

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

**Roberto Hepp**

**DA NECESSIDADE DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA A  
OBTENÇÃO DE UMA DECISÃO JUSTA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

**PORTO ALEGRE**

**2014**

ROBERTO HEPP

DA NECESSIDADE DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA A OBTENÇÃO  
DE UMA DECISÃO JUSTA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin

Porto Alegre

2014

ROBERTO HEPP

DA NECESSIDADE DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA A OBTENÇÃO  
DE UMA DECISÃO JUSTA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Monografia de conclusão de curso apresentada na  
Faculdade de Direito da Universidade Federal do  
Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito  
parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 18 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Doutor Klaus Cohen-Koplin

Orientador

---

Professor Doutor Daniel Mitidiero

---

Professor Doutor Sérgio Luis Wetzel de Mattos

## AGRADECIMENTOS

Como não poderia deixar de ser, inicio meus agradecimentos por aqueles que estiveram junto comigo em todos os momentos, meus pais, Márcia e Ricardo. Mãe, pai, sem vocês jamais teria encontrado forças para seguir em frente e chegar até aqui, saibam que a minha admiração, meu respeito e meu amor por vocês são imensos e incondicionais. Apenas quero dizer muito obrigado, não há palavras para descrever o que fizeram e fazem por mim.

Também aos meus avós, Otésio e Glaci, que souberam compreender a ausência do “neto único” nos momentos delicados e que sempre expressaram no olhar a torcida pelo meu sucesso e o orgulho pelas conquistas. Da mesma forma, aos que não estão mais presentes, mas que tenho certeza que lá de cima olham por mim, Levino, Arsênia e Arlindo, meu “avô adotivo”, que infelizmente partiu meses antes de ter realizado o sonho de me ver Bacharel em Direito.

Não menos essencial é a referência à minha segunda família, Carmen Pinto Copetti e Paulo César Fontana Copetti, que contribuíram sobremaneira para que fosse possível a realização deste sonho. Meus mais sinceros agradecimentos, vocês são indescritivelmente incríveis.

A todos os meus colegas de trabalho, que em muito contribuíram para a minha formação e me proporcionaram enorme aprendizado, em especial às minhas chefes Denise Franzen e Yumi Kaneda, que ao longo do período deixaram de ser meras colegas de trabalho para se tornarem grandes amigas que levo para a vida.

Aos meus colegas e amigos de faculdade, que de uma maneira ou outra contribuíram para que o longo caminho percorrido fosse tão belo, prazeroso e gratificante. Apesar de citar nomes sempre constituir tarefa árdua, é impossível não agradecer àqueles que estiveram junto comigo do início ao fim, Lucas Machado Reis, Marcelo Tosin e Marcio Furtado. Tenho a mais absoluta certeza do sucesso de cada um de vocês e levarei a nossa amizade para todo o restante da caminhada. Também agradeço àqueles que foram se aproximando ao longo do caminho, não podendo deixar de citar os colegas João Antônio “Marau” Sitta e Thiago Balbi Guaragna, indispensáveis no convívio do derradeiro ano de faculdade.

Em especial, aos amigos Bruno Pedroso e Douglas Dalenogare, pela amizade leal, sincera e verdadeira ao longo da jornada, que compartilharam comigo as incertezas e angústias e comemoram ao meu lado as vitórias. Se irmãos de sangue não tive, tenho os que escolhi. Tenham certeza de que sem vocês não teria a coragem e motivação necessárias para chegar até aqui.

No âmbito acadêmico agradeço ao meu orientador, Professor Klaus Cohen-Koplin, pela presteza, paciência e pelos apontamentos sinceros e precisos. Por fim, ao grande mestre que tive ao longo da graduação, ícone da Faculdade e indispensável na minha formação, Professor Daniel Mitidiero.

## RESUMO

O ônus da prova funciona como regra de instrução (função subjetiva), instruindo as partes acerca de quais provas cada uma é responsável por levar a juízo, e como regra de julgamento (função objetiva), constituindo espécie de *ultima ratio* para evitar a pronúncia do *non liquet* pelo magistrado, o que, como é sabido, é vedado em nosso ordenamento. Desse modo, o juiz pronunciará decisão desfavorável àquele que cumpria o ônus de provar, mas não provou. Há duas formas de se distribuir o ônus da prova, quais sejam, fixa e dinâmica. A distribuição é fixa quando se estabelece de antemão quem terá o encargo de comprovar cada fato. É dinâmica quando fica a cargo do juiz, diante do caso concreto, determinar qual das partes tem melhores condições de comprovar. No ordenamento jurídico pátrio, o legislador optou por estabelecer a distribuição fixa do ônus da prova no processo civil. A distribuição fixa, entretanto, tem se mostrado insuficiente para garantir o processo justo aos litigantes no Estado Constitucional. Inicialmente, desenvolveu-se a técnica de inversão do ônus da prova e, posteriormente, a técnica de dinamização do ônus da prova. Esta última constitui ferramenta indispensável para a garantia da igualdade das partes e do direito fundamental à prova, ao contraditório, à ampla defesa, e ao processo justo. Dentro de um modelo cooperativo de processo, pautado por direitos fundamentais, é essencial que o juiz possa, de acordo com as particularidades do caso concreto, dinamizar o ônus da prova nos casos em que a prova seja de difícil produção pela parte inicialmente onerada e de fácil produção para a outra. Manter a distribuição inicial só porque prevista em lei não parece a posição mais adequada. Nessa senda, deve ser admitida a dinamização do ônus da prova, mesmo que ainda não prevista expressamente em nosso ordenamento, desde que presentes condicionantes materiais e processuais, sob o prisma da razoabilidade e da não ocorrência de *probatio diabolica* reversa. Tanto é assim que o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro veio a consagrar a técnica de dinamização do ônus da prova para facilitar a busca pelas provas necessárias para a obtenção de uma decisão justa.

**Palavras-chave:** Ônus da prova. Distribuição Fixa. Insuficiência. Dinamização. Necessidade. Processo Justo.

## ABSTRACT

The burden of proof works as instruction rule (subjective function), instructing the parties about what evidence each one is responsible for bringing to trial, and as judgment rule (objective function), constituting a kind of last resort to prevent the pronouncement of *non liquet* by the magistrate, which, as is known, is prohibited in our system. Thus, the judge will pronounce decision unfavorable to who has the burden of proof, but not proved. There are two ways to distribute the burden of proof, namely, static and dynamic. The distribution is static when establishing in advance who will have the burden to prove every fact. It is dynamic when is up to the judge before the case, to determine which part is best able to demonstrate. In the brazilian legal system, the legislature chose to set the static distribution of the burden of proof in civil proceedings. The static distribution, however, has proved insufficient to ensure due process of law for litigants in a Constitutional State. Initially, was developed the technique of inversion of the burden of proof, and, subsequently, the technique of dynamization of the burden of proof. The latter one is an indispensable tool for ensuring the equality of the parties and the fundamental right to the proof, to the contradictory, to full defense and to due process of law. Within a cooperative model of process, guided by fundamental rights, it is essential that the judge can, according to the particularities of the case, dynamize the burden of proof in cases which the production of the proof is extremely difficult to the part initially burdened production and easy for the other one. Keep the initial distribution just because provided by law does not seem the most appropriate position. In that way, should be allowed the dynamization of the burden of proof, even if it is not expressly provided in our legal system yet, as long as present substantive and procedural conditions, from the perspective of reasonableness and non-occurrence of reverse diabolical proof. So much so that the bill for a new brazilian Civil Procedure Code came to consecrate the technique of dynamization of burden of proof to facilitate the search for the necessary proof for the due process of law.

**Keywords:** Burden of proof. Static distribution. Insufficiency. Dynamic Distribution. Necessity. Due process of law.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>2 DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO E ÔNUS DA PROVA .....</b>	<b>11</b>
2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E MODELO DE PROCESSO JUSTO	11
<b>2.1.1 Direito fundamental ao processo justo (devido processo legal).....</b>	<b>11</b>
<b>2.1.2 Direito fundamental ao contraditório.....</b>	<b>16</b>
<b>2.1.3 Direito fundamental à ampla defesa .....</b>	<b>20</b>
<b>2.1.4 Direito fundamental à prova .....</b>	<b>22</b>
<b>2.1.5 Direito fundamental à igualdade.....</b>	<b>27</b>
<b>2.1.6 Dever de colaboração .....</b>	<b>30</b>
2.2 ÔNUS DA PROVA .....	33
<b>2.2.1 Distinção: ônus x dever .....</b>	<b>33</b>
<b>2.2.2 Conceito e funções .....</b>	<b>35</b>
2.2.2.1. Ônus da prova como regra de instrução (função subjetiva) .....	38
2.2.2.2 Ônus da prova como regra de julgamento (função objetiva) .....	40
2.3 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA .....	42
<b>2.3.1 Distribuição fixa do ônus da prova .....</b>	<b>44</b>
<b>2.3.2 Distribuição dinâmica .....</b>	<b>47</b>
<b>3 A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO EXIGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO .....</b>	<b>51</b>
3.1 INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO.....	53
3.2 DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO COMO EXIGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO JUSTO .....	60
<b>3.2.1 Admissibilidade.....</b>	<b>60</b>
<b>3.2.2 Condicionantes e limites.....</b>	<b>64</b>
<b>3.2.3 Momento.....</b>	<b>68</b>
<b>3.2.4 Projeto de novo Código de Processo Civil .....</b>	<b>70</b>
<b>4 CONCLUSÃO.....</b>	<b>75</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>78</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Inerentes à sociedade, os conflitos devem ser resolvidos de modo a se alcançar a paz social. A partir do momento em que o monopólio da aplicação coativa do direito foi reivindicado pelo Estado, foi criada a vedação à pronúncia do “*non liquet*” por parte do magistrado. Ou seja, passou a ser necessária uma decisão para o conflito mesmo quando o juiz não estivesse plenamente convencido acerca dos fatos controvertidos na demanda.

Aliada a esse fato, surgiu a questão do ônus probatório das alegações de fato levadas a juízo pelas partes, funcionando tanto como regra de julgamento (função objetiva) quanto como regra de instrução (função subjetiva). Segundo a clássica *Normentheorie*, de influência liberal, cabe às partes provar os pressupostos de fato das normas que lhe são favoráveis. Para isso, é necessário que elas saibam a quem incumbe esse encargo em cada caso, e quem arcará com os prejuízos de uma decisão desfavorável em caso de não comprovação dos fatos alegados. Para resolver essa questão, utilizam-se as normas acerca do ônus da prova.

Como dito, é possível definir o ônus da prova tanto no seu aspecto subjetivo (como regra de instrução) bem como no seu aspecto objetivo (como regra de julgamento). Em breve resumo, o ônus da prova em seu aspecto subjetivo serve para definir qual das partes tem o encargo de provar cada fato alegado, enquanto no seu aspecto objetivo o ônus da prova funciona como regra de julgamento, ou seja, definindo a favor de quem o juiz decidirá quando não ficar comprovado o fato alegado.

A distribuição do ônus probatório, por sua vez, pode ser feita de duas maneiras, quais sejam, de forma fixa ou de forma dinâmica. A distribuição do ônus probatório é fixa quando o legislador determina previamente a qual das partes cabe a comprovação de determinada alegação de fato. É, por outro lado, dinâmica quando o legislador concede ao juiz a atribuição de determinar, diante do caso trazido à liça, qual das partes está em melhores condições de comprovar, de modo que esta acabará por arcar com o ônus respectivo.

Objeto do presente trabalho, a técnica de dinamização do ônus da prova apresenta caráter essencial para a efetivação de importantes direitos fundamentais consagrados na Constituição da República, tais como o direito à prova, ao contraditório, à ampla defesa, à igualdade das partes e, principalmente, o direito fundamental ao processo justo (devido processo legal). Embora a regra geral do processo civil brasileiro esteja prevista no art. 333 do Código de Processo Civil, consagrando a distribuição fixa do ônus da prova em nosso ordenamento, é possível que o ônus probatório seja dinamizado no direito brasileiro, desde

que presentes condicionantes materiais e processuais, sob o prisma da razoabilidade e da não ocorrência da *probatio diabolica* reversa.

A regra geral no processo civil brasileiro, prevista no art. 333 do CPC, define que cabe ao autor o ônus probatório do fato constitutivo do seu direito, e ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, caso clássico de distribuição fixa realizada pelo legislador. A distribuição feita pelo legislador brasileiro segue, portanto, em linhas gerais, a clássica distribuição da *Normentheorie*.

Atualmente, porém, não se pode mais pensar o processo civil pautado pela legalidade estrita de corte liberal. Com o advento do Estado Constitucional, devemos conformar a lei à Constituição e aos direitos fundamentais. Dessa forma, também a questão relativa ao ônus da prova deve estar em consonância com os princípios constitucionais de justiça, os direitos fundamentais e a Constituição, em razão de tratar-se de ponto fundamental do procedimento probatório.

Casos existem, contudo, em que a própria lei acaba por distribuir de maneira diversa a carga probatória. É o que ocorre, exemplificativamente, no direito do consumidor, que, atendendo a circunstâncias especiais, como a fragilidade ou a hipossuficiência do consumidor, opta por atribuir ao fabricante a responsabilidade pelo fato do produto.

Há que se atentar, todavia, que o simples fato de o legislador distribuir de maneira diversa o ônus da prova não caracteriza o fenômeno da dinamização do ônus probatório. Consoante será desenvolvido, o que ocorre, nesses casos, é mera atribuição fixa do ônus da prova pelo legislador.

Em verdade, é notória a dificuldade de obtenção de uma decisão justa mediante a distribuição meramente fixa, fechada e estática do ônus da prova. Diante de um cenário em que muitas vezes atribui-se a uma das partes uma prova diabólica em razão da distribuição fixa do encargo probatório, quando seria de fácil produção pela outra parte, não parece justo manter essa distribuição.

Com efeito, não resta dúvida de que a distribuição do ônus da prova deve estar ajustada ao sistema normativo constitucional. Desse modo, parece mais adequado e consentâneo com os ideais do Estado Constitucional que o juiz possa flexibilizar o ônus da prova no caso concreto quando uma das partes tenha maior facilidade para produzir a prova que seria de difícil ou impossível produção para outra.

Justifica-se, assim, a necessidade da dinamização do ônus probatório em razão de a distribuição unicamente fixa do ônus da prova ser inadequada e insuficiente para a promoção de uma decisão efetivamente justa no processo, pelo fato de não considerar eventuais

dificuldades ou facilidades das partes para produzir determinada prova, violando os direitos fundamentais à prova, ao contraditório, à ampla defesa, à igualdade das partes e, fundamentalmente, ao processo justo (devido processo legal).

Ademais, ao admitir somente a distribuição fixa do ônus da prova, apenas possibilitando que as partes possam convencionar de maneira diversa acerca do encargo probatório, ocorre um engessamento do sistema probatório, além do fato de o juiz acabar ficando com poucos poderes para avaliar qual seria a maneira mais adequada de trazer aos autos as provas necessárias ao adequado deslinde do feito.

A crítica, contudo, não se dá em relação à escassa autonomia das partes na distribuição do ônus probatório, mas sim quanto à impossibilidade teórica, pela redação atual do CPC, de o juiz cooperar com as partes para corrigir eventuais desigualdades decorrentes da distribuição fixa e estática do ônus da prova.

Diante dos poderes concedidos ao juiz ao longo da instrução probatória dentro de um modelo colaborativo de processo, parece adequado que deva ser permitido ao juiz o exercício do seu dever de auxílio, inerente à colaboração, para que possa melhor equacionar os encargos probatórios de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Segundo entendem alguns doutrinadores, a doutrina da dinamização do ônus da prova deve ser interpretada com bastante cuidado, pois, embora tenha nobre intenção, pode se tornar algo extremamente perigoso se não utilizada da maneira correta, de modo a prejudicar uma das partes que inicialmente não tinha a expectativa de ter que produzir prova acerca de determinada alegação de fato e é surpreendida com esse encargo. Esse perigo ocorreria principalmente no caso de aplicação da dinamização da prova como regra de julgamento (função objetiva do ônus da prova). Além disso, haveria a possibilidade de se onerar uma parte que supostamente teria melhores condições de produzir a prova, quando, em verdade, tem a mesma ou maior dificuldade do que a parte a quem a prova incumbia em um primeiro momento.

Por outro lado, existem diversos autores que defendem que é possível e inclusive necessária a dinamização do ônus da prova para uma justa e adequada composição dos litígios, constituindo-se a teoria, em determinados casos, o único meio para a efetivação do direito fundamental à prova e do direito ao processo justo.

Reflexo dos pensamentos doutrinários, também a jurisprudência tem sido controversa acerca da possibilidade da dinamização do ônus da prova. Atualmente, pode-se afirmar que o entendimento predominante da jurisprudência brasileira é no sentido da admissibilidade da dinamização do ônus probatório. No entanto, não raro encontram-se decisões judiciais

contrárias a esse posicionamento, de modo que se faz necessário um estudo mais aprofundado para melhor esclarecer o assunto em busca de uma solução uniforme para o problema.

De fato, está-se diante de um problema prático no processo civil brasileiro, que envolve o direito fundamental à prova e a busca por uma solução justa dos litígios, de maneira que se torne possível a concessão adequada e efetiva da tutela jurisdicional às partes no processo.

No presente trabalho, pretende-se demonstrar a essencialidade da dinamização do ônus probatório para a promoção de uma decisão justa. Utilizar-se-á o método hipotético dedutivo, partindo-se de diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais para demonstrar a insuficiência da distribuição fixa e a viabilidade da dinamização do ônus da prova no ordenamento jurídico pátrio.

Inicialmente, examinar-se-ão os direitos fundamentais mais fortemente relacionados ao tema da dinamização. Em seguida, analisar-se-á o ônus da prova, fazendo breve distinção entre ônus e dever para depois verificar os aspectos subjetivo e objetivo do ônus probatório.

Após, verificar-se-á quais são as formas de distribuição do *onus probandi*, quais sejam, fixa e dinâmica. Feito isso, passar-se-á a conferir as alternativas desenvolvidas para melhorar a distribuição do ônus da prova e adequá-la à Constituição e aos direitos fundamentais, averiguando a inversão do ônus da prova e os principais casos em que ela vem sendo aplicada, e, posteriormente, a dinamização do ônus probatório, fazendo a devida distinção entre as técnicas. Para isso, analisar-se-á tanto o direito atualmente vigente como o projeto de novo CPC.

Assim, defender-se-á que a dinamização do ônus da prova visa a garantir o processo justo aos litigantes, mediante a igualdade processual e paridade de armas entre as partes, assegurando o direito ao contraditório, à ampla defesa, à prova e ao processo justo, de modo que se demonstrará que se faz essencial a técnica da dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro para a obtenção de uma decisão justa, desde que atendidas as condicionantes materiais e processuais para tanto, sob o prisma da razoabilidade e da não ocorrência da prova diabólica reversa.

## **2 DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO E ÔNUS DA PROVA**

Tendo em vista o advento do Estado Constitucional, faz-se necessário que todo o ordenamento jurídico vigente esteja em consonância com os princípios constitucionais. Desse modo, também o sistema probatório precisa estar estabelecido de maneira a proporcionar uma justa composição dos litígios. Para isso, tem-se como imprescindível a busca pela verdade no processo e o respeito aos direitos fundamentais processuais constitucionalmente garantidos.

A solução legal, que prevê a distribuição fixa, estática e fechada do ônus probatório, vem se mostrando cada vez mais insuficiente para a promoção de uma decisão justa e para garantir a igualdade substancial das partes no processo. Ao não se permitir que o juiz analise no caso concreto quem tem melhores condições de produzir determinada prova, impede-se que ele exerça seu dever de auxílio para com as partes e prejudica a obtenção de uma decisão justa e em conformidade com a verdade dos fatos.

Ao longo do presente capítulo, analisar-se-á, em um primeiro momento, cada um dos direitos fundamentais mais intimamente relacionados e afetados pela dinamização do ônus da prova. Posteriormente, verificar-se-á o ônus da prova em si, seu conceito e funções, bem como as suas formas de distribuição e o regime adotado pelo ordenamento brasileiro.

### **2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E MODELO DE PROCESSO JUSTO**

Tendo em vista a defesa da tese de que a técnica da dinamização do ônus probatório é essencial para a observância dos direitos fundamentais processuais, para a garantia do processo justo e para a obtenção de uma decisão justa, far-se-á breve exposição dos direitos fundamentais e deveres do juiz mais intimamente relacionados com a questão da dinamização do ônus da prova, quais sejam: o direito fundamental ao processo justo; o direito fundamental ao contraditório; o direito fundamental à ampla defesa; direito fundamental à prova; direito fundamental à igualdade substancial; dever de colaboração. Desse modo, passa-se a tratar mais especificamente de cada um dos temas.

#### **2.1.1 Direito fundamental ao processo justo (devido processo legal)**

O direito fundamental ao processo justo (devido processo legal) vem assegurado na Constituição da República, nos seguintes termos:

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

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Tradicionalmente, a expressão devido processo legal é utilizada tanto com conotação substancial como procedimental<sup>1</sup>. A origem da expressão “*due process of law*” vem do direito norte-americano, a partir da edição da 5ª Emenda (vinculativa ao governo federal) e da 14ª Emenda (que vincula os governos estaduais) à Constituição norte-americana<sup>2</sup>. A conotação substancial denotaria a exigência de utilização da proporcionalidade e da razoabilidade, enquanto a procedimental indicaria a garantia de um processo justo e adequado<sup>3</sup>.

No sentido substancial, portanto, a expressão exigiria a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade, sendo que processo devido é aquele que “gera decisões jurídicas substancialmente devidas”<sup>4</sup>. No entanto, dentro do contexto brasileiro, a expressão constitucional “devido processo legal” não deve ser utilizada em sua conotação substancial.

Explica Ávila<sup>5</sup> que a expressão constitucional “devido processo legal” somente deve ser utilizada no sentido procedimental, tendo em vista que a proporcionalidade e a razoabilidade já decorrem dos princípios de liberdade e igualdade constantes do sistema constitucional, isto é, seria desnecessário e redundante outro dispositivo prevendo as mesmas garantias. Portanto, não seria consistente a utilização da expressão supracitada como fundamento para a aplicação dos postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade<sup>6</sup>.

Embora haja autores, como Didier Jr.<sup>7</sup>, que entendem que não se deve deslegitimar essa construção teórica nacional, pois, embora peculiar, não estaria equivocada, pensa-se que

<sup>1</sup> ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50-59, nº 163.

<sup>2</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 29.

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50-59, nº 163.

<sup>4</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. p. 45.

<sup>5</sup> ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50-59, nº 163.

<sup>6</sup> ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50-59, nº 163.

<sup>7</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. p. 47-48.

esse não é o melhor entendimento. Ocorre que utilizar a expressão devido processo legal no sentido substancial é triplamente inconsistente, conforme leciona Humberto Ávila<sup>8</sup>:

Enfim, o uso da expressão “devido processo legal substancial”, como variante de significado supostamente decorrente da previsão expressa do “devido processo legal” é triplamente inconsistente: em primeiro lugar, porque leva ao entendimento de que o fundamento normativo dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade é o dispositivo relativo ao “devido processo legal”, quando o seu fundamento reside na posituação dos princípios de liberdade e igualdade conjuntamente com finalidades estatais; em segundo lugar, porque os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade são aplicados mesmo fora do âmbito processual, razão pela qual perde sentido o uso da expressão “devido processo legal substancial” para representá-los; em terceiro lugar, porque o “devido processo legal substancial”, se compreendido como os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade, dá a entender que esses deveres não estão presentes no “devido processo legal procedimental”, quando, como será visto, servem para a sua própria configuração como processo adequado ou justo.

Posto isso, é importante frisar que a expressão devido processo legal, que, conforme ressaltado, somente deve ser utilizada no sentido procedimental, compreende a exigência de que haja um processo, de que ele seja justo e de que esteja em consonância com o ordenamento jurídico e os direitos fundamentais<sup>9</sup>. Apenas para destacar a inconsistência da separação entre devido processo legal substancial e procedimental, transcreve-se a síntese de Ávila<sup>10</sup>:

Igualmente não é consistente separar o "devido processo legal substancial" do chamado "devido processo legal procedimental". Em primeiro lugar, porque o "devido processo procedimental" não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio cuja aplicação reflexiva gera um direito subjetivo ou de determinada regra que o garanta, mas *decorrente* do seu próprio conteúdo normativo, ainda que ilegítimamente proclamado. Em segundo lugar, porque só se sabe se um processo é adequado ou justo se os atos praticados no processo forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito alegado.

Examinada a tradicional distinção entre as conotações substancial e procedimental da expressão “devido processo legal” e esclarecido que ela somente deve ser utilizada em sua conotação procedimental, passa-se a analisá-la. Acerca do devido processo legal, pode-se dizer que ele “principia e enfeixa a disciplina do processo civil brasileiro”<sup>11</sup>; isto é, ele principia pelo fato de que dele decorrem todas as demais, e enfeixa por permitir uma abertura

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50-59, nº 163.

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50-59, nº 163.

<sup>10</sup> ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 50-59, nº 163.

<sup>11</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 29.

para a utilização de outras normas que se façam necessárias para que, no caso concreto, haja a observância do processo justo<sup>12</sup>.

Assim, é possível perceber que o direito ao processo justo é de suma importância, indispensável para a obtenção de uma decisão justa no caso concreto e princípio fundamental de organização do processo no Estado Constitucional<sup>13</sup>. É, desse modo, “o modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais”<sup>14</sup>.

Com efeito, somente no caso concreto é que será possível determinar o conteúdo do processo justo, visto que se trata de um caso de aplicação da técnica legislativa conhecida como cláusula geral, que ocorre quando “a norma prevê um termo indeterminado no seu suporte fático e não comina consequências jurídicas à sua violação”<sup>15</sup>.

Dessa forma, o processo justo é determinado no caso concreto. Isto é, para que se assegure o direito fundamental ao devido processo legal é necessário que o procedimento seja adequado ao direito material que ele visa a proteger na lide<sup>16</sup>. Nada mais adequado e consentâneo ao Estado Constitucional, portanto, que o ônus da prova possa ser distribuído de forma dinâmica, atendendo às peculiaridades das partes no caso particular. Frise-se, essa adaptabilidade procedimental é essencial para dar o máximo de efetividade ao processo e aos direitos nele reclamados<sup>17</sup>.

Há, todavia um conteúdo mínimo desse direito, sendo pautado, a uma, pela colaboração do juiz para com as partes; a duas, pela prestação de tutela jurisdicional adequada e efetiva às partes<sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 29.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 700

<sup>14</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 700.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 702.

<sup>16</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 199.

<sup>17</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 200.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 702.

Desse modo, o objetivo do devido processo legal seria assegurar o acesso à justiça, por meio de uma decisão justa e eficaz dentro de prazo razoável<sup>19</sup>. Assim, para a realização do processo justo não basta apenas a observância do procedimento estabelecido em lei<sup>20</sup>. Não é suficiente que apenas se garanta a regularidade do procedimento<sup>21</sup>. Assegurar que o procedimento legal seja observado é condição necessária, posto que insuficiente para a concretização do processo justo<sup>22</sup>. Conforme ensina Sérgio Mattos<sup>23</sup>, “se o devido processo legal fosse apenas o processo da lei, qualquer procedimento poderia ser qualificado como devido processo legal. Bastaria, com efeito, que o procedimento estivesse regulamentado em lei”.

Assim, não basta seguir o procedimento regulado em lei, é necessário um processo justo ou adequado, no qual ninguém poderá ser privado dos seus bens ou de sua liberdade sem a sua observância<sup>24</sup>. Além disso, o procedimento deve ser informado por direitos fundamentais, especialmente os direitos fundamentais processuais, tais como o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a igualdade das partes e o direito à prova<sup>25</sup>.

É mister destacar que o direito fundamental ao devido processo legal não depende da positivação pelo legislador ordinário, possuindo eficácia direta para garantir o acesso à justiça a partir das disposições constitucionais<sup>26</sup>. Por vezes, o direito fundamental ao devido processo legal pode inclusive exigir que se deixe de observar o procedimento previsto em lei no momento em que as formalidades se mostrarem excessivas ou exageradas<sup>27</sup>.

Ao mesmo passo que o informalismo excessivo pode gerar arbítrio estatal, também o formalismo em excesso pode resultar em uma decisão que não privilegia a justiça<sup>28</sup>. A preocupação maior no processo deve ser o alcance de uma decisão justa e uma proteção

<sup>19</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. Devido Processo Legal Revisitado. **Revista de Processo** - REPRO 120, ano 30, fevereiro de 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>20</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 193.

<sup>21</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4. ed, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 127.

<sup>22</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28.

<sup>23</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 193.

<sup>24</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 194.

<sup>25</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 194.

<sup>26</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 196.

<sup>27</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 196.

<sup>28</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4. ed, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

judicial efetiva, em um processo pautado por direitos fundamentais “realizado em clima de boa-fé e lealdade de todos aqueles que dele participam, adequado ao direito material e às exigências do caso concreto”<sup>29</sup>.

Indispensável quanto ao tema é a síntese de Marinoni e Mitidiero<sup>30</sup>:

Em primeiro lugar (...) processo justo é pautado pela colaboração do juiz com as partes (...) em segundo lugar, constitui processo capaz de prestar *tutela jurisdicional adequada e efetiva*, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados, em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica integral e formação de coisa julgada.

Portanto, processo justo é aquele em que o juiz colabora com as partes, em que há prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, em que as partes estão munidas das mesmas armas e em condição e igualdade, sendo devidamente respeitados os direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa, ao juiz natural e à prova, no qual os pronunciamentos judiciais são previsíveis, confiáveis e motivados, ocorrendo em procedimento público<sup>31</sup>.

### 2.1.2 Direito fundamental ao contraditório

Para cada cultura, um contraditório<sup>32</sup>. Apesar da variação do modo como é exercido o contraditório nas diferentes tradições jurídicas, não há dúvida de que o contraditório é imprescindível na busca de uma solução justa do litígio, a ponto de a doutrina, não raras vezes, conceituar o próprio processo como procedimento em contraditório<sup>33</sup>. No processo

<sup>29</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 201.

<sup>30</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 703.

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 703.

<sup>32</sup> WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 251.

<sup>33</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. p. 51.

civil pautado por direitos fundamentais no Estado Constitucional, o próprio conceito de processo está construído sobre a base do contraditório<sup>34</sup>.

Tradicionalmente, o conceito de contraditório possui um conteúdo mais restrito e formal, no qual o juiz assume posição essencialmente passiva e bastaria a mera ciência bilateral dos atos e termos do processo para que fosse respeitado o direito ao contraditório<sup>35</sup>. É a chamada dimensão estática, de bilateralidade da instância do contraditório<sup>36</sup>.

Entretanto, no Estado Constitucional, não bastam mais a simples informação acerca dos fatos e a possibilidade de reação para a efetivação desse direito fundamental. Atualmente, prevalece a dimensão dinâmica do direito fundamental ao contraditório, na qual há o dever de diálogo judicial<sup>37</sup>. Isto é, o juiz passa a ser um dos sujeitos do contraditório<sup>38</sup>. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, “o direito ao contraditório implica dever de diálogo do juiz no processo”<sup>39</sup>.

Pode-se dizer, inclusive, que o princípio do contraditório deriva do próprio princípio democrático na estruturação do processo. Nesse sentido ensina Didier Jr.<sup>40</sup> que “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório”.

O princípio do contraditório deve ser visto, portanto, como exigência para o exercício democrático de um poder. Com efeito, o direito fundamental ao contraditório constitui condição *sine qua non* do processo justo, necessário para a administração organizada da Justiça<sup>41</sup>. Corroborando o entendimento da essencialidade do contraditório para o processo

<sup>34</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 730.

<sup>35</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 35-36.

<sup>36</sup> MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.

<sup>37</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 731.

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 732.

<sup>39</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 40.

<sup>40</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. p. 52.

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 730.

democrático, Rui Portanova<sup>42</sup> defende que “o princípio do contraditório é essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder”. Dada a importância do contraditório, podemos inclusive considerá-lo como uma das facetas da igualdade<sup>43</sup>.

Assim, é necessária uma conceituação mais ampla, de maneira que se inclua a concessão de poderes às partes para que elas possam influir de forma efetiva tanto no desenvolvimento como no resultado do processo<sup>44</sup>.

Com efeito, a participação das partes na formação da decisão deve se dar de modo que elas influenciem ativa e efetivamente o pronunciamento do órgão jurisdicional, que deve conduzir o processo de forma paritária. Isto é, a parte deve ser ouvida em condições de influenciar a decisão do magistrado, pois “o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão”<sup>45</sup>. Vale dizer, o juiz é paritário em relação às partes durante a condução do processo, sendo assimétrico somente no momento de proferir a decisão<sup>46</sup>. Isso tudo implica a impossibilidade de o juiz proferir decisão fundamentada em enfoque jurídico não previamente discutido com as partes<sup>47</sup>.

Posto isso, o órgão judicial não pode ignorar a participação dos interessados, pois “em tal hipótese não haveria diálogo, mas monólogo, a contradizer o próprio conceito de processo e afrontar o direito fundamental ora sob análise”<sup>48</sup>. Nessa senda, não é suficiente que seja garantido à parte o direito de se manifestar e que se permita a produção de alegações e provas<sup>49</sup>. Não basta que o contraditório seja nominal e formal; em verdade, ele precisa ser pleno e efetivo, de maneira que as partes possam influir efetivamente no convencimento do juiz<sup>50</sup>.

<sup>42</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 161.

<sup>43</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 161.

<sup>44</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 36.

<sup>45</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. p. 52.

<sup>46</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 81.

<sup>47</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 734.

<sup>48</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 37.

<sup>49</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 161.

<sup>50</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 161.

A intensificação do diálogo entre as partes ocorre em razão do crescente papel desempenhado pelo princípio da cooperação<sup>51</sup>. Cooperação implica que ambas as partes colaborem com o juiz e que o juiz colabore com as partes na busca da justiça do caso concreto, de modo a manter uma conduta processual cooperativa, leal e de boa-fé<sup>52</sup>. Para isso, é necessário que toda a condução do processo se dê com a observância do contraditório, inclusive com relação ao próprio juiz<sup>53</sup>.

O direito fundamental ao contraditório, frise-se, mantém íntima relação com o princípio da igualdade em sua dimensão dinâmica, visando a eliminar as desigualdades tanto jurídicas como de fato entre os sujeitos do processo<sup>54</sup>. É preciso que as partes possam influenciar o convencimento do juiz, conforme explica Marinoni<sup>55</sup>:

Não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui efetivas condições de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um ‘processo justo’ ou um processo democrático.

É nítido, portanto, que para a observância do direito fundamental ao contraditório não basta a mera ciência bilateral e a possibilidade de contraditar os atos e fatos do processo, sendo necessário que as partes possam se manifestar acerca de “todo o material de interesse jurídico para a decisão, tanto jurídico quanto fático, tanto de natureza processual como material”<sup>56</sup>.

Para a efetivação desse direito, é imprescindível, portanto, que as partes tenham acesso à informação dentro do processo, para que tenham ciência e possam reagir tempestivamente, de forma efetiva<sup>57</sup>.

Pelo exposto, percebe-se que o direito fundamental ao contraditório encontra-se intimamente ligado com os direitos fundamentais à prova e à ampla defesa.

Relacionando a dinamização do encargo probatório com o direito fundamental ao contraditório, explica Danilo Knijnik que “caso dinamizado o ônus probatório após o encerramento da instrução, sem oportunizar aos litigantes a produção de prova, complementar

<sup>51</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 37.

<sup>52</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 37.

<sup>53</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 82.

<sup>54</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 164.

<sup>55</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 420.

<sup>56</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 37.

<sup>57</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 37.

ou não, ter-se-ia situação de ofensa ao princípio do contraditório”<sup>58</sup>. O momento adequado para que se opere a dinamização, contudo, será tratado com maior ênfase posteriormente.

Após o destaque dos aspectos mais importantes do direito fundamental ao contraditório, passa-se ao estudo do direito fundamental à ampla defesa.

### 2.1.3 Direito fundamental à ampla defesa

O direito fundamental à ampla defesa é direito constitucionalmente garantido no art. 5º, inciso LV da CRFB, nos seguintes termos:

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

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Nessa senda, direito fundamental à ampla defesa assegura “aos interessados a possibilidade de efetuar ao largo de todo o processo suas alegações e provas e contraditar as contrárias, com a certeza de sua valorização pelo pronunciamento judicial”<sup>59</sup>.

O direito de defesa não é mera benesse do Estado, é algo que se impõe para a obtenção de uma decisão justa em um Estado democrático<sup>60</sup>. É direito daquele que é demandado, isto é, daquele que se encontra no polo passivo do processo<sup>61</sup>. Nesse diapasão, o direito de defesa não é uma forma de generosidade, mas sim um interesse público. Para além de uma garantia constitucional de qualquer país, o direito de defender-se é essencial para qualquer Estado que pretenda defender os valores da democracia<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> KNIJNIK, Danilo. 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 diabolica*. In: **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006. p. 948.

<sup>59</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 44.

<sup>60</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 125.

<sup>61</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 735.

<sup>62</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 125.

O direito fundamental à ampla defesa é bastante semelhante ao direito fundamental ao contraditório, havendo quem diga inclusive que é uma consequência deste<sup>63</sup>. Para alguns, houve inclusive uma fusão entre os conceitos, conforme defende Didier Jr.<sup>64</sup>:

Atualmente, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio do contraditório, pode-se dizer que eles se fundiram, formando uma amálgama de um único direito fundamental. A ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório.

O direito à ampla defesa impõe que haja, em regra, cognição plena e exauriente acerca dos fatos alegados, para que os interessados sejam capazes de utilizar todo o material disponível para obter a tutela do direito pretendido<sup>65</sup>. Isso significa que “todo o corte cognitivo, quer no plano horizontal, quer no plano vertical, deve decorrer de lei, cujos motivos devem ser fundados obviamente em razões de ordem constitucional”<sup>66</sup>.

O plano horizontal da cognição envolve quais questões poderão ser debatidas pelas partes e decididas pelo juiz, podendo ser plena (que é a regra do procedimento comum ordinário do processo civil brasileiro) ou parcial<sup>67</sup>, limitando-se o conteúdo a ser debatido por meio das tutelas jurisdicionais diferenciadas, de modo a promover a tutela adequada, efetiva e tempestiva dos direitos<sup>68</sup>. A respeito do tema, Arenhart e Marinoni<sup>69</sup>:

Essa forma de raciocinar sobre a cognição, por dizer respeito ao direito material, toma como referente a extensão da matéria passível de discussão. Por essa razão, quando a cognição é tomada nesse sentido, fala-se em cognição no sentido horizontal, que pode ser plena ou parcial. A cognição plena, como o próprio nome indica, é própria do procedimento comum, em que não há restrição à cognição de questões. A parcial é típica dos procedimentos especiais ou diferenciados.

Já o plano vertical da cognição diz respeito à profundidade do conhecimento do juiz acerca das questões que lhe são submetidas pelas partes<sup>70</sup>. Nesse plano, a cognição pode ser

<sup>63</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 125.

<sup>64</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. p. 56.

<sup>65</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 44.

<sup>66</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 44.

<sup>67</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed, revista e atualizada. São Paulo: Perfil, 2005. p. 127.

<sup>68</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 739.

<sup>69</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 64.

<sup>70</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed, revista e atualizada. São Paulo: Perfil, 2005. p. 127.

exauriente ou sumária<sup>71</sup>. Em resumo, cognição exauriente ocorre quando o juiz decide com base em certeza, enquanto na cognição sumária o juiz decide com base no provável<sup>72</sup>.

O direito à ampla defesa deve ser efetivo. Assim, “não basta só o direito de defender-se; é indispensável, para que a defesa seja plena, que a parte tenha a liberdade de oferecer alegações e meios de uma defesa efetiva. Só assim ter-se-á certa paridade de partes no processo”<sup>73</sup>.

Ressalte-se, por fim, que, devido à sua elasticidade, para que seja devidamente respeitado o direito fundamental à ampla defesa é necessário que se molde o conceito de acordo com cada concreto<sup>74</sup>. Conforme explica Carpes<sup>75</sup>, o direito de defesa deve estar “articulado às peculiaridades da situação conflituosa e às necessidades do direito material, deve permitir à parte a efetiva e adequada possibilidade de negar a tutela do direito pretendida pelo autor”.

Examinadas as principais características do direito fundamental à ampla defesa, passe-se, agora, a tratar do direito fundamental à prova.

#### 2.1.4 Direito fundamental à prova

Quanto ao tema da prova, faz-se primeiramente breve referência aos modelos de prova que estruturam o direito probatório, quais sejam, o modelo demonstrativo e o modelo argumentativo. O primeiro tem espeque na lógica das ciências empíricas, sendo que a prova tem “por finalidade o conhecimento apodítico da verdade dos fatos relevantes para a decisão”<sup>76</sup>. Já o segundo esteia-se na lógica dialética, constituindo-se a prova um argumento persuasivo destinado a convencer o juiz<sup>77</sup>.

Há que se atentar, todavia, que é impossível conceber um modelo puro, visto que a lógica dedutiva e a indutiva são complementares, sendo que a prevalência de um modelo ou de outro depende “das circunstâncias da causa e do grau de probabilidade que se pretende

<sup>71</sup> WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed, revista e atualizada. São Paulo: Perfil, 2005. p. 127.

<sup>72</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 70.

<sup>73</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 125.

<sup>74</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 44.

<sup>75</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 87.

<sup>76</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

<sup>77</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

alcançar”<sup>78</sup>. Conforme se verá logo em seguida, o nosso sistema busca o grau mais aproximado possível da verdade<sup>79</sup>, visto que somente fundada na verdade é que se torna legítima e justa a decisão<sup>80</sup>.

Não é simples definir o conceito de prova, visto que esse sequer é encontrado exclusivamente no campo do direito<sup>81</sup>. Diversas são as conceituações criadas em doutrina ao longo dos anos, mas, em um primeiro momento, enxerga-se “a nítida vinculação à ideia de que a prova se destina ao passado, à reconstrução de um fato pretérito ou, enfim, à verificação desse fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência”<sup>82</sup>.

Essa ideia, todavia, encontra-se hoje superada, pois “a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se esse objeto está no passado, porque não se pode mais recuperar o que já passou”<sup>83</sup>. A verdade absoluta é inatingível pela inteligência humana<sup>84</sup>, de modo que somente é possível obter a verdade provável<sup>85</sup>. Acerca da busca da verdade, veja-se o entendimento de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>86</sup>:

O ideal do direito é a busca da verdade real, material, principalmente se o direito sobre o que versam os autos for indisponível. No direito processual civil brasileiro vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (CPC 131), mas sempre com o objetivo de buscar a verdade real. Contudo, o sistema processual civil admite, para o julgamento, a verdade formal, salvo os casos de direito indisponível, como já se disse, ou daqueles em que se exige a prova legal, cuja valoração o juiz prefixa.

Há que se atentar, contudo, para o fato de que essa distinção entre a verdade formal (obtida no processo, mesmo que não condizente à verdade) e a verdade material (substancial) encontra-se superada<sup>87</sup>. A ideia de verdade formal é inconsistente e insuficiente para legitimar

<sup>78</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIÉRO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54-55.

<sup>79</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIÉRO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 57.

<sup>80</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: O Juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 142.

<sup>81</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 57.

<sup>82</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58.

<sup>83</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 59.

<sup>84</sup> CAMBI, Eduardo. Verdade Processual Objetivável e Limites da Razão Jurídica Iluminista. **Revista de Processo**. Vol. 96. São Paulo, out/1999.

<sup>85</sup> ZANETI JUNIOR, Hermes. O Problema da Prova no Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório. **Revista de Processo**. Vol. 116. São Paulo, jul/2004.

<sup>86</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 724.

<sup>87</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-20formatado.pdf)>. Acesso em: 02.09.2014.

a decisão judicial, pois o juiz no processo civil não pode se contentar com a verdade imperfeita<sup>88</sup>.

Como se sabe, a prova é meio para se atingir a verdade e esta deve ser buscada<sup>89</sup>. Não a verdade absoluta, que conforme já referido, é inatingível, mas a verdade relativa, que é a única possível<sup>90</sup>. É essa busca da verdade que legitima a decisão e a torna justa<sup>91</sup>. Ou seja, sendo a justa composição da lide o escopo da Jurisdição, esta somente se atinge com a busca pela verdade dos fatos levados a juízo na demanda, pois “seria difícil legitimar as decisões judiciais se estas não tivessem como pressuposto a reconstrução dos fatos sobre os quais ela incide”<sup>92</sup> ou “se fundada em uma verificação dos fatos relevantes falsa ou errônea”<sup>93</sup>.

A verdade, frise-se, não deriva da coerência narrativa, mas da correspondência à realidade dos eventos e fatos ocorridos<sup>94</sup>. Com efeito, embora inatingível dentro e fora do processo<sup>95</sup>, a verdade deve ser buscada que se alcance a justiça da decisão<sup>96</sup>.

Nessa senda, deve-se colocar a verdade como um ideal a ser perseguido, de forma a buscar a concretização da ordem jurídica justa<sup>97</sup>. No entanto, essa não é a única condição para a obtenção de uma decisão justa<sup>98</sup>. Faz-se necessário, também, que o processo tenha sido desenvolvido de modo correto e legítimo e que a norma tenha sido interpretada de maneira adequada, condições que foram devidamente esmiuçadas por Michele Taruffo<sup>99</sup>:

---

<sup>88</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamerica de Derecho Procesal**, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-20formatado.pdf). Acesso em: 02.09.2014.

<sup>89</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 334.

<sup>90</sup> TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 46.

<sup>91</sup> TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 35.

<sup>92</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamerica de Derecho Procesal**, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-20formatado.pdf). Acesso em: 02.09.2014.

<sup>93</sup> TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 36.

<sup>94</sup> TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 46.

<sup>95</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 334.

<sup>96</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 334.

<sup>97</sup> CAMBI, Eduardo. Verdade Processual Objetivável e Limites da Razão Jurídica Iluminista. **Revista de Processo**. Vol. 96. São Paulo, out/1999.

<sup>98</sup> TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado: ensaios**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 36.

<sup>99</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade: O Juiz e a construção dos fatos**. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 142.

Essas condições podem ser divididas em três: a) que a decisão seja, com efeito, o resultado de um processo justo, visto que dificilmente se poderia aceitar como justa uma decisão produzida em um processo em que tenham sido violadas garantias fundamentais; b) que tenha sido corretamente interpretada e aplicada a norma utilizada como critério de decisão, visto que não se pode considerar justa uma decisão que – conforme visto há pouco, não tenha sido tomada em conformidade ao direito, em homenagem ao princípio da legalidade; c) que essa se funde em uma apuração verdadeira dos fatos da causa, visto que – como também se disse – nenhuma decisão é justa se se fundar em fatos equivocados.

Não se pode olvidar dos poderes assegurados ao juiz para a investigação probatória para melhor conhecimento dos fatos para a formação de sua convicção<sup>100</sup>, lembrando que não há preclusão para o juiz no tema da prova<sup>101</sup>. Assim, o ideal é que a decisão seja proferida somente quando formada a convicção do juiz do modo mais próximo possível à verdade dos fatos<sup>102</sup>.

Arenhart e Marinoni<sup>103</sup> definem atualmente a prova como “todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”.

Pode-se afirmar, portanto, que a prova é o principal elemento à disposição das partes para influenciar a convicção do julgador, estando diretamente relacionado ao direito fundamental de acesso à justiça<sup>104</sup>. Dessa forma, tanto o legislador como o órgão jurisdicional devem atentar para: a) a relação teleológica entre prova e verdade; b) a admissibilidade da prova; c) a distribuição consentânea à Constituição do ônus da prova; d) o momento adequado para a produção da prova; e) a valoração da prova e a formação do convencimento judicial motivado<sup>105</sup>.

A relação teleológica entre prova e verdade advém do fato de que é injusta a decisão “baseada em falsa verificação das alegações de fato no processo”<sup>106</sup>. Em relação à admissão

<sup>100</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4. ed, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 206.

<sup>101</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77.

<sup>102</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 74.

<sup>103</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 59.

<sup>104</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

<sup>105</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 739-740.

<sup>106</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 740.

da prova, verifica-se que o direito fundamental à prova vem garantido, a *contrario sensu*, no art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República<sup>107</sup>:

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

(...)

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Prova ilícita é aquela obtida de modo contrário ao direito, seja ele material ou processual<sup>108</sup>. Ao estabelecer que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, ficou consagrado que todas as provas obtidas por meios lícitos são admissíveis<sup>109</sup>. O direito à prova, ressalte-se, é integrante conteúdo do direito fundamental ao contraditório, visto que o contraditório só pode ser exercido de maneira adequada com a possibilidade de produção de provas acerca dos fatos controvertidos<sup>110</sup>.

No plano infraconstitucional, temos o art. 332 do Código de Processo Civil, que assim prevê:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Desse modo, basta que a prova seja obtida de modo lícito, e que seja relativa a uma alegação de fato pertinente, controversa e relevante para que seja admitida no processo<sup>111</sup>. Conforme bem definem Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero “a alegação de fato é pertinente quando concerne ao mérito da causa. É controversa quando sobre ela pendem duas ou mais versões nos autos. É relevante quando idônea a promover a compreensão da alegação de fato”<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 740.

<sup>108</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 742.

<sup>109</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45.

<sup>110</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. p. 56.

<sup>111</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 740.

<sup>112</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45.

Pode-se dizer que qualquer decisão que inadmitir a produção de prova que preencha os requisitos supracitados estará violando o direito fundamental à prova no processo civil, sendo, portanto, nula. Conforme ensina a doutrina, o direito fundamental à prova tem conteúdo bastante complexo<sup>113</sup>. Nesse sentido, compõe-se das seguintes situações jurídicas: “a) o direito de produzir provas; b) o direito de participar da produção da prova; c) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; d) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida”<sup>114</sup>.

Assim, fica claro que as partes devem ter assegurado o direito de produzir as provas, bem como de se manifestar acerca delas para influir de modo efetivo no convencimento judicial.

Em relação à valoração da prova e ao convencimento judicial, é importante frisar que esses conceitos não se confundem<sup>115</sup>. O juiz é livre para valorar a prova, devendo motivar adequadamente sua decisão<sup>116</sup>; já o convencimento “está coarctado às exigências do direito material posto em juízo, obedecendo a níveis variáveis de certeza para decisão da causa”<sup>117</sup>.

É mister reconhecer que a efetividade do direito fundamental à prova depende de um procedimento probatório adequado, estruturado de modo a “oportunizar a efetiva participação dos sujeitos processuais no trabalho de formação do juízo de fato”<sup>118</sup>.

Examinado o direito fundamental à prova, passa-se a verificar o direito fundamental à igualdade.

### 2.1.5 Direito fundamental à igualdade

O direito fundamental à igualdade vem previsto na Constituição da República, no art. 5º, *caput*, e inciso I, *in verbis*:

<sup>113</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 17.

<sup>114</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 17.

<sup>115</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 745.

<sup>116</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

<sup>117</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 745.

<sup>118</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 88.

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

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

É necessário que se atente para o fato de que o dispositivo constitucional preserva dois tipos de igualdade, quais sejam, a igualdade formal (igualdade perante a lei) e a igualdade substancial (igualdade na lei, material)<sup>119</sup>. A igualdade formal, pressuposto do Estado Liberal, prevê a aplicação uniforme da lei, enquanto a igualdade substancial garante a consideração das peculiaridades entre os sujeitos comparados, por meio de um critério ajustado a uma finalidade<sup>120</sup>. Para garantir a igualdade substancial, frise-se, é imprescindível que seja possível aquilatar no caso concreto as desigualdades entre as partes<sup>121</sup>.

O direito à igualdade processual, que compreende tanto a igualdade formal quanto a material, é a base do direito à paridade de armas no processo<sup>122</sup>. Em relação às consequências da igualdade no direito processual civil, há o dever de estruturação de um processo isonomicamente organizado, com o estabelecimento de mecanismos que permitam a correção de eventuais disparidades, além da exigência de que o julgador dirija o processo de forma que seja assegurado às partes tratamento igualitário<sup>123</sup>. Isto é, as partes devem possuir as mesmas armas no combate para que possam lutar em pé de igualdade<sup>124</sup>.

O direito à igualdade pode funcionar como regra, como princípio ou como postulado, conforme ensina Humberto Ávila<sup>125</sup>:

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

<sup>119</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 724.

<sup>120</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 80.

<sup>121</sup> SANTOS, Igor Raatz. Processo, Igualdade e Colaboração: Os Deveres de Esclarecimento, Prevenção, Consulta e Auxílio como Meio de Redução das Desigualdades no Processo Civil. **Revista de Processo**, Vol. 192, fev., 2011.

<sup>122</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 724.

<sup>123</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V.I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 33.

<sup>124</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. p. 59.

<sup>125</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 162.

Conforme ensina a melhor doutrina, regras e princípios são espécies de normas jurídicas<sup>126</sup>. A distinção é que as regras são normas descritivas, definem o comportamento a ser adotado, enquanto os princípios são normas finalísticas, que determinam um fim a ser alcançado sem determinar o meio a ser utilizado para tanto<sup>127</sup>. Já os postulados estruturam a aplicação do direito a partir de uma relação de congruência entre critério de distinção e finalidade a ser atingida<sup>128</sup>.

Assim, igualdade pode ser definida como uma relação entre pessoas ou situações estabelecida em função de um critério que adquire relevo material à medida que serve a uma finalidade<sup>129</sup>. Dessa forma, “a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado”<sup>130</sup>.

A finalidade buscada por meio da atividade probatória das partes é reconstruir os fatos da maneira mais próxima possível da verdade, enquanto o critério é a participação das partes em condições isonômicas para a formação do juízo de fato<sup>131</sup>. Desse modo, indispensável que se atente para as efetivas possibilidades das partes em colaborar para o alcance da verdade no caso concreto<sup>132</sup>. Para concretizar o direito à igualdade, essencial se faz a possibilidade de dinamização do encargo probatório, pois, não raras vezes, a distribuição estática se mostra insuficiente para a formação do adequado juízo de fato no caso concreto<sup>133</sup>.

É preciso que haja, dessa forma, uma relação de congruência entre a disciplina dos ônus probatórios com a finalidade da formação do juízo de fato o mais aproximado possível da verdade para que não seja quebrada a relação de igualdade entre as partes. Ou seja, caso a disciplina legal dos ônus probatórios não esteja em consonância com a realidade concreta da vida, vai ferido o direito fundamental à igualdade substancial entre as partes<sup>134</sup>.

O direito fundamental à igualdade, como é sabido, é suposto, bem como pressuposto ao direito fundamental ao processo justo; faz-se necessário, assim, um processo paritário que

<sup>126</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 71.

<sup>127</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 71.

<sup>128</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38.

<sup>129</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 162.

<sup>130</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 163.

<sup>131</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 81.

<sup>132</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 82.

<sup>133</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 142.

<sup>134</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 83.

garanta a igualdade substancial das partes para garantir a prestação de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva<sup>135</sup>.

Assim, fica evidenciada a importância da dinamização do encargo probatório para garantir às partes o direito fundamental à igualdade substancial quando esta não é garantida pela distribuição fixa.

Portanto, sempre que a distribuição estática se mostrar insuficiente, não favorecendo a igualdade entre as partes, deve o juiz operar a dinamização, para que o critério, que é a distribuição do ônus da prova, torne-se congruente ao fim a ser alcançado, qual seja, a formação adequada do juízo de fato<sup>136</sup>.

### 2.1.6 Dever de colaboração

Ao longo da história, tivemos diversos modelos de organização social, refletindo nos poderes e deveres que são atribuídos ao juiz dentro do processo civil<sup>137</sup>. Os modelos desenvolvidos ao longo dos anos são o modelo paritário, o modelo hierárquico e o modelo cooperativo<sup>138</sup>. Segundo Daniel Mitidiero, “o modelo de organização política da sociedade condiciona a maneira como vai se resolver o problema da ‘divisão de trabalho’ entre o juiz e as partes”<sup>139</sup>. Na época do Estado Liberal, processo era simplesmente “um *locus* para a resolução dos interesses dos particulares”<sup>140</sup>. Porém, na passagem do século XIX para o século XX, pode-se dizer que o caráter público do processo passou a ter maior relevância<sup>141</sup>.

Dentro do modelo atual de organização do direito processual civil, qual seja, o modelo cooperativo, temos o dever de colaboração entre as partes e o juiz. Assim, o Estado passa a ter que realizar prestações positivas para alcançar o cumprimento dos seus deveres constitucionais, deixando de ter um papel de mera abstenção<sup>142</sup>. Destaca-se a lição de Didier Jr. a respeito do modelo cooperativo<sup>143</sup>:

<sup>135</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 83.

<sup>136</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 84.

<sup>137</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71.

<sup>138</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71.

<sup>139</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71.

<sup>140</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 61.

<sup>141</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4. ed, revista, atualizada e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

<sup>142</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 709.

<sup>143</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010. p. 77.

Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida.

Quanto ao tema, essencial é a doutrina de Daniel Mitidiero<sup>144</sup>:

O modelo cooperativo, de seu turno, funda-se em outras bases. Se é certo que, nessa quadra, permanece a moderna distinção entre Estado, sociedade e indivíduo, não menos certo se mostra que o modelo cooperativo organiza as relações entre esses três elementos de maneira bastante diferente daquela, por exemplo, oferecida pelo Estado Nacional Moderno. A Constituição, que tem como referencial uma sociedade cooperativa, conforma o Estado como um Estado Constitucional, cujas duas grandes virtudes estão na sua submissão ao direito e na participação social na sua gestão.

Nessa senda, a colaboração é um modelo que organiza o papel das partes e do juiz por meio de uma estrutura de comunidade de trabalho, em que se busca privilegiar o trabalho em conjunto do juiz e das partes<sup>145</sup>. Dessa maneira, visa a dividir de forma equilibrada o trabalho entre todos os participantes do processo<sup>146</sup>.

Como já referido, o juiz no processo cooperativo é isonômico na condução do processo e assimétrico tão somente no momento de proferir a decisão<sup>147</sup>. Assim, é necessário que colabore e auxilie as partes para que se chegue a uma decisão justa, buscando superar eventuais dificuldades que ocorram ao longo do processo<sup>148</sup>.

Desse modo, é essencial que esclareça, previna, consulte e auxilie as partes para que se alcance uma decisão justa no caso concreto mediante processo democrático<sup>149</sup>. Esses são as atitudes necessárias para que seja cumprido o dever de cooperação pelo órgão jurisdicional.

Por dever de esclarecimento, entende-se que o órgão jurisdicional deve se esclarecer acerca de eventuais dúvidas que tenha sobre alegações, pedidos ou posições em juízo<sup>150</sup>, podendo a matéria pendente de esclarecimento ser relativa tanto aos fatos da causa quanto às

<sup>144</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 79.

<sup>145</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 708.

<sup>146</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 708.

<sup>147</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. I. Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 78.

<sup>148</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

<sup>149</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

<sup>150</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

questões jurídicas<sup>151</sup>. Trata-se de dever recíproco, pois as partes devem prestar esclarecimentos ao juiz e o juiz às partes.

Por dever de prevenção, tem-se que o juiz ou tribunal deve prevenir as partes acerca do perigo de seus pedidos não lograrem êxito em razão do uso inadequado do processo<sup>152</sup>. Pode-se dizer que “constitui-se em um convite ao aperfeiçoamento pelas partes dos seus articulados ou das conclusões das suas alegações de recurso”<sup>153</sup>.

Já o dever de consulta implica que o órgão judicial deve consultar as partes para que estas possam influenciar a sua decisão sobre qualquer questão, mesmo aquelas que ele deve apreciar de ofício<sup>154</sup>. Evita-se, dessa forma, decisões surpresa, garantindo o direito de participação das partes e o direito fundamental ao contraditório<sup>155</sup>.

Por derradeiro, o dever de auxílio implica a necessidade de que o juiz auxilie as partes para que elas possam cumprir seus encargos e deveres processuais<sup>156</sup>. Isto é, deve o juiz auxiliar as partes a superar eventuais dificuldades existentes no processo<sup>157</sup>.

O dever de cooperação não se aplica tão somente ao juiz, mas também às partes, e se manifesta agudamente no campo probatório<sup>158</sup>. Assim, é necessário que os esforços de prova sejam partilhados de forma adequada para proporcionar a ótima colaboração das partes e, conseqüentemente, os direitos fundamentais à prova e ao processo justo<sup>159</sup>.

Não há como negar a importância da cooperação no processo civil atual e sua vinculação à teoria da dinamização do ônus da prova. Assim, nas situações em que uma das partes se encontra em dificuldades para produzir a prova enquanto a outra tem facilidade, incumbe ao juiz exercer o seu dever de auxílio, inerente à colaboração, dinamizando o ônus da prova e atribuindo-o à parte que tem melhores condições de produzir a prova necessária ao adequado deslinde do feito<sup>160</sup>.

<sup>151</sup> SANTOS, Igor Raatz. Processo, Igualdade e Colaboração: Os Deveres de Esclarecimento, Prevenção, Consulta e Auxílio como Meio de Redução das Desigualdades no Processo Civil. **Revista de Processo**, Vol. 192, fev., 2011.

<sup>152</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

<sup>153</sup> SANTOS, Igor Raatz. Processo, Igualdade e Colaboração: Os Deveres de Esclarecimento, Prevenção, Consulta e Auxílio como Meio de Redução das Desigualdades no Processo Civil. **Revista de Processo**, Vol. 192, fev., 2011.

<sup>154</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

<sup>155</sup> SANTOS, Igor Raatz. Processo, Igualdade e Colaboração: Os Deveres de Esclarecimento, Prevenção, Consulta e Auxílio como Meio de Redução das Desigualdades no Processo Civil. **Revista de Processo**, Vol. 192, fev., 2011.

<sup>156</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

<sup>157</sup> SANTOS, Igor Raatz. Processo, Igualdade e Colaboração: Os Deveres de Esclarecimento, Prevenção, Consulta e Auxílio como Meio de Redução das Desigualdades no Processo Civil. **Revista de Processo**, Vol. 192, fev., 2011.

<sup>158</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 63.

<sup>159</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 89.

<sup>160</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 142.

Pode-se afirmar, também, que os deveres de cooperação e a técnica de dinamização do ônus da prova situam-se em uma via de duas mãos. Isso ocorre porque a dinamização do ônus da prova estimula e favorece os deveres de cooperação, enquanto os mesmos deveres servem de fundamento para a utilização da técnica da dinamização, estimulando a cooperação entre os sujeitos do processo<sup>161</sup>.

Feita a análise dos principais direitos fundamentais e deveres relacionados com o tema da dinamização do ônus da prova, passa-se a tratar mais especificamente sobre os principais aspectos, funções e características do ônus da prova.

## 2.2 ÔNUS DA PROVA

Inicialmente, far-se-á uma breve distinção entre ônus e dever, vocábulos que muitas vezes são utilizados como sinônimos na linguagem comum, mas que, no âmbito do direito, representam figuras completamente distintas e que não podem ser utilizadas indiscriminadamente.

Posteriormente, passar-se-á a conceituar o ônus da prova e analisar seus principais aspectos e razões justificadoras. Além disso, analisar-se-á cada uma das funções do *onus probandi*, quais sejam, como regra de instrução (função subjetiva) e como regra de julgamento (função objetiva).

Após, serão analisadas as formas de distribuição do ônus da prova, quais sejam, distribuição fixa e a distribuição dinâmica do encargo probatório.

### 2.2.1 Distinção: ônus x dever

Antes de adentrar no exame do conceito de ônus da prova e das suas diversas funções e acepções, faz-se necessário distinguir ônus de dever ou obrigação. Embora na linguagem comum sejam termos semelhantes, não se pode confundir ônus com dever no âmbito jurídico. No direito, obrigação é o contraponto de ônus<sup>162</sup>. Nas palavras de Dall'Agno Junior<sup>163</sup>:

<sup>161</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

<sup>162</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

<sup>163</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

Quem fala em obrigação supõe poder de outrem, a que o obrigado deve sujeitar-se. Já quem se utiliza do termo ônus está a pretender significação algo diversa: de sujeição, eventualmente, mas agora de interesse do próprio indivíduo a outro de que também seja titular.

Ônus significa imperativo de conduta no próprio interesse, enquanto o dever implica imperativo de conduta no interesse alheio<sup>164</sup>. Importa fazer essa distinção, pois o ônus, por se constituir imperativo de conduta no próprio interesse, não causará nada senão prejuízo para a própria parte que deixa de arcar com o ônus que lhe incumbe. O dever, por sua vez, quando descumprido, gera direito subjetivo da outra parte de exigir o cumprimento desse imperativo de conduta. Desse modo, fica claro que ao falar em ônus da prova estamos falando apenas em um encargo, não em uma obrigação de provar<sup>165</sup>.

Vale dizer: dever não se confunde com o ônus; o ônus é imperativo de conduta no próprio interesse, cujo não desempenho não gera possibilidade de realização coativa<sup>166</sup>. Não se pode, portanto, confundir ônus com dever. Arenhart e Marinoni<sup>167</sup> sintetizam o ônus como “espécie de poder da parte que possibilita o agir, segundo interesses próprios, não obstante a existência de norma pré-determinada, cuja inobservância pode trazer prejuízos à própria parte onerada.”.

Dessa forma, o descumprimento do ônus gera uma situação de desvantagem, mas não se pode exigir o seu cumprimento por não se tratar de dever<sup>168</sup>. No entanto, em razão da desvantagem oriunda do descumprimento, o sujeito onerado tende a tentar desincumbir-se do encargo<sup>169</sup>.

A disciplina do ônus, portanto, não se vincula a um estado de sujeição, de modo que não existe a possibilidade de se impor, de forma cogente, que o sujeito onerado pratique determinada conduta. Assim, é o próprio interessado quem decide se realizará ou não o ato, não sendo possível à outra parte e nem mesmo ao juiz lhe impor a prática deste ato<sup>170</sup>.

<sup>164</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

<sup>165</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

<sup>166</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 85.

<sup>167</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 178.

<sup>168</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 75.

<sup>169</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 75.

<sup>170</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 32.

Diferente do dever ou obrigação, o descumprimento do ônus é plenamente aceitável e, acima de tudo, lícito. É da própria natureza do instituto que possa haver o desatendimento. Desse modo, não há falar em sanções para o caso de não cumprimento de algum ônus pela parte por este onerada<sup>171</sup>.

O descumprimento do ônus acarreta tão somente uma consequência processual negativa, enquanto que, se cumprido, implica uma situação de vantagem, isto é, é uma faculdade que, caso atendida, gera vantagem à parte que a cumpre<sup>172</sup>.

Após esse breve introito para estabelecer essa importante distinção, passa-se propriamente a justificar e conceituar o ônus da prova.

### 2.2.2 Conceito e funções

As principais razões justificadoras das regras acerca do ônus da prova são assegurar que não haja arbítrio do juiz ao decidir casos em que as alegações de fato não ficaram devidamente comprovadas e evitar a pronúncia do *non liquet* (que representaria uma renúncia ao exercício da jurisdição) pelo órgão jurisdicional<sup>173</sup>. Assim, para evitar que em caso de dúvida do juiz a respeito de como se passaram os fatos este decida sob a influência de suas preferências ou preconceitos, é importante que haja um critério legal para justificar racionalmente a decisão<sup>174</sup>.

Além disso, não se pode olvidar da função organizadora da atividade probatória das partes, que alguns doutrinadores consideram a principal função do ônus da prova<sup>175</sup>. A função organizadora serve para que as partes conheçam de antemão os seus respectivos esforços de prova no processo, para evitar ao máximo o perigo de formalização da decisão judicial<sup>176</sup>. Isso porque a sentença baseada somente na insuficiência de prova acaba por aumentar “a distância entre o processo e a sua finalidade principal, qual seja, a realização da justiça substancial”<sup>177</sup>.

<sup>171</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 32.

<sup>172</sup> ALVES, Maristela da Silva. **Ônus da Prova como Regra de Julgamento**. Prova Cível. Organizador: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 91.

<sup>173</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

<sup>174</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

<sup>175</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53.

<sup>176</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 88.

<sup>177</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 88.

Passando-se a uma tentativa de definição, pode-se dizer, sinteticamente, que ônus da prova é o encargo que as partes têm de levar aos autos os elementos probatórios necessários ao convencimento judicial em relação aos fatos alegados<sup>178</sup>.

Acerca do ônus da prova, vejamos a doutrina de Oscar de Oliveira Deda<sup>179</sup>:

É princípio fundamental do direito probatório cumprir à parte demonstrar no processo que são verdadeiras as suas alegações, para que possa atingir o objetivo da decisão judicial favorável. A vitória na causa deve ser a consequência dessa demonstração. Se o autor não provar o que disse, a ação será julgada improcedente, conforme a regra ditada pela sabedoria dos romanos: *Actore non probante, reus est absolvendus*.

Segue lecionando Deda<sup>180</sup> acerca do ônus da prova nos seguintes termos:

O ônus da prova cabe aos litigantes, referentemente às respectivas alegações feitas em juízo, no processo. É a aplicação do princípio da simetria da relação processual. A máxima antiga dos romanos – *onus probandi incumbit actori* – completa-se com outra – *reus in exipiendo fit actor*. Quer dizer, o autor tem que provar o fundamento de sua pretensão e o réu o de sua exceção.

O ônus da prova, portanto, é o encargo que se atribui a um dos litigantes para demonstração de determinadas alegações de fato, podendo esse encargo ser atribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes<sup>181</sup>.

Não se pode negar que a distribuição prévia do ônus da prova tem importância vital para que se garanta a segurança jurídica, princípio basilar em um Estado Democrático de Direito<sup>182</sup>. Distribuindo o *onus probandi* dessa forma, garante-se um mínimo de previsibilidade aos litigantes<sup>183</sup>. Seguindo a tradição romano-germânica e o esquema básico da teoria das normas<sup>184</sup>, a regra básica no direito processual civil brasileiro vem determinada no artigo 333 do Código de Processo Civil Brasileiro, que, distribuindo de forma fixa e prévia o ônus da prova, assim prevê:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

<sup>178</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 32.

<sup>179</sup> DEDA, Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 21.

<sup>180</sup> DEDA, Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 21-22.

<sup>181</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 75.

<sup>182</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

<sup>183</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

<sup>184</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 67.

- 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.

Ao dispor dessa maneira a respeito do ônus da prova, o legislador nitidamente optou pela distribuição fixa do ônus do ônus probatório, seguindo o esquema básico da *Normentheorie*, defendida por Leo Rosenberg<sup>185</sup>. A “teoria das normas”, como se sabe, determina que “cada parte deve afirmar e provar os pressupostos fáticos da norma que lhe é favorável, isto é, da norma cujo efeito jurídico se resolve em seu proveito”<sup>186</sup>. Ao assim determinar, pressupõe a separação entre questão de fato e questão de direito, de modo que aquele que pretende obter o efeito que decorre da aplicação da norma tem o correspondente ônus de comprovar o fato que a enseja<sup>187</sup>.

Assim, a distribuição do ônus probatório “baseia-se nas normas de direito material invocadas na demanda e, pois, nos elementos que correspondem ao seu suporte fático”<sup>188</sup>. Nessa senda, ficou estabelecido no CPC brasileiro que cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito, enquanto ao réu cabe a prova a respeito de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Ao intentar a ação, o autor fundamenta seu pedido no fato constitutivo do seu direito. Fatos constitutivos do direito são os fatos principais, aqueles que representam a premissa juridicamente necessária das consequências que o dispositivo ou texto normativo prevê<sup>189</sup>. Dessa forma, pode-se dizer que o fato constitutivo é aquele fato suficiente para dar origem ao direito pretendido<sup>190</sup>. Isto é, são aqueles que dão origem ao direito subjetivo postulado<sup>191</sup>.

O réu, ao se defender, pode fazê-lo por meio de defesa direta ou indireta de mérito. Defesa direta de mérito é a simples negação do fato constitutivo do direito do autor. A defesa indireta de mérito, por sua vez, é feita por meio de fatos impeditivos, modificativos ou

<sup>185</sup> ROSENBERG, Leo. **La Carga de la Prueba**. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956 p. 103.

<sup>186</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

<sup>187</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

<sup>188</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 47.

<sup>189</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85.

<sup>190</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 179.

<sup>191</sup> DEDA, Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23.

extintivos do direito do autor<sup>192</sup>. Em breve síntese, fatos impeditivos são aqueles que tornam sem efeito a consequência jurídica pretendida pelo autor; fatos modificativos são aqueles que modificam o objeto ou o conteúdo do direito pretendido; e, por fim, os fatos extintivos são aqueles que fazem com que o direito pretendido acabe por se extinguir<sup>193</sup>. Nas palavras de Oscar de Oliveira Deda<sup>194</sup>, “quanto aos fatos extintivos, aí se compreendem não apenas os de direito material, mas também da ação, como a prescrição. Os fatos impeditivos tornam a relação litigiosa ineficaz, e os modificativos dão-lhe nova feição”.

Para facilitar a compreensão, tomemos como exemplo uma ação de cobrança fundada em uma dívida. A dívida é o fato constitutivo do direito do autor. Ao alegar que a dívida nunca existiu, o réu apresenta defesa direta de mérito. Se o réu afirma que a dívida foi parcelada e somente pode ser exigida em parte, em virtude de parcelamento, está-se diante de um fato modificativo. Por outro lado, em caso de o réu alegar que já quitou a dívida, estar-se-ia diante de fato extintivo. Finalmente, se o réu alegar exceção de contrato não cumprido, o fato é impeditivo<sup>195</sup>.

Analisado o ônus da prova e sua distribuição no processo civil brasileiro, passa-se a verificar suas duas funções básicas, quais sejam servir como regra de instrução (função subjetiva) e ser utilizado como regra de julgamento (função objetiva). Diante da importância do assunto, passa-se a examinar de forma mais detida cada uma das funções.

#### 2.2.2.1. Ônus da prova como regra de instrução (função subjetiva)

O ônus da prova como regra de instrução constitui o aspecto subjetivo do ônus da prova. Subjetivo porque influencia a conduta das partes para obtenção da prova, no sentido de determinar a qual delas cabe a prova em relação a cada fato alegado<sup>196</sup>. Embora a doutrina sempre tenha dado maior valor à função objetiva do ônus da prova em razão da vedação da pronúncia do *non liquet* pelo órgão jurisdicional, não se deve menosprezar a importância da função subjetiva do ônus da prova<sup>197</sup>.

<sup>192</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 85.

<sup>193</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 85.

<sup>194</sup> DEDA, Oscar de Oliveira. **A prova no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23.

<sup>195</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 181.

<sup>196</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 84.

<sup>197</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53.

Não se desconhece, contudo, que há quem entenda que o ônus subjetivo, em verdade, é inexistente<sup>198</sup>. Esse entendimento vem fundado no fato de que, no ordenamento jurídico brasileiro, não importa a proveniência da prova, se do autor ou do réu, de modo que não seria possível vincular o resultado da demanda à atividade das partes<sup>199</sup>. Seria, assim, um ônus imperfeito, não um ônus jurídico, em razão de que a atividade das partes não teria consequência direta no resultado da demanda<sup>200</sup>. Embora respeitável e bem fundamentado tal entendimento, acredita-se que o ônus subjetivo não deve ser menosprezado no processo civil brasileiro.

Tendo em vista o advento do Estado Constitucional, no qual se mostra essencial a participação efetiva das partes na formação do convencimento judicial, parece evidente que não se deve menosprezar o papel do ônus probatório como regra de participação das partes na produção do material probatório levado aos autos<sup>201</sup>.

Como já referido, há autores, como Artur Carpes<sup>202</sup>, que inclusive defendem que a função subjetiva do ônus da prova é até mais importante do que a função objetiva, pois, tratando aquela com o devido cuidado, aumenta-se a probabilidade de obtenção de uma decisão que promova a justiça material, à medida que se afasta o perigo de formalização da decisão judicial.

É indispensável para a formação de uma decisão justa que seja respeitado o dever de diálogo e os direitos fundamentais ao contraditório e à prova. Para isso, é imprescindível que as partes saibam de antemão quem é responsável pela produção da prova. Nesse momento percebe-se a importância da dimensão subjetiva do ônus da prova e que ela não pode mais ser considerada secundária em relação à dimensão objetiva do ônus probatório<sup>203</sup>.

Assim, o ônus da prova como regra de instrução orienta a conduta das partes na busca da prova, distribuindo entre demandante e demandado o encargo de produzir as provas necessárias ao deslinde do feito<sup>204</sup>.

<sup>198</sup> RAMOS, V. **Ônus da Prova no Processo Civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2014.

<sup>199</sup> RAMOS, V. **Ônus da Prova no Processo Civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2014.

<sup>200</sup> RAMOS, V. **Ônus da Prova no Processo Civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2014.

<sup>201</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53.

<sup>202</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

<sup>203</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 54.

<sup>204</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 32.

O ônus subjetivo da prova determina, nesse diapasão, com qual dos litigantes cada fato a ser provado se relaciona, quem deve produzir a prova e a quem interessa a produção dessa prova e, em via de consequência, quem acabará afetado negativamente em caso de ausência de prova<sup>205</sup>.

Conforme muito bem sintetiza Cremasco<sup>206</sup>, “a função do ônus subjetivo é determinar uma regra de conduta que deverá ser adotada pelos litigantes se almejarem obter êxito na ação, regra que presidirá e norteará a atividade das partes, no curso da instrução”.

O ônus da prova em sua dimensão subjetiva aponta, portanto, quais fatos alegados pelas partes devem ser objeto de prova para obtenção da vitória na ação, instruindo as partes caso a caso<sup>207</sup>.

No que tange à técnica de dinamização do ônus da prova, conforme se ampliará em momento oportuno, entende-se que esta deve ser utilizada como regra de instrução<sup>208</sup>, para que as partes possam ter a devida oportunidade de desincumbência do ônus que lhe foi atribuído *ex novo*. Esclarecer-se-á melhor acerca do momento adequado para a dinamização, contudo, no capítulo seguinte, de modo que, por ora, basta esta breve advertência. Definida a importância da função subjetiva do ônus da prova, passa-se ao exame da função objetiva.

#### 2.2.2.2 Ônus da prova como regra de julgamento (função objetiva)

O ônus da prova como regra de julgamento é conhecido como o aspecto objetivo do ônus da prova<sup>209</sup>. Como é sabido, é vedado ao juiz em nosso ordenamento, bem como nos demais ordenamentos da linhagem romano-germânica, abster-se de proferir decisão e não solucionar o conflito de interesses levado a juízo, mesmo quando não esteja plenamente convicto em relação aos fatos controvertidos na demanda<sup>210</sup>. Isso ocorre em razão da vedação do juiz pronunciar-se pelo *non liquet*<sup>211</sup>. Assim, é defeso ao juiz brasileiro agir da mesma

<sup>205</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 32.

<sup>206</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 32.

<sup>207</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 33.

<sup>208</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

<sup>209</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 84.

<sup>210</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 31.

<sup>211</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 52.

forma que agia o juiz romano, que não tinha a obrigação de proferir sentença em caso de não chegar a um convencimento sobre a verdade dos fatos alegados pelas partes<sup>212</sup>.

O ônus da prova como regra de julgamento é aplicado, basicamente, quando o juiz se encontra em estado de dúvida no momento de julgar. Isto é, se mesmo diante de todo o material probatório juntado aos autos, o magistrado não conseguiu formar a sua convicção de maneira sólida a respeito dos fatos que importam para a solução do litígio, deve aplicar as regras do ônus da prova como regra de julgamento<sup>213</sup>. Serve, assim, para formalizar o julgamento de mérito em caso de insuficiência do quadro probatório<sup>214</sup>. Vejamos o que refere a respeito o mestre Ovídio Baptista da Silva<sup>215</sup>:

O juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória.

Diante da obrigatoriedade da prestação jurisdicional, pelo dever de motivação e da vedação ao “*non liquet*”, justifica-se o ônus da prova como regra de julgamento<sup>216</sup>.

A decisão precisa ser plenamente motivada, de forma racional, para que as partes tenham ciência e controle do que está ocorrendo. Nessa senda, “as regras de julgamento aparecem como a necessária consequência de um sistema judiciário que confia na racionalidade dos homens destinados a exercer a função de julgar”<sup>217</sup>.

Com efeito, denota-se nitidamente que o ônus da prova como regra de julgamento serve para proteger as partes de eventual arbítrio judicial nos casos em que ainda pende dúvida acerca dos fatos alegados<sup>218</sup>. Isso porque as partes, dentro de um modelo de processo civil cooperativo pautado por direitos fundamentais em um Estado Constitucional, devem saber de antemão a quem cabe o ônus de comprovar cada alegação de fato e quem arcará com a consequência processual negativa em caso de não lograr êxito na comprovação<sup>219</sup>. Desse

<sup>212</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 213.

<sup>213</sup> ALVES, Maristela da Silva. **Ônus da Prova como Regra de Julgamento**. Prova Cível. Organizador: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87.

<sup>214</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 139.

<sup>215</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. V. 1. Processo de Conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 327.

<sup>216</sup> ALVES, Maristela da Silva. **Ônus da Prova como Regra de Julgamento**. Prova Cível. Organizador: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87.

<sup>217</sup> ALVES, Maristela da Silva. **Ônus da Prova como Regra de Julgamento**. Prova Cível. Organizador: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 89.

<sup>218</sup> ALVES, Maristela da Silva. **Ônus da Prova como Regra de Julgamento**. Prova Cível. Organizador: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 90.

<sup>219</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 54.

modo, previne-se que no momento da sentença o juiz atribua a uma das partes o ônus probatório de acordo com o seu sentido subjetivo de justiça<sup>220</sup>.

Assim, cabe ao juiz proferir julgamento contrário àquele que estava incumbido de provar, mas não provou. Ou seja, o juiz decidirá “em desfavor de quem cumpria o ônus de provar o fato cuja prova é dúbia ou inexistente”<sup>221</sup>.

Importa referir que essa regra de julgamento é geral e aplicada em todos os casos em que ocorra ausência ou até mesmo insuficiência de provas, independente das partes envolvidas ou da natureza do litígio. Adverte-se, contudo, que “o ônus objetivo não é um meio de prova ou um método de valoração da prova, mas um critério subsidiário e prévio que se põe à disposição do julgador, a fim de que ele possa decidir”<sup>222</sup>.

Esse critério, embora seja importante para orientar o juiz em caso de dúvida, nem sempre contribui para a solução mais justa do litígio, pois acaba por formalizar a decisão judicial<sup>223</sup>. A dinamização da prova, conforme já brevemente ressaltado, jamais deve ser aplicada como regra de julgamento, sob pena de violação aos direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa e à prova<sup>224</sup>. Essa questão, todavia, será retomada posteriormente, de maneira que não se pretende exauri-la nessa etapa do trabalho.

Examinadas as duas funções do ônus da prova no processo civil brasileiro, passa-se a analisar as formas de distribuição do encargo probatório.

### 2.3 DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

O encargo probatório pode ser distribuído pelo legislador, pelo juiz ou por convenção das partes<sup>225</sup>. Pode o ônus ser distribuído de forma estática ou dinâmica. A distribuição é fixa quando o legislador previamente define a qual das partes cabe o encargo probatório; é dinâmica quando o legislador designa ao juiz a competência de definir, perante o caso

<sup>220</sup> ALVES, Maristela da Silva. **Ônus da Prova como Regra de Julgamento**. Prova Cível. Organizador: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 90.

<sup>221</sup> ALVES, Maristela da Silva. **Ônus da Prova como Regra de Julgamento**. Prova Cível. Organizador: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 94.

<sup>222</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 32.

<sup>223</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 88.

<sup>224</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 92.

<sup>225</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 75.

concreto que lhe é apresentado, qual das partes tem melhores condições de produzir a prova e, conseqüentemente, arcará com este ônus<sup>226</sup>.

O legislador brasileiro distribuiu de forma estática e abstrata o ônus da prova no art. 333 do CPC, levando em consideração três fatores: “a) a posição das partes (se autor, se réu); b) a natureza dos fatos em que funda sua pretensão/exceção (constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo do direito deduzido); c) e o interesse em provar o fato”<sup>227</sup>.

O direito processual brasileiro seguiu em grande parte, portanto, o caráter fechado da teoria das normas ao estabelecer essa definição<sup>228</sup>, deixando o juiz, à primeira vista, sem margem para adequar ao caso concreto a distribuição prevista em lei<sup>229</sup>.

Um dos principais responsáveis pela dogmatização da *Normentheorie*, Leo Rosenberg<sup>230</sup>, entendia que a distribuição fixa e invariável do ônus da prova seria necessária para a promoção do postulado da segurança jurídica. Assim, a regulação dos ônus probatórios não deveria levar em consideração as peculiaridades de cada processo, devendo apenas conduzir a um resultado determinado sob o ideal da segurança jurídica<sup>231</sup>. No entanto, esse não é o entendimento mais adequado dentro do modelo cooperativo atual do processo civil no Estado Constitucional. A distribuição fixa, fechada às peculiaridades de cada litígio, muitas vezes não colabora para a promoção da justiça material no caso concreto.

Com efeito, a distribuição estática do ônus da prova tal qual estabelecida pelo legislador brasileiro acaba engessando o sistema probatório, de forma que em alguns casos impossibilita a realização da justiça por não ser possível adequar o processo às circunstâncias do caso<sup>232</sup>. Assim, houve a necessidade de ruptura dessa concepção, surgindo inicialmente a doutrina da inversão do ônus da prova e, posteriormente, a da dinamização do ônus probatório<sup>233</sup>.

<sup>226</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 84-85.

<sup>227</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 78-79.

<sup>228</sup> KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 174.

<sup>229</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

<sup>230</sup> ROSENBERG, Leo. **La Carga de la Prueba**. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956. p. 19.

<sup>231</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 69.

<sup>232</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

<sup>233</sup> RAMOS, V. **Ônus da Prova no Processo Civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2014.

Passa-se, devido à importância do tema para o presente trabalho, a analisar cada uma das formas de distribuição do ônus da prova de forma mais detalhada, iniciando pela distribuição fixa.

### 2.3.1 Distribuição fixa do ônus da prova

A distribuição do ônus da prova é fixa quando o legislador atribui às partes desde logo o ônus probatório relativo a determinadas alegações de fato<sup>234</sup>. Nesses casos, a lei define previamente quem deve provar cada alegação, e, nesse diapasão, corre o risco de não lograr êxito na comprovação<sup>235</sup>.

Nesses casos em que ocorre a atribuição fixa do ônus probatório, a não ser que ocorra alguma inversão do ônus probatório no curso do processo, as partes têm de antemão a noção exata dos riscos que correm em caso de não lograr êxito na sua tentativa de comprovação da alegação de fato<sup>236</sup>. Esse é um caso clássico em que as regras sobre o ônus da prova funcionarão como regra de julgamento em caso de dúvida acerca dos fatos alegados. Nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, nesses casos “a aplicação do ônus da prova incide *apenas* na hipótese de ausência de esclarecimento da situação de fato, funcionando como *regra de julgamento*”<sup>237</sup>.

O sistema brasileiro, conforme dito anteriormente, seguiu em grande parte a disposição estabelecida pela teoria das normas, determinando a distribuição prévia e abstrata dos ônus probatórios. Como explica Antonio Janyr Dall’Agnol Jr.<sup>238</sup>, “na visão tradicional, a incidência do art. 333, do CPC, ostentar-se-ia inexorável e asséptica, porque de resolução em abstrato, sem consideração para com o caso concreto”.

Assim, segundo essa visão, o art. 333, do CPC, somente permitiria que a vontade das partes, e com restrições, pudesse distribuir de outra forma o ônus da prova<sup>239</sup>. Entretanto, é necessário que se analise a superveniência do Código de Defesa do Consumidor, que “não

<sup>234</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 84.

<sup>235</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

<sup>236</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

<sup>237</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

<sup>238</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

<sup>239</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

apenas conferiu poderes ao juiz como o fez admitindo a consideração para com dados que fogem ao controle do legislador”<sup>240</sup>.

Embora muitos acreditem que há inversão do ônus probatório quando o legislador atribui o ônus da prova de forma contrária ao artigo regente da matéria (art. 333, do CPC), há, em verdade, mera atribuição fixa do ônus da prova nesses casos<sup>241</sup>. É o que ocorre, exemplificativamente, no direito do consumidor, em que a lei, em razão da presumida hipossuficiência do consumidor, determina a distribuição do ônus da prova de maneira diversa<sup>242</sup>. No caso do direito do consumidor, explicam Arenhart e Marinoni<sup>243</sup> que “os critérios para inversão devem ser pensados a partir dos pressupostos determinados na lei, ao contrário do que ocorre quando nos ocupamos dos critérios para inversão do ônus da prova fora do direito do consumidor”.

Para ficar mais clara a compreensão de que nesse caso do direito consumerista está se tratando de mera distribuição fixa do ônus probatório, vejamos o seguinte artigo do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...)

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Ao assim determinar, o legislador optou por incumbir ao fabricante a responsabilidade pelo vício do produto, cabendo a ele o ônus de comprovar: que não colocou o produto no mercado; que não existe o defeito alegado; ou que a culpa é exclusiva do consumidor. Nesse sentido, lecionam Arenhart e Marinoni<sup>244</sup> que “tais normas afirmam, expressamente, que o

<sup>240</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

<sup>241</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

<sup>242</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2011. p. 86.

<sup>243</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 206.

<sup>244</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 209.

consumidor não precisa provar o defeito do produto ou do serviço, incumbindo ao réu o ônus de provar que esses defeitos não existem”.

Assim sendo, não ocorre inversão do ônus da prova nesses casos. Vale dizer: o consumidor não arca inicialmente com o ônus da prova, ele está previamente distribuído, de forma fixa, ao fabricante<sup>245</sup>. Não há falar em inversão. De fato, “o juiz não precisa inverter o ônus da prova, pois esse ônus já está invertido (ou definido) pela lei”<sup>246</sup>.

Posteriormente, analisar-se-á outro dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, qual seja, o art. 6º, inciso VIII, que possibilita a inversão do ônus da prova em caso de verossimilhança da alegação ou hipossuficiência do consumidor.

A distribuição estática do ônus probatório, entretanto, vem se mostrando cada vez mais insuficiente e insatisfatória para promover a justiça no caso concreto, principalmente quando a parte onerada é aquela que tem inferiores condições de produzir prova acerca dos fatos essenciais para o deslinde da demanda<sup>247</sup>.

Bruno Garcia Redondo<sup>248</sup> refere que a insuficiência da distribuição fixa e estática do ônus da prova se dá principalmente em dois casos, quais sejam: a) nas demandas declaratórias negativas, quando se exige que o autor “demonstre a inexistência da relação jurídica, cabendo-lhe, pois, uma comprovação impossível”, em razão da quase impossibilidade de produção de prova negativa sobre fato puramente constitutivo; b) nos casos em que são alegados fatos não previstos no art. 333, CPC, exemplificando com um caso de renúncia à prescrição, que seria uma espécie de fato impeditivo do fato extintivo.

Em face do exposto, é possível perceber que a distribuição tão somente fixa e estática do ônus da prova vem se mostrando insuficiente para a promoção de uma decisão efetivamente justa no processo civil pautado por direitos fundamentais no Estado Constitucional. Passa-se a analisar a distribuição dinâmica do ônus da prova, que veio como alternativa para evitar o engessamento do sistema probatório.

<sup>245</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

<sup>246</sup> ARENHART, Sérgio C.; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 210.

<sup>247</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

<sup>248</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

### 2.3.2 Distribuição dinâmica

Embora alguns defendam que a teoria do ônus dinâmico da prova fora concebida pelo inglês Jeremy Bentham<sup>249</sup>, é consenso entre a maior parte da doutrina que ela somente foi delineada de forma clara e precisa sob a coordenação do jurista argentino Jorge W. Peyrano<sup>250</sup>. As ideias de Peyrano basearam-se na concepção de James Goldschmidt, que entendia o processo como *situação jurídica*<sup>251</sup>.

A teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova constitui um contraponto às teorias clássicas e estáticas de distribuição dos encargos probatórios, de modo que se preocupa “com a realidade concreta de cada processo que é posto à apreciação do Poder Judiciário”<sup>252</sup>. De fato, “somente se pode falar em uma real pacificação social se tivermos um Direito Processual Civil adequado à realidade moderna, e não a outros momentos históricos”<sup>253</sup>.

Desse modo, devem ser levadas em consideração as peculiaridades de cada concreto para que se possa efetivar o acesso à justiça, o que não é possível somente mediante a distribuição fixa e estática do ônus probatório, que define de forma prévia e independente da situação das partes o encargo probatório. Atualmente, pode-se dizer que a distribuição estática do ônus da prova revela-se insuficiente, principalmente nos casos em que a parte onerada é aquela que possui piores condições de comprovar determinada alegação<sup>254</sup>.

Precursor do estudo sobre as cargas processuais dinâmicas no Brasil, Antonio Janyr Dall’Agnol Jr. define as premissas da teoria<sup>255</sup>:

Pela teoria da distribuição dinâmica dos ônus probatórios, portanto: a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim: a) o caso em sua concretude e b) a “natureza” do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhores condições de fazê-lo.

<sup>249</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

<sup>250</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

<sup>251</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

<sup>252</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 72.

<sup>253</sup> SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 943, p. 155-182, maio 2014.

<sup>254</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

<sup>255</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

Com efeito, há uma clara tentativa de rompimento com a concepção rígida e apriorística da doutrina clássica, de modo que se ignora a posição da parte no processo, bem como a espécie de fato levada a juízo. Importa, de fato, saber quem, nas circunstâncias do caso concreto, está em melhores condições de produzir a prova acerca dos fatos alegados<sup>256</sup>.

Entretanto, em que pese a distribuição dinâmica constituir um contraponto à distribuição fixa, a primeira não afasta de modo absoluto a segunda. Vejamos a precisa lição de Danilo Knijnik<sup>257</sup>:

Contudo, a ideia de um ônus dinâmico não afasta, *de per se*, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário, persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional. A invocação do ônus dinâmico entraria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzisse a uma *probatio diabolica*, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição.

Entende-se que embora insuficiente e falha em diversas situações, a distribuição efetuada pelo legislador contém uma presunção importante acerca de qual parte estaria em melhores condições de provar e que deverá suportar os efeitos da ausência ou insuficiência de provas caso impossível a dinamização<sup>258</sup>.

Assim, é possível a “convivência” entre ambas as formas de distribuição, sendo útil a coexistência entre ambas as distribuições para evitar o *non liquet* em casos extremos nos quais a dinamização do ônus da prova não se faz possível em razão da condição das partes e das circunstâncias da causa<sup>259</sup>.

Compreendido o fato de que ambas as formas de distribuição podem coexistir (compreensão adotada inclusive no novo CPC), não se pode deixar de referir que a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova surgiu para suprir eventual iniquidade da distribuição tradicional para a resolução de diversos casos<sup>260</sup>. Acerca dos casos que ensejaram o

<sup>256</sup> KNIJNIK, Danilo. 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 diabolica*. In: **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006. p. 947.

<sup>257</sup> KNIJNIK, Danilo. 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 diabolica*. In: **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006. p. 946.

<sup>258</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 93.

<sup>259</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 93.

<sup>260</sup> KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 176.

surgimento da teoria da dinamização do ônus da prova, veja-se a lição de Vivian von Hertwig Fernandes de Oliveira<sup>261</sup>:

Surgiu inicialmente com o objetivo de solucionar alguns casos de responsabilidade civil por culpa, em especial as hipóteses de erro médico, em que a aplicação do regime tradicional do ônus probatório frequentemente produzia soluções injustas, vez que a parte autora, em regra, não possui condições de provar a conduta negligente do médico.

Nesses casos de erro médico, de fato, o paciente encontra-se em nítida posição de desvantagem em relação ao profissional médico. Muitas vezes, a prova é quase impossível ao paciente, seja pela falta de acesso aos meios de prova, seja porque ele estava inconsciente ou com a capacidade cognitiva reduzida quando da ocorrência do dano<sup>262</sup>.

Caso clássico, portanto, de aplicação da dinamização do ônus da prova, mormente no que se refere à comprovação da ocorrência de culpa do médico<sup>263</sup>. Desse modo, tendo em vista a natureza pública do processo e o dever de colaboração das partes para a descoberta da verdade, deve o ônus da prova ser dinamizado de modo a fazer com que o profissional médico comprove que agiu com prudência, perícia e diligência, tendo em vista ser a parte mais apta para tanto<sup>264</sup>.

Passando à definição de distribuição dinâmica do ônus da prova, pode-se afirmar que a distribuição do ônus da prova é dinâmica quando o legislador atribui ao juiz a incumbência de determinar, à luz do caso concreto, qual das partes está em melhores condições de produzir a prova necessária para o deslinde do feito, e, desse modo, arcará com esse ônus<sup>265</sup>. Na precisa definição de Redondo, “consiste a distribuição dinâmica do ônus da prova na distribuição do *onus probandi* à parte que, em cada caso concreto, revelar-se como titular de melhores condições de produzir a prova sobre determinada alegação”<sup>266</sup>.

Acerca da importância da distribuição dinâmica do ônus probatório, explicam Marinoni e Mitidiero que “o ônus da prova pode ser atribuído de maneira dinâmica, a partir do caso concreto pelo juiz da causa, a fim de atender à paridade de armas entre os litigantes e

<sup>261</sup> OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 13-36, maio 2014.

<sup>262</sup> KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

<sup>263</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

<sup>264</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107.

<sup>265</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 85-86.

<sup>266</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

às especificidades do direito material afirmado em juízo<sup>267</sup>. Assim, fica clara a importância da dinamização do encargo probatório para a garantia de diversos direitos fundamentais e para assegurar a prolação de uma decisão justa.

Analisadas as formas de distribuição do ônus da prova desenvolvidas ao longo dos anos dentro do processo civil, bem como as funções objetiva e subjetiva do ônus da prova, encerra-se o presente capítulo e passa-se a fazer uma revisão crítica, de modo a atestar a insuficiência da distribuição tão somente fixa e estática do ônus da prova e demonstrar a importância e essencialidade da técnica de dinamização para a garantia do processo justo.

---

<sup>267</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 334.

### 3 A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO EXIGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO

Por todas as ideias desenvolvidas ao longo do capítulo anterior, percebe-se a importância dos direitos fundamentais processuais na busca por uma solução justa do litígio. Do mesmo modo, foi apontado que a utilização do ônus da prova como regra de julgamento deve constituir uma espécie de *ultima ratio*, a fim de evitar a formalização da decisão judicial, isto é, somente deve ser utilizada como critério para evitar o arbítrio judicial quando não houver possibilidade de prova por nenhuma das partes.

Esclareceu-se, também, que embora haja quem entenda que não existe a função subjetiva do ônus da prova<sup>268</sup>, esse aspecto subjetivo é muito importante para orientar a participação das partes no processo, de maneira que possa haver a adequada produção da prova, trazendo-se o maior conjunto probatório possível aos autos para o justo deslinde do feito<sup>269</sup>.

Da mesma forma, também se ponderou que jamais a dinamização do encargo probatório pode ser utilizada como regra de julgamento. Portanto, o ônus da prova deve ser dinamizado em momento em que a parte onerada pela dinamização tenha plenas condições de produzir a prova, o que será verificado com mais detalhes posteriormente. Conforme já referido, dentro de um modelo de processo cooperativo informado por direitos fundamentais no Estado Constitucional, é essencial que a distribuição do *onus probandi* coadune-se com a Constituição.

Assim, se alguma das partes tiver condições de provar fato essencial ao deslinde do feito, enquanto a parte inicialmente onerada não as tem, deve o juiz dinamizar o ônus probatório para que possa aperfeiçoar o conjunto probatório de modo a proferir decisão que esteja o mais próximo possível da verdade dos fatos.

Pelo exposto, já não pairam maiores dúvidas acerca da insuficiência da distribuição estática e inflexível do ônus da prova. A distribuição do encargo probatório deve estar adequada ao sistema constitucional para promover o processo justo<sup>270</sup>. Não se pode negar o

---

<sup>268</sup> RAMOS, V. **Ônus da Prova no Processo Civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2014.

<sup>269</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53.

<sup>270</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 123.

direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva em razão de uma distribuição inadequada do ônus da prova<sup>271</sup>. Veja-se a doutrina de Bruno Garcia Redondo<sup>272</sup>:

Caso a distribuição do ônus da prova ocorra de forma que impossibilite a parte de dele desincumbir-se de modo satisfatório, em última análise estará sendo negado, ao jurisdicionado, o próprio direito à tutela jurisdicional. Por isso, as regras relativas à distribuição do ônus da prova não devem ser fixadas de modo abstrato, rígido e estático, já que, em muitos casos concretos, o modelo geral predisposto pelo legislador (art. 333 CPC) será incapaz de permitir a produção de determinada prova, influenciando negativamente o convencimento do magistrado, e, assim, frustrando a efetividade da tutela jurisdicional.

Dessa forma, fica caracterizada a insuficiência da distribuição tão somente estática do ônus da prova. A partir de uma interpretação restritiva do art. 333 do CPC, somente as partes poderiam modificar a distribuição do ônus probatório, com a condição de não recair sobre direito indisponível da parte e não tornar excessivamente difícil o direito.

Assim, em uma interpretação restritiva do texto legal, somente as partes poderiam convencionar acerca da distribuição do ônus da prova, e ainda com restrições. Embora não haja posicionamentos doutrinários a respeito, indaga-se acerca da distribuição da prova por convenção das partes. Seria ela fixa ou dinâmica? Há quem entenda que se trata de negócio jurídico processual, podendo se dar momento anterior ou no curso do processo<sup>273</sup>. Desse modo, acredita-se que se trata de uma forma de distribuição dinâmica a cargo das partes, que podem, de comum acordo, modificar a distribuição inicialmente prevista, dentro dos limites legais.

Entretanto, a partir de uma interpretação sistemática e consentânea à Constituição, é forçoso reconhecer que também ao juiz deve ser reconhecida a possibilidade, e inclusive o dever de dinamizar a prova para promover a igualdade entre as partes e não violar os diversos direitos fundamentais elencados no capítulo anterior, conforme será desenvolvido ao longo do presente capítulo.

Não se pretende, todavia, negar totalmente a importância da distribuição fixa e prévia do ônus da prova para garantir um mínimo de previsibilidade às partes, essencial à segurança jurídica. No entanto, é inevitável reconhecer que essa não constitui a solução ideal para todos os casos. Quando a solução legal não for a mais adequada para a promoção da justiça

<sup>271</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

<sup>272</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

<sup>273</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 87.

material, é preciso que o juiz exerça o seu dever de auxílio, inerente ao dever de colaboração, para melhor equacionar os ônus probatórios entre as partes<sup>274</sup>.

Em razão disso, foram desenvolvidos expedientes para flexibilizar a ideia de distribuição rígida, estática e fechada do ônus da prova, como a inversão do ônus da prova e a dinamização do ônus da prova. Por óbvio, essas técnicas não devem ser utilizadas de forma indiscriminada, sob pena de se flertar perigosamente com o arbítrio judicial.

Ao longo do presente capítulo, examinar-se-á a inversão do ônus da prova, consagrada no Código de Defesa do Consumidor, bem como a dinamização do ônus da prova, a partir do direito em vigência e atentando também para as disposições do projeto de novo de CPC, que prevê expressamente em seu texto a técnica de dinamização. Inicia-se, assim, pela análise da inversão do ônus da prova.

### 3.1 INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

A expressão “inversão do ônus da prova” não passa incólume de críticas da doutrina. Artur Carpes<sup>275</sup> entende que andou mal o legislador quando denominou como inversão a possibilidade de o juiz dinamizar o esquema inicial previsto na lei processual. Veja-se a síntese do pensamento de Carpes<sup>276</sup>:

Embora a expressão já esteja consagrada em nossa tradição jurídica, especialmente para os casos envolvendo as relações de consumo, tal aspecto não é capaz de torná-la alheia a críticas, na medida em que não se afigura capaz de caracterizar, de maneira adequada, o fenômeno que verdadeiramente ocorre quando se opera a conformação constitucional do art. 333 do CPC. (...) Em outras palavras, o termo “inversão” consagra a transferência do esquema legal, imóvel e estático, de um lado para outro, restando mantido, portanto, o generalismo e abstracionismo legal. Altera-se apenas o sujeito no qual recairá o ônus da prova, preservando sua distribuição rigorosamente as mesmas qualidades que opunham sua adaptação à realidade do caso concreto.

Acredita-se, contudo, que esse não é o posicionamento mais adequado. Não se deve confundir inversão do ônus da prova com dinamização do ônus da prova. A inversão do encargo probatório está intimamente ligada com a distribuição fixa do ônus da prova. Frise-se: somente se pode falar em inversão do ônus da prova quando se está falando em atribuição

<sup>274</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 142.

<sup>275</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 116.

<sup>276</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 116-117.

fixa do ônus probatório, visto que somente se pode inverter o que já está vertido<sup>277</sup>. Já a dinamização do ônus da prova está relacionada ao poder do juiz, à luz do caso concreto, dinamizar o encargo probatório para promover a adequada tutela dos direitos<sup>278</sup>.

Apenas para reforçar a distinção entre inversão do ônus da prova da dinamização do ônus da prova, transcreve-se o pensamento de Rafael José Nadim de Lazari e Gelson Amaro de Souza<sup>279</sup>:

A “teoria da distribuição dinâmica” não é o mesmo que a mera inversão do ônus da prova; logo, o art. 6º, VIII, do CDC, que muitos consideram exemplo prático de previsão da teoria flexibilizadora, na verdade não o é. Isto porque, a teoria dinâmica não foi concebida para desincumbir totalmente uma parte enquanto o encargo recai sobre outrem, tão menos para servir de método astuto – e de idoneidade dúbia – de repassar o ônus de eventual prova impossível para que a outra parte não consiga cumpri-lo. Sendo assim, em alguns casos, a distribuição dinâmica pode se desenrolar pela mera inversão, mas em outros não, e, além disso, nem sempre será a inversão fruto de uma redistribuição dinâmica, haja vista que nada há de mais estático que uma mera inversão de ônus da prova.

Vale dizer: não se deve confundir a dinamização do encargo probatório com a inversão do ônus da prova. A inversão do ônus da prova está relacionada com a distribuição fixa do ônus da prova, enquanto a dinamização do encargo probatório relaciona-se com a distribuição dinâmica.

Outra crítica à inversão do ônus da prova vem no sentido de que não seria possível estabelecer a consequência ou a amplitude da inversão dos ônus probatórios<sup>280</sup>. Entretanto, acredita-se que essa posição não deve prevalecer, visto que o juiz, dentro de um modelo colaborativo de processo civil no Estado Constitucional tem o dever de proferir decisão fundamentada, esclarecendo às partes quais encargos lhe foram incumbidos<sup>281</sup>. Pensa-se que esse suposto perigo somente aconteceria em caso de utilização da inversão do ônus da prova como regra de julgamento, o que, conforme será visto a seguir, não deve ser admitido.

Da mesma forma, entende-se que não deve prevalecer a ideia de que as partes não tem nenhum estímulo para levar as provas ao processo a partir da inversão, conforme defende

<sup>277</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86.

<sup>278</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 89.

<sup>279</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 99, p. 99-109, jun. 2011.

<sup>280</sup> RAMOS, V. **Ônus da Prova no Processo Civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2014.

<sup>281</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

Vitor de Paula Ramos<sup>282</sup>. Como se sabe, dentro do modelo colaborativo de processo, há o dever de colaboração não só do juiz com as partes, mas também das partes com o juiz para que se busque a mais adequada solução da lide. Assim, todos devem colaborar para a justa solução do litígio. Portanto, as partes têm, sim, estímulo para levar ao processo as provas necessárias para a justa composição do litígio, tendo em vista que, se não o fizerem, estarão violando o dever de colaboração.

Exemplo clássico de inversão do ônus da prova é encontrado no Código de Defesa do Consumidor, que permite que ocorra a inversão do ônus probatório em favor do consumidor quando verossímil a alegação ou este for hipossuficiente, *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. (grifou-se).

Aqui sim estamos diante da inversão do ônus probatório, diferente do dispositivo do CDC anteriormente analisado. Em face desse dispositivo, que possui fundamento no princípio da isonomia<sup>283</sup>, pode o juiz inverter o ônus da prova que em determinado caso era atribuído ao consumidor, desde que este seja hipossuficiente ou de que seja verossímil a sua alegação. Esse dispositivo realiza o direito fundamental de proteção do Estado ao consumidor<sup>284</sup>. Frise-se que a inversão se opera *ope iudicis*, razão pela qual se faz indispensável o pronunciamento do juiz, devidamente motivado, para inverter o ônus da prova<sup>285</sup>.

Atente-se para o fato de que para o juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor basta apenas que haja a incidência de uma das hipóteses (verossimilhança ou hipossuficiência), sendo facultado ao juiz “inverter o ônus da prova inclusive quando essa prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e *expert* na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário”<sup>286</sup>.

<sup>282</sup> RAMOS, V. **Ônus da Prova no Processo Civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2014.

<sup>283</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 63.

<sup>284</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2013. p. 278.

<sup>285</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

<sup>286</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 85.

Verossimilhança é a aparência de verdade, é uma “verdade aproximada, possível, factível”<sup>287</sup>. Dessa forma, verossímil é aquilo que corresponde ao que normalmente acontece em determinado tipo de evento<sup>288</sup>. Daniel Mitidiero, por sua vez, entende a verossimilhança como probabilidade<sup>289</sup>. Ao estabelecer que basta a verossimilhança para que ocorra a inversão do ônus da prova, assim esclarecem Sérgio Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni<sup>290</sup>:

Na verdade, quando esse Código mistura verossimilhança com inversão do ônus da prova, está querendo dizer que basta a verossimilhança preponderante ou que a inversão do ônus da prova pode ser utilizada como regra de juízo, ainda que ao réu não tenha sido dada oportunidade para a produção de prova e que a convicção, que deu origem à decisão que inverteu o ônus da prova, seja apenas de verossimilhança.

Ou seja, o magistrado decidirá conforme um juízo de probabilidade<sup>291</sup>, utilizando-se de presunção *juris tantum* com base nas regras de experiência<sup>292</sup>, sendo necessário que, no caso concreto, provavelmente o consumidor tenha razão na sua alegação<sup>293</sup>. No entanto, alerta-se que essa verossimilhança é obtida por meio de uma prova indiciária, através da qual seja possível aferir que provavelmente o consumidor tem razão naquele caso concreto; isto é, a partir de um fato comprovado (fato indiciário) o juiz presume outro somente alegado (fato constitutivo do direito do consumidor)<sup>294</sup>.

Quanto à situação de hipossuficiência do consumidor, esta é um conceito relacional no caso concreto, decorrente de um desequilíbrio entre as partes<sup>295</sup>. É necessário que se atente para o fato de que ela não é meramente econômico-financeira, estando em sua maior parte no campo do conhecimento, pelo fato de o consumidor se encontrar, em regra, em pior situação que o fornecedor no campo da ciência<sup>296</sup>. Assim, para que se caracterize a situação de

<sup>287</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz G. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2011. p. 43.

<sup>288</sup> TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: O Juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 111.

<sup>289</sup> MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da Tutela**: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.

<sup>290</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 211.

<sup>291</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

<sup>292</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 82.

<sup>293</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 87.

<sup>294</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais**: Direito do Consumidor. Tutela das Relações de Consumo. Volume VI. São Paulo: RT, 2011. p. 435-436.

<sup>295</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 87.

<sup>296</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

hipossuficiência basta que haja a manifesta inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor, não necessariamente econômica<sup>297</sup>.

A regra de que o ônus da prova deve ser invertido mesmo quando for diabólica para a outra parte não deve, contudo, prevalecer nos demais ramos do direito. Regra geral, somente pode haver a inversão da prova quando a produção for diabólica para uma das partes e de fácil produção para a outra. Porém, no campo do direito consumerista, acredita-se que se justifica a inversão da prova mesmo quando de difícil produção também para o fornecedor, em razão dos princípios que norteiam a proteção ao consumidor, amoldando-se ao princípio constitucional da isonomia, tratando desigualmente os desiguais (consumidor e fornecedor)<sup>298</sup>.

Desse modo, o preceito legal visa a facilitar a defesa da posição jurídica do consumidor em juízo, e deve ser utilizado como regra de instrução, sendo devidamente informada às partes em momento anterior ao julgamento, para que se possa dar efetividade aos direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa e à prova<sup>299</sup>.

A jurisprudência pátria vem aplicando frequente a inversão do ônus da prova nos casos de erro médico, conforme se afere da seguinte ementa do STJ<sup>300</sup>:

AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ERRO MÉDICO. LESÃO INCURÁVEL NOS NERVOS DAS MÃOS DECORRENTE DE CIRURGIA. SÍNDROME DO TÚNEL DO CARPO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. REVISÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ.

1. O princípio da unirrecorribilidade veda a interposição de dois recursos pela mesma parte em face da mesma decisão, razão pela qual não se conhece do segundo recurso.
2. É possível a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, do CDC), ainda que se trate de responsabilidade subjetiva de médico, cabendo ao profissional a demonstração de que procedeu com atenção às orientações técnicas devidas. Precedentes: AgRg no Ag 969015/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 28/04/2011 e REsp 696284/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009.
3. O Tribunal a quo, ao concluir, após a inversão do ônus da prova, pela inexistência de comprovação do médico de que atuou com perícia, decidiu com base nas provas produzidas nos autos, cujo reexame é defeso em sede de recurso especial, em face do óbice da Súmula 7/STJ.
4. Agravo regimental a que se nega provimento.

<sup>297</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor**. Tutela das Relações de Consumo. Volume VI. São Paulo: RT, 2011. p. 432.

<sup>298</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 82.

<sup>299</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 87.

<sup>300</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 25838 / PR, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 20/11/2012, DJ 26/11/2012.

Desse modo, cabe ao médico comprovar que procedeu de acordo com o que era esperado dele no exercício da profissão. Com efeito, seria muito complicado ao paciente comprovar negligência, imprudência ou imperícia do profissional médico, visto que, não raras vezes, o paciente encontra-se em estado de inconsciência ou incapacidade cognitiva de perceber o que acontece ao seu redor<sup>301</sup>.

Em relação ao momento da utilização da inversão, embora a lei, em tese, permita a aplicação da inversão do ônus da prova como regra de juízo, não deve a técnica de inversão do ônus da prova ser utilizada somente no momento do julgamento. Conforme já explanado, tal aplicação violaria frontalmente os direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa e à prova, além do dever de colaboração e de auxílio do juiz para com as partes, pois, desse modo, seriam elas surpreendidas com um julgamento desfavorável, sem a oportunidade de exercer os direitos fundamentais que lhe são conferidos<sup>302</sup>.

No entanto, não raro encontram-se decisões nesse sentido, consagrando que a norma supracitada constitui regra de julgamento. Há precedente do STJ<sup>303</sup> em tal direção:

Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. inversão do ônus da prova em favor do consumidor. **regra de julgamento**. Doutrina e jurisprudência. arts. 159 do CC/1916, 333, I, do CPC e 6.º, VIII, do CDC.

- Se o Tribunal a quo entende presentes os três requisitos ensejadores da obrigação subjetiva de indenizar, quais sejam: (i) o ato ilícito, (ii) o dano experimentado pela vítima e (iii) o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta ilícita; a alegação de violação ao art. 159 do CC/1916 (atual art. 186 do CC) esbarra no óbice da Súmula n. 7 deste STJ.

- Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa?”, ou “impossível”.

- Conforme posicionamento dominante da doutrina e da jurisprudência, a inversão do ônus da prova, prevista no inc. VIII, do art. 6.º do CDC é regra de julgamento. Vencidos os Ministros Castro Filho e Humberto Gomes de Barros, que entenderam que a inversão do ônus da prova deve ocorrer no momento da dilação probatória.

Recurso especial não conhecido. (grifou-se)

<sup>301</sup> KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 173.

<sup>302</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 88.

<sup>303</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 422.778/SP, Rel. Min. Castro Filho, Rel. p/Acórdão Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j, 19 jun. 2007, DJ 27 ago. 2007, p. 220.

Entretanto, acredita-se que tal entendimento não deve ser admitido. Conforme já exposto, haveria a violação de diversos direitos fundamentais caso essa tese preponderasse. Atento aos alertas da doutrina, o próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>304</sup> optou por rever a sua posição no julgado suprarreferido, deixando de considerar a regra do art. 6º, inciso VIII, do CDC, como regra de julgamento e passando a considerá-la como regra de instrução:

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.078/90, ART. 6º, INC. VIII. REGRA DE INSTRUÇÃO. DIVERGÊNCIA CONFIGURADA.**

1. O cabimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de divergência de entendimentos entre Turmas do STJ a respeito da mesma questão de direito federal. Tratando-se de divergência a propósito de regra de direito processual (inversão do ônus da prova) não se exige que os fatos em causa no acórdão recorrido e paradigma sejam semelhantes, mas apenas que divirjam as Turmas a propósito da interpretação do dispositivo de lei federal controvertido no recurso.
2. Hipótese em que o acórdão recorrido considera a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC regra de julgamento e o acórdão paradigma trata o mesmo dispositivo legal como regra de instrução. Divergência configurada.
3. A regra de imputação do ônus da prova estabelecida no art. 12 do CDC tem por pressuposto a identificação do responsável pelo produto defeituoso (fabricante, produtor, construtor e importador), encargo do autor da ação, o que não se verificou no caso em exame.
4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do próprio nexo causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no **art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida "preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade"** (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011).
5. Embargos de divergência a que se dá provimento. (grifou-se)

Feita a distinção entre inversão do ônus da prova e dinamização do ônus da prova, bem como devidamente examinada a inversão do ônus da prova, seus requisitos e o momento adequado, passa-se a analisar propriamente a possibilidade de aplicação da técnica de dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro, tanto a partir do direito vigente quanto no projeto de novo CPC.

---

<sup>304</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 422.778/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Rel. p/ Acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, J. 29/02/2012, DJ 21/06/2012.

## 3.2 DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO COMO EXIGÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL A UM PROCESSO JUSTO

Em razão de todo o exposto, já não pairam maiores dúvidas acerca da exigência da dinamização do ônus probatório para assegurar o direito fundamental ao processo justo. Passar-se-á a analisar a admissibilidade e a legitimidade da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do direito atualmente em vigência (que não prevê expressamente a técnica de dinamização do ônus probatório) e atentando também para as disposições do projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, que vem a consagrar a dinamização do ônus da prova em nosso ordenamento processual.

### 3.2.1 Admissibilidade

Há diversas posições doutrinárias acerca da dinamização do ônus da prova, havendo quem veja com temeridade a aplicação dessa técnica em razão do possível flerte com o arbítrio, como Vitor de Paula Ramos<sup>305</sup>, Eduardo Yoshikawa<sup>306</sup> e Danilo Knijnik<sup>307</sup>. Faz-se a ressalva de que este último, embora entenda ser perigosa a teoria, reconhece a sua legitimidade no ordenamento jurídico pátrio<sup>308</sup>. Outros, todavia, entendem que a técnica de dinamização do ônus da prova mostra-se essencial para a garantia de um processo justo dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como Carpes<sup>309</sup>, Dall’Agnol Junior<sup>310</sup>, Lazari e Souza<sup>311</sup>,

<sup>305</sup> RAMOS, V. **Ônus da Prova no Processo Civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2014.

<sup>306</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

<sup>307</sup> KNIJNIK, Danilo. 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 diabolica*. In: **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006, p. 942-951.

<sup>308</sup> KNIJNIK, Danilo. 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 diabolica*. In: **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006, p. 947.

<sup>309</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 79.

<sup>310</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

<sup>311</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 99, p. 99-109, jun. 2011.

Vivian Oliveira<sup>312</sup>, Redondo<sup>313</sup> e Salvagni e Silva<sup>314</sup>.

Há doutrinadores que entendem que alguns dos dispositivos frequentemente utilizados para justificar a teoria da dinamização do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, tais como o inciso II do art. 333 ou nos arts. 130 e 339 do CPC, não são verdadeiramente válidos como justificativa<sup>315</sup>. Isso porque: a) o inciso II do art. 333 somente disciplina o limite do poder de disposição das partes, cominando nulidade em caso de abuso desse poder<sup>316</sup>; b) o art. 130 não poderia justificar a dinamização em razão de que a iniciativa probatória do juiz poderia tão somente suprir a inércia ou omissão da parte interessada em determinada prova, porém não a alteração da regra de julgamento aplicada<sup>317</sup> c) a regra inserta no art. 339 não poderia justificar em razão de a colaboração prevista dizer respeito apenas a terceiros e não às partes, pois isso implicaria transformar o ônus em um dever<sup>318</sup>.

Todavia, pensa-se que este não é o entendimento mais adequado. Dentro de um modelo cooperativo de processo, tanto o juiz como as partes devem colaborar para a obtenção de uma decisão justa. O dever das partes em colaborar com o judiciário é, inclusive, de interesse público para a melhor solução da controvérsia<sup>319</sup>.

Da mesma forma, cabe ao magistrado efetivar o seu dever de auxílio através da dinamização, de modo a atribuir o ônus àquele que tem melhores condições de colacionar a prova aos autos<sup>320</sup>. Não se pode pretender negar ao juiz o papel fundamental que ele possui na colheita da prova, pois ele tem o dever de determinar as diligências necessárias para reconstituir os fatos da forma mais próxima possível ao que realmente ocorreu<sup>321</sup>.

Ressalte-se, ainda, que o uso dos poderes instrutórios do juiz de forma alguma compromete a igualdade das partes ou torna parcial o juízo; pelo contrário, ele se utiliza deles

<sup>312</sup> OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 13-36, maio 2014.

<sup>313</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

<sup>314</sup> SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 943, p. 155-182, maio 2014.

<sup>315</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

<sup>316</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

<sup>317</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

<sup>318</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

<sup>319</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108.

<sup>320</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 142.

<sup>321</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 95.

justamente para promover a igualdade substancial das partes e para cumprir com seu compromisso de buscar a verdade dos fatos<sup>322</sup>.

Nessa senda, ao indagar-se acerca da viabilidade da teoria do ônus dinâmico da prova no processo civil brasileiro, Danilo Knijnik<sup>323</sup> conclui pela legitimidade da teoria em nosso ordenamento, tendo em vista o fato de que o nosso direito assegura ao juiz a iniciativa probatória para garantir a igualdade substancial entre as partes, de modo que não haveria razão para essa igualdade não se refletir no campo do ônus da prova.

Embora ainda não haja previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, acredita-se que a dinamização do *onus probandi* é possível e essencial para a obtenção de uma decisão justa no processo civil e que não há qualquer impedimento quanto à sua aplicação. Nesse sentido, Marinoni e Mitidiero<sup>324</sup> concluem que “não há nenhum óbice constitucional ou infraconstitucional à dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro”. Essa conclusão é a mais adequada, pois se deve partir da premissa de que o objetivo do processo é conceder tutela jurisdicional adequada e efetiva às partes, a partir do direito fundamental ao processo justo, que implica, necessariamente, o direito fundamental à prova<sup>325</sup>.

Não é outra a conclusão a que chega Antonio Janyr Dall’Agnol Jr.<sup>326</sup>, que afirma com segurança que é possível a utilização da doutrina do ônus dinâmico da prova no processo civil brasileiro. O entendimento do autor vem fundado em diversos princípios processuais e deveres das partes, tais como o princípio da probidade processual, o dever de colaboração com o julgador, a busca da igualdade entre as partes e a repressão aos atos atentatórios à dignidade da justiça, destacando que o art. 333 do CPC não pode ser examinado de forma isolada, devendo a análise ser pautada pelos princípios informadores do momento atual do processo civil, menos individualista e mais solidário<sup>327</sup>.

---

<sup>322</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 95.

<sup>323</sup> KNIJNIK, Danilo. 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 diabolica*. In: **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006, p. 947.

<sup>324</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 337.

<sup>325</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 337.

<sup>326</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

<sup>327</sup> DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

Artur Carpes<sup>328</sup> também defende a essencialidade da aplicação da dinamização do ônus da prova no ordenamento brasileiro, entendendo-a como indispensável para dar efetividade ao direito fundamental ao processo justo e aos direitos fundamentais à prova e à igualdade substancial, sob pena de inconstitucionalidade em razão da mitigação da função pública do processo, qual seja, pacificar os conflitos mediante realização da justiça. Assim, quando a distribuição legal do ônus da prova resultar em manifesto desequilíbrio entre as partes, justifica-se a dinamização para que o processo cumpra com seu papel de conceder uma tutela adequada e efetiva às partes, tutelando o direito material e fazendo justiça.

No mesmo sentido, porém avançando ainda mais, há quem entenda que a dinamização do ônus da prova não somente é possível dentro do ordenamento vigente, como também deve ser considerada inclusive a regra geral da distribuição do *onus probandi*<sup>329</sup>.

O processo civil, conforme já ressaltado, deve estar adequado à realidade fática do mundo moderno para que torne possível a efetiva realização da justiça. Nesse diapasão, também o procedimento probatório deve estar em conformação com as normas constitucionais<sup>330</sup>. A distribuição fixa e estática do ônus da prova até se configurou como método probatório elogiável dentro das necessidades procedimentais existentes à época do Código Buzaid<sup>331</sup>. Entretanto, há que se atentar para o fato de que o mundo atual não é o mesmo de quando da edição do CPC, e, atualmente, a regra inflexível do ônus da prova tem se mostrado insuficiente e atentatória à possibilidade das partes provarem suas alegações em determinados casos<sup>332</sup>.

Assim, acredita-se que embora não haja atualmente previsão expressa no CPC atual, não há nenhum óbice à dinamização em nosso ordenamento. A partir de uma interpretação sistemática e principiológica do CPC à luz dos direitos fundamentais constitucionais, deve-se considerar as peculiaridades do caso concreto para promover a efetiva produção da prova de modo a incrementar a possibilidade de se alcançar um resultado justo no processo<sup>333</sup>.

<sup>328</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 123.

<sup>329</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

<sup>330</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.

<sup>331</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 99, p. 99-109, jun. 2011.

<sup>332</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 99, p. 99-109, jun. 2011.

<sup>333</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 94.

Obviamente, ao atentar para as condições das partes, sejam elas sociais, econômicas, culturais, hierárquicas, técnicas, de informação ou de acesso, o juiz não poderá dinamizar o ônus da prova caso a parte onerada *ex novo* não tenha efetivas condições de produzi-la<sup>334</sup>. Vale dizer: a intenção da dinamização é facilitar a produção da prova. Dessa forma, não pode ser aplicada caso o litigante que se pretende onerar não tenha condições de produzir a prova, questão que será retomada quando da análise das condicionantes e dos limites da teoria.

Pelo exposto, torna-se nítida a importância da dinamização do ônus da prova como técnica indispensável para a conformação constitucional do sistema probatório e para a garantia do processo justo<sup>335</sup>. Passa-se a tratar dos requisitos e limites para a aplicação da dinamização do ônus probatório no processo civil brasileiro.

### 3.2.2 Condicionantes e limites

Conforme já referido, embora se esteja defendendo a necessidade da dinamização da prova para a garantia do processo justo, não se pretende amparar a utilização indiscriminada da dinamização do encargo probatório. Obviamente, são necessários critérios e condicionantes para aplicação da técnica de dinamização, a fim de evitar eventual arbítrio judicial e garantir a segurança jurídica às partes.

Após admitir a legitimidade da teoria do ônus dinâmico da prova perante o direito brasileiro, veja-se a importante advertência acerca dos limites materiais de aplicação da teoria feita por Danilo Knijnik<sup>336</sup>:

O ônus dinâmico não pode ser aplicado simplesmente para compensar a inércia ou a inatividade processual do litigante inicialmente onerado, 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.

Ao assim referir, pretende o autor esclarecer que não basta que uma das partes esteja em melhores condições de provar: é preciso estar evidente que a parte que assim afirma não

<sup>334</sup> CREMASCO, Suzana Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 97.

<sup>335</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.

<sup>336</sup> KNIJNIK, Danilo. 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 diabolica*. In: **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006. p. 947.

tenha meios para produzir a prova necessária<sup>337</sup>. Percebe-se, portanto, um posicionamento mais restritivo quanto à aplicação da dinamização do ônus probatório por parte desse doutrinador. De fato, a dinamização do ônus da prova não deve favorecer aquele que tem comportamento desidioso no processo. Entretanto, acredita-se que se uma das partes tem nitidamente melhores condições para produzir a prova, deve receber o ônus, a fim de promover a igualdade substancial das partes<sup>338</sup>.

Não há, todavia, unanimidade em relação às condicionantes. Por exemplo, Lazari e Souza<sup>339</sup>, entendem que há três requisitos necessários para a dinamização do ônus da prova “quais sejam, a incumbência à parte receptora do encargo em produzir prova para os autos, e não para a parte desincumbida, a possibilidade da prova redirecionada, e o não caráter de surpresa nessa redistribuição”.

Há autores que veem com ressalvas a dinamização do ônus probatório no curso do processo, pois na maior parte das vezes não há tempo hábil para a parte onerada *ex novo*, em razão da dinamização, buscar as provas necessárias para o êxito na demanda, ao menos sem grandes incômodos<sup>340</sup>. De fato, além de estabelecer os requisitos, é preciso estabelecer um momento adequado para que ocorra a dinamização, de maneira que a parte que tenha sido “presenteada” com o ônus possa dele se desincumbir, o que será analisado em seguida.

Passando-se a analisar os requisitos indispensáveis à aplicação da dinamização do ônus probatório no direito brasileiro, defende-se a necessidade de aplicação de condicionantes de ordem material e de ordem processual<sup>341</sup>.

Na perspectiva material, é necessário, inicialmente, justificar a não incidência do art. 333, CPC em razão de sua inadequação<sup>342</sup>, e, na sequência, “aferir se a outra parte, a princípio desincumbida do encargo probatório, encontra-se em uma posição privilegiada diante das alegações de fato a provar”<sup>343</sup>.

---

<sup>337</sup> KNIJNIK, Danilo. 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: **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2006. p. 947.

<sup>338</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 85.

<sup>339</sup> LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 99, p. 99-109, jun. 2011.

<sup>340</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

<sup>341</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143.

<sup>342</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143.

<sup>343</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143.

A perspectiva processual, por sua vez, seria composta por duas condicionantes, conforme explica Daniel Mitidiero<sup>344</sup>:

Em termos processuais, duas são as condicionantes para a dinamização do ônus da prova: motivação da decisão e atribuição do ônus da prova com a correlata oportunidade de provar. A fundamentação da decisão a propósito da dinamização do ônus da prova tem de estar expressa nos autos, indicando, a uma, a razão pela qual não incide o art. 333, CPC, e, a duas, os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade no caso concreto.

Diante da colocação da não ocorrência de *probatio diabolica* reversa como condicionante para a dinamização, passa-se a defini-la. Prova diabólica é aquela que é de impossível ou difícil produção<sup>345</sup>. A expressão prova diabólica é utilizada como referência aos casos em que a prova da veracidade de determinada alegação é extremamente complicada, havendo grande dificuldade de se encontrar algum meio de prova apto a promover tal demonstração<sup>346</sup>. Impondo-se uma prova diabólica a uma das partes, veda-se o próprio direito fundamental à prova<sup>347</sup>.

A jurisprudência acaba por se utilizar do termo prova diabólica para os casos em que se tem que provar algo que não ocorreu, a chamada “prova de fato negativo”<sup>348</sup>. Gize-se, todavia, nem todas as provas diabólicas são referentes a fatos negativos, em razão de poder existir prova diabólica de fatos positivos (como uma ação revisional em que o autor não tem a posse de cópia do contrato) bem como a existência de fatos negativos passíveis de serem provados (como a emissão de certidão negativa por autoridade fiscal)<sup>349</sup>. Deve-se considerar também que, muitas vezes, a prova diabólica está vinculada à condição de hipossuficiência da parte<sup>350</sup>.

Pode ocorrer, contudo, que a prova seja diabólica a uma das partes e de relativa facilidade de produção para a parte contrária. Tem-se aí a justificativa para aplicação da

<sup>344</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 143.

<sup>345</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 89.

<sup>346</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 90.

<sup>347</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 90.

<sup>348</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 91.

<sup>349</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 91.

<sup>350</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91.

técnica de dinamização do ônus da prova. Veja-se o entendimento de Didier Jr., Braga e Oliveira a respeito<sup>351</sup>:

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 – como se verá no item a seguir. É uma prova unilateralmente diabólica, isto é, impossível (ou extremamente difícil) para uma das partes, mas viável para a outra.

Assim, em sendo a prova diabólica para uma das partes e de fácil produção para a outra, é impositiva a dinamização do ônus da prova, sob pena de violação ao direito fundamental à prova<sup>352</sup>. Em sendo o caso de ocorrência dessa conjuntura, tem o juiz o dever de conformar o procedimento probatório à Constituição por meio da dinamização, de maneira que se torne viável o pleno exercício do direito fundamental à prova<sup>353</sup>.

Examinada a prova diabólica, passa-se a tecer alguns comentários acerca da decisão do juiz que dinamiza o encargo probatório. Conforme referido, a decisão deve ser devidamente motivada, explicitando os motivos pelos quais a distribuição inicial do encargo probatório mostra-se inadequada no caso concreto e a razão pela qual a parte onerada *ex novo* terá maior facilidade em comprovar<sup>354</sup>.

Tem-se aí, basicamente, a aplicação do postulado da razoabilidade como equidade<sup>355</sup>. Os postulados, como é cediço, constituem-se como normas de segundo grau, estruturando e estabelecendo critérios para a aplicação das normas de primeiro grau, quais sejam, regras e princípios<sup>356</sup>.

Assim, o postulado da razoabilidade como equidade determina que haja “harmonização da norma geral com o caso individual”<sup>357</sup>. É exatamente essa harmonização que a dinamização do ônus da prova visa a promover. Isto é, quando a norma geral

<sup>351</sup> DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014. p. 91.

<sup>352</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 93.

<sup>353</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 93.

<sup>354</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 144.

<sup>355</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 125.

<sup>356</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 134.

<sup>357</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 164.

(distribuição fixa e estática) for insuficiente para a promoção do processo justo no caso individual, esta não deve ser aplicada<sup>358</sup>.

A não aplicação da norma geral, conforme exposto, deve advir de decisão judicial devidamente motivada, justificando o porquê de a regra geral não ser a mais adequada diante do caso concreto<sup>359</sup>.

Definidas as condicionantes materiais e processuais para o emprego da dinamização do ônus da prova, bem como os limites da técnica de dinamização, passa-se a analisar o momento adequado para a sua aplicação.

### 3.2.3 Momento

Em relação ao momento em que deve ser dinamizado o encargo probatório, há considerável divergência, tanto doutrinária quanto jurisprudencial. As opiniões se dividem basicamente em 3 posições: a) os que entendem que a modificação deve ocorrer no momento da sentença; b) os que entendem que deve ocorrer logo após a distribuição da inicial, na fase postulatória; c) e os que entendem a decisão deve ocorrer no momento do saneamento do processo<sup>360</sup>.

A primeira posição é sustentada por autores como Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, que entendem que as regras de distribuição do ônus da prova são meramente regras de juízo, aplicando-se apenas em caso de ocorrência do *non liquet*<sup>361</sup>. Assim, somente seria o caso de aplicação no momento em que o juiz decide a causa.

A segunda posição funda-se no entendimento de que o melhor momento para a dinamização do encargo probatório é o momento anterior à fase instrutória, para que esta se inicie já com os ônus probatórios claramente distribuídos entre as partes<sup>362</sup>.

Nenhuma dessas é, contudo, a posição mais adequada em relação ao momento da dinamização. No processo civil do Estado Constitucional, o problema precisa ser resolvido à luz dos direitos fundamentais<sup>363</sup>.

Conforme já referido ao longo do presente trabalho, não pode a dinamização do ônus da prova ser utilizada como regra de julgamento. A primeira posição referida não deve ser

<sup>358</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 125.

<sup>359</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 126.

<sup>360</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

<sup>361</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 134.

<sup>362</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 135.

<sup>363</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 136.

admitida, sob pena de frontal violação a direitos fundamentais tais como o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal<sup>364</sup>. Além disso, alterar a repartição dos esforços de prova somente quando da sentença acaba por carecer de legitimidade e fere o próprio interesse público, pois é inadmissível que elas sejam surpreendidas por visão jurídica da qual não tinham conhecimento<sup>365</sup>. As partes devem ter o direito de participar na construção da decisão judicial, o que não é possível no caso de aplicação da dinamização somente na sentença; pode-se dizer, inclusive, que essa sentença carece de legitimidade, sendo, assim, nula<sup>366</sup>.

Nessa senda, fica claro que a distribuição dos encargos probatórios deve ser enunciada e definida em momento que as partes sejam devidamente orientadas e tenham a oportunidade de produzir a prova que lhe foi incumbida<sup>367</sup>. O ônus da prova ser dinamizado tão somente no momento da sentença fere o próprio dever de colaboração e prevenção do juiz para com as partes<sup>368</sup>. Dentro do dever de cooperação do juiz para com as partes, há ainda o dever de consulta às partes para evitar decisão surpresa<sup>369</sup>. Dinamizando a prova somente no momento de julgamento da causa, o juiz surpreenderá alguma das partes com ônus que lhes era desconhecido, descumprindo com seu dever de cooperação e frustrando a confiança das partes<sup>370</sup>.

Tem-se, portanto, que a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser considerada como regra de instrução e realizada no momento do saneamento do processo, em decisão interlocutória devidamente fundamentada, jamais na fase decisória<sup>371</sup>.

Nesse diapasão, fica claro que a decisão judicial que modifica o ônus probatório deve ser proferida no momento de saneamento do processo<sup>372</sup>. Desse modo, refuta-se também o posicionamento de que o momento propício seria logo após o recebimento da petição inicial. Acredita-se que, na maioria dos casos, na fase postulatória o processo se encontra ainda em fase demasiadamente incipiente para que ocorra a dinamização. Defende-se, portanto, que momento ideal para a dinamização do ônus da prova é o do saneamento do processo, que foi inclusive a tese acolhida no novo CPC, conforme se verá mais adiante.

<sup>364</sup> CREMASCO, S. Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 90.

<sup>365</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 136.

<sup>366</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 136.

<sup>367</sup> CREMASCO, S. Santi. **A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009. p. 90.

<sup>368</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137.

<sup>369</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

<sup>370</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. V. II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 90.

<sup>371</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

<sup>372</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137.

A jurisprudência pátria vem cada vez mais decidindo nesse sentido, inclusive o TJ/RS<sup>373</sup>, que possui decisão que dinamiza o ônus da prova no momento do despacho saneador, fundamentando que “prevalece o entendimento, tanto nesta Corte como nos Pretórios excelsos, que o momento adequado para estabelecer a inversão do ônus da prova é o do saneador, pois é o instante imediatamente anterior ao da produção das provas”.

Além da importância de não mudar as regras do jogo e não surpreender a parte com ônus que ela não tinha conhecimento de que lhe incumbia, a comunicação prévia da dinamização contribui para que as partes otimizem seus esforços para trazer os autos as provas necessárias a evitar uma decisão baseada em insuficiência de provas<sup>374</sup>. Conforme já exposto, deve ser evitada essa formalização da decisão judicial por meio da regra de juízo. O processo deve promover a justiça mediante decisão intimamente ligada à aproximação da verdade dos fatos, o que é mais provável de se proporcionar com uma distribuição tempestiva e eficaz do ônus da prova<sup>375</sup>.

É possível, contudo, que a necessidade de dinamização seja vislumbrada pelo órgão judicial posteriormente ao encerramento da instrução. O fato de ter sido ultrapassado o momento ideal não impede a dinamização. É imprescindível, porém, que seja possível às partes desincumbir-se desse ônus que lhe foi atribuído, mediante reabertura da instrução, para que tenham a oportunidade de influir de forma efetiva na decisão<sup>376</sup>.

Analisadas a admissibilidade da teoria, as condicionantes de aplicação, bem como os limites e o momento adequado para a dinamização do ônus probatório, passa-se a analisar as disposições do projeto de novo CPC.

### 3.2.4 Projeto de novo Código de Processo Civil

A teoria da dinamização do ônus probatório foi acolhida na redação original do Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010 (anteprojeto de novo CPC), nos termos seguintes:

Art. 262. Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

<sup>373</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70014109565. Relator: Des.: Pedro Celso Dal Prá. Julgado em 20 jan. 2006.

<sup>374</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 138.

<sup>375</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 138.

<sup>376</sup> CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 140.

§ 1º Sempre que o juiz distribuir o ônus da prova de modo diverso do disposto no art. 261, deverá dar à parte oportunidade para o desempenho adequado do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção.

Acerca da redação desse dispositivo, Bruno Garcia Redondo<sup>377</sup> destaca 4 aspectos importantes, quais sejam: a) a consagração de duas regras gerais de igual hierarquia, a distribuição estática no art. 261 e a dinâmica no art. 262, podendo o juiz optar, caso a caso, pela técnica que for mais adequada à promoção de um resultado justo, de modo que a distribuição dinâmica deixaria de constituir mera exceção; b) a presença do termo ‘inversão’ seria mero deslize redacional, que não seria capaz de prejudicar os fundamentos da distribuição dinâmica; c) a definição de “melhores condições de uma parte para produzir a prova” como requisito a partir das circunstâncias da causa ou das peculiaridades do *fato probando*, sendo exigido o contraditório e a fundamentação da decisão; d) o estabelecimento, pelo § 1º do art. 262, da distribuição dinâmica como regra de instrução.

Assim, passaria a ser permitido ao juiz, diante das peculiaridades do caso concreto, circunstâncias da causa e dos fatos a serem provados, dinamizar o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições para produzi-la, desde que devidamente observado o direito fundamental ao contraditório.

Há, todavia, quem critique essa disposição, em razão da ausência de critérios mais precisos para que o juiz possa dinamizar o encargo probatório no caso concreto, criando uma linha tênue entre a busca da decisão justa e o arbítrio. Em análise crítica do dispositivo, Eduardo Yoshikawa<sup>378</sup> entende que seriam necessárias quatro alterações: a) condicionar a dinamização ao requerimento da parte, ficando vedada a redistribuição de ofício pelo juiz, em razão do princípio dispositivo; b) condicionar a redistribuição à verossimilhança do fato alegado; c) afastar a redistribuição em caso de ocorrência de prova diabólica reversa; d) expressa proibição de utilização da distribuição dinâmica caso a dificuldade de produção da prova tenha sido causada pela parte que dela busca se beneficiar.

Das críticas acima referidas, acredita-se que os itens “b”, “c” e “d” tem fundamento, principalmente a proibição de prova diabólica reversa, constante do item “c”, que foi posteriormente incluído no dispositivo atinente à distribuição do ônus da prova. Pensa-se, contudo, que a dinamização não deve ser condicionada exclusivamente a requerimento da

<sup>377</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

<sup>378</sup> YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

parte. O juiz tem o dever de auxílio, inerente à colaboração, para com as partes e deve tomar as medidas cabíveis para garantir a observância do processo justo. Não se pode vedar ao juiz a iniciativa de dinamizar o encargo probatório.

Como visto, o artigo apenas prevê a observância do contraditório para evitar a dinamização surpresa do ônus da prova. Com efeito, o dispositivo poderia ter definido mais critérios, como a proibição de *probatio diabolica reversa*, que, em que pese decorrer do sistema, em nada prejudica a sua explicitação. Entretanto, acredita-se que foi um grande avanço acolher a teoria da carga processual dinâmica, eis que essa favorece a busca pela verdade e pela justiça no processo<sup>379</sup>.

A redação inicial do dispositivo foi, todavia, alterada. Transcreve-se na íntegra a nova redação do dispositivo em razão da sua importância para o presente trabalho:

Art. 380. O ônus da prova incumbe:

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

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

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz 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.

Observando-se a nova redação da questão atinente ao ônus da prova, verifica-se que ficou expressamente consignado que o encargo probatório não poderá ser dinamizado caso haja situação de difícil ou impossível desincumbência do encargo pela parte onerada *ex novo*, isto é, caso haja a chamada prova diabólica reversa. Houve, portanto, inegável avanço em relação à redação anterior, de modo que se entende como adequada a nova redação.

No entanto, há quem entenda que o dispositivo segue apresentando falhas, como Jaqueline Mielke Silva e Angélica Salvagni<sup>380</sup>:

<sup>379</sup> LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 91/2014 p. 309, Jan. 2014.

<sup>380</sup> SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 943, p. 155-182, maio 2014.

Entretanto, a nova previsão legal falha em dois sentidos. Primeiro, pois não vincula o magistrado à necessidade de dinamização do ônus da prova sempre que a regra geral cause lesão à parte hipossuficiente da relação processual. Isso porque a redação do art. 380 supracitada utiliza o verbo "poder", ou seja, o magistrado poderá (e não deverá) distribuir o ônus da prova de maneira diversa se assim entender necessário, não se classificando como imposição legal; segundo, pois, o artigo não refere o momento ideal à ocorrência da dinamização. Entretanto, traz expressamente a necessidade de dinamização do ônus mediante decisão fundamentada. Nesse contexto, o devedor de alimentos possuirá a oportunidade de contextualizar a prova ou ainda agravar a decisão que aplicou a teoria da carga dinâmica da prova, caso entendê-la inadequada ou descabida, possibilitando o contraditório à parte contrária.

Acredita-se que a primeira crítica é oportuna, pois diante de prova diabólica para uma das partes quando de fácil produção para a outra, de fato deve o juiz dinamizar o encargo probatório para promover a igualdade substancial das partes. Quando restar indubitosa essa situação, acredita-se que não deve ser mera faculdade do juiz a dinamização do encargo probatório, mas sim, dever do juiz dinamizar o ônus da prova.

A segunda crítica, porém, não atentou para o sistema probatório do novo CPC como um todo. Embora no dispositivo que consagrou a dinamização do ônus da prova não esteja referido qual o momento adequado para tanto, ao analisar o art. 364 do Projeto de Lei 8.046/2010, percebe-se que ficou definido o momento da decisão de saneamento e organização do processo como o momento oportuno para a dinamização, *in verbis*:

Art. 364. Não ocorrendo qualquer das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:  
(...)  
III – definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 380.

Desse modo, acredita-se que andou bem o legislador ao definir o momento de saneamento do processo como adequado para aplicação da dinamização. Ao assim estabelecer, garantiu a não violação dos direitos fundamentais à prova e ao contraditório dos jurisdicionados.

Há quem entenda, todavia, que a dinamização da prova não traz qualquer vantagem efetiva para qualificar o conjunto probatório levado aos autos, em razão da produção da prova seguir constituindo mero ônus, não dever<sup>381</sup>. Nessa senda, a dinamização constituiria simples mudança do “critério de desempate”<sup>382</sup>.

<sup>381</sup> RAMOS, V. **Ônus da Prova no Processo Civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2014.

<sup>382</sup> RAMOS, V. **Ônus da Prova no Processo Civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, RS, 2014.

Entretanto, conforme já referido quando da análise da inversão do ônus da prova, não se pode olvidar do dever de colaboração das partes para com o juiz para que se alcance uma decisão justa do litígio. Assim, acredita-se que a dinamização se faz essencial no ordenamento jurídico pátrio para a promoção da justiça. Mesmo que se reconheça a tese de que a dinamização constitui apenas uma mudança do critério de desempate, o que se crê não ser o entendimento mais adequado, ainda assim a dinamização seria útil para promover uma decisão mais justa da demanda.

Isso porque, ainda que assim fosse, a decisão seria desfavorável àquela parte que, possuindo condições de comprovar, não o fez por considerar que a produção da prova que lhe foi incumbida pela dinamização poderia lhe trazer prejuízo. Quem dessa forma age presta um verdadeiro desserviço à administração da justiça, pois prejudica a qualificação do conjunto probatório e a busca da verdade dos fatos, além de frontalmente violar o dever de colaboração. Assim, entende-se como essencial a dinamização do encargo probatório para a garantia do processo justo.

Por derradeiro, suscita-se questão pouco debatida pela doutrina, que é a relativa aos custos de produção da prova quando da ocorrência da dinamização. Acredita-se que a melhor solução seria promover uma análise casuística, pautada por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, verificando as peculiaridades das partes em cada caso concreto.

Em alguns casos, é possível que a parte onerada pela dinamização tenha plenas condições de arcar com os custos da produção da prova. Pode ocorrer, todavia, que a parte onerada *ex novo* tenha a possibilidade de produzir a prova, mas não de assumir o custo da produção. Caso ocorra essa situação, propõe-se que se opere a dinamização com a condição de que a parte que possui melhores possibilidades de arcar com os custos de produção assumam o pagamento desses valores.

Entretanto, essa questão ainda demanda maiores estudos, de maneira que o que se pretende aqui é apenas referir a importância de um debate mais aprofundado sobre este ponto. No entanto, parece, em princípio, que dinamizar o ônus da prova sem modificar também o ônus de adiantar as despesas processuais poderia tornar um tanto inócua a dinamização em alguns casos<sup>383</sup>.

Examinados os principais aspectos da dinamização do ônus da prova, tanto a partir do direito em vigência como do projeto de novo CPC, conclui-se pela essencialidade da dinamização do ônus da prova para a garantia do processo justo aos litigantes no processo civil brasileiro.

---

<sup>383</sup> CAMBI, Eduardo. Divergência jurisprudencial: inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais. **Rev. de Direito do Consumidor**, vol. 45, ano 12, p. 129-139. p. 134, jan./mar. 2003.

## 4 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, pretendeu-se demonstrar a essencialidade da técnica da dinamização do ônus da prova para a garantia do processo justo, dos direitos fundamentais processuais ao contraditório, à ampla defesa, à prova, à igualdade, além do dever de colaboração, para a conseqüente obtenção de uma decisão que promova a justiça material no caso concreto.

Analisaram-se as formas de distribuição do ônus da prova, fixa e dinâmica, bem como as funções do ônus da prova, subjetiva (regra de instrução) e objetiva (regra de julgamento). Ficou esclarecido que a distribuição fixa, regra geral no processo brasileiro, atualmente se mostra insuficiente para a justa composição do litígio em considerável parte dos casos.

Conforme referido durante o trabalho, é essencial no Estado Constitucional que o sistema probatório coadune-se com os direitos fundamentais constitucionais para a busca da verdade dos fatos e a promoção da decisão justa. Nesse sentido, a distribuição fixa e estática tal qual positivada pelo legislador brasileiro não pode ser a única opção de distribuição do encargo probatório, eis que não atenta para as peculiaridades do caso concreto.

De acordo com o explanado, não se pretendeu negar por completo a importância da distribuição fixa, visto que esta garante um mínimo de segurança jurídica às partes. O que se defendeu foi apenas a insuficiência desse modelo para a obtenção de uma decisão justa, não a exclusão por completo dessa forma de distribuição.

Como explicado, foram desenvolvidas alternativas para uma melhor solução das controvérsias nos casos em que a distribuição fixa fosse inadequada. Nesse sentido, foram examinadas a inversão do ônus da prova, consolidada no direito consumerista pátrio, e a dinamização do ônus da prova, que, embora ainda não prevista expressamente em nosso ordenamento, mostra-se essencial para a garantia da observância do processo justo.

Embora haja controvérsia de monta acerca da semelhança entre as técnicas, estas foram devidamente diferenciadas. Concluiu-se que a inversão do ônus da prova relaciona-se com a distribuição fixa do ônus da prova, pois somente se pode inverter o que já está vertido, enquanto a dinamização tem relação com a distribuição dinâmica, cabendo ao juiz verificar, diante do caso concreto, qual das partes tem melhores condições de produzir a prova.

A técnica de dinamização do ônus da prova, em que pese não estar positivada em nosso ordenamento, está em perfeita consonância com os princípios constitucionais e é legítima no direito processual civil pátrio.

Tendo em vista o dever de colaboração, que abarca tanto as partes e o juiz numa relação mútua, além dos poderes do juiz de determinar a produção das provas necessárias para o adequado deslinde do feito, deve o juiz exercer o seu dever de auxílio às partes para que se forme o conjunto probatório o mais qualificado possível, o que favorece a busca pela verdade e a promoção da justiça material. Da mesma forma, devem as partes colaborar com o juiz, trazendo aos autos as provas que lhe foram incumbidas pela dinamização.

Consoante explicitado, a dinamização do ônus da prova tem lugar quando a prova é de difícil produção para a parte inicialmente onerada e de fácil produção para a outra. Quando caracterizada essa situação, deve o ônus da prova ser dinamizado para promover a igualdade das partes e garantir o direito fundamental à prova no processo.

Desse modo, concluiu-se que para a aplicação da técnica da dinamização do encargo probatório no processo civil brasileiro são necessárias condicionantes de ordem material e processual, sob o prisma da razoabilidade e da não ocorrência de *probatio diabolica* reversa.

As condicionantes materiais são a justificativa do magistrado da razão pela qual a regra geral do art. 333 não deve ser aplicada, em razão da sua inadequação, e a posição privilegiada para comprovar da outra parte. Já as condicionantes processuais são a motivação da decisão que opera a dinamização e a correlata oportunidade de provar da parte onerada *ex novo*.

Além disso, chegou-se à conclusão que o momento propício para a prolação da decisão que opera a dinamização é o saneamento do processo, de modo que a parte onerada pela dinamização tenha oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, garantindo que não sejam violados os direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa e à prova.

Por fim, foram analisadas as disposições relativas à dinamização do ônus da prova no projeto de novo CPC, examinando-se a redação inicial e a redação atual do dispositivo.

A redação inicial constituiu inegável avanço ao inserir categoricamente a dinamização do ônus da prova em nosso ordenamento. Entretanto, acredita-se que os adendos posteriores, pelos quais ficou expressamente proibida a dinamização em caso de formação da prova diabólica reversa, foram sobremaneira importantes.

Assim, foram consagradas as condicionantes sugeridas, tendo em vista que o juiz deve decidir de forma fundamentada, explicando os motivos pelos quais a regra geral não se aplica no caso concreto, bem como conceder a oportunidade de a parte onerada pela dinamização se desincumbir do ônus, ficando proibido de aplicar a dinamização quando a outra parte também não tiver condições de com ele arcar.

Por todo o exposto, conclui-se pela necessidade da dinamização do ônus da prova no processo civil brasileiro, de modo que o juiz possa exercer devidamente o seu dever de colaboração para garantir o processo justo às partes. Em muitos casos, a dinamização do encargo probatório garantirá que não sejam violados os direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa, à prova e a igualdade, de maneira que favorece a obtenção de uma decisão justa para os litígios.

## REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 4. ed, revista, atualizada e aumentada. São Paulo, Saraiva, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Volume I, Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil. São Paulo, Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Civil**. Volume II. Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012.

ALVES, Maristela da Silva. **O ônus da prova como regra de julgamento**. Prova Cível. Organizador: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-20formatado.pdf)>. Acesso em: 02.09.2014.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Prova. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 50-59, nº 163.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Igualdade Tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo, Malheiros, 2011.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. Processo de Conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BENJAMIN, Antônio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe.; MARQUES, Cláudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 422.778/SP. Recorrente: SPAIPA S/A – Indústria Brasileira de Bebidas. Recorrido: Francisco Ferraz Caldas Filho. Relator: Min. Castro Filho. Relator. p/Acórdão: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma, 19 jun. 2007, DJ 27 ago. 2007, p. 220. Disponível em:

<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/20/Documentos/Jurisprud%C3%Aancia/422778.pdf>. Acesso em: set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 422.778/SP. Embargante: SPAIPA S/A - Indústria Brasileira de Bebidas. Embargado: Francisco Ferraz Caldas Filho. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Relator p/ Acórdão: Min. Maria Isabel Gallotti. Segunda Seção, J. 29/02/2012, DJ 21/06/2012. Disponível em:  
[http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/2NX1unSfeSujl9HiFF9cuQ/FkrOJTdm7dAFVhDmlfwoDw/EREsp\\_4.22778-\\_SPAIPA\\_IND\\_BRAS.\\_BEBIDAS\\_SP-\\_INVERSO\\_NUS\\_DA\\_PROVA\\_-\\_CDC.pdf](http://siteantigo.mppe.mp.br/uploads/2NX1unSfeSujl9HiFF9cuQ/FkrOJTdm7dAFVhDmlfwoDw/EREsp_4.22778-_SPAIPA_IND_BRAS._BEBIDAS_SP-_INVERSO_NUS_DA_PROVA_-_CDC.pdf). Acesso em: set. 2014

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 25838 / PR. Agravante: EDEN DAL MOLIN. Agravado: Irmandade da Santa Casa de Londrina. Relator: Min. Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 20/11/2012, DJ 26/11/2012. Disponível em:  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25913975&num\\_registro=201101169259&data=20121126&tipo=5&formato=pdf](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25913975&num_registro=201101169259&data=20121126&tipo=5&formato=pdf). Acesso em: out. 2014.

CAMBI, Eduardo. Verdade Processual Objetivável e Limites da Razão Jurídica Iluminista. **Revista de Processo**. Vol. 96. São Paulo, out/1999.

\_\_\_\_\_. Divergência jurisprudencial: inversão do ônus da prova e o ônus de antecipar o pagamento dos honorários periciais. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 45, ano 12, p. 129-139. p. 134, jan./mar. 2003.

CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 280, p. 5-20, fev. 2001.

DEDA, Oscar de Oliveira. **A Prova no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. Salvador: Editora JusPODIVM, 2014.

KNIJNIK, Danilo. 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 diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAZARI, Rafael José Nadim de; SOUZA, Gelson Amaro de. Reflexões sobre a perspectiva de uma distribuição dinâmica do ônus da prova: análise de viabilidade. **Revista Dialética de Direito Processual: RDDP**, São Paulo, n. 99, p. 99-109, jun. 2011.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 91/2014 p. 309, Jan. 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Doutrinas Essenciais: Direito do Consumidor. Tutela das Relações de Consumo. Volume VI**. São Paulo: RT, 2011.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. Devido Processo Legal Revisitado. **Revista de Processo – REPRO** 120, ano 30, fevereiro de 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Colaboração no Processo Civil**. São Paulo, Revista dos Tribunais: 2011.

\_\_\_\_\_. **Antecipação da Tutela: Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes de. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 231, p. 13-36, maio 2014.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RAMOS, V. **Ônus da Prova no Processo Civil**: linhas pela construção de um dever de produzir provas. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2014.

REDONDO, Bruno Garcia. Distribuição dinâmica do ônus da prova: breves apontamentos. **Revista Dialética de Direito Processual**: RDDP, São Paulo, n. 93, p. 14-23, dez. 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 18ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70014109565. Agravante: Renato de Re e outros. Agravado: Brasil Telecom S/A. Relator: Des.: Pedro Celso Dal Prá. Julgado em 20 jan. 2006. Disponível em: [http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+n%C2%BA+70014109565&proxystylesheet=tjrs\\_index&client=tjrs\\_index&filter=0&getfields=\\*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang\\_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as\\_qj=&site=ementario&as\\_epq=&as\\_oq=&as\\_eq=&as\\_q=+#main\\_res\\_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%ADvel+n%C2%BA+70014109565&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris). Acesso em: out. 2014.

ROSENBERG, Leo. **La Carga de la Prueba**. Traducción de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ejea, 1956.

SANTOS, Igor Raatz. Processo, Igualdade e Colaboração: Os Deveres de Esclarecimento, Prevenção, Consulta e Auxílio como Meio de Redução das Desigualdades no Processo Civil. **Revista de Processo**, Vol. 192, fev., 2011.

SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 943, p. 155-182, maio 2014.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: O Juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

\_\_\_\_\_. **Processo Civil Comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed, revista e atualizada. São Paulo: Perfil, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. 2. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Considerações sobre a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 205, p. 115-159, mar. 2012.

ZANETI JUNIOR, Hermes. O Problema da Prova no Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório. **Revista de Processo**. Vol. 116. São Paulo, jul. 2004.