabilizar a decisão do juiz em caso de dúvida ou, em outros termos, a dar ao juiz não convencido a possibilidade de decidir” (MARINONI; ARENHART, 2011, p. 267).

Caso as provas necessárias aos esclarecimentos dos fatos afirmados não sejam, por qualquer motivo, trazidas aos autos, o aspecto objetivo do ônus da prova determina que a juiz profira decisão em desfavor daquele que não se desincumbiu de seu encargo, na medida em que é vedado ao juiz pronunciar-se pelo *non liquet*. Neste diapasão, esclarecedora é a lição de Leo Rosenberg (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 155), que afirma que:

A essência e o valor das normas sobre o ônus da prova consistem nesta instrução dada ao juiz acerca do conteúdo da sentença que deve pronunciar, em um caso em que não se pode comprovar a verdade de uma afirmação de fato importante.

A doutrina processualista que desenvolveu o estudo do ônus da prova atribui maior relevância a este em seu aspecto objetivo, ou seja, como regra de julgamento. Neste sentido, Giovanni Verde (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 156), processualista italiano, afirma que “o verdadeiro significado do dispositivo está em seu perfil objetivo, que é obtido perguntando-se o que o juiz deve fazer quando a parte não tiver fornecido provas suficientes”.

Entre os processualistas brasileiros também prevalece o entendimento no mesmo sentido. Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 76) afirmam que “pouco importa quem, no curso da instrução, produziu a prova trazida aos autos [...] não interessa uma análise subjetiva da prova, de qual sujeito ela se originou.” Pontes de Miranda (1997, p. 270, 271) é incisivo ao afirmar que:

O ônus da prova é objetivo, não subjetivo. Como partes, sujeitos da relação jurídica processual, todos os figurantes hão de provar, inclusive quanto a negações. Uma vez que todos têm de provar, não há discriminação subjetiva do ônus da prova.

Tal entendimento tem como base, essencialmente, o princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas, em que, “uma vez trazida a prova ao feito ela se desgarrar daquela (parte) que a produziu, passando a fazer parte do processo” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 77).

Muito embora este seja o entendimento predominante na doutrina, não há que se negar a importância do aspecto subjetivo do ônus da prova. Gian Antonio Micheli (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 161), que visualiza o fenômeno do ônus da prova apenas sob o prisma da regra de julgamento, não nega a importância daquela, mas lhe atribui relevância meramente prática, “porque seria prática – e não jurídica – a necessidade de o sujeito produzir provas”. Barbosa Moreira (*apud* PACÍFICO, 2011, p. 163) também entende que o aspecto subjetivo do ônus da prova tem relevância mais psicológica do que jurídica, pois,

para efeitos práticos, o que interessa não é saber se a parte onerada conseguiu ou não carrear para os autos os elementos necessários à demonstração do fato a ela favorável; o que interessa é, sim, verificar se tais elementos foram carreados para os autos, por obra da parte onerada ou de outrem, pouco importa.

Artur Carpes (2010, p. 54), defendendo a importância da perspectiva subjetiva do ônus da prova, afirma que, pela ênfase que o processo civil contemporâneo dá ao contraditório judicial, “não há como negar prestígio à dimensão subjetiva ao ônus da prova, como que a deixando à margem da dimensão que concebe a sua condição de ‘regra de julgamento’”. O ilustre autor, em seu magistério, também defende que a distribuição do *onus probandi* deve servir como um estímulo para que estas sejam produzidas.

Deste modo, embora o aspecto objetivo ainda se mostre como a essência do fenômeno da distribuição do ônus probatório, não se deve negar importância ao aspecto subjetivo, tendo em vista que, mediante este, aumenta-se a probabilidade de alcance da justiça material.

3 O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973

3.1 EXEGESE DO ARTIGO 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 333, adotou uma concepção estática de distribuição do ônus da prova, distribuindo tal ônus levando em consideração dois elementos: a posição assumida pela parte no processo e a natureza dos fatos alegados.

Com efeito, assim dispõe o mencionado comando legal:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

Conforme o citado preceito legal, cabe ao autor demonstrar o fato constitutivo do seu direito pleiteado em juízo, enquanto ao réu cabe a demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito daquele. Ou seja, “a cada parte cabe o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito cujo reconhecimento pretende do juiz ao solucionar a controvérsia” (PIRES, 2011, p. 78). Verifica-se, ainda, que o comando legal não impõe obrigação da produção probatória, apenas indicando a quem cabe o encargo de produzi-las, a partir da natureza dos fatos e da posição assumida pelas partes no processo.

Mediante uma análise sumária do supramencionado dispositivo, temos que os fatos constitutivos são aqueles que dão origem à relação jurídica posta em juízo, ou seja, o fato da vida gerador do direito postulado pela parte autora perante o Poder Jurisdicional. São aqueles que, se provados, levam à consequência jurídica pretendida pelo autor, ou seja, aquele que, ao ser demonstrado, fatalmente resultará na procedência do pedido por este deduzido.

Ao réu, neste momento, cabem dois meios de defesa que afetarão diretamente a distribuição do ônus probatório. Se este utilizar a defesa direta de mérito, ou seja, simplesmente negar a ocorrência dos fatos alegados pelo autor, não lhe caberá ônus algum, pois “não recai ônus da prova sobre o réu quando ele não alega fato modificativo, impeditivo ou extintivo, mas apenas nega o fato constitutivo do direito alegado pelo autor” (WAMBIER; TALAMINI, 2008, p. 458). Porém, se o réu se utilizar de defesa indireta de mérito, ou seja, alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, este atrai para si o ônus de provar suas alegações, pois ocorre uma ampliação do objeto de cognição. Na esclarecedora lição de Humberto Theodoro Júnior

(2011, p. 437), isto se dá pelo fato de que, quando o réu se defende através de defesa indireta,

ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as consequências do evento a que alude a contestação. O fato constitutivo do direito do autor tornou-se, destarte, incontroverso, dispensando, por isso mesmo, a respectiva prova (art. 334, III).

Ao optar pela defesa indireta, o réu possui a opção de deduzir três tipos de fatos novos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, que nada mais são do que aqueles que levam ao não reconhecimento do direito alegado na inicial. Tais fatos são assim definidos pelos professores Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 80, 81 e 82):

O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito [...] O *fato impeditivo* é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça [...] O *fato modificativo*, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão-somente, alterá-lo.

Destarte, observa-se que o diploma processual brasileiro adotou um sistema estático de distribuição do *onus probandi*, o qual é distribuído *a priori* e abstratamente, desconsiderando as peculiaridades dos casos concretos. Com tal concepção, o direito processual brasileiro primou pela segurança jurídica e pela igualdade formal entre as partes em litígio. Tal concepção é defendida, por exemplo, por Rosenberg (*apud* CARPES, 2010, p. 68), que afirma que “a distribuição invariável do ônus da prova é um postulado da segurança jurídica, sustentado justamente pelos práticos e defendido também pelos partidários das teorias discordantes”.

Entretanto, como se verá a seguir, a rigidez da norma contida no artigo 333 do Código de Processo Civil é alvo de críticas por parte da doutrina processualista moderna, que o aponta como insuficiente para regular o sistema processual moderno à luz dos direitos fundamentais.

3.2 CRÍTICAS À TEORIA ESTÁTICA ADOTADA PELO ARTIGO 333 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Como visto, o Código de Processo Civil de 1973 adotou uma teoria estática de distribuição do ônus probatório, que fixa os critérios, abstrata e previamente, à lei material. Tal método de distribuição, no entanto, sofre diversas críticas por parte da doutrina processualista moderna, visto que a

rigidez legal dificulta a adequação do regime da prova ao caso concreto, e a distribuição do ônus da prova não pode se atrelar apenas ao aspecto processual, mas deve também levar em consideração o direito substancial.

A importância das regras relativas ao ônus da prova na efetiva concretização dos direitos fundamentais levou Canotilho (*apud* GODINHO, 2007, p. 390) a propor o deslocamento do direito à prova “do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional”. Neste diapasão, tem-se que a disciplina normativa imposta pelo artigo 333 do Código de Processo Civil de 1973 recusa outra possibilidade de regulação que avaliasse aspectos relacionados ao que de concreto ocorre na relação processual. Desta forma, ao se deparar com um nítido caso de desequilíbrio das condições probatórias entre as partes, não poderia o juiz adequar a regra de distribuição do ônus entre estas, o que fere o direito à prova para a parte prejudicada e pode tornar a ação judiciária inócua, caracterizando uma violação oculta à garantia de acesso útil à justiça.

Destarte, a rigidez legal mostra-se falha, insuficiente e inadequada à produção probatória, podendo levar a um julgamento injusto, na hipótese do titular do direito pleiteado se encontrar diante de prova de difícil ou impossível produção (prova diabólica), em que a parte adversa possui condições de produzi-la com maior facilidade. Ou seja, o critério de distribuição atual prejudica a prestação jurisdicional a que tem direito a parte, estando mais preocupada com a decisão judicial do que com a tutela do direito lesado ou ameaçado de lesão.

Exatamente por isto, ganhou força, na doutrina moderna e na jurisprudência, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, que vem a complementar as regras já existentes acerca da distribuição probatória, prevendo a repartição do encargo de forma casuística, ao contrário da repartição prévia e abstrata contida no Código de Processo Civil de 1973, a ponto de permitir o acolhimento desta teoria no Novo Código de Processo Civil, sancionado em 2015.

4 O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Feita a abordagem referente à distribuição probatória constante do artigo 333 do Código de Processo Civil, passa-se a análise de outra previsão legal acerca de distribuição do ônus probatório, amplamente aplicada, que se encontra no Código de Defesa do Consumidor.

A ampliação das relações consumeristas, decorrentes, principalmente, do crescimento econômico ocorrido na segunda metade do século XX,

incrementou de forma considerável o poder das corporações comerciais e industriais em todo o mundo, assumindo, estas, um papel de posição mais forte na relação frente ao consumidor. Tal fato acabou por mostrar a necessidade de se regradar de forma distinta as relações jurídicas decorrentes das relações de consumo. Entretanto, para que as normas substanciais protetivas ao consumidor fossem efetivadas, fazia-se necessário também um novo molde processual, especial para tais casos, em que a igualdade entre as partes se mostrasse ameaçada.

Neste diapasão, previu, o legislador brasileiro, a possibilidade de inversão do ônus da prova nas relações de consumo, consagrada no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, como um direito básico do consumidor⁵, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

O Código de Defesa do Consumidor inovou ao reconhecer que as relações de consumo não são equilibradas. Desta forma, a legislação consumerista “proclama o dever de efetivar a igualdade substancial nas relações processuais, elemento que fundamenta e legitima a previsão legislativa da inversão do ônus da prova” (GUILHERME, 2010, p. 174), ou seja, “visa reequilibrar as forças entre os litigantes dentro do processo, compensando a situação de inferioridade na qual eventualmente se encontre o consumidor em relação ao fornecedor” (CREMASCO, 2009, p. 63).

Mas este não é o único fundamento que justifica a presença do instituto da inversão probatória na legislação consumerista. Thiago Azevedo Guilherme (2010, p. 174) cita que, por exemplo,

pode-se apontar a própria complexidade da relação consumerista em si, vez que muitos dos objetos de consumo são hoje em dia dotados de complexidade tecnológica profunda, impedindo que o consumidor possa se defender com eficiência quando atingido em sua esfera jurídica. Não se pode negar que esta complexidade das relações [...], bem como a própria distância existente entre o grau de organização dos grupos econômicos em comparação com a fragilidade dos consumidores individualmente

⁵ No mesmo sentido são as regras dos arts. 38 e 51, VI, do CDC: a primeira estabelece que o “ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”; e a segunda impõe que serão nulas de pleno direito “as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que: [...] VI – estabeleçam a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”.

considerados é que determina os próprios requisitos para que o juiz inverta o ônus da prova.

Como se pode observar de início, a lei não inverte o ônus da prova. Desta forma, a inversão do ônus da prova não se dá de forma automática, mas se condiciona ao juízo do julgador acerca da ocorrência da verossimilhança da alegação contida na inicial e à constatação acerca da hipossuficiência do consumidor. Ou seja, “a inversão se opera *ope iudicis*, cabendo ao magistrado verificar se estão presentes os pressupostos legais necessários para que a determine” (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 84).

A verossimilhança refere-se, em suma, “ao convencimento do julgador acerca da plausibilidade de que o fato narrado pelo autor tenha, efetivamente, ocorrido” (CREMASCO, 2009, p. 65). Tal requisito resulta da avaliação do conteúdo probatório trazido, das regras de experiência e das presunções simples pelo juiz. Assim, faz-se necessária a presença de um mínimo de material probatório, para possibilitar ao julgador a análise da verossimilhança da alegação. Nas palavras de André Gustavo de Andrade (2003, p. 92-93):

[...] não se afigura admissível a inversão do ônus probatório com fundamento em verossimilhança da alegação se não se tem pelo menos uma prova indireta (indício) da qual se possa inferir que provavelmente é verdadeira a alegação do consumidor. O juízo de verossimilhança é formado, portanto, a partir da prova indiciária, que possibilita ao juiz realizar uma associação entre dois fatos: um comprovado (o fato indiciário) e outro apenas alegado (o fato constitutivo do direito do consumidor). A prova do primeiro permite a ilação ou presunção de que o último também ocorreu, por lhe ser consequência ordinária. Há, em tal caso, simples *praesumptio hominis* realizada pelo julgador. Mas sem esse indicio mínimo, não há de onde extrair a verossimilhança da alegação.

A hipossuficiência, por sua vez, está ligada à condição de inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor, abrangendo não apenas a situação de insuficiência econômica, mas de uma situação de inferioridade ou desvantagem em geral do consumidor perante o fornecedor. Neste sentido, hipossuficiente é o consumidor que, por razões de ordem econômica, social, cultural (dentre outras), tenha grandes dificuldades de comprovar a veracidade de suas alegações.

É essencialmente a incapacidade técnica do consumidor, “decorrente do seu desconhecimento acerca de aspectos relacionados com a elaboração de produtos e a realização de serviços, ou, ainda, da extrema dificuldade de produzir prova relacionada com as fases da cadeia produtiva” (ANDRADE,

2003, p. 89), que justifica e impõe a inversão do ônus probatório no caso concreto.

Nota-se que o critério da hipossuficiência é verificável somente na hipótese concreta, “em que se configure situação de flagrante desequilíbrio, em detrimento do consumidor, de quem não seria razoável exigir, por extremamente dificultosa, a comprovação da veracidade do fato constitutivo de seu direito” (ANDRADE, 2003, p. 90), devendo o julgador, na hipótese, proceder à inversão do ônus da prova.

Oportuno analisar interessante questão levantada pela doutrina, que diz respeito ao preenchimento dos pressupostos legais: seriam tais requisitos cumulativos ou alternativos?

Para Renato Ornellas Baldini (2013, p. 53), basta que esteja presente um dos elementos, “vez que a disposição legal utiliza-se da conjunção ‘ou’. Assim, caso a alegação seja verossímil ou a parte seja hipossuficiente, poderá o magistrado proceder à inversão da carga probatória”. No mesmo sentido é o entendimento dos autores Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 84), para quem “basta que um dos pressupostos esteja presente, tendo em vista que o legislador colocou entre eles a conjunção alternativa ‘ou’. Não são pressupostos concorrentes ou cumulativos, mas, sim, alternativos”.

Não obstante, prestigiosa doutrina tem sustentado que os pressupostos legais devem ser preenchidos de forma cumulativa. Neste sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 79), para quem,

Embora o texto legal fale nominalmente em verossimilhança ou hipossuficiência, a leitura correta deve substituir o disjuntivo *ou* pelo aproximativo *e*, porque a leitura nominal implicaria inconstitucionalidade do texto: a) favorecer o consumidor abastado transgrediria a garantia de igualdade, ainda quando verossímil o que alega, porque sem o requisito da pobreza não há desigualdades a compensar; b) favorecer o consumidor, rico ou pobre, sem que sua alegação seja verossímil, fecharia ou estreitaria sem motivo a via de acesso à ordem jurídica justa, em relação ao produtor, sujeitando-o aos azares de uma *probatio diabolica*.

Luiz Eduardo Boaventura Pacífico (2011, p. 196) afirma que, muito provavelmente, a solução para tal questão seja encontrada apenas em uma análise do caso concreto, nuns sendo suficiente a hipossuficiência, noutros sendo necessária a associação dos requisitos.

Entendemos, a partir de uma interpretação teleológica e gramatical do dispositivo legal, pela alternatividade dos requisitos, ou seja, presente um ou outro, deve o juiz proceder a inversão do ônus da prova.

Passando adiante com o tema, como já tratado, esta inversão do ônus da prova não é uma inversão *ope legis*, mas *ope iudicis*, em que ambos os requisitos autorizadores ficam sujeitos a apreciação do julgador, conforme dispõe a Lei quando emprega a expressão “a critério do juiz”. Assim, entendendo o juiz que não se encontram presentes, na hipótese concreta, os requisitos legais, o instituto legal não pode ser manejado em favor do consumidor, sob pena de configurar-se quebra do devido processo legal.

Deste modo, quando ausentes os requisitos exigidos para que se proceda à inversão do ônus da prova, incidirão as regras ordinárias do Código de Processo Civil.

5 TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

5.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Ao longo do tempo várias teorias foram criadas e desenvolvidas por processualistas conhecidos, que buscaram enunciar e justificar a distribuição probatória, de uma forma ou de outra. Ao final do século XX, juristas argentinos, sob a coordenação de Jorge W. Peyrano, delinearam e sistematizaram, de forma clara e precisa, os contornos de uma teoria, chamada de “*cargas probatorias dinâmicas*”, que visa solucionar a problemática apontada pela doutrina, de que nem sempre autor e réu possuem condições de atender ao ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído pela Lei.

Em suma, a teoria das cargas probatórias dinâmicas consubstancia-se em uma construção doutrinária amplamente aplicada pela jurisprudência, que determina que a produção da prova seja suportada pela parte que possui melhor condições de produzi-la, seja por possuir situação mais cômoda, seja por dispor de meios menos onerosos para tal, devendo ser utilizada quando a aplicação das regras iniciais (estáticas) conduzirem a uma *probatio diabolica*. Neste sentido, “a teoria da carga dinâmica preocupa-se com a realidade concreta de cada processo que é posto à apreciação do Poder Judiciário” (CREMASCO, 2009, p. 72), amoldando-se, portanto, a cada caso particularmente considerado, tendo em vista as circunstâncias específicas de cada um.

Nas palavras de Jorge W. Peyrano (*apud* CREMASCO, 2009, p. 72):

A chamada doutrina das cargas probatórias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos órgãos jurisdicionais em determinadas situações, nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como norma, repartem os esforços probatórios. A mesma importa em um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, *verbi gratia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, para além do seu posicionamento como autor ou réu, ou de tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.

Nota-se, desta forma, que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova rompe com as regras rígidas e estáticas da distribuição do *onus probandi*, tornando-as mais flexíveis, adaptáveis a cada caso, não se levando em consideração a posição das partes ou a qualificação do fato como constitutivo, impeditivo, modificativo, ou extintivo. “Vale dizer, é dinâmica porque o encargo de provar é independente de enfoques apriorísticos, limitando-se a indicar que o peso da carga da prova recai sobre aquele em melhores condições técnicas ou profissionais de produzi-la” (PIRES, 2011, p. 99).

Oportuno mencionar que tal teoria não ignora ou nega a necessidade de existência das regras clássicas de distribuição probatória, mas “tão somente complementa tal visão ortodoxa, flexibilizando sua aplicação nos casos de impossibilidade ou grande dificuldade de produção probatória por parte do originalmente onerado” (GUILHERME, 2010, p. 171), ou seja, “trata-se de uma teoria excepcional e residual, que necessariamente será objeto de cuidadosa fundamentação por parte do julgador, com a necessária ciência dos sujeitos envolvidos” (GODINHO, 2007, p. 396).

Como se vê, a teoria proposta por Peyrano permite ao magistrado, atento às peculiaridades de cada caso, e valendo-se das regras de experiência, deslocar o ônus da prova, colocando-o nas mãos daquele que tem melhores condições para cumpri-lo. Como ensina Juan Alberto Rambaldo (*apud* CREMASCO, 2009, p. 74):

[...] parece de uma lógica irrefutável para qualquer pessoa com senso comum que um magistrado não pode privar que uma fonte de prova chegue ao processo quando teve em suas mãos os elementos para fazer surgir à luz os fatos da realidade, nem tampouco pode deixar de valorar as circunstâncias em que se encontrava cada parte ou a sua capacidade real e concreta de promover a produção da prova, baseando-se em uma rígida (estática) concepção das regras do ônus da prova. A decisão judicial que recaia neste processo só estará sustentada sobre o anfibalógico dogma da verdade formal. Essa atitude do órgão

jurisdicional do Estado não só é moralmente reprovável, senão que corresponde a um uso absolutamente irregular das normas processuais, o que seguramente violentará o princípio da congruência e conduzirá, necessariamente, a uma decisão profundamente injusta e atentatória à essência da função judicial.

Neste sentido, o toque fundamental desta teoria é a valoração, pelo juiz, acerca de qual das partes litigantes dispõe das melhores condições de suportar o ônus da prova naquele específico caso concreto, a fim de lhe impor tal ônus, mesmo se os fatos objeto de prova tenham sido alegados pela parte contrária.

5.2 FUNDAMENTOS DE ADMISSIBILIDADE DA TEORIA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ainda não possui previsão legal aplicável que autorize expressamente a sua utilização no sistema processual brasileiro. Muito embora esta teoria esteja prevista no artigo 373, § 1º da Lei 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil, permanece inaplicável, pois tal lei encontra-se em período de *vacatio legis*.

Sendo assim, há a necessidade de se estabelecer os fundamentos que justificariam a sua aplicação nas relações jurídicas processuais na sistemática atual, mesmo antes do fim do período de *vacatio legis* da Lei 13.105/2015, em regra tomando por base o direito fundamental do acesso a uma ordem jurídica justa.

Com efeito, é indispensável, no período pós Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pensar o processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. Artur Carpes (2010, p. 77) afirma que,

se a Constituição proclama direitos fundamentais e, evidentemente, a necessidade de sua adequada e efetiva tutela, é necessário que o processo – instrumento através do qual se possibilitará a efetivação da tutela – seja dotado de técnicas capazes para atender a tais finalidades.

Em primeiro lugar, como princípio fundamental de todo o sistema processual, está o direito de acesso à justiça, estampado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil. Tal princípio não pode ser interpretado apenas como uma garantia formal do direito de o indivíduo propor ou se defender de determinada ação, mas sim como garantidor de acesso a uma ordem jurídica justa, em que se permite a efetiva participação das partes e a efetiva e adequada prestação da tutela jurisdicional.

Como defende Artur Carpes (2010, p. 77), o direito de ação deve ser visto “como direito fundamental e, a bem da verdade, o mais fundamental dos direitos fundamentais, na medida em que se torna imprescindível para a efetivação de todos eles”. O ilustre autor não esquece, ainda, do direito de defesa, e aduz que “o réu, embora não tenha direito à tutela do direito, também possui direito à tutela jurisdicional adequada, no sentido de negar a tutela pretendida pelo autor” (CARPES, 2010, p. 78). Portanto, como brilhantemente conclui o mestre,

se a correta formação do juízo de fato é fundamental para o alcance da justiça – compreendida aí a efetiva e adequada tutela dos direitos – revela-se bastante claro que o procedimento probatório também deve estar sujeito à conformação que atente às necessidades de tutela dos direitos fundamentais (CARPES, 2010, p. 79).

A distribuição dinâmica do ônus da prova é, portanto, técnica que busca garantir às partes o direito fundamental ao processo justo, eis que apenas mediante a correta elucidação dos fatos é que se pode prestar a adequada e efetiva tutela jurisdicional, ou seja,

a preocupação com a descoberta da verdade real é crescente e torna admissível o uso de todos os expedientes lícitos que, de algum modo, passam a auxiliar na sua obtenção, para que a consequente formação do convencimento do magistrado se dê o mais próximo possível da realidade, assegurando-se, assim, a efetividade e a justiça da decisão (CREMASCO, 2009, p. 78).

Ademais, a aplicação da estudada teoria admite, para dentro da questão da distribuição probatória, a problemática da paridade de armas no processo civil. Tal teoria pressupõe uma situação de desigualdade, que “deve ser transcendente em relação às possibilidades probatórias. Uma parte se posiciona com dominante poder de apresentação de provas frente a outra que, sendo inferior, está impedida de produzi-la” (BARBEIRO, *apud* KNIJNIK, 2006, p. 946).

Ou seja, a questão deve ter por norte a imortal fórmula de Rui Barbosa, segundo a qual é devido tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades, de modo a garantir a igualdade substancial entre as partes. Como esclarecem os autores Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 97) “deve haver uma paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo”.

Ademais, o direito à prova possui ligação direta com o direito fundamental ao processo justo, sendo aquele outro fundamento de aplicação da teoria aqui estudada. O acesso à tutela jurisdicional efetiva “depende da adequada formação do juízo de fato, na medida em que, em não sendo corretamente acertados os fatos com o qual irá trabalhar o juiz, [...] não será possível falar em uma adequada e efetiva tutela jurisdicional” (CARPES, 2010, p. 87). Neste sentido é a lição de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 46), que afirma que:

A imensa importância da prova na experiência do processo erigiu o *direito à prova* em um dos mais respeitados postulados inerentes à garantia política do devido processo legal, a ponto de se constituir em um dos fundamentos pilares do sistema processual contemporâneo. Sem sua efetividade não seria efetiva a própria garantia constitucional do *direito ao processo*.

Percebe-se, desse modo, que a efetividade da tutela jurisdicional depende fundamentalmente da “adequação do procedimento probatório, no sentido de que este seja estruturado para oportunizar a efetiva participação dos sujeitos processuais no trabalho de formação do juízo de fato” (CARPES, 2010, p. 88).

Além disso, a teoria do ônus dinâmico mostra-se como sendo a mais apta a conciliar os aspectos objetivos e subjetivos do ônus da prova. Nas palavras de Guilherme (2010, p. 172), isto se dá pelo fato de que “tanto os aspectos subjetivos dos litigantes (e suas responsabilidades daí advindas) quanto a natureza de norma dirigida ao julgador para evitar o *non liquet*, em conjunto formam a regra aplicável ao caso concreto”. Desta forma, aumenta-se, a possibilidade de que a prova necessária à solução da controvérsia seja trazida aos autos e o julgador tenha acesso a ela, bem como torna viável reduzir ao máximo o perigo de formalização da decisão judicial.

5.3 PROVA DIABÓLICA

Termo bastante abordado nesta pesquisa e de suma importância para o estudo do tema, convém tratar, no momento, da prova diabólica, afim de melhor esclarecer a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova na sistemática processual brasileira.

Como já analisado, a sistemática de distribuição do ônus da prova atual, constante do artigo 333 do Código de Processo Civil, se dá de forma abstrata e estática, definida com base na posição das partes e na natureza das afirmações destas.

Entretanto, nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído, se deparando, por vezes, com uma prova diabólica, ou seja, a imposição do ônus de uma prova cuja produção é extremamente difícil ou até mesmo impossível.

A prova diabólica, na definição de Alexandre Freitas Câmara (*apud* DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 92) “é 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”.

A jurisprudência⁶ comumente utiliza a expressão prova diabólica se referindo à prova de fato que não ocorreu, ou seja, a prova de fato negativo. Contudo, “nem toda prova diabólica se refere a fato negativo [...] afinal, [...] os fatos relativamente negativos são perfeitamente susceptíveis de serem provados, bem como os fatos absolutamente negativos, em alguns casos”⁷ (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2010, p. 92), além de que, nem sempre a alegação de fato negativo isenta a parte que a formula de prová-la.

A extrema dificuldade ou impossibilidade de produção da prova refere-se, na verdade, à condição de hipossuficiente da parte diante das características específicas da demanda. Ou seja, “a parte que detém o ônus probatório pode não ter condições materiais, financeiras, técnicas, sociais e informacionais de produzir a prova dos fatos que a beneficiem” (BALDINI, 2013, p. 49).

Didier Jr., Braga e Oliveira (2010, p. 92-93) classificam a prova diabólica em: a) unilateralmente diabólica, quando a prova é impossível ou extremamente difícil para uma das partes, porém viável para a outra; e b) bilateralmente diabólica, quando a prova do fato é impossível ou extremamente difícil para ambas as partes. Utilizando-se desta classificação, Renato Ornellas Baldini (2013, p. 49) leciona que:

⁶ Neste sentido: [...] Exigir dos agravados a prova de fato negativo (a inexistência de intimação da decisão recorrida) equivale a prescrever a produção de prova diabólica, de difícil produção. Diante da afirmação de que os agravados somente foram intimados acerca da decisão originalmente recorrida com o recebimento da notificação extrajudicial, caberia aos agravantes a demonstração do contrário. (AgRg no AgRg no REsp 1187970/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010); [...] em se tratando de fato negativo (ou seja, circunstância que ainda não tinha ocorrido) a exigência da produção probatória consistiria, no caso em concreto, num formalismo excessivo e levaria à produção do que a doutrina e a jurisprudência denominam de “prova diabólica”, exigência que não é tolerada na ordem jurídica brasileira. (AgRg no AREsp 262.594/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 05/02/2013);

⁷ Os autores citam como exemplo de fato absolutamente negativo que pode ser facilmente provado as certidões negativas de débito, emitidas por autoridade fiscal, que atestam a inexistência (fato negativo) de débito.

Assim, percebe-se que a configuração da prova diabólica encontra-se diretamente relacionada ao tema do ônus da prova, na medida em que a regra de distribuição da carga probatória determina qual parte deverá produzir a prova de determinada alegação (ônus da prova subjetivo). Com efeito, em alguns casos, a estipulação do ônus da prova à parte contrária poderia afastar a caracterização da prova diabólica. Isso se torna evidente nas hipóteses em que a parte contrária possui melhores condições de produzir a prova necessária à resolução da demanda. São situações, portanto, em que a produção da prova é *unilateralmente diabólica* [...].

Desta forma, ao perceber que, na hipótese concreta, há uma prova unilateralmente diabólica, o julgador deverá distribuir o ônus da prova dinamicamente, ou seja, deve ajustar o procedimento probatório à Constituição Federal, possibilitando o pleno exercício do direito à prova, deslocando o ônus de provar determinado fato à parte que disponha de melhores condições para prová-la.

Portanto, em face da desigualdade na relação jurídica processual, causada pela prova diabólica, foi que se elaborou a doutrina da distribuição dinâmica do ônus da prova, que visa garantir a igualdade substancial entre as partes e garantir o direito fundamental à prova – corolários do direito fundamental ao processo justo.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça compartilha deste entendimento, conforme se extrai do julgamento do REsp 883.656/RS, em que firmou-se o entendimento de que a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova tem como objetivo ajustar eventuais injustiças do mundo dos fatos, como as provas diabólicas. Convém transcrever trecho da ementa do mencionado julgado:

[...] 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, *caput*, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a *probatio diabólica*, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito.

3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda.

[...] (REsp 883656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012)

Porém, como bem alerta Artur Carpes (2010, p. 94), “a dinamização pressupõe que as partes estejam em desigualdade na produção da prova”, ou seja, deve o julgador atentar-se para, ao aplicar a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, não criar uma prova diabólica reversa, sob pena de a dinamização passar de transferência de um ônus para a imposição de um prejuízo.

5.4 APLICABILIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova possui, como principal escopo, promover a vinda da prova do fato objeto da controvérsia aos autos, contribuindo, desta forma, para o alcance de uma prestação jurisdicional efetiva.

O doutrinador argentino que sistematizou a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, Jorge W. Peyrano (*apud* AZÁRIO, 2006, p. 131), traçou três critérios balizadores à aplicação desta, quais sejam:

a) a distribuição atípica dos ônus probatórios é parcial, isto é, aplica-se a determinados fatos ou circunstâncias e não a todo material fático. Disso resulta que a aplicação da teoria não acarreta o total abandono da regra legal de distribuição do ônus da prova, mas só parcial. b) se ambas as partes se encontram em situação de desvantagem probatória, não há que se falar na aplicação da teoria. c) não poderá acarretar surpresa às partes.

Neste diapasão, o primeiro e principal critério a justificar a aplicação da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova é a dificuldade ou a impossibilidade de o litigante, onerado pelas regras de repartição estabelecidas *a priori*, produzir a prova respectiva, ou seja, “quando a parte

incumbida de trazer a prova aos autos não tiver reais condições de se eximir do seu ônus, prejudicando a instrução do processo” (CREMASCO, 2009, p. 86).

Tal dificuldade ou impossibilidade de cumprir o encargo probatório pode decorrer de uma série de razões – social, econômica, cultural, informação, acesso, técnica etc. – sendo todas igualmente aptas a possibilitar a distribuição dinâmica do ônus de provar. Assim, basta que o obstáculo na produção e no cumprimento do ônus fique objetivamente demonstrado para que se preencha o primeiro requisito para incidência do ônus dinâmico.

Importante dizer que a dinamização do ônus probatório pode ocorrer em relação a um ou mais fatos controvertidos, desde que a sua incidência seja condicionada à dificuldade ou não na produção da prova a eles relativas.

Danilo Knijnik (2006, p. 948) esclarece este critério afirmando que a redistribuição não pode ser aplicada apenas para compensar a inércia ou inatividade processual da parte inicialmente onerada, “mas, única e tão-somente, para evitar a formação da *probatio diabolica* diante da impossibilidade material que recai sobre uma das partes, à luz da natureza do fato e da sintaxe da norma”.

Entretanto, não basta a mera dificuldade ou impossibilidade da produção probatória por uma das partes, é necessário que haja uma maior facilidade ou uma melhor condição do outro litigante, em face ao originalmente onerado, em produzir a respectiva prova. Deve, este litigante, ter reais condições de trazer aos autos a prova do fato controvertido,

não padecendo da mesma impossibilidade que a parte incumbida do ônus pela regra geral, pois se, para esta, também a produção da prova for impossível, estar-se-á infringindo o princípio da igualdade entre as partes ao se beneficiar uma em detrimento da outra, sem qualquer justificativa plausível (NASCIUTTI *apud* CREMASCO, 2009, p. 87).

Neste sentido, Eduardo Cambi (2006, p. 341) afirma que a essência da teoria da distribuição dinâmica é a de que o ônus deverá caber “à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade na sua demonstração”, ou seja, a redistribuição do ônus da prova não é permitida se implicar em prova diabólica para a parte contrária, sendo este um pressuposto negativo para a aplicação prática da teoria.

Além dos critérios materiais acima apontados, imperioso salientar que decisão judicial que dinamiza o ônus probatório deverá ser fundamentada,

sob pena de nulidade do ato, conforme dispõe o inciso IX do artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil. Na lição de Marcia Pereira Azário (2006, p. 182),

[...] a decisão deverá ser clara e fundamentada, com a demonstração das razões que levaram o julgador a optar por tal caminho, não sendo admissível decisão da qual não reste evidenciada a logicidade de sua própria argumentação e, sobretudo, sua conexão com a realidade das alegações fáticas objeto do julgamento.

Artur Carpes (2010, p. 130) complementa as palavras de Azário afirmando que “será através de tal critério que irá balizar-se a dinamização dos ônus probatórios no sistema jurídico brasileiro e, aliado a isso, tornar possível o controle de eventual arbitrariedade promovida pelo órgão judicial”. Além disso, somente deste modo se poderá conciliar a dinamização do ônus da prova com o princípio da segurança jurídica, preconizado por Leo Rosenberg.

Questão relevante diz respeito ao momento em que deve, o julgador, aplicar a dinamização do ônus probatório. Dada a polêmica acerca deste ponto, surgiram diversas correntes que buscam determinar a melhor fase para a aplicação do instituto ao processo.

Antes de fazer a análise acerca das correntes surgidas, é necessário se atentar para a natureza jurídica do ônus da prova, que faz às vezes de pano de fundo para a discussão acerca do momento processual adequado para a aplicação da teoria de dinamização. Como já explanado no tópico 2.3, para alguns, o ônus se trata de regra de julgamento direcionada ao órgão jurisdicional, para outros é uma regra de conduta das partes.

Também se faz necessário apontar que discussão similar tem sido travada pelos doutrinadores em relação ao momento no qual deverá haver a inversão do ônus da prova no âmbito das relações de consumo, sendo válidos para a presente discussão alguns dos argumentos utilizados.

Pois bem. Se entendido puramente como regra de julgamento, o momento adequado para dinamização do ônus da prova é a sentença. Como não é possível ao órgão jurisdicional o pronunciamento *non liquet*, caso as partes não tenham se desincumbido de trazer as provas necessárias aos autos, o juiz, atentando para as circunstâncias do caso concreto, sentenciará contra a parte que possuía melhores condições de se desincumbir da produção da prova.

Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 83) afirma, ao tratar da inversão constante do Código de Defesa do Consumidor, que “a efetiva inversão só acontecerá no momento de julgar a causa, pois antes ainda não se conhecem os resultados mais conclusivos ou menos conclusivos que a instrução probatória conduzir”, ou seja, antes disto o juiz sequer sabe “se a prova será suficiente ou se será necessário valer-se das regras ordinárias sobre esse ônus, que para ele só são relevantes em caso de insuficiência probatória” (CARPES, 2010, p. 134).

No processo argentino, onde a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é amplamente aplicada, é pacífica a adoção da sentença como fase processual adequada para a dinamização, com fulcro em dois pilares fundamentais, que são:

a) a ciência prévia dos litigantes insertos naquele sistema jurídico sobre a possibilidade de que, em determinados casos, reiteradamente assentados em doutrina e jurisprudência, a distribuição dinâmica venha a incidir, inexistindo, portanto, surpresa na sua aplicação; e b) o fato de tratar-se a carga dinâmica de questão relativa a valoração da prova, na qual o juiz, verificando as circunstâncias do caso e, inclusive, a forma como as partes se conduziram no processo, impõe o ônus – e, ainda, as consequências decorrentes da ausência de prova – a um ou outro litigante (CREMASCO, 2009, p. 89).

Há, também, doutrina no sentido de que inexistente momento para o juiz fixar o ônus da prova, que argumenta no sentido de tal instituto não ser uma regra de procedimento, tornando desnecessário o aviso prévio à parte “de que poderá ou haverá ‘inversão do ônus da prova’ e, portanto, não há falar-se em momento de tal aviso ou mesmo da ocorrência de eventual ferida ao princípio constitucional da ampla defesa” (MONNERAT *apud* CARPES, 2010, p. 135).

Todavia, parte expressiva da doutrina entende que a redistribuição em momento posterior à fase instrutória constitui ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa. Neste sentido, tratando da inversão do ônus da prova consumerista, Eduardo Cambi (2006, p. 418) afirma que se esta “for conhecida somente na sentença, não assegurará oportunidade para que o fornecedor possa exercer satisfatoriamente o seu direito à prova, o que resultaria na violação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa”.

Marinoni e Arenhart (2010, p. 279) defendem que a decisão de inversão do ônus da prova deve ocorrer na audiência preliminar, dando assim oportunidade à parte de produzir a prova. Todavia, caso ocorra uma situação de inesclarecibilidade do fato, podendo esta ser imputada a parte ré, a

inversão do ônus da prova pode ocorrer na sentença. Além disso, a inversão como regra de julgamento pode se dar também diante da ocultação de prova documental ou recusa de prova pericial.

Em sentido semelhante, Eduardo Cambi (2006, p. 346) defende que a inversão deve ocorrer na audiência preliminar, acrescentando que o provimento se dará em decisão ordinária, popularmente conhecida como despacho saneador.

Este último entendimento tem sido predominante na doutrina e já foi adotado por alguns tribunais, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que o consubstanciou na Súmula n. 91, nos seguintes termos: “A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença”. O Superior Tribunal de Justiça também se inclinou para a adoção do entendimento de que a inversão do ônus da prova é regra de instrução, devendo esta ser, preferencialmente, determinada na fase de saneamento do processo, nos seguintes termos:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO.

A Seção, por maioria, decidiu que a inversão do ônus da prova de que trata o art. 6º, VIII, do CDC é regra de instrução, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos. (REsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti - art. 52, IV, b, do RISTJ -, julgados em 29/2/2012.)

O próprio Código de Processo Civil de 1973 estabelece que o momento adequado para redistribuição do ônus da prova é a audiência preliminar, conforme regra prevista no artigo 331, § 2º, que dispõe que “se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, *decidirá as questões processuais pendentes* e determinará as provas a serem produzidas [...]”.

Portanto, entendemos que o melhor momento para se operar a dinamização é quando da audiência preliminar e, na sua falta, no despacho saneador, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa, para não se crie uma surpresa para a parte que sofrerá com a alteração do ônus da prova.

6 A PRESENÇA DA TEORIA DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Na exposição de motivos do anteprojeto reconheceu-se que o direito processual civil, a fim de se harmonizar com as garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito, deve proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos. O direito material será meramente ilusório sempre que não houver a garantia de sua efetiva realização por meio de um processo eficiente.

O Novo Código de Processo Civil, aprovado como lei ordinária sob o número 13.105/2015, desta forma, pauta-se pela realização dos direitos e garantias fundamentais, visando à efetividade do processo e a realização da justiça material. Nas palavras de José Miguel Garcia Medina (2010), membro da comissão de juristas nomeada pelo Senado Federal para a elaboração do novo código, “se, de fato vivemos em um Estado Democrático de Direito, penso ser indispensável que o anteprojeto reflita esse valor, em todos os sentidos.” E aduz o ilustre mestre que, portanto, “deverão constar do anteprojeto, evidentemente, dispositivos que concretizem os princípios e garantias constitucionais”.

Desta forma, visando estabelecer uma sistemática mais célere, justa e menos complexa, para permitir ao juiz que se atente, em maior grau, ao mérito da causa, conforme consta da exposição de motivos, os trabalhos para a elaboração do novo código se pautaram em cinco objetivos, quais sejam:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e,
- 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (BRASIL. Congresso Nacional, 2010, p. 14).

Interessa particularmente ao objeto deste estudo as pretensões veiculadas nos objetivos de número um e dois da comissão, quais sejam, estabelecer verdadeira sintonia com a Constituição Federal e possibilitar ao julgador uma decisão mais aderente aos fatos relativos ao feito.

A necessidade de harmonia entre lei ordinária em relação à Constituição da República Federativa do Brasil fez com que se incluíssem no Novo Código de Processo Civil, de forma expressa, princípios constitucionais, na sua versão processual. Trata-se de uma forma de tornar o processo mais

eficiente e efetivo, aproximando-o das normas constitucionais, “em cujas entrelinhas se lê que o processo deve assegurar o cumprimento da lei material” (BRASIL. Congresso Nacional, 2010, p. 15).

Percebe-se, de plano, que a nova legislação processual civil busca a valorização da Constituição, tendo a expressa intenção de adequar as normas processuais aos axiomas da Lei Maior. Nesse sentido o artigo primeiro da Lei 13.105/2015:

Art. 1º. 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.

É neste contexto que se insere a previsão expressa da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo Novo Código de Processo Civil, que busca dar à matéria do ônus da prova uma perspectiva constitucional, com atenção aos direitos e garantias fundamentais, buscando a realização efetiva da justiça material nos casos postos perante o Poder Jurisdicional, atendendo às pretensões de número um e dois da comissão, acima mencionadas.

Apesar de ser possível, como já anteriormente analisado, a aplicação da dinamização do ônus probatório independentemente de previsão legal, com base nos fundamentos expostos nos tópicos 5.2 e 5.4, a nova codificação prestigia o princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, visando proteger e preservar as justas expectativas das pessoas (BRASIL. Congresso Nacional, 2010, p. 19) e estabelecer os requisitos de forma objetiva para a sua aplicação.

É mantida a regra prevista no atual artigo 333 do Código de Processo Civil, que determina que cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor. É o disposto no artigo 373 da Lei 13.105/2015:

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.

O Novo Código de Processo Civil inova, ainda, ao inserir em seu texto um dispositivo que trata expressa e pontualmente sobre a teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, que se encontra no parágrafo primeiro do mesmo artigo 373 do novo código, *in verbis*:

§ 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.

Tais dispositivos demonstram claramente a adoção, pelo novo diploma processual, da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois a manutenção da previsão de distribuição estática, aliada à previsão do parágrafo primeiro, se dá com fulcro na excepcionalidade da incidência da teoria, de forma supletiva à regra geral de distribuição estática, exatamente como já comentado no capítulo 5 da presente pesquisa.

Ademais, como observa Líbia das Graças Pires (2011, p. 132), o novo código não atrela a valoração do julgador a condições subjetivas das partes, como faz o Código de Defesa do Consumidor, que atrela a inversão do ônus da prova à verossimilhança ou à hipossuficiência, mas dá àquele grande liberdade de convicção para instruir e julgar o feito, com fulcro na base axiológica normativa e principiológica da Constituição Federal.

Assim, nos termos da nova Lei 13.105/2015, o ônus da prova continua a ser distribuído de forma estática e abstrata, porém, diante das circunstâncias de cada caso e das peculiaridades dos fatos, o juiz poderá redistribuir o ônus da prova, atribuindo tal encargo à parte que se encontre em melhores condições para produzi-la.

Ademais, o dispositivo, na forma em que foi aprovado, resolve as discussões acerca do momento da redistribuição. Muito embora não tenha apontado expressamente o momento adequado para o juiz determinar como se dará a distribuição do ônus da prova, esclareceu que tal não se dará quando da prolação da sentença, pois instituiu a necessidade de dar à parte a oportunidade de desempenhar o ônus adequadamente.

Tal disposição privilegia a garantia fundamental ao contraditório e à segurança jurídica, eis que a lei deve dar efetividade às garantias constitucionais, “tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta” (BRASIL. Congresso Nacional, 2010, p. 19).

Enquanto ainda se tratava de projeto, o novo código possuía previsão de que a inversão do ônus da prova não implicaria alteração das regras

referentes aos encargos da respectiva produção, ou seja, após o deslocamento do ônus, aquele a quem caberia produzir a prova não arcaria com os ônus financeiros desta produção. Tendo em vista a remoção desta previsão, a melhor interpretação da intenção do legislador é a de que a parte que recebe o encargo de produzir as provas, na forma do artigo 373, § 1º, do Novo Código de Processo Civil, se incumbe também de qualquer ônus financeiro que eventualmente a redistribuição possa lhe acarretar.

Imperioso ressaltar a previsão do parágrafo segundo do artigo 373 da Lei 13.105/2015, que prevê que o ônus não pode ser deslocado na hipótese de criar uma prova diabólica reversa, ou seja, no caso de ambas as partes se encontrarem frente a uma prova de difícil produção, caso em que deve se manter a regra geral de distribuição probatória.

Como se percebe, o artigo 373 do Novo Código de Processo Civil busca tornar legal aquilo que a doutrina defendia e já era aplicado por alguns magistrados. Assim, tudo o que foi dito no presente ensaio continuará válido a partir do término da *vacatio legis* da Lei 13.105/2015.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, cumpre frisar que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova é tema novo ao processo civil brasileiro e, até o momento, a única lei que prevê a sua aplicação às relações jurídicas postas perante o Poder Jurisdicional está em período de *vacatio legis*.

Tal teoria visa a dar maior importância para a função subjetiva do ônus da prova, não minimizando a sua função objetiva de regra de julgamento, sob o argumento de que para um Estado constitucional, que tem na democracia um de seus fundamentos, e traz como direitos fundamentais o devido processo, o contraditório e a efetiva participação das partes na construção da decisão judicial, esta é a melhor estruturação dada à atividade probatória, eis que a dinamização do ônus estimulará a produção probatória e diminuirá os riscos da formalização da decisão. Assim, fundamenta-se na efetividade do processo, na busca da verdade real, no alcance de um processo justo e no princípio da cooperação entre as partes.

A doutrina procura cada vez mais afirmar a importância de um processo civil harmonizado com a Constituição Federal, sempre pautado em seus princípios e direitos fundamentais. Assim, através de uma interpretação sistemática e principiológica, em atenção aos direitos fundamentais à ordem jurídica justa, ao acesso à justiça, à igualdade substancial e à prova, aliados ainda aos princípios da cooperação das partes e da boa-fé, todos presentes

em nosso ordenamento jurídico, encontra-se o fundamento para que se aplique a teoria dinâmica de distribuição dos ônus probatórios, como complemento à regra clássica de distribuição estática do referido ônus.

Posto isso, entende-se que é possível flexibilizar a regra esculpida no artigo 333 do Código de Processo Civil para a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, mesmo que ainda não vigente a legislação que trata do tema. Para tanto deverão ser atendidos seus critérios balizadores, que são a impossibilidade ou extrema dificuldade da produção da prova por uma das partes (prova diabólica) aliada à possibilidade de que o outro litigante atenda ao ônus, sem maiores entraves, para que não se crie uma prova diabólica reversa. Ademais, como se frisou no decorrer do presente trabalho, a decisão que determinar a dinamização do ônus deverá ser devidamente fundamentada, conforme preconiza o artigo 93, IX da Constituição Federal. Também é necessário conferir à parte onerada oportunidade de se desincumbir do ônus a ela imposto, ou seja, a redistribuição do ônus deverá ocorrer antes da instrução processual, na audiência preliminar ou, na sua falta, quando da prolação do despacho saneador, respeitando-se, assim, o direito fundamental ao contraditório.

Consigne-se, por fim, que a partir de 17 de março de 2016 entrará em vigor o Novo Código de Processo Civil (artigo 1.045 do NCPC) e, a partir de então, passar-se-á a existir expressa previsão legal autorizando a dinamização do ônus da prova, cumprindo, a legislação ordinária, com os dispositivos constitucionais do processo.

8 REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo C. de. **A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – O momento em que se opera a inversão e outras questões**. Revista de direito do consumidor, São Paulo, n. 48, 2003.

AZÁRIO, Márcia Pereira. **Dinamiscização da distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

BALDINI, Renato Ornellas. **Distribuição dinâmica do ônus da prova no direito processual do trabalho**. Dissertação (Mestrado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo - USP. São Paulo, 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil: Anteprojeto**. Brasília: Senado Federal,

Presidência, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência n. 492**. Recurso Especial nº 422.778/SP. Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti - art. 52, IV, b, do RISTJ -, julgados em 29/2/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270492%27>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 883.656 RS**, Segunda Turma, Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.187.970 SC**, Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 262.594 RJ**, Segunda Turma, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 18/12/2012, DJe 05/02/2013.

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

CAMBI, Eduardo. Prova – Nova dinâmica da distribuição do ônus. In: ROSSI, Fernando et. al. (coord.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 675-679.

CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. – Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Volume 2. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Volume III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GODINHO, Robson Renault. **A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais**. De jure: revista jurídica do

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 384-407, 2007.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)** – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

GUILHERME, Thiago Azevedo. **Considerações sobre a flexibilização do ônus da prova e o acesso à justiça na constitucionalização do processo civil.** XIX encontro nacional do CONPEDI, Fortaleza, p. 166-180, 2010.

KNIJNIK, Danilo. **As perigosíssimas doutrinas do ônus dinâmico da prova e da situação do senso comum como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil v. 2: Processo de conhecimento.** – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. **O espírito democrático do anteprojeto do novo CPC.** Disponível em <<http://professormedina.com/2010/03/12/o-espirito-democratico-do-anteprojeto-do-novo-cpc/>>. Acesso em 10 abr. 2014.

MIRANDA, Pontes, 1892-1979. **Comentários ao código de processo civil, tomo IV: arts. 282 a 443.** – Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova.** – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PIRES, Líbia das Graças. **Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho.** Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2011.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Súmula n. 91. A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença.** Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=150637&desc=ti&servidor=1&idioma=0>. Acesso em 20 mar. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento.** – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: Teoria geral do processo e processo de conhecimento, v. 1.** – 10. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova.** Revista de Processo, São Paulo, vol. 205, p. 115-144, março 2012.