

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

Aloizio Brasil Biguelini

A DINAMIZAÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

Porto Alegre

2017

ALOIZIO BRASIL BIGUELINI

A DINAMIZAÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos

Porto Alegre

2017

ALOIZIO BRASIL BIGUELINI

A DINAMIZAÇÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 27 de julho de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos
Orientador

Professor Doutor Daniel Mitidiero

Professor Doutor Klaus Cohen-Koplin

À minha mãe, pela força revestida de amor.

Ao meu Pai, pelo amor revestido de força.

Agradeço, primeiramente, a minha mãe e meu pai, pela atenção, amor e compreensão durante todo o período universitário e por serem a base de todas as minhas conquistas presentes e futuras.

A meu orientador, professor Sérgio Luís Wetzel de Mattos, que, de forma perfeita, conseguiu direcionar meus pensamentos e pretensões – por vezes desordenados e devaneados – para a realização deste texto, assim como de outras pesquisas e estudos.

A Lucas Tomé, aqui representando todos meus amigos, pela paciência, lealdade e companheirismo.

A todo o corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, principalmente àqueles que vieram a lecionar-me as cadeiras de Processo Civil, pela extrema maestria, um dos pilares do meu imenso interesse na matéria.

A todas as demais pessoas que contribuíram para a minha formação acadêmica.

*“ Cuidado! Muito cuidado...
Mesmo no bom caminho urge medida e jeito.
Pois ninguém se parece tanto a um celerado
Como um santo perfeito...”*

(DA MODERAÇÃO, Mario Quintana)

RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar se a teoria do ônus dinâmico da prova foi recepcionada pelo Código de Processo Civil de 2015 e como se deu tal recepção, expondo as suas hipóteses, momentos e as balizas de aplicação. Com base nos ensinamentos da doutrina nacional e, principalmente, na doutrina argentina, responsável pela disseminação da tese, perceber-se-á que a Teoria do ônus dinâmico da prova tem por finalidade central dar maior efetividade às decisões judiciais, uma vez que visa a atribuir o ônus da prova à parte com maior facilidade de produzi-la, sendo um instrumento a mais nas mãos do magistrado. Todavia, apesar de eventuais confusões doutrinárias, a Teoria do ônus dinâmico da prova não nega seu caráter auxiliar e excepcional frente às regras gerais de distribuição do ônus probatório. Com isso, pode-se dizer que o CPC/15, em seu art. 373, §§1 e 2, adotou expressamente a Teoria do ônus dinâmico da prova, dado que prevê a possibilidade de dinamização judicial do ônus da prova quando esta é excessivamente difícil ou impossível a uma parte ou a prova do fato contrário é de maior facilidade à outra, desde que respeitado o limite temporal, a impossibilidade de atribuição do ônus de uma prova diabólica e outras limitações. Em síntese, assim como o próprio cerne da Teoria estudada, o Código de Processo Civil prevê um mecanismo auxiliar à regra tradicional de distribuição do ônus da prova em prol da efetividade das decisões.

Palavras-chave: Ônus da prova. Dinamização. Teoria do ônus dinâmico da prova. Efetividade das decisões. Inversão do ônus da prova. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze if the theory of dynamic burden of proof was accepted by the Civil Procedure Code of 2015 and how it was done, showing its hypotheses, moments and bounds of application. Based on the precepts of the national doctrine and, mostly, on the Argentinian doctrine, responsible for the dissemination of the thesis, it will be noticed that the Theory of dynamic burden of proof has the central objective of making judicial decisions more effective, since it aims to attribute the burden of proof to the part with greater ease of producing it, being an additional instrument in the hands of the judge. However, despite occasional doctrinal confusion, the theory of dynamic burden of proof does not deny its auxiliary and exceptional compared to the general rules of distribution of burden of proof. Thereby, it can be said that the Civil Procedure Code of 2015, in its art. 373, §1 e 2º, expressly embraced the theory of dynamic burden of proof, since that states the possibility of judicial dynamization of the burden of proof when it is overly hard or impossible for one part or the proof of the opposite fact is easier to the other, provided that respected the temporal limit, the impossibility of the assignment of a burden of a diabolic proof and others limitations. In summary, as the core of the studied theory studied, the Civil Procedure Code provides an auxiliary mechanism to the traditional rule of distribution of burden of proof in favor of decisions effectiveness.

Keywords: Burden of proof. Dynamization. Theory of dynamic burden of proof. Decisions effectiveness. Reversal of the burden of proof. Civil Procedure Code of 2015.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 A TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA.....	11
2.1 ÔNUS E PROVA.....	11
2.2 O QUE É (E O QUE NÃO É) A TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA?	16
2.3 NECESSIDADE E IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA	27
2.4 CRÍTICAS À TEORIA.....	30
3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A POSITIVAÇÃO DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO	35
3.1 A POSITIVAÇÃO DA TEORIA NO DIREITO BRASILEIRO	35
3.2 AS HIPÓTESES PARA A DINAMIZAÇÃO E A DECISÃO QUE DINAMIZA O ÔNUS DA PROVA.....	43
3.3 O MOMENTO PROCESSUAL DA DINAMIZAÇÃO	50
3.4 OS LIMITES PARA APLICAÇÃO.....	57
4 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

1 INTRODUÇÃO

O processo civil é, em termos simplificados, um instrumento que, a partir de decisões justas, busca a pacificação social. Com isso, pode-se dizer que os conflitos de direito material são levados ao Poder Judiciário para que este os resolva de maneira justa e efetiva. Vale mencionar que tais conflitos materiais somam mais de 102 milhões de processos tramitando no judiciário brasileiro, conforme aponta “Relatório Justiça em números 2016”¹. Na grande maioria desses processos, o fator determinante para a resolução da causa, se procedente ou improcedente, será a forma como as provas serão trazidas aos autos. Todavia, invariavelmente, em alguns casos o magistrado responsável não será capaz de formar a convicção necessária sobre os acontecimentos relacionados ao conflito apresentado.

A ciência do direito processual, portanto, desenvolveu mecanismos para que o magistrado não se furte de decidir a causa nas situações em que não estiver alcançado o grau de certeza necessário – evitando o *non liquet*. Dentre eles, talvez o mais famoso seja o ônus da prova, o qual se configura numa regra que determina ao juiz julgar em desfavor da parte que não se desincumbiu da prova a que estava onerada a produzir. Tradicionalmente, o ônus da prova é dividido entre as partes de forma fixa pelo legislador, conforme ideias preconcebidas no que tange à aproximação de cada parte às provas dos fatos que lhe beneficiariam.

Entretanto, com o passar do tempo, verificou-se que essa predefinição estática do ônus da prova não era o suficiente para solver todos os conflitos materiais apresentados com a mesma carga de justiça necessária. A variedade de situações de direito material é infinita e, necessariamente, o processo civil demanda mecanismos de adequação para que cumpra seu papel.

É nesse sentido que emerge a teoria do ônus dinâmico da prova. A partir de uma construção doutrinária, concebeu-se a ideia de que o ônus probatório poderia ser movimentado dentro do processo pelo magistrado conforme a facilidade de cada parte em produzir a prova de cada fato. Essa tese busca uma adequação do processo às diferentes hipóteses de direito material que possam ser levadas ao

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: Infográficos: ano-base 2015 - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

judiciário, como as centenas de milhões de processos que tramitam atualmente no Brasil.

Em que pese já houvesse casos de aplicação da dinamização do ônus da prova anteriormente no Brasil, há que se louvar o legislador brasileiro quando da redação do art. 373 e §§ do Código de Processo Civil atual (CPC/15). Como se pretende mostrar neste trabalho, o direito positivo brasileiro adotou a teoria do ônus dinâmico da prova no referido dispositivo com, adiantando-se, maestria.

Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa doutrinária e jurisprudencial nacional e estrangeira, de modo a expor o que de fato intenta a teoria, isto é, delimitando-a e afastando de possíveis inconsistências teóricas e críticas. Dividir-se-á o trabalho em dois momentos: uma fase teórica e outra relacionada estritamente à previsão contida no CPC/15.

Num primeiro momento, analisar-se-á as bases conceituais da teoria, uma vez que descabe falar sobre dinamização do ônus da prova sem, previamente, definir o que é ônus e prova. Após, será examinada teoria em seu conceito, afastando-a do que efetivamente não é, demonstrando seus fundamentos e a importância da sua aplicação. Ao fim, algumas críticas à teoria serão apresentadas e rechaçadas conforme os ensinamentos doutrinários.

Na segunda parte do trabalho, voltar-se-á ao verdadeiro objetivo deste trabalho: analisar a adoção positiva pelo CPC/15 da dinamização judicial do ônus da prova, isto é, as hipóteses de aplicação serão verificadas e delimitadas, sejam elas as previstas em lei, sejam elas as que a doutrina concebe como de passível aplicação. Após, talvez mais importante que as situações de cabimento, ver-se-á em que momento processual é possível a dinamização, bem como a impugnação da decisão que o faz. Finalmente, verificar-se-á os limites para a aplicação no direito brasileiro, de modo a dar um corpo fechado à adoção da teoria.

Em suma, pode-se dizer que este trabalho exporá como se deu a adoção da teoria do ônus dinâmico da prova pelo CPC/15. Ou seja, como, quando e até onde se pode dinamizar judicialmente o ônus da prova com base no art. 373, §§1º e 2º, do CPC/15.

2 A TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

No presente capítulo, antes de mais nada, serão definidos certos conceitos, como os de ônus e prova. Importante ressaltar que determinados pontos devem ser levantados previamente porque mais adiante, no segundo capítulo, serão retomados para demonstrar a relevância do tratamento legal dado pelo legislador brasileiro sobre alguns assuntos.

Outrossim, apresentar-se-á a teoria do ônus dinâmico da prova, tal como concebida atualmente, mostrando-se o contexto de florescimento, seus fundamentos basilares e desfazendo-se eventuais confusões encontradas na doutrina. Talvez mais importante que definir a teoria, a qual pode ser explicada sem muitos rodeios, é delimitá-la, uma vez que dá consistência e clarifica seu escopo.

Após, será mostrada a necessidade e importância da dinamização do ônus da prova. Deixar-se-á explicitado como essa teoria não só respeita os princípios fundamentais do processo civil, como também os promove no momento em que se apresenta como um instrumento de adequação do processo a determinados casos concretos que não seriam corretamente julgados a partir das regras tradicionais de distribuição do ônus da prova.

Por fim e muito necessário, serão apresentadas algumas críticas sofridas pela teoria. Críticas baseadas, como se verá, ou em inconsistências teóricas, ou em temores antiquados e descompassados com a atual conjuntura do Direito Processual Civil.

2.1 ÔNUS E PROVA

Antes de adentrar no cerne do problema que este trabalho pretende levantar, cabe a devida apresentação de certas premissas e bases conceituais. Qualquer sustentação sobre a importância da dinamização do ônus da prova precisa, sem margem de dúvidas, ter por estabelecidos os sentidos dados à prova e ao que se entende por ônus probatório.

O ônus probatório é composto, primordialmente, dos conceitos de ônus e de prova. Porém, não se pode fechar os olhos para o conceito maior que se forma, qual seja, o próprio ônus *probandi* em suas minúcias.

Pois bem, prova, como lembram Marinoni e Arenhart², pode assumir diversas conotações, a depender do ramo da ciência em que se insere. Pode se tratar dos instrumentos que o juiz da causa utiliza para tomar conhecimento dos fatos da causa (prova pericial, prova documental, etc.); pode se referir à produção da prova, ou seja, relacionado ao procedimento para apresentação de tais instrumentos; pode ter a ideia de atividade lógica para o conhecimento dos fatos, celebrada pelo juiz; e, ainda, como resultado da atividade lógica do conhecimento.³ Apesar de tantas possíveis conotações, os autores arrematam seu raciocínio definindo prova da como “(...) um meio retórico, regulado pela lei, 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.”⁴

De todo modo, numa visão mais tradicional e voltada ao sentido jurídico, estabelece-se, de forma assentada na doutrina, que prova designa o ato de provar – no que se refere à atividade probatória-, o meio de prova - isto é, as técnicas para se extrair a prova - e/ou o resultado produzido pelos meios de prova no convencimento judicial⁵.

Santos, por sua vez, refere que prova pode ser tomada por dois aspectos: objetivo e subjetivo. Naquele, é o meio pelo qual a verdade chega ao espírito de quem a aprecia, isto é, o instrumento de demonstração dos fatos aos quais a ação tange. Neste, por outro lado, a prova seria a convicção em si da verdade dos fatos

² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 57.

³ Outros autores, ao tratar da definição de prova, alertam, igualmente, para os diferentes sentidos que prova pode assumir, como em DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 42-44; e SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. I. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 2.

⁴ MARINONI; ARENHART, *op. cit.*, p. 54. Importante mencionar que os referidos autores partem da premissa de que os fatos referentes à causa não podem ser descobertos. A verdade, enquanto essência dos fatos, jamais pode ser demonstrada, mas, em realidade, deve ser uma “verdade possível” a partir de uma reconstrução baseada na dialética.

⁵ SANTOS, *op. cit.*, p. 2. No mesmo sentido: DIDIER JUNIOR, 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 dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 44.

alegados.⁶ Vale ressaltar que o autor alerta para o fato de que a verdade buscada não é a verdade absoluta, mas aquela capaz de ser perceptível.⁷

No que tange ao ônus, este pode ser definido a partir da sua diferenciação das demais situações jurídicas em que as partes possam se encontrar. Para mais, tão importante quanto saber o que é ônus é saber o que não o é. De qualquer forma, tem-se por ônus, de maneira geral, a atividade necessária para se obter resultado útil ou evitar prejuízo.

No que tange a essa diferenciação, Carnelutti separa, com clareza, o lugar em que o ônus se encontra frente à sujeição e à obrigação. A sujeição é, segundo o jurista italiano, o estado no qual a parte não pode se desincumbir, isto é, não tem outra possibilidade senão a de sujeitar-se ao que determina a norma. Diferentemente, na obrigação, a parte possui a liberdade de agir de maneira diversa do comando normativo; estando, porém, cometendo um ato ilícito e estando ligada, necessariamente, a uma sanção. O ônus, por seu turno, não está vinculado a uma sanção, caso a parte não aja da maneira determinada. Há uma liberdade ainda maior para que a parte realize ou não determinados atos, conforme sua vontade de se beneficiar do comando normativo em questão. Como menciona o autor, a “melhor pedra de toque” para o estabelecimento da diferença entre obrigação e ônus é a verificação se a violação se caracteriza por ato ilícito.⁸

De qualquer maneira, de modo a estabelecer um conceito para ônus, faz-se uso dos ensinamentos de Couture, o qual afirma ser um imperativo de próprio interesse, no qual a própria vantagem buscada compele a parte a agir de determinada forma. O jurista uruguaio aponta que o ônus possui uma dupla face, sendo simultaneamente uma faculdade da parte e um risco ou ameaça no caso de não se desincumbir⁹.

Dinamarco, inclusive, utiliza-se do ônus da prova para ilustrar sua exposição sobre o tema:

O mais notório e ilustrativo dos ônus processuais é o da prova. Ao demonstrar a ocorrência dos fatos de seu interesse, a parte está favorecendo o acolhimento da sua própria pretensão, porque com isso evita

⁶ SANTOS, *op. cit.*, p. 8.

⁷ *Ibidem*, p. 3.

⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999. p. 287-289.

⁹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946. p.120-122

ou reduz o risco de que ela venha a ser rejeitada; e o adversário não sofre gravame algum em caso de omissão – só tendo, ao contrário, motivos para regozijar-se e aplaudir.¹⁰

O autor, entretanto, expõe uma importante diferença relacionada ao ônus em geral. Este pode ser absoluto ou relativo. No primeiro, ainda que não haja uma sanção, o não cumprimento do comando traz consequências negativas, inevitavelmente. Já no segundo, o ônus relativo, não há essa necessariedade.¹¹ Talvez esteja aqui o significativo diferencial do ônus probatório. A partir, ainda, de Dinamarco, tem-se que ônus da prova é o encargo das partes de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse para as decisões serem proferidas no processo.¹²

Todavia, em dissonância com demais tipos de ônus, o ônus da prova não pode ser caracterizado como um comportamento necessário para o proveito correspondente. Como bem se sabe, nada impede que a causa seja julgada de maneira benéfica à parte que não se desincumbiu de provar os fatos que alegou. Os elementos que venham a formar a convicção do juiz podem, muito bem, advir das provas carreadas pela parte contrária ou pelo próprio magistrado¹³.

A bem da verdade, como consegue se extrair dos pontos levantados, o ônus probatório se afigura melhor num risco pela falta de certeza sobre os fatos no momento do julgamento.¹⁴

Aqui vale um importante apontamento. Marinoni, Arenhart e Mitidiero, numa visão um tanto moderna, sustentam que há, com o advento do CPC/15, um dever de prova das partes, não apenas um mero ônus¹⁵. Com base nos deveres gerais de colaboração e boa-fé processual, oponíveis a toda a sociedade, bem como a previsão de sanções legais para o descumprimento de tais deveres, os autores concluem da seguinte forma:

¹⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 210.

¹¹ *Ibidem*, p. 209-211.

¹² *Idem*. **Instituições de direito processual civil**. v. III. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70.

¹³ Trata-se do princípio da comunhão da prova. Ver: PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 8. ed. Poro Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 216-218.

¹⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 53.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 261-263.

Enfim, parece indiscutível que, no campo da prova, o sistema processual nacional trabalha com a premissa de que haja um dever legal – imputável a todos, e especialmente aos terceiros intervenientes e às partes – de colaboração e de produção de prova.¹⁶

Porém, neste trabalho, será utilizada a ideia tradicional de ônus da prova. Aliás, inafastável a menção de que a regra referente ao ônus da prova, ou sua distribuição, pode assumir dois aspectos diversos: um subjetivo (destinado às partes) e um objetivo (destinado ao juiz no momento do julgamento).

Barbosa Moreira explica que, a partir do axioma básico de que quem pretende tirar proveito de uma norma deve provar os elementos de seu suporte fático, as partes são levadas a agir (ônus) de modo a carrear aos autos as provas necessárias para “vencer” a demanda. Isso seria, basicamente, o aspecto subjetivo do ônus da prova e ele não tem, *prima facie*, relevância jurídica, uma vez que desimporta ao juízo se a parte agiu de determinada maneira ou não, bem como se determinada prova foi juntada pela parte a qual beneficia.¹⁷

No que se refere ao aspecto objetivo, importante notar, primeiramente, que ao juiz é defeso deixar de julgar determinada causa por não estarem devidamente claros os fatos da causa (proibição do *non liquet*¹⁸). Dessa forma, a regra do ônus da prova serve para que o julgador, caso se encontre em estado de dúvida, profira sentença de modo desfavorável àquele que não produziu a prova a qual estava onerado a fazer.¹⁹

Essa diferenciação acarreta dizer se as regras de distribuição do ônus da prova são regras de conduta (aspecto subjetivo), pois levam as partes a agir conforme os encargos que possuem no processo, ou regras de julgamento (aspecto objetivo), pois concerne apenas ao magistrado no momento da decisão, caso esteja em dúvida sobre os fatos. Com isso, a depender do posicionamento, muito se discutiu sobre se eventual inversão nas regras de distribuição poderia ser feita

¹⁶ *Ibidem*, p. 263.

¹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 74-75.

¹⁸ Sobre o tema, Tucci e Azevedo destacam que tal proibição não ocorria com o iudex romano: “Não estando subordinado a qualquer estrutura hierárquica, o iudex que não lograsse formar convicção a respeito de determinada causa, poderia simplesmente declarar sibi non liquere (não me parece claro), ensejando que as partes retornassem ao magistrado para a escolha de novo julgador.” (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 59)

¹⁹ ALVES, Maristela da Silva. Ônus da prova como regra de julgamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Prova Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 85-101. p. 87.

apenas em sentença, haja vista ser, na visão de alguns, apenas regra de julgamento.

Esse debate, felizmente, foi de certa maneira resolvido pelo CPC/15 ao definir a necessidade de oportunização à parte onerada de desincumbir-se. De qualquer maneira, o ponto será analisado com minúcia no item 3.3, sendo imperioso, agora, o exame do conceito da teoria do ônus dinâmico da prova.

2.2 O QUE É (E O QUE NÃO É) A TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA?

Pois bem, uma vez colocado o conceito de ônus probatório, cabe definir o que é e o que pretende a teoria do Ônus Dinâmico da Prova. Para isso, necessário entender em qual contexto ela se insere

As regras sobre ônus probatório no Direito Processual Brasileiro foram, tradicionalmente²⁰, de cunho estático. Isso quer dizer que o ônus da prova era regido, ao menos legalmente, a partir de regras prévias e abstratas formuladas pelo legislador. A partir, por assim dizer, de presunções feitas pelo legislador no que se refere à proximidade das partes com relação às provas de suas alegações, isto é, o autor estaria mais próximo das provas dos fatos constitutivos de seu direito e o réu dos fatos impeditivos, extintivos e modificativos do direito do autor.

Com origem que procede desde os romanos²¹, diversos doutrinadores buscaram fundamentar a forma como se dá a repartição tradicional (estática) do ônus da prova. Dinamarco, por exemplo, afirma que a lei assim dispunha em decorrência do princípio do interesse, haja vista que seria dado o encargo à parte de provar os fatos que lhe beneficiariam.²²

Sob outro prisma, Baptista da Silva sustenta que a regra geral de distribuição probatória está umbilicalmente relacionada ao princípio dispositivo.²³ Em sentido

²⁰ Art. 333 e incisos do CPC/73 e art. 209 e parágrafos do CPC/39.

²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 124; CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. II. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 377.

²² DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. III. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 72.

²³ Inclusive, o autor utiliza da regra contida no antigo art. 333 do CPC/73 para ilustrar o princípio dispositivo, como vemos na seguinte afirmação: “A regra fundamental, em direito probatório, que confere expressão legal ao princípio dispositivo está no art. 333 do CPC, segundo o qual o ônus da prova incumbe às partes, cabendo ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova da existência de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 1. 6. ed. rev. e

diametralmente contrário, Rosenberg entende que a regra do ônus probatório é plenamente aplicável aos processos ditos inquisitivos, uma vez que, mesmo nesse tipo de processo, é preciso uma regra que conduza o magistrado a uma solução no caso de dúvida sobre os fatos da demanda, impedindo o *non liquet*.²⁴ Sintetiza seu pensamento com a seguinte máxima: “la máxima dispositiva sólo nos enseña que una parte debe suministrar la prueba en el proceso, pero no nos dice cuál ha de ser esta parte.”²⁵

Como se vê, definir um fundamento ontológico da distribuição tradicional do ônus da prova mostra-se uma tarefa extremamente árdua²⁶. Quer pela carga polêmica do assunto, quer pela gama de decisões e opiniões doutrinárias contrárias²⁷, o fato é que o ônus probatório no processo civil brasileiro se configurou da maneira exposta anteriormente por forte influência de doutrinadores italianos. Dessa forma, impõe-se o encerramento da exposição sobre as regras ditas gerais de distribuição do ônus probatório com os ensinamentos de Betti, o qual entendia que há uma coordenação direta entre afirmar e provar, dando igualdade entre as partes, observando suas posições processuais.²⁸ O autor ainda, com base nas premissas apresentadas, explica a distribuição em suas especificidades, como se vê:

Quem tem o ônus da ação (em s. Lato) tem o ônus de afirmar e de provar os fatos que são, em hipótese, o fundamento do raciocínio pelo qual se faz valer e da ação que intenta. Quem tem o ônus da exceção (em s. Lato) tem

atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 63.) De forma semelhante expõe Theodoro Junior ao dizer que “No processo civil, em que quase sempre predomina o princípio dispositivo, que entrega a sorte da causa à diligência ou interesse da parte, assume especial relevância a questão pertinente ao ônus da prova”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital])

²⁴ ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEJA, 1956. p. 25-26. Mais adiante (tópico 2.4) veremos que Rosenberg tece oposições a teses de distribuição dinâmica do ônus da prova.

²⁵ *Ibidem*, p. 86.

²⁶ Chiovenda já alertava para tal dificuldade quando afirmou que “Assim como é difícil chegar a uma formulação geral e completa do princípio que preside ao ônus da prova, assim também é difícil dar-lhe justificação racional, absoluta, geral”. (CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 379.)

²⁷ Importante citar que Mattos entende, forte nos ensinamentos de Hernando Devis Echandía, que as regras de distribuição do ônus da prova são definidas pelos princípios gerais de lógica, justiça distributiva e igualdade entre as partes. Ver: MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 53.

²⁸ BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. Milano: Unione Tipografica, 1936. p. 335.

o ônus de afirmar e de provar os fatos e as circunstâncias que são, em hipótese, o fundamento da exceção.²⁹

Pois bem, para além da dificuldade na fundamentação da regra geral de distribuição do ônus probatório, passou-se a observar a insuficiência dessa disposição normativa para regular de modo satisfatório determinadas relações de direito material que se apresentam em juízo. Se por um lado a regra geral, imutável e imóvel, não é capaz de dar uma solução justa a todas as situações de direito material que são levadas ao judiciário, por outro tem-se que, como será visto mais à frente, ela não acompanhou a evolução dogmática do processo civil.

É, então, em meio a uma insatisfação com relação a distribuição estática do ônus da prova que emerge a teoria do Ônus Dinâmico da Prova. Sua origem, vale dizer, como é pensada hoje, ainda é turva, a julgar por precedentes alemães e espanhóis de sua aplicação – ainda que sem menção especificamente ao nome da tese³⁰.

De qualquer forma, foi a partir da sistematização da doutrina argentina sobre o tema, realizada sob a direção de Peyrano e coordenação de White, que a teoria tomou um corpo sólido e passou a fazer influência sobre a América Latina. A obra, chamada “Cargas Probatorias Dinámicas”, é de tamanha influência que se pode notar, inclusive, a adoção do vocábulo “carga” por parte da doutrina³¹ e jurisprudência³² brasileira em vez de “ônus” – palavra mais adequada na língua portuguesa e inexistente na espanhola³³.

²⁹ “Chi ha l'onere dell'azione (in s. Lato) ha l'onere di affermare e di provare i fatti che stanno, in ipotesi, a fondamento della ragione che fa valere e dell'azione che esperisce. Chi ha l'onere dell'eccezione (in s. Lato) ha l'onere di affermare e di provare i fatti e le circostanze che stanno, in ipotesi, a fondamento dell'eccezione.”. *Ibidem*, p. 337.

³⁰ CARBONE, Carlos Alberto. Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 197-228. p. 210-211.

³¹ Como é possível visualizar em: ROQUE, Nathaly Campitelli. Breves apontamentos sobre o regime do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. In: SARRO, Luís Antônio Giampaulo (Coord.). **Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil**. São Paulo: Rideel, 2014. p. 229-235. p. 234; GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]; SILVA, Jaqueline Mielke. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 943, p. 155-181, maio-jun./2014; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/15. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 962, p. 153-170, dez./2015; CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1.º e 2.º do NCP. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago./2015.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 38.025/BA. Recorrente: Álvaro Duarte de Almeida. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 23 set. 2014. DJe 01 out. 2014; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do

Seja a expressão que for, a teoria do ônus dinâmico da prova propõe que a prova deve ser ministrada pela parte que, conforme as minúcias do caso concreto, se apresentar com maior facilidade para tanto, independentemente do seu papel exercido dentro do processo. Ou seja, as regras tradicionais de distribuição do ônus probatório seriam deixadas de lado, de modo a atribuir à parte mais capacitada, seja técnico-profissional, seja apenas faticamente, o ônus de produzir determinada prova. Como já visto, isso seria dizer, caso aplicada a teoria, que a parte com mais facilidade de produzir a prova de certo fato assumiria o risco da ausência de prova desse fato dentro do processo – ou, em outras palavras, sucumbiria no caso do não atingimento do grau de certeza necessário para a causa.

Peyrano, na obra supramencionada, utiliza-se da descrição realizada nas Quintas Jornadas Bonaerenses de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático – ocorridas em outubro de 92, na cidade de Junín, Argentina -, para definir a teoria do ônus dinâmico da prova:

A chamada doutrina do ônus probatório dinâmico pode e deve ser utilizada pelos órgãos judiciais em determinadas situações nas quais não funcionam adequada e valiosamente as previsões legais que, como regra, repartem os esforços probatórios. Esta importa um deslocamento do onus probandi, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito aquele pode recair, verbi gratia, sobre quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, independentemente da condição de autor ou demandado ou trata-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.³⁴

Como se percebe, a teoria se presta a atender os casos materiais que não se encaixam, de maneira justa, no esquema legal geral tradicional.³⁵ Ela supera o

Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70071830343. Agravante: Sul América Companhia Nacional de Seguros. Agravado: Oli Nunes Vargas. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 29 mar. 2017. DJe 10 abr. 2017; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 20100110179909. Apelante: BRB Banco de Brasília S.A. Apelado: Valdimar Ferreira Barbosa. Relator: Des. Hector Valverde Santanna, Brasília, 25 fev. 2015. DJe 03 mar. 2015.
³³ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73-74, nota 224.

³⁴ “La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento de onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fáticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.”. PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 19-24. p. 19-20. “

³⁵ Reichelt, inclusive, ressalta que é importante a presença de uma regra geral e a possibilidade legal da sua flexibilização, já que demonstra o reconhecimento do legislador das peculiaridades do caso.

caráter estático da regra geral para movimentar e estabelecer o ônus da prova conforme da facilidade de cada parte com relação à produção da prova dos fatos, desimportando sua natureza constitutiva, modificativa, extintiva ou impeditiva³⁶.

Além disso, conforme alerta White, é importantíssimo notar que a teoria do ônus dinâmico da prova não pressupõe a extinção da regra tradicional de distribuição, mas busca complementá-la e aperfeiçoá-la, de modo a, a partir de sua flexibilização, retirar o encargo da produção da prova da parte que seja impossibilitada de fazê-la.³⁷ Da mesma forma e sintetizando tal ideia, Knijnik expõe da seguinte forma:

Contudo, a ideia de ônus dinâmico não afasta, de per si, 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.³⁸

Há quem entenda que, para a teoria do ônus dinâmico da prova, seria inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato de encargos às partes.³⁹ Essa interpretação, contudo, não parece ser a mais correta, pois, como já dito, a teoria busca, ao invés de dizimar as disposições gerais, relativizá-las.⁴⁰

Vê-se, portanto, que a ideia central, ao menos atualmente, visa a ser mais um mecanismo procedimental para adequação do processo ao Direito Material. Ainda nessa seara, deve-se perceber que não se objetiva a modificação total do ônus probatório, isto é, não se busca inverter a totalidade dos riscos da falta de prova, mas apenas a parcela que se enquadre nos ditames da teoria. Peyrano, a propósito, rebatendo críticas à teoria (infra 2.4), é enfático:

Claro que o deslocamento do onus probandi, causada pela aplicação da doutrina do ônus dinâmico da prova, funciona, ordinariamente, com relação a determinados fatos ou circunstâncias e não todo o material fático. Isso

(REICHEL, Luis Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 197, p.127-143, jul. 2011.)

³⁶ DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 788, p. 92-107, jun. 2001. p. 98.

³⁷ WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinâmicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 35-73. p. 60.

³⁸ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 178-179.

³⁹ DALL'AGNOL, *op. cit.*, p. 98; OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 231, p. 13-35, maio 2014.

⁴⁰ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 75.

implica que tal aplicação não acarreta um deslocamento completo do ônus probatório, mas tão somente parcial; (...)”⁴¹

De maneira diversa, vale citar que, já no Século XIX, Jeremy Bentham sustentava algo mais radical, qual seja, um procedimento livre de regras pré-constituídas para a distribuição do ônus probatório, devendo este ser definido caso a caso, conforme a conveniência de cada parte. Para o autor, num regime de justiça franco, “la carga de la prueba debe ser impuesta, em cada caso concreto, a aquella de las partes que la pueda aportar con menos inconvenientes, es decir, con menos dilaciones, vejámenes y gastos.”^{42,43}

A tese atual, malgrado as intenções do filósofo inglês, não chega a tanto. Como explica Carpes, pressupõe-se um esquema legal estabelecido a ser flexibilizado ante as peculiaridades da relação material.⁴⁴

Tais peculiaridades podem ser facilmente visualizadas em casos envolvendo a responsabilidade civil de médicos. Ocorre que, como intuitivamente se concebe, o profissional da saúde, na grande maioria dos casos, terá maiores condições técnicas e fáticas de comprovar os fatos que orbitam a causa. O Superior Tribunal de Justiça, já em 1996, proferiu decisão adotando essa ideia, como se percebe do voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

(...) que hoje predomina na matéria sobre culpa médica, que é a da teoria dinâmica da prova, segundo a qual cabe ao profissional esclarecer o juízo sobre os fatos da causa, pois nenhum outro tem como ele os meios para comprovar o que aconteceu na privacidade da sala cirúrgica.⁴⁵

⁴¹ “Por supuesto que el desplazamiento atípico del onus probandi que importa la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, funciona, de ordinario, respecto de determinados hechos o circunstancias y no de todo el material fáctico. Ello implica que tal aplicación no acarrea un desplazamiento completo de la carga probatoria, sino tan sólo parcial; (...)”. PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. **Revista de processo**, São Paulo, v. 217, p. 205-224, mar. 2013.

⁴² BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJE, 1959. p. 149.

⁴³ Menção honrosa deve ser feita: o projeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, em seu art. 20, inciso IV, prevê algo muito próximo ao que defendia Bentham. O texto determina, sem definir previamente uma regra geral, que o magistrado distribuirá as responsabilidades para a produção das provas conforme conhecimentos técnicos e facilidade de cada parte para a demonstração. Ver: BRASIL. Projeto de Lei n. 5.139 de 2009. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=603AE4D143BCD09C684A3CB70A12253A.proposicoesWebExterno2?codteor=651669&filename=PL+5139/2009>. Acesso em: 29 maio 2017.

⁴⁴ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73-74.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 69.309/SC. Recorrente: Clínica Neurológica e Neurocirúrgica de Joinville. Recorrido: Getúlio Raphael Bittencourt Machado. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 18 jun. 1996. DJ 26 ago. 1996.

Fora os casos como o acima, infinitas outras situações podem levar a uma inadequação da regra geral. Entre as mais lembradas, tem-se a hipótese da ação de alimentos, em que o réu é a pessoa com as melhores condições de provar efetivamente sua renda⁴⁶; as ações que versarem sobre falhas em equipamentos, em que o réu possui o conhecimento total sobre a tecnologia, sendo mais fácil a realização da contraprova⁴⁷; e as ações que tratem de prestação de serviços técnicos de médicos e dentistas⁴⁸.

Knijnik aponta, mui corretamente, que a teoria do ônus dinâmico da prova tem encontrado dois flancos diretos de fundamentação: o primeiro baseado no princípio da igualdade entre as partes e o segundo baseado nos deveres de lealdade e colaboração das partes.⁴⁹ Passa-se a analisá-los, portanto.

Ora, ainda que se possa dizer que a regra de distribuição estática do ônus da prova é baseada em critérios de racionalidade e lógica ou de equidade - uma vez que não seria justo apenas uma das partes suportar o ônus da prova⁵⁰ -, parece óbvio que não há um tratamento igualitário quando uma das partes simplesmente não possui os meios de produzir determinada prova. Como lembram Cintra, Grinover e Dinamarco, deve haver, dentro do processo, uma igualdade proporcional, impondo um tratamento desigual àqueles que se encontrem em situação de desigualdade.⁵¹

Oliveira e Mitidiero afirmam que as partes devem suportar os mesmos ônus processuais, sempre que equiparável sua posição frente ao processo, sendo a dinamização do ônus da prova uma “importante densificação do direito fundamental à paridade de armas no processo”⁵². No mesmo sentido, Câmara sustenta a ideia da dinamização do ônus da prova no próprio princípio da igualdade:

⁴⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 659; SILVA, Jaqueline Mielke. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 943, p. 155-181, maio-jun./2014.

⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. [digital]

⁴⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]

⁴⁹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 177-178.

⁵⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 375.

⁵¹ *Ibidem*, p. 60.

⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 34-35. Igualmente: PIRES, Adriana. Prova e contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Prova Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65-83. p. 76.

Só se justifica essa distribuição dinâmica do ônus da prova, frise-se, quando a parte a quem normalmente incumbiria o ônus não tenha sequer condições mínimas de produzi-la. Desse modo, a aplicação da teoria dinâmica do ônus da prova se revela como uma forma de equilibrar as forças na relação processual, o que nada mais é do que uma aplicação do princípio da isonomia.⁵³

Em suma, só se pode falar em igualdade, quando o tema é relacionado à prova, se a sua produção é de fato possível, viável, independentemente de quem o fará.⁵⁴

De outro norte, deve-se conceber que os estigmas individualistas do processo foram deixados para trás, sendo este pautado, atualmente, numa atuação conjunta das partes e do juiz-Estado para o estabelecimento de procedimento propício a produzir uma decisão justa e efetiva. Uma verdadeira comunidade de trabalho, em que os sujeitos devem atuar em construção dos pronunciamentos judiciais.⁵⁵

Como bem se sabe e muito se fala, o processo civil brasileiro é pautado sobre uma ideia de colaboração entre as partes, tendo o CPC/15 enaltecido o Princípio da Cooperação em seu art. 6º, ao dizer que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.⁵⁶

E, aqui, pode-se analisar sob dois âmbitos. No primeiro, o magistrado deve auxiliar as partes e conduzir o processo com o objetivo de alcançar a verdade⁵⁷, sendo a dinamização da prova um instrumento para fazê-lo.⁵⁸

Do mesmo modo se sucede entre as partes e entre estas e o órgão julgador. O ônus probatório, mesmo que se estabeleça tratar-se de regra de julgamento, está intimamente relacionado à atividade probatória das partes e da colaboração destas para como o alcance da verdade. A estrutura das regras de distribuição do ônus da

⁵³ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 439-440.

⁵⁴ DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 788, p. 92-107, jun. 2001. p. 105.

⁵⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 88.

⁵⁶ BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 142.

prova dará, pois, uma feição mais ou menos colaborativa ao processo.⁵⁹ Airasca, por exemplo, sustenta que as partes têm o compromisso de agir no processo com lealdade, probidade e boa-fé, devendo colaborar entre si e com o órgão jurisdicional para que ocorra a correta averiguação dos fatos e busca da verdade.⁶⁰

Em essência, pode-se notar que, ao passo que a dinamização do ônus da prova tem por fundamento o dever de cooperação das partes, ela também o prestigia, uma vez que retira uma das partes de uma eventual apatia, bem com estimula uma produção probatória mais robusta.⁶¹

Em conclusão a este tópico, necessária se faz a separação e delimitação de algumas questões relacionadas à teoria do ônus dinâmico da prova e outros métodos concebidos pela doutrina para se alcançar uma decisão justa, bem como buscar encerrar possível discussão sobre o termo “inversão” e “dinamização”.

Muitas ressalvas são feitas quando o assunto é o termo a ser utilizado para tratar a teoria tema deste trabalho. Alguns autores diferenciam as expressões no sentido de que a dinamização ocorre com a ausência total de regras fixas⁶², que a inversão gera uma transposição total entre as partes no que tange ao ônus da prova⁶³ ou, ainda, que na inversão haveria requisitos a serem cumpridos e na dinamização seria a apreciação do magistrado conforme as peculiaridades da causa e dificuldade na produção da prova⁶⁴.

Com relação à pressuposição de existência ou inexistência de regras fixas, tem-se que esse ponto já foi superado, uma vez estabelecido que a teoria tem a pretensão de ser um instrumento a mais, um verdadeiro instrumento adicional em prol de decisões mais justas e efetivas. Agora, no que tange ao termo “inversão” pressupor uma inversão total, veja-se.

⁵⁹ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

⁶⁰ AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 125-152. p. 141.

⁶¹ CARPES, *op. cit.*, p. 65.

⁶² OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 231, p. 13-35, maio 2014.

⁶³ CARPES, *op. cit.*, p. 117.

⁶⁴ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 341.

Em realidade, quando usado o termo “inversão”, como é o caso da legislação consumerista (art. 6, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC))⁶⁵, não se está a implicar uma transposição das partes, mas uma inversão quanto aos fatos que a parte originalmente onerada não é capaz de provar. Quando a legislação consumerista impõe requisitos para a inversão, quais sejam, a verossimilhança das alegações e hipossuficiência, o faz com vistas a proteger o consumidor com dificuldades na produção da prova do fato gerador do seu direito⁶⁶ – assim como ocorre na dinamização, porém de maneira universal.

Por fim, cumpre referir que, apesar de conter conceitos indeterminados no dispositivo legal brasileiro que prevê a dinamização do ônus da prova, este impõe requisitos visíveis para a aplicação. Sustentar a diferença entre os dois termos com base na ausência de requisitos para um deles não se coaduna com a disposição do CPC/15.

Ainda que haja diferença entre a técnica preconizada no CPC/15 e a prevista no CDC – como ainda se tratará –, a distinção dos termos é, ao fim, irrelevante na prática⁶⁷. A própria jurisprudência não faz distinção no momento da aplicação.⁶⁸ Diferentemente se dá, em contrapartida, com a diferenciação entre a inversão *ope legis* e a inversão *ope judicis*, a qual não se deixará de tratar.

A inversão *ope judicis* é, basicamente, o objeto deste trabalho, ou melhor, é o instrumento de flexibilização da regra geral de distribuição baseado na razão do juiz. Já a inversão *ope legis* não é uma inversão do ônus como tratada neste trabalho, isto é, trata-se de uma “inversão” predisposta pelo legislador. Não há propriamente

⁶⁵ BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 210-211; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a Inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 86, p. 294-313, abr./jun. 1997. p. 300, inclusive sustentando que a inversão contida no CDC é uma inversão “*ope judicis*”.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 274.

⁶⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70072534100. Apelante: Cintia Dalvana Korschner – Eireli. Apelado: Banco Itaú S.A. Relator: Des. Dilso Domingos Pereira. Porto Alegre, 22 fev. 2017. DJe 07 mar. 2017; SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2073887-90.2017.8.26.0000. Agravante: IPMMI – Casa de Saúde Stella Maris. Agravada: Aline Fabiane de Carvalho Diniz. Relator: Des. José Maria Câmara Junior. São Paulo, 24 maio 2017. DJe 30 maio 2017.

uma inversão, uma vez que já está imposto, de forma cogente, a forma como se dá a distribuição da prova nos casos específicos previstos.⁶⁹

Outra relação que a dinamização do ônus da prova possui é com outros métodos processuais para o atingimento da convicção do juiz, como as presunções e a diminuição, de forma geral, do *standard* de prova no caso concreto. Resumidamente, neste há uma mitigação do nível de prova necessário para que os fatos sejam considerados provados⁷⁰ e naquele há uma dedução lógica da ocorrência de um fato em decorrência de outro, com base no que geralmente acontece.⁷¹

Nota-se, com base num raciocínio lógico simples, que quanto maior o *standard* de prova exigido à causa, maior a chance da aplicação das regras de distribuição do ônus da prova, visto que será mais provável o estado de dúvida do julgador no momento da decisão.⁷² Tais institutos nascem, visivelmente, de elementos comuns⁷³, que devem ser levados em consideração.

Por conseguinte, o magistrado, no momento de decidir pela dinamização do ônus da prova, deve necessariamente considerar, com base nos direitos pleiteados e outras minúcias da causa, o grau necessário de prova para a formação da convicção. Há casos, como mencionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, em que o próprio direito material envolvido não clama por exigências elevadas de prova e, logo, não deseja a aplicação da regra do ônus da prova.⁷⁴ Fora isso, uma eventual dinamização do ônus de uma prova impossível, de maneira geral, seria fadar a parte onerada ao fracasso.⁷⁵

Em síntese, a teoria do ônus dinâmico da prova é um mecanismo processual colocado à disposição do magistrado para que este relativize as regras tradicionais

⁶⁹ GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 208, p. 91-124, jun. 2012.

⁷⁰ SILVA, Paula Costa E. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 222, p. 149-170, ago. 2013.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 137. Vale mencionar que não há, de fato, uma inversão, pois o magistrado não a aplicará às regras relacionadas ao ônus processual, mas considerará a existência de um fato a partir da prova de outro.

⁷² TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 163-181, dez. 2013; REICHELT, Luis Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 197, p.127-143, jul. 2011.

⁷³ TRENTO, *op. cit.*

⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 274.

⁷⁵ Sobre isso, tratar-se-á de mais profunda no tópico 3.4.

de distribuição do ônus da prova, de modo a atribuí-lo à parte que se encontrar em melhores condições para desincumbir-se. Não se trata de uma ideia que busca a desconstrução total das regras tradicionais, assim como não busca redistribuição total dos ônus probatório. É, isto sim, um instrumento processual que apenas tem a contribuir, fundamentado nos ideais de cooperação processual e igualdade das partes. Inclusive, no tópico que segue, ver-se-á como tal teoria preconiza os mais fundamentais princípios processuais.

2.3 NECESSIDADE E IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO ÔNUS DINÂMICO DA PROVA

Conforme já mencionado, as regras estáticas de distribuição do ônus da prova não são capazes de dar o correto tratamento a todos os conflitos de direito material. Apesar de tais regras terem vigorado, por muito tempo, como bastiões da segurança jurídica, vê-se, hoje, que não possuem mais o mesmo respaldo doutrinário.

Isso se dá principalmente porque o processo é visto e pautado, atualmente, sob uma ótica constitucionalizada, com forte apego ao contraditório enquanto garantia de influência no resultado da demanda.⁷⁶ Em outras palavras, dá-se uma nova significação ao princípio do contraditório, tornando-se uma garantia processual de participação e influência na construção das decisões judiciais.⁷⁷

A dinamização do ônus da prova não foge dessa concepção, dado que a aplicação infrene das regras estáticas de distribuição não é capaz de proporcionar o correto tratamento a todos os conflitos materiais, além de que a prova, como bem se sabe, tem papel fundamental na construção da convicção – ou, como mencionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, num sistema como o brasileiro, alegar sem provar é como sequer alegar.⁷⁸ Contudo, para mais além, a teoria do ônus dinâmico da prova toca não só o princípio do contraditório, mas o devido processo legal como um todo, bem como o acesso à justiça.

⁷⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 108.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 111.

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 261.

Mattos, em obra voltada ao devido processo legal, aponta que este não se limita a um procedimento regulado por lei, não se resumindo em uma simples garantia de legalidade⁷⁹. O autor, em continuidade, refere que o devido processo legal compreende, para além do respeito à lei, um direito fundamental a um processo justo e adequado, o qual se verifica com um procedimento observante aos direitos fundamentais das partes e ao direito material envolvido no caso concreto em suas peculiaridades.⁸⁰ Nessa lógica, tem-se que a dinamização do ônus da prova dá efetividade à garantia do devido processo legal ao passo que, adequando o procedimento ao caso concreto, estimula a busca da verdade, exercita o contraditório e amplia o debate das partes.⁸¹

Porém, talvez ainda mais latente seja a viabilização de um acesso ao Poder Judiciário, preconizado no inciso XXXV, do art. 5º, da Carta Magna, com a justiça que se espera. Viabiliza-se, ainda, que o acesso aos órgãos jurisdicionais se dê de maneira útil, pois, como dito há pouco, ao citar os doutrinadores, ajuizar demanda sem embasamento probatório é praticamente o mesmo que não ajuizar demanda alguma.

Um sistema processual que impõe a alguém o ônus de produzir provas impossíveis é um sistema que não permite o acesso útil da jurisdição. Mesmo que se possa falar em liberdade na produção de prova pelas partes para corroborar suas alegações, mostra-se absolutamente inócuo tratar desse assunto quando os meios de provas necessários estão fora do alcance de uma das partes.⁸² Em outras palavras, para que alguém tenha verdadeiramente um ônus, como o da prova, é necessário que a parte possa, de fato, desincumbir-se desse ônus de alguma forma⁸³, senão o benefício a que se persegue - correspondente àquele ônus - será meramente ficcional.

É imperioso, portanto, para o cumprimento dos preceitos constitucionais nos quais o processo civil brasileiro é pautado, que se assegure todos os meios de prova (e aqui entenda-se os mecanismos processuais de maneira geral) imprescindíveis

⁷⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p.192-193

⁸⁰ *Ibidem*, p.194-201. No mesmo sentido: PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 147.

⁸¹ SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova**: como garantia constitucional do devido processo legal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 97.

⁸² REICHELT, Luis Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 197, p.127-143, jul. 2011.

⁸³ *Ibidem*.

para a corroboração dos fatos⁸⁴. Nesse mesmo sentido, Knijnik sintetiza o que aqui se tenta passar:

Assim, a violação do direito à prova pode implicar, de um lado, a inutilidade da ação judiciária, caracterizando, assim, violação oculta, à garantia de acesso útil à Justiça. 3. Essa perspectiva conduz-nos a certas situações nas quais a aplicação das regras sobre o ônus da prova pode acarretar manifesta injustiça, a ponto de inviabilizar o acesso útil ao Poder Judiciário, violando-se, ainda que de forma oculta, o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.⁸⁵

Como se vê, a dinamização do ônus da prova tangencia alguns dos mais importantes princípios de direito processual civil. Arrisca-se a dizer que se trata de uma técnica que promove a própria finalidade do processo em si, posto que objetiva única e exclusivamente garantir a tutela do direito de quem realmente é o titular.⁸⁶

A instrumentalidade do processo é vista tanto quanto este consegue se ajustar à realidade sócio-jurídica que o envolve, devendo-se ampliar seus escopos – jurídicos, políticos e sociais⁸⁷ – e buscar o máximo de efetividade.⁸⁸ E, considerando a intensa transformação inerente ao direito material⁸⁹, tal efetividade só é possível com a aproximação dos meios processuais à situação de fato que é apresentada. Carlos Alberto Alvaro Oliveira ressalta tal ponto:

O valor da justiça, espelhando a finalidade jurídica do processo, encontra-se intimamente relacionado com a atuação concreta do direito material, entendido este, em sentido amplo, como todas as situações subjetivas de vantagem conferidas pela ordem jurídica aos sujeitos de direito.⁹⁰

⁸⁴ DIDIER JUNIOR, 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 dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 47.

⁸⁵ KNIJNIK, Danilo. **Ônus Dinâmico da Prova**. Disponível em: <http://www.kni.adv.br/upload/artigos/arquivo_13419320784ffc422e8c4cd.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

⁸⁶ DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 788, p. 92-107, jun. 2001. p. 98.

⁸⁷ Sobre o tema: DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

⁸⁸ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 8. ed. Poro Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 52-53.

⁸⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 659.

⁹⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 99.

Como visto, a aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova não se trata de mero modismo ou devaneio teórico⁹¹, mas, antes de qualquer coisa, uma consagração de um processo voltado à tutela dos direitos. Um processo que, no contexto atual, deve, ao mesmo tempo que observa os direitos fundamentais processuais, estar estruturado de modo a viabilizar decisões que expressem o conteúdo dos direitos fundamentais.⁹² Nada obstante, é importante notar que a presente teoria não é imune a críticas, como será visto no tópico subsequente.

2.4 CRÍTICAS À TEORIA

Antes de arrolar as eventuais críticas à teoria do Ônus Dinâmico da Prova, válido mencionar que não se tratará, aqui, da questão muito levantada na doutrina sobre ausência de previsão legal para a dinamização do ônus da prova no Direito Brasileiro. Apesar de tal ponto parecer óbvio à luz do CPC/15, por muito tempo foi questão cativa a ser superada pelos doutrinadores para sustentar a dinamização do ônus da prova no contexto nacional.

Outra questão problemática, que poderia acarretar críticas específicas à teoria, é com relação ao momento processual para sua aplicação⁹³. Contudo, novamente, com a entrada em vigor do CPC/15, principalmente do §1º do seu art. 373, tal questão parece estar solucionada, como será visto no tópico respectivo.

De qualquer maneira, pode-se verificar duas críticas à distribuição dinâmica do ônus da prova: a primeira tange a uma eventual inutilidade da teoria, ante a possibilidade da aplicação de outros métodos de resolução; e a segunda tange a um

⁹¹ Como Araken de Assis levanta ser: ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 203-204.

⁹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 82.

⁹³ Considerando destaque maior dado ao aspecto objetivo do ônus da prova, muitos entendiam ser apenas regra de julgamento, interessando apenas no momento de sentenciar, como se vê no seguinte julgado: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0145.06.341852-2/001. Apelante: Telemar Norte Leste S.A. Apelada: Danielle Christine Fagundes Reis Fonseca. Relator: Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, 10 jan. 2008. DJ 15 fev. 2008. De outro canto, considerando a necessidade de se evitar surpresas e oportunização à parte de produzir a prova a qual restou onerada, outros entendiam pela dinamização em momento anterior à sentença, como visto nestes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 802.832/MG. Recorrente: Ana Maria Guimarães Cruz. Recorrido: Tecar Minas Automóveis e Serviços Ltda. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 13 abr. 2011. DJe 21 set. 2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 598.620/MG. Recorrente: Dener Fraga Fonseca. Recorrido: Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 07 dez. 2004. DJ 18 abr. 2005.

eventual desrespeito a direitos processuais das partes e/ou exagerada atribuição de poderes ao juiz.

A referida inutilidade da teoria do ônus dinâmico é levantada por um autor anônimo, o qual subscreveu seu artigo com as iniciais A.C.P., como afirma e analisa Peyrano.⁹⁴

Segundo o autor misterioso, a doutrina seria desnecessária, haja vista a existência de outros caminhos que levam ao mesmo resultado da dinamização do *onus probandi*, tais como a utilização da prova indiciária e de presunções. Além disso, o autor sustenta que atribuir o ônus à parte com maior facilidade na produção da prova não se adapta ao conceito de *nemo tenetur edere contra se*. Por fim, afirma que sempre a parte com “as melhores condições” também está obrigada, originalmente, a produzir prova com relação a outros fatos importantes ao processo, o que - na sua ideia - mantém o procedimento dentro dos princípios gerais do processo, sem a necessidade de migrações probatórias.⁹⁵

Rebatendo as críticas, Peyrano levanta que as partes não deixam de ser oneradas da prova dos fatos importantes à causa, uma vez que a teoria não propõe uma inversão total do conteúdo probatório, mas apenas parcial (ponto já levantado neste trabalho).⁹⁶ Além disso, a dinamização do ônus da prova não elimina a possibilidade da utilização de outras formas de resolução de casos complexos em razão da prova, mas dá uma solução justa àqueles em que uma das partes não é capaz de sequer alcançar uma prova indiciária ou por amostragem, por exemplo.

Vale, ainda, a menção de que não há, com a dinamização, uma violação do brocardo *nemo tenetur edera contra se*, uma vez que não se impõe ao “novo onerado” a incumbência de realizar a prova do fato que se volta contra si, mas de realizar prova de fato contrário, condizente com seus interesses. Transfere-se o risco da ausência de prova, não o ônus da prova do exato fato como alegado pela parte contrária.⁹⁷

⁹⁴ PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. **Revista de processo**, São Paulo, v. 217, p. 205-224, mar. 2013.

⁹⁵ PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. **Revista de processo**, São Paulo, v. 217, p. 205-224, mar. 2013.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Sobre a questão, Medina afirma que “Se é certo que a parte tem direito de não produzir prova contra si própria, não se nega que sua inação pode levar a consequências negativas(...)”. Ver MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 648.

Sob outra perspectiva, há de se afastar o temor por um eventual desrespeito a direitos processuais das partes ante o estabelecimento da possibilidade de uma dinamização do ônus probatório.

Mesmo que não o faça em uma crítica à atual teoria do ônus dinâmico da prova, Rosenberg é bastante efusivo no sentido de que as regras de distribuição devem ser definidas de modo a que independam dos pormenores da causa, sendo um guia seguro ao juiz e às partes.⁹⁸ O autor chega, até mesmo, a afirmar o seguinte:

Uma “distribuição livre do ônus da prova” não é a liberdade em que poderia pensar uma magistratura bem aconselhada. A distribuição proporcional e invariável do ônus da prova é um postulado da segurança jurídica, (...). Assim o que quer a finalidade do processo civil por mais que se procure a verdade, mais que isto o importa estabelecer ou assegurar a paz jurídica eliminando de forma definitiva a incerteza entre as partes.⁹⁹

Alertando para preocupação semelhante, Vivian Oliveira aponta que o aumento exacerbado dos poderes do magistrado, o qual passa a decidir quem deve provar o quê, poderia acarretar uma eventual violação à garantia da segurança jurídica. A própria autora, porém, adverte que, respeitados os pressupostos básicos para a aplicação da teoria, não haverá ofensa alguma.¹⁰⁰

Outro autor a apontar essa objeção se trata de Araken de Assis. O jurista gaúcho, levantando o fato de que os juízes brasileiros se encontram abarrotados de processos pendentes, afirma que confiar uma capacidade de ponderação a tais magistrados é uma premissa irreal, sendo a distribuição dinâmica um enorme perigo ao processo garantista, além de extravagante e inconstitucional.¹⁰¹ Além disso, continua no sentido de que a teoria traz consigo um aumento exagerado do subjetivismo e uma violação ao contraditório¹⁰², chegando a qualificá-la como

⁹⁸ ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEJA, 1956. p. 58.

⁹⁹ “Una “distribución libre de la carga de la prueba” no es la libertad en que podría pensar una magistratura bien aconsejada. La distribución proporcionada e invariable de la carga de la prueba es un postulado de la seguridad jurídica, (...). Así lo quiere la finalidad del proceso civil por más que procure la verdad, más que esto le importa establecer u asegurar la paz jurídica eliminando en forma definitiva la incertidumbre entre las partes.”. ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEJA, 1956. p. 58-60.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 231, p. 13-35, maio 2014.

¹⁰¹ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 204.

¹⁰² *Ibidem*, p. 207.

“autoritária”¹⁰³ e proferindo a seguinte frase: “Não é a regra geral da distribuição do ônus da prova a causa da injustiça, mas sua alteração”.¹⁰⁴

No que diz respeito ao contraditório, já foi visto, no tópico antecedente, que a teoria da dinamização do ônus da prova só tende a harmonizar e realçar tal princípio, bem como diversos outros basilares do processo civil. Modernamente, diga-se, o processo é pensado como um instrumento que serve à pacificação de conflitos materiais a partir de decisões justas, ou seja, malgrado os ensinamentos de Rosenberg, é pensado, hoje, para além de seus limites, para os escopos que possui, tais como instrumentalizar aos jurisdicionados o acesso à uma ordem jurídica justa.¹⁰⁵ A segurança jurídica serve, pois, assim como o processo, à uma pacificação com justiça, não sendo um fim em si mesmo.¹⁰⁶

E é nesse sentido que a teoria do ônus dinâmico se propõe a contribuir, isto é, a partir de uma relação direta entre aspectos matérias relevantes e a flexibilização de regras processuais, buscando atribuir maior carga de justiça aos provimentos jurisdicionais. Ainda que o subjetivismo possa existir (e talvez seja um problema irremediável, como o próprio Araken de Assis¹⁰⁷ menciona), a criação de critérios e limites objetivos ao magistrado responsável permite às partes uma ciência do procedimento e um controle dos atos judiciais, estando, ao mesmo tempo que respeita o contraditório e a segurança jurídica, apto a socorrer às particularidades do caso concreto.¹⁰⁸

Ainda que se critique a atribuição de maiores poderes ao juiz da causa, trata-se de uma tendência moderna. Ao processo é necessária uma versatilidade que lhe proporcione o acompanhamento paralelo às transformações do direito material, não sendo a atribuição de poderes à magistratura uma mera preferência teórica ou modismo intelectual, mas uma exigência¹⁰⁹. A doutrina é categórica:

¹⁰³ *Ibidem*, p. 210 e sugerindo que quiçá “totalitária”.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 170.

¹⁰⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 309-310.

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 161-162.

¹⁰⁷ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 207.

¹⁰⁸ XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 159, p. 172-197, maio 2008. p. 188.

¹⁰⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 403-420. p. 407-408.

O apontado perigo (de atribuição de mais poderes aos juízes) não existe no mundo real. O que se precisa acentuar, sim é que o acréscimo dos poderes do juiz ou do seu uso efetivo, tem de ser acompanhado do proporcional crescimento de sua responsabilidade e das exigências quanto à sua qualificação. Não há razão alguma para temer os juízes. Há sobradas razões, por certo, para exigir-se do Estado que assegure ao jurisdicionado a melhor qualificação, as mais amplas garantias e os suficientes meios postos à disposição do Judiciário para o bom desempenho do seu mister.¹¹⁰

Dessa forma, a flexibilização das regras de distribuição do ônus probatório, para além de promover os mais diversos direitos processuais fundamentais, trata-se de mais um instrumento que possibilitará ao processo o atingimento de suas finalidades.¹¹¹ Como visto, neste e nos tópicos anteriores, a aplicação da teoria do ônus Dinâmico da Prova se mostra, verdadeiramente, parte integrante de uma tendência global do Processo Civil. Felizmente, o Código de Processo Civil de 2015 adotou expressamente sua aplicação no âmbito nacional, como será visto, em minúcias, a seguir.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 411.

¹¹¹ CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 76-77.

3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A POSITIVAÇÃO DA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO

Na primeira parte do trabalho, definiu-se o que é a teoria do ônus dinâmico da prova e, talvez ainda mais importante, o que não é, além de seus fundamentos e importância. Enquanto as bases principiológicas foram de extrema relevância para o afastamento das críticas à teoria, a sua definição e delimitação terá grande significância para que se entenda sua adoção pelo Direito Brasileiro.

Nessa perspectiva, analisar-se-á, no presente capítulo, num primeiro momento, como o CPC/15 regulou a distribuição do ônus da prova. Se, respondendo à pergunta base deste trabalho, o Direito Brasileiro positivou, de fato, a teoria do ônus dinâmico da prova e como se deu tal adoção.

Após, a análise se voltará especificamente à decisão judicial flexibilizante da regra geral de distribuição, assim como as hipóteses em que deverá ocorrer. De igual monta, a doutrina aponta algumas hipóteses não previstas na lei em que a dinamização do ônus da prova pode ser aplicada, as quais serão devidamente expostas. Ao fim, necessária se fará a menção a respeito da recorribilidade da decisão de dinamização e seus efeitos sobre o polêmico tema da inversão do custo da prova.

O momento processual em que deve ser proferida a decisão será, igualmente, abordado. Tema que foi bastante debatido pela doutrina quando da égide do CPC/73, parece ter se resolvido com o novo diploma processual. Mas, vale dizer, alguns pontos ainda não se mostram totalmente solucionados, como se verá.

Ao fim do capítulo, em uma retomada de diversos pontos abordados no trabalho, serão apresentados os limites da aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova no Direito Processual Brasileiro. O caráter subsidiário, que se coaduna com o que foi apresentado no primeiro capítulo do trabalho, e o dever de fundamentação do magistrado, assim como outras regras legais limitantes, completam o corpo de regras que circundam a dinamização do ônus da prova.

3.1 A POSITIVAÇÃO DA TEORIA NO DIREITO BRASILEIRO

A Lei nº 13.105/2015 (CPC/15) disciplina a distribuição do ônus da prova em seu art. 373 e parágrafos. Pode-se, para fins de facilidade na sua análise, dividir o

dispositivo legal em três partes: o *caput*, seus parágrafos 1º e 2º e, por fim, seus parágrafos 3º e 4º. Assim rege a lei:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

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

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

A terceira parte da divisão proposta tange às convenções realizadas pelas partes sobre a distribuição do ônus da prova. Trata-se de algo já previsto no CPC/73, ainda que por redação diversa. De qualquer maneira, como já exposto na introdução, não é objeto deste trabalho e será rapidamente tangenciado, na medida do necessário, quando se abordar os limites da dinamização do ônus da prova.

Nos atenhamos, momentaneamente, à primeira parte: o *caput* e seus respectivos incisos. Vale mencionar que esse segmento do artigo é idêntico ao que dispunha o CPC/73 (art. 333 e incisos)¹¹², assim com bastante semelhante à regulação dada pelo CPC/39¹¹³. Consoante já exposto, cuida-se de uma regra de pensamento tradicional, com raízes bastante arcaicas.

Observa-se que ao autor cabe provar os fatos que constituem o direito que este afirma ter. Não seria lógico, em tese, determinar à parte, aprioristicamente, que provasse ou até mesmo suscitasse fatos que pudessem impedir o reconhecimento do direito que estivesse pleiteando.¹¹⁴

¹¹² Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

¹¹³ Art. 209 e §§. (BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1608.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.)

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento, arts. 332 a 341, tomo 1. v. 5. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 382.

Do outro canto, ao réu cabe provar eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Sem delongas, estes são os fatos que encerram a relação jurídica afirmada pelo autor, tal como o pagamento em uma ação de cobrança; aqueles são os fatos de conteúdo negativo, ou seja, que demonstram a ausência de algum requisito de validade do ato jurídico do qual a ação gira em torno; e os fatos modificativos são os fatos que alteram, de alguma forma, a relação jurídica deduzida, como um pagamento parcial de uma dívida.¹¹⁵

Vale mencionar, a título ilustrativo e sem maiores digressões, que a definição do ônus da prova com relação ao réu é diretamente relacionada ao tipo de defesa apresentada. No caso de negativa do fato constitutivo (defesa direta), não há, *a priori* (frise-se), ônus da prova para réu. Já do contrário, se o réu alegar alguma espécie dos fatos acima descritos, terá que realizar a prova dos respectivos fatos, sob pena de sucumbir no caso de dúvida pelo magistrado sobre a verdade dos acontecimentos. A doutrina é excepcionalmente didática nesse ponto:

Como visto, através da defesa direta é negado o fato constitutivo, enquanto na defesa indireta é possível articular fatos impeditivo, modificativo ou extintivo. Mas o réu possui apenas o ônus de provar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo, já que o ônus da prova do fato constitutivo incumbe ao autor. O réu não tem o ônus da prova na defesa direta, mas apenas na defesa indireta. Em outros termos, o réu não faz prova, mas sim contraprova, por meio da defesa direta.¹¹⁶

Essa é, portanto, a regra geral do processo civil brasileiro, aplicável a todos os casos que se apresentarem ao judiciário – com exceção, é claro, daqueles regulados por lei especial. Como levantado por Rosenberg (*supra* 2.4), uma regra geral na distribuição do ônus da prova se apresenta como postulado de segurança jurídica. E, de fato, pode-se perceber da jurisprudência que a regra geral num grande número de casos:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE COBRANÇA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CONTRATO VERBAL DE EMPREITADA. MÃO DE OBRA. PROVA DE PAGAMENTO. INADIMPLEMENTO NÃO DEMONSTRADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. O ônus da prova incumbe ao autor,

¹¹⁵ CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 437; Marinoni e Arenhart referem que os fatos impeditivos atuam de forma externa ao fato constitutivo, de modo a minar a eficácia deste: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 180.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MIDITIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. v. 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 370.

quanto ao fato constitutivo do seu direito - inciso I do artigo 373 do Código de Processo Civil. In casu, comprovado o pagamento da mão de obra por meio de documentos - depósito de valores pelo dono da obra -, competia à parte que recebeu a quantia demonstrar que esta não se destinava ao adimplemento do serviço que prestou, ônus do qual não se desincumbiu. Ausente prova acerca do inadimplemento, deve ser mantida a sentença que julgou improcedente a ação. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME.¹¹⁷

Entretanto, conforme já exposto, não é o suficiente para regular todas as situações de direito material e, com felicidade, o legislador não se furtou de instituir uma válvula de escape.

O primeiro parágrafo estabeleceu a “possibilidade”¹¹⁸ da dinamização do ônus da prova nos casos em que há previsão em lei – tal como o art. 6º, VIII, do CDC - ou frente “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”. Configura-se, sem maiores rodeios, a consagração da teoria do ônus dinâmico da prova.

Válida a menção de que há quem entenda que a teoria foi apenas parcialmente adotada¹¹⁹. Com fundamento no fato de que o CPC/15 permanece com uma regra geral estática, a dinamização do ônus da prova teria sido recepcionada de forma incompleta.¹²⁰ Todavia, ao que parece, tal entendimento se baseia num equívoco sobre a tese pretendida¹²¹.

Ocorre que, conveniente repetir, a teoria do ônus dinâmico da prova, tal como difundida pela doutrina argentina, não se funda na ideia de ausência de regras

¹¹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70073795486. Apelantes: Adilson Vidal da Silva e Laureno Blank. Apelados: Luiz Fernando Pereira e Adriana da Silva Pereira. Relator: Des. Liege Puricelli. Porto Alegre, 29 jun. 2017. No mesmo sentido, dentre outros: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 876.079/PR. Agravante: Paulo Sergio Menezes Garcia. Agravados: José Arthur de Carvalho Pereira Filho e Mario Alves Ribeiro. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 18 ago. 2016. DJe 08 set. 2016.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 485.277/PR. Agravante: Banco Pactual/SA. Agravados: Alexandre Coelho Gonçalves e Maristela Fernandes Salerno. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 15 dez. 2016. DJe 07 fev. 2017; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70073855553. Recorrente/recorrido: Samuel Severo Fonseca Recorrente/recorrido: David Leoman da Costa e Sandi Lamari Lourenço de Souza da Costa. Relator: Gelson Rolim Stocker. Porto Alegre, 29 jun. 2017.

¹¹⁸ Aqui utilizada a palavra “possibilidade” ante a infinidade de casos concretos que podem, ou não, se enquadrar no suporte fático da norma que determina a dinamização, porém a questão específica sobre ser a dinamização um dever ou um poder do juiz será abordada mais adiante.

¹¹⁹ PINHO, Humberto dela Bernardina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/15. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 962, p. 153-170, dez. 2015.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ O autor, válido mencionar, refere que a Teoria do ônus dinâmico da prova “abandona o prévio e abstrato estabelecimento do ônus probatório”. (*Ibidem*)

gerais de distribuição¹²². Em vista disso, a existência de uma disposição estática geral não afasta a admissão legal expressa da dinamização do ônus da prova pelo Direito brasileiro. A maior parte da doutrina assim considera.¹²³

Até poderia se dizer que há um sistema misto de distribuição, ao passo que o Código prevê uma regra estática e uma dinâmica¹²⁴. Em realidade, revela-se uma discussão de pouca (ou nenhuma) relevância prática: ter em mente que o Código recepcionou a teoria do ônus dinâmico da prova, entendendo suas características e limites, é o suficiente para que o processo se adeque aos casos concretos. Por outro lado, pode-se dizer que essa talvez seja a principal modificação trazida pelo CPC/15 no âmbito do Direito Probatório¹²⁵. Didier Junior, Braga e Oliveira vão além e afirmam que o CPC/15 consagrou a teoria com aperfeiçoamento¹²⁶, haja vista o corpo de regras que envolvem sua aplicação.

No entanto, verdade seja dita: a dinamização do ônus da prova não era figura desconhecida do Direito brasileiro antes do advento do CPC/15. A jurisprudência já vinha flexibilizando a regra geral em muitas situações, como casos envolvendo responsabilidade civil ambiental¹²⁷, responsabilidade civil por erro médico¹²⁸, contratos bancários¹²⁹ e sorteios televisivos¹³⁰.

¹²² KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 178-179.

¹²³ Como por exemplo: LUCON, Paulo Henrique. Das disposições gerais (arts. 369 a 380). In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. [digital]; CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCP. **Revista de processo**, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015; e FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Freddie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. **Breves comentários do Código de Processo Civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

¹²⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HAROLDO, Lourenço. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, p. 55-75, jan. 2017. No mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. [digital]

¹²⁵ FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição do ônus da prova no novo código de processo civil e os processos coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, p. 261-279, set. 2016.

¹²⁶ DIDIER JUNIOR, Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 129.

¹²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 888.385/RJ. Recorrente: Paulo de Souza Lima. Recorrido: Light Serviços de Eletricidade S.A. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 14 nov. 2006. DJ 27 nov. 2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 883.656/RS. Recorrente: Alberto Pasqualini REFAP S.A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 09 mar. 2010. DJe 28 fev. 2012.

¹²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 69.309/SC. Recorrente: Clínica Neurológica e Neurocirúrgica de Joinville. Recorrido: Getúlio Raphael Bittencourt Machado. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 18 jun. 1996. DJ 26 ago. 1996; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 599306537. Apelante: Paulo Alfredo

No âmbito legal, oportuno aludir que, em 2008, foi apresentado o Projeto de Lei n. 3.015, visando a introduzir um novo parágrafo ao então art. 333 do CPC/73, para facultar ao magistrado a inversão do ônus da prova ante a complexidade da causa¹³¹. A proposta restou devidamente rejeitada, uma vez que não é a complexidade da causa o motivador da dinamização, mas a tutela do direito material frente à dificuldade de uma das partes na produção da prova¹³².

Fora isso, o CDC já previa regra semelhante. O art. 6º, inciso VIII do diploma consumerista dispõe que, verificada a verossimilhança das alegações do consumidor ou sua hipossuficiência, poderá o magistrado inverter o ônus da prova em seu favor. São requisitos, em grau a ser definido, diferentes. Parte da doutrina, de qualquer maneira, considera que o referido dispositivo já se configurava na adoção legal da teoria do ônus dinâmico da prova¹³³.

Neves, partindo da premissa de que o art. 373, §1º, do CPC/15 é aplicável a todas as demandas, incluindo as consumeristas, chega ao ponto de afirmar que a regra prevista no art. 6º, VIII do CDC se tornou obsoleta¹³⁴. Em síntese, o autor defende que a hipossuficiência do consumidor, um dos requisitos previstos na lei, não possui mais razão de existência frente à nova disposição processual,

Muller. Apellido: Espólio de Clair Fernandes Machado. Relatora: Desa. Mara Larsen Chechi. Porto Alegre, 09 ago. 2000. DJ 28 ago. 2000.

¹²⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70011691219. Agravante: Banco do Brasil S.A. Agravado: João Carlos Santos. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 20 maio 2005. DJ 06 jun. 2005.

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 316.316/PR. Recorrente: Ana Maria Spina. Recorrido: Clube Atlético Paranaense. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 18 set. 2001. DJ 12 nov. 2001.

¹³¹ BRASIL. Projeto de Lei n. 3.015, de 2008. **Planalto**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386780>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

¹³² CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCP. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

¹³³ LUCON, Paulo Henrique. Das disposições gerais (arts. 369 a 380). In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. [digital]; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. [digital]. Em sentido diametralmente contrário, Lima e Faneco sustentam que, enquanto a dinamização prevista no §1º, do art. 373, do CPC é complementar à regra geral, a regra prevista no CDC é a principal, sendo complementar a contida no CPC. (LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. 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**, São Paulo, v. 91, p. 309-335, jan.-fev./2014.)

¹³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. [digital]

sobrevivendo a lei específica apenas no que tange à apresentação de alegações verossímeis pelo consumidor¹³⁵.

Todavia, tem-se que se tratam de dispositivos diversos, com requisitos, intenções e fundamentos diversos. Como ressaltam Marques, Benjamin e Miragem, a norma consumerista existe justamente com o objetivo de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores, podendo-se falar, inclusive, na atribuição de eventual prova difícil ao fornecedor, fundada no risco profissional¹³⁶. Ademais, a hipossuficiência do consumidor, diga-se, vai além da técnica e informacional, sendo a inversão contida no CDC um contrabalanceamento da desigualdade fática existente na relação de direito material¹³⁷. Medina, a respeito, coroa esse pensamento da seguinte forma: “Os requisitos previstos em cada um dos diplomas não se cumulam, nem se sobrepõem. São hipóteses diferentes a autorizar a atribuição (ou inversão, ou transferência) do ônus da prova”.¹³⁸

De qualquer maneira, antes de adentrar na análise específica das hipóteses de aplicação, afigura-se de grande merecimento reforçar a ausência de relação entre a incidência do art. 373, §1º, do CPC/15 e o direito de não produzir prova contra si mesmo, previsto no art. 379 do mesmo texto – assunto já abordado, de certa maneira, nesse trabalho, mas que cabe análise conjunta às disposições legais. Isso se dá porque a doutrina faz ressalvas a respeito desse exato ponto ao tratar do dispositivo legal em comento, ressaltando que, caso a inversão gere a alguma parte o ônus de realizar prova contra si¹³⁹, tal inversão seria inconstitucional, como apontam Nery Junior e Nery¹⁴⁰.

Algo que não foi dito ainda, aqui, é que ao réu é possível a realização de contraprova, ainda que não haja, na regra geral, um ônus para tanto. A contraprova, diferentemente da prova com relação aos fatos impeditivos, modificativos e extintivos, busca a contestação do próprio fato constitutivo do autor, buscando

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 340-341.

¹³⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 711-712.

¹³⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 661.

¹³⁹ O que seria, inclusive, contraditório, visto que, como exposto na primeira parte deste trabalho, um ônus se refere a um comportamento de alguém em benefício próprio. É ilógico, portanto, falar-se em eventual ônus de fazer prova contra si.

¹⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

invalidá-lo ou demonstrar sua falsidade¹⁴¹. Nesse sentido, ao se proceder à dinamização do ônus da prova em desfavor do réu, do modo disposto no código processual, não se imporá a necessidade da produção de prova do fato constitutivo do autor, mas da prova que embasa eventual alegação da sua inexistência, ou seja, sua defesa¹⁴².

O pensamento, obviamente, pode ser realizado no sentido contrário: o autor, ao ser onerado em decorrência da dinamização, terá de fazer prova que rebata a arguição de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo – que, ao fim e ao cabo, não mais é do que a realização de prova sobre a existência, validade e eficácia do fato constitutivo do seu direito. Há, portanto, uma esplêndida coadunação entre ambas as regras citadas, como demonstra Cambi:

Porém, ninguém é obrigado a provar os fatos contrários. O adversário não poderá ser coagido a isto. Poderá optar em nada provar. Todavia, a distribuição dinâmica das cargas processuais probatórias ou a inversão do ônus da prova significa que quem deveria comprovar o fato e não o fez deve sucumbir.¹⁴³

Dessa forma, percebe-se que a dinamização do ônus da prova harmoniza com o restante do Código – seja pela inexistência de choque com o princípio do *nemo tenetur edere contra se*, seja pelos motivos apresentados no primeiro seguimento do trabalho –, sendo, também, aplicável aos procedimentos especiais, como dispõe o art. 318, parágrafo único, do CPC/15 e prestigiado pela doutrina¹⁴⁴.

Vista a forma como o Direito Brasileiro introduziu a teoria do ônus dinâmico da prova em seu direito positivo, passa-se, agora, ao apreço das hipóteses de aplicação e do caráter da decisão que a aplica.

¹⁴¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Pág. 182

¹⁴²THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]

¹⁴³CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegeze do art. 373, §§1º e 2º do NCPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

¹⁴⁴THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]

3.2 AS HIPÓTESES PARA A DINAMIZAÇÃO E A DECISÃO QUE DINAMIZA O ÔNUS DA PROVA

Uma vez estabelecido que o CPC/15 adotou expressamente a teoria do ônus dinâmico da prova, convém apresentar as hipóteses de aplicação. Ainda que afirmar a adoção legal da teoria já nos diga, em certo grau, quais os casos de aplicação – uma vez que é da natureza da ideia –, revela-se importantíssimo demarcar o que a legislação determina e, eventualmente, o que a doutrina aponta como hipóteses passíveis de flexibilização da regra geral.

O §1º, do art. 373, do CPC/15 aponta três situações diversas para a aplicação: os casos previstos em lei; a impossibilidade ou excessiva dificuldade de produção da prova pela parte inicialmente onerada; e a facilidade de produção da prova pela parte inicialmente desincumbida.

A primeira hipótese reforça a ideia apresentada ao final do subtítulo anterior, isto é, que não há sobreposição entre o disposto no diploma processual e em outras legislações que venham a prever a inversão judicial do ônus processual, como é o caso da lei consumerista em seu art. 6º, inciso VIII.

Renova-se, contudo, uma ressalva. As previsões legais em que há, de alguma maneira, uma distribuição diversa da geral, porém fixa, determinando, ainda que indiretamente, qual a parte onerada, não se configuram uma inversão do ônus da prova, no termo técnico da palavra. As inversões *ope legis*, como são chamadas, baseadas em presunções relativas definidas pelo legislador, podem ser verificadas em dispositivos como o art. 12, § 3º; art. 14, § 3º; e art. 38, caput do CDC¹⁴⁵; e o parágrafo único, do art. 2-A, da Lei 8.560/92¹⁴⁶.

¹⁴⁵ 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. (...)

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (...)

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (...)

A segunda hipótese consagrada no §1º, do art. 373, do CPC/15 trata-se da dinamização do ônus probatório caso se visualize a ocorrência de prova diabólica. Em termos simples, prova diabólica “é aquele cuja produção é considerada como impossível ou muito difícil”¹⁴⁷. No mesmo sentido foi redigida a lei, usando-se as expressões “impossibilidade” e “excessiva dificuldade”. Pinho, a respeito das expressões, afirma que diferenciar impossibilidade de excessiva dificuldade é tarefa de grande dificuldade e desnecessária, podendo o legislador ter utilizado apenas a segunda.¹⁴⁸

Em todo caso, deve-se estabelecer o âmbito desta dificuldade. Tem-se afirmado que tal hipossuficiência deve ser informacional e não econômica¹⁴⁹. Ferreira, entendendo dessa forma, sustenta que já existem mecanismos que visam a solucionar desigualdades econômicas por intermédio do instrumento do processo, tal como a assistência jurídica integral garantida pelo Estado, e não pela decisão de mérito.¹⁵⁰

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

¹⁴⁶ Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos.

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.

¹⁴⁷ DIDIER JUNIOR, 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 dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 117. Como exemplos na jurisprudência, pode-se visualizar nos seguintes julgados: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 533.403/MS. Agravante: Rogério Sousa Garcia. Agravado: Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 18 jun. 2015. DJe 04 ago. 2015.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 262.594/RJ. Agravante: Estado do Rio de Janeiro e Outro. Agravado: Pablo Guerreiro Salles S/A. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 18 dez. 2012. DJe 05 fev. 2013.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 241.317/MG. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 20 nov. 2012. DJe 26 nov. 2013.; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 823.122/DF. Recorrente: Clementino Humberto Conreiras de Almeida Recorrido: Fundação Universidade de Brasília FUB/UNB. Relator p/ Acórdão: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 14 nov. 2007. DJe 18 fev. 2008.

¹⁴⁸ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/15. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 962, p. 153-170, dez. 2015.

¹⁴⁹ ROQUE, Nathaly Campitelli. Breves apontamentos sobre o regime do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. In: SARRO, Luís Antônio Giampaulo (Coord.). **Novo código de processo civil**: principais alterações do sistema processual civil. São Paulo: Rideel, 2014. p. 229-235. p. 233; e, no mesmo sentido, o Enunciado n. 6 do CEAPRO: “A hipossuficiência justificadora da atribuição do ônus da prova é a informativa e não a econômica (art. 373)”. (CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE PROCESSO. **Enunciados Novo CPC**. Disponível em:

<<http://www.ceapro.org.br/enunciados.html>>. Acesso em: 29 maio 2017.)

¹⁵⁰ FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários do Código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital].

Importante notar que a doutrina argentina não descarta a hipossuficiência econômica como razão para a dinamização do ônus da prova, como se verifica quando Barberia afirma que “las mejores condiciones de aportar la prueba, se ha sostenido, pueden también fundarse em razones profesionales, técnicas, económicas o jurídicas”.¹⁵¹ A jurisprudência do TJRS, de qualquer sorte, tem utilizado a teoria do ônus dinâmico da prova para inverter o custo da prova pericial e atribuí-lo à parte com melhores condições econômicas de suportá-lo¹⁵². Especificamente a respeito da inversão do custo da prova, tratar-se-á mais adiante.

A outra hipótese prevista no parágrafo em comento é “a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”. Figura como a concepção pura da adoção da teoria do ônus dinâmico da prova, à proporção que se compara às palavras de Rambaldo ao afirmar que a teoria “la ubica [a prova] primordialmente sobre aquella (parte) que se encuentre em mejores condiciones para producirla”¹⁵³. De qualquer forma, Marinoni, Arenhart e Mitidiero asseveram que essa previsão se coaduna com o conceito de economia processual, dado que não há razão para se atribuir o ônus da prova a uma das partes se a outra possui mais facilidade em fazê-lo.¹⁵⁴ Para os autores, há uma lógica que leva aquele com mais facilidade de carrear a prova e não o faz a suportar o risco da falta de prova¹⁵⁵.

Embora apresentadas as hipóteses de forma separada, importante destacar que alguns autores entendem que ambas situações devem estar presentes para que

¹⁵¹ BARBÉRIO, Sérgio José. Cargas probatorias dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 99-107. p. 101. Todavía, cabe um alerta: outros doutrinadores não citam expressamente, ao tratar das dificuldades, a hipossuficiência econômica, como se retira de AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 125-152. p. 135; e WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 35-73. p. 61.

¹⁵² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo n. 70067342832. Agravante: Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A. Agravado: Marcelo Francisco Cezimbra. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 16 dez. 2015. DJe 22 jan. 2016.

¹⁵³ RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinámicas: um giro epistemológico. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 25-34. p. 29.

¹⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 274.

¹⁵⁵ *Ibidem*, loc. cit.

possa ocorrer a dinamização. Ferreira¹⁵⁶ e Lucon¹⁵⁷, por exemplo, sustentam que a excessiva dificuldade da parte inicialmente onerada e a maior facilidade da outra parte devem estar conjuntamente presentes. Ferreira coloca a questão na forma de um pêndulo que é atraído e repellido conforme a facilidade e impossibilidade de produção¹⁵⁸.

Claramente, o §2º é enfático no sentido de não ser possível a atribuição de um ônus de produzir prova excessivamente difícil à parte inicialmente desincumbida e, com isso, a dificuldade da parte inicialmente onerada não pode ser analisada individualmente, sem a devida visualização da possibilidade da produção da respectiva prova de maneira geral (questão abordada em infra 3.4). Todavia, impor a cumulação das duas hipóteses seria impossibilitar a dinamização do ônus da prova diante de uma situação em que, conquanto ao autor (por exemplo) não seja impossível determinada prova, ao réu é muito mais fácil a prova do fato contrário. Essa questão, sem dúvidas, ainda será muito debatida, haja vista a diversidade de entendimento¹⁵⁹.

Imprescindível notar que algumas outras situações são mencionadas pela doutrina para possibilitar a dinamização do ônus da prova. Knijnik, por exemplo, aponta – ainda quando da égide do CPC/73 – que cabe a dinamização do ônus da prova quando a parte a ser onerada inviabilizou a produção da prova, bem como quando há a violação dos deveres de cooperação por uma das partes¹⁶⁰.

O autor observa que, quanto à segunda hipótese mencionada, caso a violação dos deveres de cooperação dificulte a produção, impõe-se a cominação de sanções pelo comportamento ímprobo; se, porém, tal violação causa a

¹⁵⁶ FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários do Código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

¹⁵⁷ LUCON, Paulo Henrique. Das disposições gerais (arts. 369 a 380). In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. [digital]. No mesmo sentido ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 206.

¹⁵⁸ FERREIRA, *op. cit.*

¹⁵⁹ Pela alternatividade dos requisitos: DIDIER JUNIOR, 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 dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 130; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]

¹⁶⁰ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 181.

impossibilidade da prova, demanda-se a inversão do ônus¹⁶¹. Em sentido parecido caminha Theodoro Júnior ao sustentar que, havendo verossimilhança nas alegações, “é admissível a alteração dinâmica do ônus da prova, com base no comportamento processual, quando ele se mostrar ofensivo ao princípio da boa-fé”.¹⁶²

Outro caso interessante muito citado é quando determinado fato que aparenta ser improvável – no sentido de não se conseguir provar – e a situação de direito material demonstra que a dúvida sobre os fatos não deve ser suportada pelo autor, como normalmente ocorre. Para que fique mais claro, a doutrina utiliza o exemplo em que uma pessoa morre em uma piscina do clube que frequentava, onde não havia indicação de inadequação para as pessoas que não sabiam nadar, e, ao fim do processo, não se consegue provar se aquela pessoa havia morrido devido ao afogamento ou eventual colapso¹⁶³.

Marinoni e Arenhart, ao tratarem desse exemplo, afirmam que aquele que viola uma norma de prevenção ou proteção (e aqui se está falando no âmbito material), aceitando o risco de produzir dano, implica a assunção do risco relativo à ausência de prova da relação de causalidade entre a violação e o dano¹⁶⁴. Nessa mesma lógica, Silva arremata da seguinte maneira:

(...) em caso de prova duplamente diabólica, o facto deve ser decidido contra a parte que provocou uma situação de impossibilidade de esclarecimento(...). A decisão desfavorável àquele que cria a impossibilidade probatória surge, com toda a evidência, como uma sanção contra o incumprimento de deveres extraprocessuais.¹⁶⁵

¹⁶¹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 182. O autor, inclusive, utiliza como exemplo do art. 232, do CC para ilustrar uma previsão legal que atinge o mesmo fim, uma vez que o referido dispositivo assim dispõe: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”.

¹⁶² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]

¹⁶³ O exemplo costuma variar um pouco, mas esse, em específico, foi retirado de MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 204.

¹⁶⁴ *Ibidem*, loc. cit. No mesmo sentido: CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

¹⁶⁵ SILVA, Paula Costa e. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 222, p. 149-170, ago. 2013.

Percebe-se, independentemente da hipótese apresentada, que não é com base em eventual dificuldade no julgamento e exame da causa que a dinamização do ônus da prova pode ser adotada. A doutrina não pensa de maneira diversa¹⁶⁶.

Invariavelmente, em algumas ocasiões, a dinamização do ônus será aplicada de forma imprecisa. O Código, por óbvio, previu, em seu art. 1.015, XI, o cabimento do recurso de Agravo de Instrumento contra a decisão que versa sobre a redistribuição o ônus da prova conforme o art. 373, §1º. Quanto a isso, não há discussão.

Floresce, todavia, uma polêmica: caberia agravo de instrumento contra a decisão que não dinamiza o ônus da prova, apesar de requerimento da parte? Há posicionamento para ambos os lados.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, não há dúvida que, considerando que o texto legal dispõe “decisões interlocutórias que versarem sobre a redistribuição”, é possível a interposição de agravo de instrumento tanto contra a decisão que redistribui, quanto contra a que nega a redistribuição¹⁶⁷. Ferreira, no mesmo sentido, entende que é recorrível de imediato a decisão que indefere o pedido de inversão do ônus da prova¹⁶⁸. Na concepção do autor, não se alinha ao princípio da isonomia a possibilidade de apenas uma das partes ter um instrumento recursal imediato e célere, enquanto a outra tenha de recorrer em separado.¹⁶⁹ Por outro lado, Mendes e Haroldo defendem que decisão que não modifica o ônus probatório é irrecurrível de imediato, uma vez que mantém a regra geral¹⁷⁰. Igualmente restou definido no Fórum Permanente de Processualistas Civis.¹⁷¹

De qualquer maneira, relevante ter em mente que o STJ, se mantiver o entendimento aplicado quanto aos requisitos previstos para o art. 6º, VIII, do CDC,

¹⁶⁶ FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários do Código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]; FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil e os processos coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971, p. 261-279, set. 2016.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 1091.

¹⁶⁸ FERREIRA, *op. cit.*

¹⁶⁹ *Ibidem*. Vale mencionar que o autor afirma, inclusive, que caso negado o recurso, caberá Mandado de Segurança.

¹⁷⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HAROLDO, Lourenço. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, p. 55-75, jan. 2017.

¹⁷¹ Enunciado n. 9 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. (FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.)

tende a não reexaminar o suporte fático para a incidência do §1º, do art. 373, do CPC/15. A título ilustrativo, transcreve-se trecho do voto do Min. Fernando Gonçalves sobre o tema:

A inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos delineado nas instâncias ordinárias, cujo reexame é vedado em sede especial, ut sùmula nº 07/STJ.¹⁷²

Araken de Assis, por outro lado, aponta que, considerando a existência de conceitos juridicamente indeterminados, a questão referente às hipóteses de aplicação é mista¹⁷³, cabendo análise pela instância superior¹⁷⁴. Cabe salientar que o STJ, apesar do entendimento exposto acima, já revisou, na oportunidade do julgamento do Recurso Especial n. 720.930, a inversão ocorrida com base no CDC¹⁷⁵.

Por fim, convém referir sobre efeito da dinamização do ônus da prova a respeito do custo desta, o que pode gerar certa confusão. Como já mencionado, o TJRS vem sistematicamente utilizando a teoria do ônus dinâmico da prova como “regra processual que visa definir, qual parte suportará os custos do adiantamento das despesas para realização de determinada prova”¹⁷⁶.

Ocorre que a tese aqui estudada não propõe a inversão das custas da produção da prova, mas a inversão dos riscos da ausência de prova. Para mais, não

¹⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 662.891/PR. Agravante: Caixa Econômica Federal – CEF. Agravada: Soeli Pfeifer de Almeida e cônjuge. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 26 abr. 2005. DJ 16 maio 2005. Igualmente: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n. 1.332.494/RJ. Agravantes: Antonio Ferreira Dias e outros. Agravado: Telemar Norte Leste S.A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 20 set. 2012. DJe 27 set. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 70.866/GO. Agravante: Rui Edson de Oliveira. Agravado: Banco Bradesco S.A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 mar. 2012. DJe 20 mar. 2012.

¹⁷³ A respeito da definição de questão mista: KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 169-188.

¹⁷⁴ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais: tomo 2. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 211.

¹⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 720.930/RS. Recorrente: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrida: Aline Garcia Flores. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 out. 2009. DJe 09 nov. 2009.

¹⁷⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70072238918. Agravante: Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. Agravado: Itamar May Bolico. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 31 maio 2017. DJ 02 jun. 2017.

há, conforme aponta Neves, relação entre o instituto da dinamização do ônus da prova e a antecipação de despesas com prova¹⁷⁷.

Ao se inverter o ônus da prova, a parte que foi onerada não tem obrigação de arcar com os custos de eventual prova pericial se não for de sua vontade. Consequentemente, sofrerá o risco que a ausência daquela prova fizer sobre o julgamento do magistrado. O STJ, em julgamento exemplar, parecer sintetizar, ainda que se tratando de demanda consumerista, o que aqui se expõe:

CONSUMIDOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. ART. 6º, VIII, DO CDC. PROVA PERICIAL. RESPONSABILIDADE PELAS CUSTAS.

1. (...)

2. No entanto, a inversão do mencionado ônus não implica responsabilização da ré pelas custas da perícia solicitada; significa tão-somente que já descabe à autora a produção dessa prova. Optando a ré por não antecipar os honorários periciais, presumir-se-ão verdadeiras as alegações da autora. Precedentes do STJ.

3. (...)

4. Ora, tendo sido invertido o ônus da prova, desaparece a necessidade de o autor provar o que estiver no âmbito da inversão.

Logo, é supérfluo obrigar o réu a produzir prova cuja apresentação seja de seu exclusivo interesse, pois a sua negativa ou omissão em nada prejudicará o sujeito vulnerável, só o favorecerá em consequência da própria inversão.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1098876/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 26/04/2011)

Colocadas à baila as hipóteses de aplicação, assim como alguns meandros importantes sobre a decisão que aplica a dinamização do ônus da prova, pertinente, agora, abordar o momento dessa aplicação.

3.3 O MOMENTO PROCESSUAL DA DINAMIZAÇÃO

O momento processual para uma eventual dinamização do ônus da prova seria, sem maiores dúvidas, uma grande questão a ser debatida pela doutrina e jurisprudência, não fosse o CPC/15 adotar uma posição bastante clara. Ocorre que, antes do advento do código atual, verdadeira batalha doutrinária existia entre duas

¹⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. [digital]; No mesmo sentido, Ferreira menciona que na redação original do CPC/15 havia regulamentação expressa a respeito, mas que, para o autor, a ausência de previsão expressa é irrelevante, tendo em conta se tratarem de questões bem distintas. (FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários do Código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital])

posições muito claras sobre quando seria o momento correto para a inversão do ônus da prova. Ressalte-se, aqui, que os posicionamentos eram baseados primordialmente na aplicação do art. 6º, VIII do CDC.

De um lado, havia aqueles que entendiam que o ônus da prova, com base no seu aspecto objetivo, poderia/deveria ser invertido apenas na sentença¹⁷⁸. Para tais autores, o ônus da prova, por se tratar de uma regra de julgamento, voltada ao magistrado para evitar o *non liquet*, não possuía um momento para inversão. Para mais, a necessidade de aplicação do ônus da prova, isto é, a verificação da ausência de provas suficientes à resolução da causa, somente poderia ser realizada no momento da decisão final.

Do outro lado, havia aqueles que entendiam que o ônus da prova, forte numa elevação da relevância do seu aspecto subjetivo, somente poderia ser invertido em momento processual em que fosse possível à parte onerada de desincumbir-se do encargo que recebeu¹⁷⁹. Esses autores defendiam basicamente que a parte que viesse a ser onerada apenas em sentença não teria seu direito à prova respeitado e, conseqüentemente, todos os direitos processuais fundamentais relacionados a este.

A jurisprudência, assim como a doutrina, acompanhou essa a divergência de raciocínios. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, ora adotou o primeiro posicionamento apontado, como nos casos dos Recursos Especiais n. 203.225¹⁸⁰ e n. 422.778¹⁸¹, ora adotou o segundo, como nos casos dos Recursos Especiais n.

¹⁷⁸ Entre eles: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 12. ed. rev., ampl. e atual. até 13 de julho de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 727; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 439; DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. III. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 81-82; MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 51.

¹⁷⁹ Entre eles, DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. v. 2. 6. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 84-88; CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 418-420; CARPES, Artur. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 134-140; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 169-177; CREMASCO, Suzana Santi. **A distribuição dinâmica do ônus da prova**. Rio de Janeiro: GZ, 2009. p. 33-38.

¹⁸⁰ "IV - Não há vício em acolher-se a inversão do ônus da prova por ocasião da decisão, quando já produzida a prova". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 203.225/MG. Recorrente: Fiat Automóveis S.A. Recorrido: Ronaldo Salgado. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 02 abr. 2002. DJ 05 ago. 2002.)

¹⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 422.778/SP. Recorrente: SPAIPA S.A. Indústria Brasileira de Bebidas. Recorrido: Francisco Ferraz Caldas Filho. Relator: Min. Castro Filho. Relator para Acórdão: Min. Nancy Andrighi. Porto Alegre, 19 jun. 2007. DJ 27 ago. 2007.

442.854¹⁸² e n. 802.832¹⁸³ e no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.450.473¹⁸⁴.

Pois bem, independentemente da posição, pode-se dizer que o CPC/15 felizmente resolveu, em algum grau, essa discussão. Pode-se visualizar isso em dois momentos distintos do texto legal. O primeiro se localiza no inciso III do art. 357, o qual afirma que deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo, definir a distribuição do ônus da prova. O outro está inserido na parte final do §1º do art. 373, haja vista que determina que deverá ser dada à parte que venha a ser onerada pela dinamização a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Com base neste último dispositivo legal, uma dimensão do problema, portanto, parece estar evidente: não é mais possível a inversão do ônus da prova no momento da sentença. Greco, ao tratar da imposição da oportunização da parte se desincumbir, menciona que o dispositivo coíbe “abusos verificados na aplicação da regra do Código do Consumidor”¹⁸⁵. Há quem diga, nesse contexto, que o CPC/15 consagrou o tema como regra de procedimento e não como de julgamento¹⁸⁶, ou, numa ideia mais mediadora, na consagração do caráter duplo o ônus da prova¹⁸⁷.

¹⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 442.854/SP. Recorrente: Maria Aparecida Fonseca Pereira de Souza Romero. Recorrido: AMESP Saúde Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Porto Alegre, 11 nov. 2002. DJ 07 abr. 2003.

¹⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 802.832/MG. Recorrente: Ana Maria Guimarães Cruz. Recorrido: Tecar Minas Automóveis e Serviços Ltda. Relator: Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 13 abr. 2011. DJe 21 set. 2011.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.450.473/SC. Agravante: CELESC Distribuição S.A. Agravado: Dicave Gärtner Distribuidora Catarinense de Veículos Ltda. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 23 set. 2014. DJe 30 set. 2014.

¹⁸⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]

¹⁸⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. [digital]. Fora isso, válida a menção de que Lima e Faneco entendem que a regra de dinamização contida no CPC/15 se trata de regra procedimental, enquanto a prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC, trata-se de regra de julgamento, podendo, inclusive, ser invertida em sentença: LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. 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**, São Paulo, v. 91, p. 309-335, jan.-fev./2014; Nery Junior e Nery compartilham, de certa forma, desse entendimento: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]; Didier Junior, por outro lado, afirma que a regra referente ao momento processual prevista no CPC/15 é aplicável às demandas de consumo: DIDIER JUNIOR, 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 dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p.127.

¹⁸⁷ FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil e os processos coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971 p. 267-279, set. 2016.

Em sentido contrário, Neves afirma que a regra do ônus da prova permanece sendo regra de julgamento¹⁸⁸. Na concepção do doutrinador, a decisão que aplica o §1º do art. 373 do CPC/15, não estaria, naquele momento, invertendo o ônus da prova, até porque o ônus da prova poderia sequer ser aplicado caso a instrução probatória atinja o grau de convencimento necessário¹⁸⁹. Há, continua, apenas uma sinalização por parte do magistrado às partes de que, caso a instrução probatória seja insuficiente, a regra do ônus da prova será aplicada de forma invertida e não conforme a regra geral¹⁹⁰.

Medina, da mesma forma, refere que há um falso dilema, sendo o ônus da prova uma regra de julgamento. Contudo, tendo em vista que a inversão do ônus da prova alterará a regra ordinariamente utilizada, impõe-se que a parte onerada seja informada, sob pena de violação ao princípio do contraditório¹⁹¹.

Regra de procedimento e/ou de julgamento, Cambi sustenta que inverter o ônus da prova em sentença seria, sob o pretexto de tutelar um bem jurídico, retirar todas as oportunidades de defesa¹⁹². O autor, enaltecendo o aspecto subjetivo do ônus da prova, conclui da seguinte forma:

O momento da inversão do ônus da prova (anterior à sentença) constitui fator de maior segurança para as partes, porque dissemina, nos litigantes, maior consciência dos riscos que correm, caso não venham a desincumbir, bem como dá maior grau de legitimação às decisões judiciais¹⁹³

Ressalte-se que Nery Junior e Nery sustentam que, uma vez conclusos os autos para julgamento, o magistrado não poderá baixar os autos em diligência¹⁹⁴. Na visão dos autores, o momento processual para a inversão já terá sido ultrapassado, cabendo à parte prejudicada agir durante a fase instrutória.

Esse entendimento passa longe de ser unânime. Defende Neves que não se pode falar em qualquer preclusão ao juiz, tendo este que reabrir a instrução caso

¹⁸⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. [digital]

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 662.

¹⁹² CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1.º e 2.º do NCPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

necessário, ainda que não seja o ideal, tendo-se em vista os princípios da duração razoável e economia processual¹⁹⁵. Pode-se se dizer, independentemente da previsão legal de um momento oportuno para a dinamização – como o saneamento –, não há um limite temporal para que seja feito, cabendo a conversão do feito em diligência para o correto cumprimento do disposto no §1º do art. 373 do CPC/15¹⁹⁶.

Não fosse isso, alerta Ferreira ser imperioso ao magistrado manter a distribuição do ônus da prova de forma condizente com o cenário processual¹⁹⁷. Isso quer dizer basicamente que, havendo a apresentação de fatos e fundamentos novos ou modificação nas circunstâncias que deram azo à dinamização, deve ocorrer a modificação da decisão que inverteu o ônus da prova (ampliação, redução ou revogação), seja em primeiro, seja em segundo grau¹⁹⁸. Uma alteração na situação de fato poderá alterar o cenário de hipossuficiência probatória de uma parte e/ou de hipersuficiência da outra¹⁹⁹.

Peyrano, ao comentar o ainda projeto de CPC, criticou a necessidade de pronunciamento prévio imposta pelo Código:

Aqui se estabelece nosso dissenso. Isso pode gerar incontáveis questões procedimentais, (incidentes, recursos, imputações de prejulgamento, etc.) que podem entorpecer a marcha do processo principal; apresentando, ademais, o inconveniente de que na maioria dos casos será muito difícil ao tribunal determinar no florescer da causa se uma parte se encontra objetivamente em dificuldades para desincumbir-se de um ônus probatório.²⁰⁰

Importante mencionar, todavia, que, não obstante a decisão que inverte o ônus da prova seja recorrível por Agravo de Instrumento – como já referido no tópico

¹⁹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. [digital]

¹⁹⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/15. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 153-170, v. 962, dez. 2015.

¹⁹⁷ FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários do Código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

¹⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁹⁹ DIDIER JUNIOR, 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 dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 131.

²⁰⁰ “Aquí finca nuestro dissenso. Ello puede generar un sinnúmero de cuestiones procedimentales, (incidentes, recursos, imputaciones de prejulgamiento, etc.) que pueden entorpecer la marcha del proceso principal; presentando, además, el inconveniente de que en la mayoría de los casos le resultará muy difícil al tribunal determinar en los albores de la causa si una parte se encuentra objetivamente en dificultades para levantar una carga probatoria.”. PEYRANO, Jorge Walter. Sobre el proyecto en curso de reformas al código procesal civil de Brasil. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 87-98. p. 112.

anterior –, caso o juiz da causa não respeite a imposição da oportunização à parte onerada de desincumbir-se e proceda à dinamização somente em sentença, o recurso a ser manejado será a Apelação (art. 1.009, do CPC/15)²⁰¹.

De qualquer forma, verificado que a inversão não pode ocorrer na sentença, cabe definir qual o melhor momento para fazê-lo. Como já citado, o Código atribui à decisão de saneamento do processo a ocasião para que o juiz decida sobre a questão.

Em realidade, a decisão de saneamento é a mais oportuna, pois, como o diploma processual define, será a decisão em que o magistrado delimitará as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória (inciso II do art. 357) e designará, se necessário, audiência de instrução (inciso V do art. 357). Mas, como bem chama à atenção Ferreira, a lei está meramente a estabelecer um caminho usual e prático, visando à ausência de prejuízos ao andamento do processo e à atividade probatória, pois será muito provavelmente em meio à instrução que as hipóteses de dinamização serão evidenciadas²⁰². Isso reforça a ideia de que o momento processual para a dinamização não é inflexível²⁰³, sendo a decisão de saneamento a ocasião preferencial²⁰⁴ definida pelo legislador.

Parte da doutrina, contudo, tem dado tratamento diverso à decisão de saneamento. Greco, a título exemplificativo, estabelece que o CPC/15 “impõe” que a inversão ocorra na referida decisão²⁰⁵. Diferentemente, na visão de Araken de Assis, a decisão de saneamento é o instante final para que ocorra a inversão, não podendo realizá-la depois²⁰⁶.

²⁰¹ LUCON, Paulo Henrique. Das disposições gerais (arts. 369 a 380). In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. [digital].

²⁰² FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários do Código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ Expressão utilizada por Lucon em LUCON, *op. cit.*; Neves, por exemplo, fala ser “mais vantajoso” que a dinamização ocorra no saneamento: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. [digital]; Bueno menciona como sendo o saneamento o momento “adequado”: BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 343; e Didier Junior trata como momento “oportuno”: DIDIER JUNIOR, 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 dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 127.

²⁰⁵ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

²⁰⁶ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral: institutos fundamentais**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 209-210.

O autor gaúcho, aliás, argumenta que, com base no princípio da cooperação e de modo a propiciar a mais ampla defesa ao réu, a dinamização pode ocorrer desde logo no momento do recebimento da inicial²⁰⁷. Assim, quanto antes o réu tiver ciência da incumbência recebida, terá mais oportunidade de produzir determinada prova e, inclusive, o conteúdo probatório dos autos tende a ser mais rico²⁰⁸. Ferreira, em sentido oposto, afirma que inverter o ônus da prova já na fase postulatória se mostra um exagero, sem proveito às partes, pois daria azo a “decisões precipitadas e perigosamente indutoras de posicionamento impregnados de (pré)conceitos, incompatível com a imparcialidade”²⁰⁹.

Afigura-se importantíssimo reforçar, sem embargo, que a decisão de saneamento permanece, apesar da intenção de se preconizar a ampla defesa, como o momento mais adequado para a dinamização. Note-se, inclusive, que o §1º do art. 357 do CPC/15 dá às partes o prazo de 5 (cinco) dias para solicitação de ajustes ou esclarecimentos²¹⁰, o que se coaduna com o dever de fundamentação do magistrado no sentido de especificar os fatos a serem provados e a análise necessária sobre a configuração das hipóteses previstas em lei – como veremos no tópico seguinte.

Finalmente, deve-se perceber que há divergência no que tange à necessidade de requerimento para que ocorra a dinamização. Há quem entenda, por um lado, que o requerimento da parte inicialmente onerada é obrigatório, forte no princípio dispositivo no processo civil atual²¹¹. Diversamente, Didier Junior, Braga e Oliveira sustentam que a decisão pode ser realizada de ofício²¹².

Compartilhando da mesma ideia, Theodoro Junior completa raciocínio no sentido de que, seja por iniciativa do juiz, seja por requerimento da parte, deve o juiz

²⁰⁷ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 209-210.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 210.

²⁰⁹ FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários do Código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

²¹⁰ Câmara, inclusive, utiliza-se dessa previsão para reforçar a adequação da decisão de saneamento para a inversão do ônus da prova: CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. [digital]

²¹¹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. 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**, São Paulo, v. 91, p. 309-335, jan.-fev./2014.

²¹² DIDIER JUNIOR, 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 dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 125; no mesmo sentido, FERREIRA, *op. cit.*

consultar as partes antes de proferir qualquer decisão sobre o tema. A propósito, Didier Junior, Braga e Oliveira levantam o fato de que a melhor ou pior posição de cada parte com relação à produção probatória, ensejadora da dinamização, pode vir a ser objeto de prova²¹³, o que reforça a necessidade de diálogo antes da decisão.

A despeito das divergências apresentadas, observa-se que a impossibilidade da dinamização do ônus da prova em sentença figura como um limite à livre dinamização do ônus da prova pelo juiz. Porém, como será visto adiante, está longe de ser a única baliza imposta pelo direito processual.

3.4 OS LIMITES PARA APLICAÇÃO

Ao adotar a teoria do ônus dinâmico da prova, o legislador brasileiro não se furtou de delimitar uma condicionante clara e específica: a inversão do ônus da prova não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo seja impossível ou excessivamente difícil (§2º do art. 373 do CPC/15). Trata-se, sinteticamente, da impossibilidade da imposição da atribuição a outra parte do ônus de realizar uma prova diabólica.

Ainda sob a vigência do CPC/73, Knijnik já atentava para fato de que a dinamização não poderia derivar em uma prova diabólica reversa²¹⁴. Nessa seara, tem-se que, ao se impor o ônus da prova sobre alguém, deve-se partir do princípio básico de que o fato é suscetível de ser provado por aquele alguém.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero substanciam, em sábias palavras, o que a lei determina, inclusive retomando a inexistência de imposição, pela dinamização, da realização de prova contra si:

(...) quando se modifica o ônus, é preciso supor que aquele que vai assumi-lo terá a possibilidade de cumpri-lo, pena de a modificação do ônus da prova significar a imposição de uma pena e não apenas a transferência de um ônus. Nessa perspectiva, a modificação do ônus da prova somente deve ocorrer quando o réu tem a possibilidade de demonstrar a não existência do

²¹³ DIDIER JUNIOR, 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 dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 131.

²¹⁴ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça para superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951. p. 948.

fato constitutivo, ou quando o autor tem condições de fazer a prova da inexistência do fato extintivo, modificativo ou impeditivo.²¹⁵

Ora, o conceito da teoria da dinamização do ônus da prova é, consoante já demonstrado na primeira parte deste trabalho, movimentar o ônus da prova conforme a facilidade de cada parte na produção de determinadas provas, afastando-o da parte hipossuficiente e deslocando-o para aquela que se mostra mais apta a desincumbir-se. Parece óbvio que atribuir um ônus probatório impossível ou excessivamente difícil a uma parte vai retilineamente de encontro aos próprios fundamentos da teoria e desrespeita, ao menos à primeira vista, os princípios processuais promovidos por esta. Distinguem-se, vale citar, os já mencionados casos em que a impossibilidade da produção da prova advém de conduta extraprocessual.

Ademais, ao comentar e elogiar o referido dispositivo, Neves ressalta que a técnica da dinamização não serve à produção de partes vitoriosas, onerando seus adversários com um encargo impossível de ser exercido²¹⁶. Como bem afirma o autor, a “nova sistemática de distribuição do ônus da prova serve para facilitar a produção da prova, e não para fixar a priori vencedores e vencidos”²¹⁷.

A análise da situação material referente à facilidade na produção da prova deve ocorrer com a devida prudência, de modo a que a dinamização do ônus da prova proporcione a isonomia entre as partes e conceba decisões mais justas.²¹⁸ Gerar o ônus de uma prova impossível certamente não o fará.

Silva analisa que a dificuldade da prova pode ser graduada em termos relativos para cada sujeito, podendo a dificuldade inclinar-se a uma parte e não à outra²¹⁹. Com isso, a prestigiada professora portuguesa refere que, com a correta interpretação das fontes materiais relevantes, deve-se observar se a dificuldade é subjetiva, o que motiva uma redistribuição do ônus probatório, ou objetiva, isto é, inerente ao fato, o que dá azo a métodos de diminuição no grau de certeza

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 275.

²¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. [digital]

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1.º e 2.º do NCPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

²¹⁹ SILVA, Paula Costa e. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 222, p. 149-170, ago. 2013.

necessário²²⁰. Frise-se: neste último caso, a dinamização do ônus da prova deve ser reservada, quiçá, às hipóteses de impossibilidade da prova causada por violação nos deveres materiais de prevenção²²¹.

No mesmo sentido leciona Theodoro Junior, o qual sustenta que as hipóteses de aplicação decorrem das condições das partes, não sendo possível a dinamização do ônus da prova em cenários em que a dificuldade atinge ambas as partes²²². A solução, nesses casos, deve ser buscada em outros expedientes do direito material, como presunções, indícios e máximas de experiência²²³. Araken de Assis, de modo bastante enfático, afirma que, observando-se que nenhuma das partes poderá se furtar do ônus da prova diabólica, reduzir-se-á a aplicação da regra geral contida nos incisos do art. 373 do CPC/15²²⁴.

Outra limitação à livre aplicação da dinamização do ônus da prova é o dever de fundamentação do magistrado. Com relação específica à dinamização, o §1º do art. 373 determina que seja realizada mediante decisão fundamentada. No entanto, o CPC/15 impõe, em seu art. 489, §1º, um dever de fundamentação analítica às decisões judiciais. Especialmente, o inciso II do §1º do art. 489 determina que não serão consideradas fundamentadas decisões que empreguem conceitos indeterminados sem a devida explicação de incidência no caso concreto, o que tem imediata influência em uma eventual inversão do ônus da prova.

Ocorre que o §1º do art. 373 gira em torno de conceitos indeterminados, quais sejam, a facilidade e dificuldade na produção da prova. Com isso, a doutrina já vem se manifestando no sentido de que não poderá o magistrado fazer simples uso de tais noções para embasar eventual inversão do ônus probatório²²⁵.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ Sobre o tema especificamente: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 201-203.

²²² THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]. Do mesmo modo, Marinoni, Arenhart e Mitidiero levantam que, no caso de dificuldade mútua, a modificação do ônus da prova seria “a transferência de uma situação insuperável”. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 275.)

²²³ THEODORO JUNIOR, *op. cit.*

²²⁴ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 209.

²²⁵ DIDIER JUNIOR, 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 dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 126-127.

A fundamentação da decisão precisa, pois, demonstrar os motivos concretos pelos quais o magistrado considerou que a parte inicialmente onerada teria maior dificuldade na produção da prova quando comparada à outra diante da situação concreta²²⁶. Decisões genéricas são invariavelmente inadmissíveis, devendo o magistrado inclusive especificar as situações de facilidade/dificuldade para cada fato que venha a inverter o *onus probandi*²²⁷ - até porque, como já estabelecido, trata-se de uma técnica circunstancial em que não há a transferência de todo o ônus probatório²²⁸.

De modo bastante interessante, Rodrigues conclui que o Código institui diferentes graus de necessidade ou conveniência da dinamização do ônus da prova e, destarte, haveria gradações do esforço argumentativo a ser despendido pelo juiz²²⁹. O autor sustenta que os casos de impossibilidade da prova do autor/réu conjugado com poder probante do réu/autor demandaria uma exposição de argumentos significativamente inferior que nas hipóteses de mera facilidade na produção de prova do fato contrário²³⁰.

Em todo caso, a correta fundamentação da decisão que aplica o §1º do art.373 acima de apenas respeitar o dever geral de fundamentação do magistrado, dá consistência e legitimidade à teoria do ônus dinâmico, porquanto rechaça as críticas relacionadas à arbitrariedade²³¹. Importante mencionar, ainda, ser forçoso a tal fundamentação que tenha em apreço valores e princípios contemporâneos, além

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 484. Oportuno referir que Roque afirma que, dentro da ideia prevista no Código, no caso de aplicação da dinamização do ônus da prova com base em previsão legal específica, deverá o magistrado, igualmente, especificar os requisitos da outra norma autorizante. (ROQUE, Nathaly Campitelli. Breves apontamentos sobre o regime do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. In: SARRO, Luís Antônio Giampaulo (Coord.). **Novo código de processo civil**: principais alterações do sistema processual civil. São Paulo: Rideel, 2014. p. 229-235. p. 233.)

²²⁷ FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários do Código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

²²⁸ Além dos autores citados no momento oportuno, LUCON, Paulo Henrique. Das disposições gerais (arts. 369 a 380). In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. [digital]; THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital].

²²⁹ RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, p. 41-58, fev. 2015.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ THEODORO JUNIOR, *op. cit.*; CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1.º e 2.º do NCPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

de fatores culturais, sociais e econômicos²³² – já que, efetivamente, a dinamização do ônus da prova visa à adequação do processo à relação de direito material em conflito.

De outro norte, pode-se elencar, ainda, mais um limite negativo à aplicação, no direito processual brasileiro, da teoria do ônus dinâmico da prova. Cuida-se da existência de convenção entre as partes sobre a distribuição do ônus da prova. A possibilidade está prevista no §3º do art. 373 do CPC/15²³³ e estava, ainda que de forma implícita, prevista no parágrafo único do art. 333 do CPC/73²³⁴.

Buchmann, sobre o tema, assevera que o juiz atuará de modo complementar nas situações em que houver o autorregramento pelas partes sobre o ônus da prova²³⁵. Para a autora, inclusive, descaberiam maiores análises pelo magistrado sobre a convenção (para além da verificação relacionada aos incisos I e II do §3º do art. 373), sendo uma condicionante para se alcançar uma lógica sistemática a atuação meramente secundária do juiz²³⁶. No mais, não se visualiza, aqui, maiores debates sobre a existência de um gargalo para movimentação dos ônus probatórios pelo magistrado²³⁷.

Por fim, no que tange a limites negativos à teoria, válida uma importante menção. Roque alerta sobre a necessidade da imposição de maiores diretrizes para a inversão do ônus da prova quando presentes situações de presunções legais relativas, uma vez que, eventualmente, estar-se-ia negando a presunção em questão²³⁸. Essa questão, ainda sob pequeno debate doutrinário, mostra-se de elevada importância para que se proporcione o equilíbrio entre dinamização do ônus da prova e a previsão de presunções legais.

Por outro lado, pode-se tratar aqui de uma espécie de limite positivo à aplicação da teoria do ônus dinâmico da prova, ou seja, se há ou não uma

²³² CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1.º e 2.º do NCP. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

²³³ §3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando(...)

²³⁴ Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: (...)

²³⁵ BUCHMANN, Adriana. A inversão do ônus da prova oficiosa no novo CPC e a imposição de limites pela existência de convenção probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 266, p. 55-78, abr. 2017.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

²³⁸ ROQUE, Nathaly Campitelli. Breves apontamentos sobre o regime do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. In: SARRO, Luís Antônio Giampaulo (Coord.). **Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil**. São Paulo: Rideel, 2014. p. 229-235. p. 233.

verdadeira imposição de dinamização pela lei brasileira. Presentes os requisitos legais, tem o magistrado o dever de dinamizar o ônus da prova? Theodoro Junior entende que sim. Para o doutrinador, a legislação brasileira traz requisitos legais objetivos, que se evadem do subjetivismo do juiz²³⁹. De maneira mais completa, deixa claro:

Restringindo-se a permissão da lei às hipóteses objetivas de impossibilidade ou excessiva onerosidade na produção da prova, ou na maior facilidade da prova do fato arguido pela defesa, o sistema da redistribuição dinâmica da carga probatória adotado pelo novo Código corresponde a um aprimoramento adequado à função do moderno processo justo e não se reverte de caráter discricionário.²⁴⁰

Essa visão, todavia, não é unânime.²⁴¹

Em suma, vê-se a presença de algo inerente à teoria do ônus dinâmico da prova e que reforça a ideia de que o Direito Positivo Brasileiro a adotou: seu caráter auxiliar no processo. Malgrado a exposição de todos os benefícios trazidos, a dinamização do ônus probatório precisa ser utilizada com prudência e bom senso²⁴².

A existência de hipóteses legais e limites temporais e materiais para a aplicação faz com que a legislação brasileira se mostre formidável, à medida que estabelece a possibilidade e dá balizas visíveis. Nessa perspectiva, a doutrina tem sido enérgica para afirmar que a redistribuição do ônus da prova deve ocorrer somente quando existirem fundados elementos que afastem a regra geral²⁴³.

A regra de inversão prevista no Código, acentue-se, não se presta a compensar eventual inércia de uma das partes, mas para afastar a imposição de

²³⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]. No mesmo sentido entende Cambi ao afirmar que "(...) o magistrado tem o dever de distribuir de modo dinâmico o ônus da prova, sob pena de sua omissão ser inconstitucional, por deixar de tutelar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva prevista no art. 5º, XXXV, da CF." (CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias dinâmicas (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1.º e 2.º do NCP. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.)

²⁴⁰ THEODORO JUNIOR, *op. cit.*

²⁴¹ Neves sustenta que o magistrado não está obrigado a alterar a distribuição do ônus probatório definida em lei. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. [digital]). Câmara, da mesma forma, utilizada a palavra afirma que "pode o juiz modificar" a distribuição quando trata do tema. (CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. [digital]); Silva chega ao ponto de criticar o texto legal por não vincular o magistrado a necessidade da dinamização. (SILVA, Jaqueline Mielke. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 943, p. 155-181, maio-jun./2014.)

²⁴² CAMBI, *op. cit.*

²⁴³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/15. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 962, p. 153-170, dez. 2015.

uma prova impossível/excessivamente difícil causada pela regra geral²⁴⁴. A aplicação deve girar em torno das hipóteses legais, descabendo uma generalização da teoria²⁴⁵. Araken de Assis, visível crítico da adoção, estabelece que, por ser uma regra excepcional, comporta interpretação restritiva²⁴⁶ e que o risco de generalização da tese pode acabar transformando o processo civil em um palco de lutas ideológicas²⁴⁷.

Não se pode negar que a utilização desarrazoada da dinamização do ônus da prova levará ao seu descrédito²⁴⁸ e tende a confrontar os mesmos princípios processuais a que visa, possivelmente levando a decisões injustas e propagando desigualdades²⁴⁹. Porém, ressalte-se o que já foi dito neste trabalho anteriormente: a teoria do ônus dinâmico da prova é inerentemente subsidiária e auxiliar, almejando adequar o processo a situações de direito material que não seriam reguladas pela regra geral com justiça. Basta uma simples leitura da doutrina argentina para perceber que a universalização da dinamização não é, hoje, o objetivo buscado:

Por fim, volte-se a sublinhar a qualidade – por ora, ao menos – de doutrina “de exceção” que deve se reconhecer a do “ônus dinâmico da prova” pensada por e para dar adequada solução a causas que, do contrário, receberiam respostas jurisdicionais inequivocamente inócuas. Que, então, não se interprete mal. O que se trata é, pois, não de propiciar outra regra rígida de distribuição do ônus da prova que concorra em pé de igualdade com os parâmetros legalmente regulados, mas de formular uma pauta “excepcional” que somente pode funcionar onde aquelas manifestamente operam mal porque foram elaboradas para supostos “normais e correntes” que não são correspondentes ao caso.²⁵⁰

²⁴⁴ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça para superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951. p. 947.

²⁴⁵ ROQUE, Nathaly Campitelli. Breves apontamentos sobre o regime do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. In: SARRO, Luís Antônio Giampaulo (Coord.). **Novo código de processo civil**: principais alterações do sistema processual civil. São Paulo: Rideel, 2014. p. 229-235. p. 234; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, p. 41-58, fev. 2015.

²⁴⁶ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 207.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 212.

²⁴⁸ FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários do Código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

²⁴⁹ FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil e os processos coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971 p. 267-279, set. 2016.

²⁵⁰ “Por fin, se vuelve a subrayar la calidad – por ahora, al menos- de la doctrina “de excepción” que debe reconocerse a la de las “cargas probatorias dinámicas” pensada por y para dar adecuada solución a causas que, de lo contrario, recibirían respuestas jurisdiccionales inequivocamente inicuas.

Enfim, respeitado o caráter excepcional da dinamização, assim como os limites e hipóteses definidos em lei, a teoria adotada pelo Código de Processo Civil se mostrará um grande instrumento à disposição do magistrado para o aumento da efetividade de suas decisões.

Que, entonces, no se interprete mal. De lo que se trata es, pues, no de propiciar otra regla rígida de distribución de la carga de la prueba que concurre en un pie de igualdad con los parámetros legalmente regulados, sino de formular una pauta “excepcional” que sólo puede funcionar allí donde aquéllas manifiestamente operan mal porque fueron elaboradas para supuestos “normales y corrientes” que no son correspondientes al caso.” PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamientos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 19-24. p. 24.

4 CONCLUSÃO

Viu-se que a teoria do ônus dinâmico da prova é mais um instrumento à mão do juiz que visa à essência do processo, ou seja, visa à instrumentalidade do processo. A partir da dinamização do ônus da prova é possível a adequação do procedimento aos meandros do conflito material levado até o poder judiciário, dando efetividade às decisões judiciais.

Especificamente, a partir dos ensinamentos da doutrina argentina, restou claro que a teoria do ônus dinâmico da prova, como pensada atualmente, tem por escopo a realocação do ônus probatório conforme a facilidade de cada parte em produzir a prova relacionada a cada fato. Mais que isso, a inversão do ônus da prova, como se observou da tese, não objetiva a quebra completa da distribuição tradicional do ônus da prova, mas completá-la, dando suporte e servindo como válvula de escape nas situações em que não possa ser aplicável. Trata-se de um instrumento que busca contribuir e não substituir definitivamente o arquétipo tradicional.

Há uma perfeita conjugação entre os valores de segurança jurídica, tão prezada pelos críticos da teoria, e efetividade das decisões, sendo sua aplicação, em determinados casos, evidentemente necessária.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil adotou de forma plena a teoria, ainda que preveja um esquema estático como regra geral. Frise-se: a teoria do ônus dinâmico da prova não pressupõe a ausência de regras gerais de distribuição, mas, ao contrário, pretende flexibilizá-las na medida do necessário para o correto tratamento do conflito a ser julgado. O legislador brasileiro, de fato, instituiu, agora de forma positiva e voltado a todas as demandas cíveis, uma distribuição do ônus da prova que garante, ao mesmo tempo, segurança – visualizada na regra geral – e flexibilidade quando necessário, o que é digno de elogios.

Hoje, conforme determina o §1º do art. 373 do CPC/15, caso uma das partes se encontre onerada a produzir uma prova excessivamente difícil ou impossível ou a outra parte se encontre em situação de visível maior facilidade em produzir a prova do fato contrário, o juiz deverá dinamizar o ônus da prova. Dinamização esta que, como visto, não atribui um ônus de prova contra si, mas de prova do fato contrário.

A lei brasileira, ainda, encerrou uma discussão bastante árdua da doutrina brasileira, determinando, mesmo que de forma implícita, que a decisão que inverte o ônus da prova não pode ocorrer em sentença. O momento exato em que deve ocorrer, entretanto, ainda é pauta de controvérsia doutrinária, sendo praticamente unânime que o instante processual é algo flexível. Em resumo, basta que seja dada a oportunidade da parte a qual venha a ser onerada de desincumbir e que, a fim de evitar maiores dilações ou precipitações, a decisão de saneamento do processo (art. 357, inc. III, do CPC/15) se mostra a mais adequada.

Todavia, o legislador brasileiro não se privou de delimitar, corretamente, diga-se de passagem, limites claros à aplicação. O primeiro, mais evidente, é impossibilidade de a dinamização do ônus da prova gerar situação em que parte reste impossibilitada ou com extrema dificuldade de se desincumbir (art. 373, §2º, do CPC/15). Isso iria, como visto, de encontro a tudo que a teoria visa a estimular. Em casos onde a dificuldade da prova seja objetiva e, portanto, não advenha da condição de hipossuficiência probatória de uma das partes, mas do fato em si a ser provado, outro mecanismo terá o magistrado de utilizar para solução da causa, tal como o rebaixamento do grau de certeza necessário para o deslinde do feito. Ressalva seja feita novamente: consoante visto, ainda que não prevista legalmente, tem-se entendido pela possibilidade da dinamização do ônus da prova em casos que a impossibilidade da produção da prova seja causada pela violação de deveres extraprocessuais.

A fundamentação a ser dispendida pelo magistrado nos casos de dinamização recebe importância ainda maior. Enquanto um dos bastiões da defesa da teoria frente às críticas de arbitrariedade, o magistrado precisa, no momento da aplicação, expor as razões de aplicação dos conceitos indeterminados contidos no §1º do art. 373 de forma clara e evidente, devendo-o fazer, inclusive, de modo específico a cada fato a ser provado – haja vista, como já mencionado, que a dinamização não intenciona a inversão total dos ônus probatórios.

Fora isso, percebeu-se que a convenção entre as partes, desde que respeitadas as disposições contidas nos incisos I e II do §3º do art. 373, configura-se num impeditivo ao magistrado aplicar livremente a dinamização, devendo atuar de maneira supletiva. Contudo, sendo possível a dinamização judicial, isto é, presentes as hipóteses de aplicação e inexistente algum impeditivo, trata-se de uma regra que

escapa ao subjetivismo do magistrado, sendo um verdadeiro dever inverter o ônus da prova.

Em síntese, pode-se afirmar que teoria do ônus dinâmico da prova foi recepcionada pelo direito brasileiro de forma bastante benéfica. O Código de Processo Civil colocou a dinamização do ônus da prova na forma como ela foi pensada desde o princípio: como um instrumento auxiliar em busca da efetividade das decisões judiciais. De resto, deu balizas claras, evitando qualquer tipo de arbitrariedade e promovendo um processo mais justo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRASCA, Ivana María. Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 125-152.

ALVES, Maristela da Silva. Ônus da prova como regra de julgamento. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Prova Cível**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 85-101.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARBÉRIO, Sérgio José. Cargas probatorias dinámicas ¿Qué debe probar el que no puede probar? In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 99-107.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Trad. Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: EJEA, 1959.

BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. Milano: Unione Tipografica, 1936.

BRASIL. Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 abr. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei n. 3.015, de 2008. **Planalto**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=386780>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

BRASIL. Projeto de Lei n. 5.139 de 2009. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=603AE4D143BCD09C684A3CB70A12253A.proposicoesWebExterno2?codteor=651669&file name=PL+5139/2009>. Acesso em: 29 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial n. 70.866/GO. Agravante: Rui Edson de Oliveira. Agravado: Banco Bradesco S.A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 15 mar. 2012. DJe 20 mar. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 876.079/PR. Agravante: Paulo Sergio Menezes Garcia. Agravados: José Arthur de Carvalho Pereira Filho e Mario Alves Ribeiro. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 18 ago. 2016. DJe 08 set. 2016.;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 485.277/PR. Agravante: Banco Pactual/SA. Agravados: Alexandre Coelho Gonçalves e Maristela Fernandes Salermo. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 15 dez. 2016. DJe 07 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo n. 1.332.494/RJ. Agravantes: Antonio Ferreira Dias e outros. Agravado: Telemar Norte Leste S.A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 20 set. 2012. DJe 27 set. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 241.317/MG. Agravante: Município de Belo Horizonte. Agravado: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 20 nov. 2012. DJe 26 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 262.594/RJ. Agravante: Estado do Rio de Janeiro e Outro. Agravado: Pablo Guerreiro Salles S/A. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 18 dez. 2012. DJe 05 fev. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 533.403/MS. Agravante: Rogério Sousa Garcia. Agravado: Banco Bradesco S/A. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 18 jun. 2015. DJe 04 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 662.891/PR. Agravante: Caixa Econômica Federal – CEF. Agravada: Soeli Pfeifer de Almeida e cônjuge. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Brasília, 26 abr. 2005. DJ 16 maio 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.450.473/SC. Agravante: CELESC Distribuição S.A. Agravado: Dicave Gärtner Distribuidora Catarinense de Veículos Ltda. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Brasília, 23 set. 2014. DJe 30 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 38.025/BA. Recorrente: Álvaro Duarte de Almeida. Recorrido: Estado da Bahia. Relator: Min. Sérgio Kukina. Brasília, 23 set. 2014. DJe 01 out. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 203.225/MG. Recorrente: Fiat Automóveis S.A. Recorrido: Ronaldo Salgado. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Brasília, 02 abr. 2002. DJ 05 ago. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 316.316/PR. Recorrente: Ana Maria Spina. Recorrido: Clube Atlético Paranaense. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 18 set. 2001. DJ 12 nov. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 422.778/SP. Recorrente: SPAIPA S.A. Indústria Brasileira de Bebidas. Recorrido: Francisco Ferraz Caldas Filho. Relator: Min. Castro Filho. Relator para Acórdão: Min. Nancy Andrighi. Porto Alegre, 19 jun. 2007. DJ 27 ago. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 442.854/SP. Recorrente: Maria Aparecida Fonseca Pereira de Souza Romero. Recorrido: AMESP Saúde Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Porto Alegre, 11 nov. 2002. DJ 07 abr. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 598.620/MG. Recorrente: Dener Fraga Fonseca. Recorrido: Unibanco – União de Bancos Brasileiros S.A. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 07 dez. 2004. DJ 18 abr. 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 69.309/SC. Recorrente: Clínica Neurológica e Neurocirúrgica de Joinville. Recorrido: Getúlio Raphael Bittencourt Machado. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 18 jun. 1996. DJ 26 ago. 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 720.930/RS. Recorrente: Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda. Recorrida: Aline Garcia Flores. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 20 out. 2009. DJe 09 nov. 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 802.832/MG. Recorrente: Ana Maria Guimarães Cruz. Recorrido: Tecar Minas Automóveis e Serviços Ltda. Relator: Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 13 abr. 2011. DJe 21 set. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 823.122/DF. Recorrente: Clementino Humberto Conreiras de Almeida Recorrido: Fundação Universidade de Brasília FUB/UNB. Relator p/ Acórdão: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 14 nov. 2007. DJe 18 fev. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 883.656/RS. Recorrente: Alberto Pasqualini REFAP S.A. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 09 mar. 2010. DJe 28 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 888.385/RJ. Recorrente: Paulo de Souza Lima. Recorrido: Light Serviços de Eletricidade S.A. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 14 nov. 2006. DJ 27 nov. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 20100110179909. Apelante: BRB Banco de Brasília S.A. Apelado: Valdimar Ferreira Barbosa. Relator: Des. Hector Valverde Santanna, Brasília, 25 fev. 2015. DJe 03 mar. 2015.

BUCHMANN, Adriana. A inversão do ônus da prova oficiosa no novo CPC e a imposição de limites pela existência de convenção probatória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 266, p. 55-78, abr. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015. São Paulo: Saraiva, 2015. [digital].

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. v. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016. [digital]

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

CAMBI, Eduardo. Teoria das cargas probatórias (distribuição dinâmica do ônus da prova) – exegese do art. 373, §§1º e 2º do NCP. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 246, p. 85-111, ago. 2015.

CARBONE, Carlos Alberto. Cargas probatorias dinámicas: una mirada al derecho comparado y novedosa ampliación de su campo de acción. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 197-228.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 1999. p. 287-289.

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

CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE PROCESSO. **Enunciados Novo CPC**. Disponível em: <<http://www.ceapro.org.br/enunciados.html>>. Acesso em: 29 maio 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. II. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegri; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: Infográficos: ano-base 2015 - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Trad. Rubens Gomes de Sousa. São Paulo: Saraiva, 1946.

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

DALL'AGNOL JUNIOR, Antonio Janyr. Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 788, p. 92-107, jun. 2001.

DIDIER JUNIOR, 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 dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. II. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. III. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 403-420.

FERREIRA, Eduardo de Campos. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo código de processo civil e os processos coletivos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 971 p. 267-279, set. 2016.

FERREIRA, William Santos. Das Provas e da Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves comentários do Código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital].

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

GARCIA, André Almeida. A distribuição do ônus da prova e sua inversão judicial no sistema processual vigente e no projetado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 208, p. 91-124, jun. 2012.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital]

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

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça para superar a *probatio diabolica*. In: FUX, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KNIJNIK, Danilo. **Ônus Dinâmico da Prova**. Disponível em: <http://www.kni.adv.br/upload/artigos/arquivo_13419320784ffc422e8c4cd.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. 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**, São Paulo, v. 91, p. 309-335, jan.-fev./2014.

LUCON, Paulo Henrique. Das disposições gerais (arts. 369 a 380). In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. rev., atual, e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. [digital]

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento, arts. 332 a 341, tomo 1. v. 5. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MIDITIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. v. 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HAROLDO, Lourenço. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, p. 55-75, jan. 2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n. 1.0145.06.341852-2/001. Apelante: Telemar Norte Leste S.A. Apelada: Danielle Christine Fagundes Reis Fonseca. Relator: Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, 10 jan. 2008. DJ 15 fev. 2008.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a Inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 86, p. 294-313, abr./jun. 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: segunda série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (coord.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. [digital]

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 12. ed. rev., ampl. e atual. até 13 de julho de 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. [digital]

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Vivian von Hertwig Fernandes. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 231, p. 13-35, maio 2014.

PEYRANO, Jorge W. Informe sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. **Revista de processo**, São Paulo, v. 217, p. 205-224, mar. 2013.

PEYRANO, Jorge W. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinámicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 19-24.

PEYRANO, Jorge Walter. Sobre el proyecto en curso de reformas al código procesal civil de Brasil. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org.).

Desvendando o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 87-98.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Primeiras impressões sobre o sistema de distribuição do ônus da prova no CPC/15. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 962, p. 153-170, dez./2015.

PIRES, Adriana. Prova e contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Prova Cível.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65-83.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RAMBALDO, Juan Alberto. Cargas probatorias dinâmicas: um giro epistemológico. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinâmicas.** 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 25-34.

REICHELDT, Luis Alberto. A exegese das regras sobre ônus da prova no direito processual civil e o controle da argumentação judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 197, p.127-143, jul. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70071830343. Agravante: Sul América Companhia Nacional de Seguros. Agravado: Oli Nunes Vargas. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 29 mar. 2017. DJe 10 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 599306537. Apelante: Paulo Alfredo Muller. Apelado: Espólio de Clair Fernandes Machado. Relatora: Desa. Mara Larsen Chechi. Porto Alegre, 09 ago. 2000. DJ 28 ago. 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70072534100. Apelante: Cintia Dalvana Korschner – Eireli. Apelado: Banco Itaú S.A. Relator: Des. Dilso Domingos Pereira. Porto Alegre, 22 fev. 2017. DJe 07 mar. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70073795486. Apelantes: Adilson Vidal da Silva e Lauren Blank. Apelados: Luiz Fernando Pereira e Adriana da Silva Pereira. Relator: Des. Liege Puricelli. Porto Alegre, 29 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação cível n. 70073855553. Recorrente/recorrido: Samuel Severo Fonseca Recorrente/recorrido: David Leoman da Costa e Sandi Lamari Lourenço de Souza da Costa. Relator: Gelson Rolim Stocker. Porto Alegre, 29 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70011691219. Agravante: Banco do Brasil S.A. Agravado: João Carlos Santos. Relator: Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Porto Alegre, 20 maio 2005. DJ 06 jun. 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo n. 70067342832. Agravante: Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S.A. Agravado: Marcelo Francisco Cezimbra. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 16 dez. 2015. DJe 22 jan. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70072238918. Agravante: Sul América Companhia Nacional de Seguros S.A. Agravado: Itamar May Bolico. Relator: Des. Jorge Luiz Lopes do Canto. Porto Alegre, 31 maio 2017. DJ 02 jun. 2017.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A dinamização do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 240, p. 41-58, fev. 2015.

ROQUE, Nathaly Campitelli. Breves apontamentos sobre o regime do ônus da prova no novo Código de Processo Civil. In: SARRO, Luís Antônio Giampaulo (Coord.). **Novo código de processo civil: principais alterações do sistema processual civil**. São Paulo: Rideel, 2014. p. 229-235.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: EJEJA, 1956.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. v. I. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova: como garantia constitucional do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 2073887-90.2017.8.26.0000. Agravante: IPMMI – Casa de Saúde Stella Maris. Agravada: Aline Fabiane de Carvalho Diniz. Relator: Des. José Maria Câmara Junior. São Paulo, 24 maio 2017. DJe 30 maio 2017.

SILVA, Jaqueline Mielke. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade nas ações de alimentos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 943, p. 155-181, maio-jun./2014.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v. 1. 6. ed. rev. e atual. com as Leis 10.352, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Paula Costa e. A prova difícil: da *probatio levior* à inversão do ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 222, p. 149-170, ago. 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [digital].

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TRENTO, Simone. Os standards e o ônus da prova: suas relações e causas de variação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 226, p. 163-181, dez. 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WHITE, Inés Lépori. Cargas probatorias dinâmicas. In: PEYRANO, Jorge W.; WHITE, Inés Lépori (Org.). **Cargas probatorias dinâmicas**. 1. ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004. p. 35-73.

XAVIER, Trícia Navarro. O “ativismo” do juiz em tema de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 159, p. 172-197, maio 2008.