

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE GRADUAÇÃO
CURSO DE DIREITO

CARLA MENISCK RODRIGUES

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

São Leopoldo
2018

CARLA MENISCK RODRIGUES

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

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, pelo Curso
de Direito da Universidade do Vale do Rio
dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Prof. Me. Dalton Sausen

São Leopoldo

2018

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015, trouxe, de forma inovadora, o instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova, e se insere como exceção à regra estática do ônus probatório. As provas possuem um papel essencial no processo, senão o mais importante, possuindo estreita ligação com a busca pela obtenção de uma prestação jurisdicional efetiva. Na medida em que as provas são produzidas pelos sujeitos processuais, são fornecidas versões ao processo, as quais serão submetidas à apreciação do julgador que decidirá por aquela versão que se mostra mais compatível aos fatos e convincente ao juízo decisório. A dinamização dos ônus probatórios estava presente, ao tempo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, apenas em forma de teoria, o que poderia trazer insegurança jurídica, dada a ausência de previsão legal, conforme defendia parte da doutrina. A sua positivação se mostrou necessária na medida em que a regra estática, por vezes, não estava adequada a todo e qualquer caso fático que porventura se apresentasse ao processo. A regra estática do ônus da prova permanece tendo sua essencial importância e aplicação como regra de conduta e julgamento, todavia, a distribuição dinâmica do ônus da prova se trata de relativização da regra geral aproximando a prestação jurisdicional efetiva, tanto quanto possível, à situação fática, a partir das versões fornecidas pelos sujeitos processuais. Ao julgador cabe, portanto, atentar aos pressupostos legais para sua aplicação, observando os limites impostos pela Constituição Federal de 1988, evitando qualquer decisão discricionária ou arbitrária, inclusive, no contexto probatório, que lhe permite determinar provas *ex officio*. O instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova possui enfoque no modelo de processo cooperativo e se coaduna com diversas garantias constitucionais e processuais, em especial ao princípio da colaboração das partes, o contraditório formal e substancial e a consequente vedação às decisões surpresa.

Palavras-chave: Provas. Contraditório. Distribuição dinâmica do ônus da prova. Regra estática do ônus da prova. Colaboração das partes.

LISTA DE SIGLAS

ABDPC	Academia Brasileira de Direito Processual Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Civis
IIDP	Instituto Ibero-Americano de Direito Processual

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 PROVA: CONCEITO, FINALIDADE E ASPECTOS GERAIS	8
3 REGRA GERAL DO ÔNUS DA PROVA DE ACORDO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	26
4 ÔNUS DA PROVA NA PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	34
5 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA	44
5.1 A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Ordenamento Processual Civil ao Tempo de Vigência do Código de Processo Civil de 1973	52
5.2 A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Código de Processo Civil de 2015	56
5.3 Pressupostos Legais da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova	59
5.4 Hipóteses Legais de Não Admissão da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova	75
6 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO DAS PARTES.....	77
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
REFERÊNCIAS.....	97

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a analisar a distribuição do ônus da prova no atual ordenamento processual civil, com enfoque específico na distribuição dinâmica do ônus da prova, agora prevista expressamente no Código de Processo Civil (CPC) de 2015, de modo a compará-lo ao tempo do Código de Processo Civil de 1973, quando não era legalmente prevista, evidenciando seus pressupostos/condições de aplicabilidade. Busca, ainda, a delimitação dos objetivos para os quais o referido instituto se destina, assim como a sua aplicabilidade pelos julgadores na vigência do atual Código de Processo Civil.

O estudo se divide em cinco partes, delimitando desde os aspectos gerais das provas no processo civil, até os aspectos da relação de coexistência da distribuição dinâmica do ônus da prova e do princípio da colaboração das partes, no âmbito processual civil. Essa divisão se deu por se tratar de temas pontuais extremamente pertinentes para a compreensão holística da distribuição do ônus da prova, em especial, da dinamização dos ônus probatórios.

A primeira parte do presente estudo traz conceitos, finalidades e aspectos gerais da prova no contexto processual, explicitando, a partir do que ensina a doutrina, tanto a corrente favorável quanto a contrária à busca da *verdade real* no processo civil. Trata também sobre as hipóteses que independem de prova no âmbito processual civil, delimitando, brevemente, os fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os fatos admitidos no processo como incontroversos e os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

A partir disso, a segunda parte do estudo trata da regra geral do ônus da prova no processo civil vigente, ou a chamada regra estática do ônus da prova, demonstrando-se suas características, como e quando ocorre no processo, bem como a sua importância para a formação da convicção do julgador e sua distribuição como forma de tornar previsível o julgamento, em caso de insuficiência de provas.

Explicar-se-á, também, na terceira parte, o ônus da prova no âmbito das relações de consumo, e sua hipótese de inversão prevista pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), uma vez que se insere em exceção à regra estática do processo civil. Nesse contexto, tratar-se-á dos seus pressupostos de admissão, do papel das partes e do julgador ante a inversão, e ainda, do momento adequado para a

inversão do ônus da prova, segundo o que sustentam as correntes doutrinárias sobre o tema.

Delimitadas as provas em seus aspectos gerais, a regra estática do ônus da prova e a inversão do ônus da prova para as relações de consumo, adentrar-se-á no tema principal do presente estudo, elencado em sua quarta parte, momento em que apresentar-se-ão as suas principais características, admissão, aplicabilidade, bem como seus respectivos desdobramentos, com a pretensão de evidenciar a importância prática e essencialidade do instituto no processo civil.

A distribuição dinâmica do ônus da prova se trata de inovação no processo civil e caracteriza-se como verdadeira exceção à regra estática do ônus da prova. Estava presente ao tempo da vigência do Código de Processo Civil de 1973, todavia, à época, era tida apenas como teoria e era considerada, por parte da doutrina, como capaz de trazer insegurança jurídica, dada a ausência de previsão legal.

Todavia, considerando a evolução cultural, social, política e econômica, é evidente que o Direito deve adaptar-se a essas mudanças de acordo com o contexto histórico em que vive. Além do que, no Estado Democrático de Direito, o processo deve estar em máxima consonância com as garantias constitucionais. Dessa forma, a positivação da distribuição dinâmica do ônus da prova se mostrou necessária, uma vez que a regra estática, por vezes, não estava adequada a todo e qualquer caso fático que porventura se apresentasse ao processo. Assim, a dinamização do ônus probatório surgiu como inovação no Código de Processo Civil de 2015, com expressa previsão legal, se coadunando com diversas garantias constitucionais e processuais, a exemplo do direito fundamental à prova, do contraditório, do acesso à justiça, dentre outros.

Pertinentemente se mostra, a apresentação dos pressupostos legais de admissão da distribuição dinâmica do ônus da prova, demonstrando, inclusive, a sua estreita ligação com o contraditório, também tido como pressuposto legal. Além disso, chega-se a um debate particular sobre onde os poderes do julgador encontram limites de modo a evitar a ocorrência de arbitrariedade, discricionariedade, decisionismos, ou mesmo, ativismo judicial, discutindo-se sobre os amplos poderes que são concedidos ao juiz, inclusive, no contexto probatório, ocasião em que pode, até mesmo, determinar provas *ex officio*. Há casos, entretanto, que a distribuição dinâmica do ônus da prova não pode ser admitida,

quando a convenção entre as partes violar determinadas garantias, ocasião em que deve haver a recusa da convenção pelo julgador, sob pena de nulidade da decisão.

Por último, mas não menos importante, a quinta parte do estudo propõe a análise da distribuição dinâmica do ônus da prova, sob o enfoque do modelo de processo cooperativo. Cada vez mais se busca a primazia do processo constitucionalmente conformado, com a observação do contraditório formal e substancial, em especial à vedação das decisões surpresa, e da cooperação das partes no processo, dentre os diversos princípios constitucionais, de forma a obter a efetividade da prestação jurisdicional, o que, de fato, o Código de Processo Civil de 2015 trouxe, de forma inovadora.

Com isso, percebe-se que o ordenamento processual civil busca aproximar-se cada vez mais da Constituição Federal (CF) de 1988, evidenciando os princípios e garantias constitucionais em seus dispositivos. Em que pese a existência de diversas outras garantias constitucionais que se coadunam com a dinamização do ônus probatório, pretende-se demonstrar a íntima correlação desta com o princípio da colaboração das partes, porquanto não há como falar de um sem adentrar no campo do outro. Anota-se, entretanto, que não se pretende dar maior ou menor importância às demais garantias processuais constitucionais explicitadas de forma breve no decorrer do estudo, uma vez que todas têm sua especial relevância, todavia, sinala-se que não há espaço, no presente trabalho, para maiores aprofundamentos, sob pena de evadir-se da proposta principal.

Finalmente, apresenta-se as considerações finais, que foram obtidas através da presente pesquisa. Pretende-se que estas estejam aptas a agregar ao meio acadêmico, contribuindo, se possível, com os profissionais do direito, de modo geral, a partir das perspectivas apresentadas a respeito do novel instituto.

2 PROVA: CONCEITO, FINALIDADE E ASPECTOS GERAIS

Antes de adentrar nos pontos específicos do presente estudo, faz-se necessário esclarecer o que é prova, a sua definição e importância no processo, em seus aspectos gerais.

As provas processuais nada mais são do que elementos trazidos ao processo, capazes de formar, reconstruir, ou ainda, moldar a interpretação do julgador ante o caso fático.

Segundo Eduardo Cambi,¹ o processo é formado por provas, sem elas a interpretação e formação da convicção do julgador se torna prejudicada e inviável, ou seja, mais distante se estará da reconstrução dos fatos, prejudicando, via de consequência, a formação da decisão do julgador. Darci Guimarães Ribeiro² diz, sucintamente: “É possível se afirmar que as partes e o processo são dois lados de uma mesma moeda, pois um não tem razão de ser sem o outro”.

Jeremy Bentham³ as define simplificada, mas de forma esclarecedora: “[...] a arte do processo não é essencialmente outra coisa que a arte de administrar as provas”. (tradução nossa).

Araken de Assis⁴ ensina que um, dentre os itens estabelecidos na doutrina brasileira como essencial à efetividade do processo, corresponde à prova, a qual “[...] impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; [...]”. Nesse sentido, diz que “Em processo civil, a prova objetiva ministrar subsídios para o órgão judiciário apurar, tanto quanto humanamente possível, a veracidade das alegações de fato feitas pelas partes [...]”. O doutrinador em questão ainda acrescenta que “[...] o juiz só pode considerar

¹ 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. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

² RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 59.

³ “[...] el arte de enjuiciar no es en substancia sino el arte de producir las pruebas”. BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Paris: Bossangé Frères, 1825. t. 1, p. 4. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.udea.edu.co/dspace/handle/10495/2089>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

⁴ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume I, Parte Geral**: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 91.

provada a alegação de fato da parte quando entendê-la verdadeira, jamais como aceitável”.⁵ Aduz ainda, pertinentemente que:

[...] nessa busca incessante da eficiência, avulta no pleno conhecimento e domínio da própria técnica processual. Nenhuma lei processual funcionará satisfatoriamente, apesar das virtudes proclamadas no laboratório doutrinário, empregada e aplicada por mentes inábeis.⁶ [...].

Por esse motivo, as partes que, eventualmente, adquirem o direito à prova, cuja violação provocará o chamado cerceamento de defesa, também têm o ônus de provar as respectivas alegações, desejando obter o efeito jurídico pretendido. É da essência do processo civil que as partes tenham o direito de provar e o ônus de provar as alegações de fato. [...].

Devidamente situada a verdade como objetivo ideal da averiguação empreendida pelo juiz e pelas partes, tal não significa que, salvo disposição em contrário, o juiz se contente com menos, em especial com a verossimilhança prevalente.⁷

Luiz Guilherme Marinoni⁸ assim dispõe: “[...] nada mais natural do que eleger, como um dos princípios essenciais do processo – senão a função principal do processo –, a busca da verdade [...]”. Ato contínuo, o autor em questão afirma que “Ao lado de um direito, a prova é também um dever”.⁹ Nesse sentido, Daniel Francisco Mitidiero¹⁰ aduz: “A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto, tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, persegui-la”.

Em contrapartida, Ovídio Araújo Baptista da Silva¹¹ traz um conceito de prova abrangente, englobando os dois conceitos supracitados, assim definido:

⁵ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 62 e 63.

⁶ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume I, Parte Geral**: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 92.

⁷ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 67 e 179.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 252.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 260.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. f. 75 Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

¹¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 261 e 263.

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra *prova* não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência dos fatos formadores dos seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz. [...]. (grifo do autor).

Se todo direito, como fenômeno social, existe nos fatos sobre os quais eventualmente se controverte, compreende-se a importância para o processualista do domínio seguro dos princípios e dos segredos do direito probatório.

O doutrinador em referência ainda diz que “Apenas os fatos devem ser objeto de prova, desde que a regra de direito presume-se conhecida do juiz [...]”, e acrescenta ainda que, “[...] o próprio art. 332 do CPC¹² confirma esta regra, ao dispor que a atividade probatória das partes dirige-se a estabelecer a veracidade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa”.¹³ A partir disso, conclui que apenas os *fatos relevantes* dependem de prova para a solução da lide¹⁴ e que “A função de toda atividade probatória é fornecer ao julgador os elementos por meio dos quais ele há de formar o seu convencimento a respeito dos fatos controvertidos no processo”.¹⁵

Em face das ilações doutrinárias antes colacionadas, chega-se à conclusão de que as provas possuem um papel substancial no processo, senão o mais importante, estando intimamente ligadas à busca pela obtenção da efetividade da prestação jurisdicional.

Michele Taruffo, sobre as provas para o processo, se manifesta da seguinte forma: “As coisas são bastante claras quando a verdade dos fatos em disputa é assumida como uma meta do processo judicial e como um aspecto necessário à decisão judicial”. Com efeito, o doutrinador entende que as provas são meios essenciais para a busca da verdade real do processo, “[...] ou seja, para alcançar uma das metas fundamentais da administração da justiça [...]”. Resumidamente, o autor em referência diz que: “[...] nenhuma decisão correta e justa pode basear-se

¹² Aqui o autor refere-se ao CPC/1973, sendo que o artigo correspondente no CPC/2015 se trata do art. 369: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

¹³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 264.

¹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 264.

¹⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 301.

em fatos determinados erroneamente”. Em outras palavras, quer dizer que não há processo justo e decisão justa sem que tenha sido encontrada a verdade real dos fatos, a qual pode ser atingida, essencialmente, através da produção das provas necessárias e suficientes para este fim.¹⁶

Assim, doutrinadores como Michele Taruffo, Luiz Guilherme Marinoni e Araken de Assis tratam as provas como meios essenciais à busca da *verdade real* e do *processo justo*. Entretanto, adota-se o tratamento que Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁷ confere às provas no âmbito processual, ao afirmar que “Seria uma pura e pretenciosa ingenuidade imaginar que o processo civil seja instrumento capaz de permitir a determinação da verdade absoluta a respeito dos fatos”.

Nesse mesmo sentido, Jeremy Bentham¹⁸ afirma que se deve entender por prova o estabelecimento de “[...] um fato supostamente verdadeiro”. Ou seja, um fato pode ser tomado como supostamente verdadeiro, porém, deve-se ter cautela ao buscar-se a verdade real e absoluta no processo.

Isso porque, a verdade real e absoluta no processo apresenta-se como uma busca fantasiosa, porquanto não se tem a plena convicção de que o processo encontrará a verdade real dos fatos, ou a atingirá em algum momento.¹⁹ Revela-se apropriado para este estudo, portanto, adotar a terminologia *versões do processo*.²⁰

Conforme diz Hannah Arendt,²¹

[...] ante a óbvia implicação de que a verdade e a realidade não são dadas, que nem uma nem outra aparecem como são, e que somente da interferência na aparência, na eliminação das aparências, pode-se conservar a esperança de atingir-se o verdadeiro conhecimento.

¹⁶ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 20, 22, 204 e 205.

¹⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 262.

¹⁸ BENTHAM apud SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 262.

¹⁹ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni discorre sobre as diversas teorias da prova existentes no processo moderno que criticam a busca da verdade real no processo ou, o que ele chama de reconstrução da verdade absoluta. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 252-254.

²⁰ Nesse sentido, Ovídio Araújo Baptista da Silva (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 262); Hannah Arendt (ARENDR, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. Revisão e Apresentação Adriano Correia. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 342).

²¹ ARENDR, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. Revisão e Apresentação Adriano Correia. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 342.

Dito de outro modo, parte-se do pressuposto de que as partes oferecem *versões ao processo*, as quais ficarão à apreciação do julgador que decidirá, conforme as provas produzidas, por aquela versão que se mostra mais compatível aos fatos e convincente ao juízo decisório.

Michele Taruffo diz que os *enunciados* (aqueles formulados a partir da narração feita por um sujeito no processo) são tidos como verdadeiros ou falsos, isto é, incertos, durante o processo. Dessa forma, a função da prova corresponderia em “[...] ajudar o julgador a resolver esse problema, ao provê-lo com as informações necessárias para decidir racionalmente se os enunciados concernentes aos fatos materiais em litígio são verdadeiros ou falsos”.²²

Todavia, Luis Recaséns Siches atribui às normas do Direito o conceito de *instrumentos práticos* que possuem a finalidade de produzir efeitos na sociedade, sendo que, não se pode aplicar a tais normas, os conceitos de *verdade e falsidade*, tendo em vista que “[...] o Direito não é um ensaio de conhecimentos vulgares ou científicos”.²³ (tradução nossa). Além disso, segundo o autor, “No tratamento e na solução dos problemas humanos, e entre eles, os problemas jurídicos, não é possível obter uma exatidão, nem uma evidência inequívoca”. (tradução nossa). Nessa construção, o autor chega ao conceito do que ele chama de *lógica razoável*, através da qual se tem por escopo a aplicação da norma mais adequada e plausível de acordo com o caso concreto.²⁴

Essa parece ser a doutrina de Ovídio Araújo Baptista da Silva:²⁵ “[...] a prova colhida nos autos oferece duas versões antagônicas, de que se pode perfeitamente retirar tanto a procedência quanto a improcedência da causa”, razão pela qual a terminologia *verdade real* utilizada por parte da doutrina, não se mostra adequada

²² TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 27 e 29.

²³ “Los predicados ‘verdad’ y ‘falsedad’ no pueden ser atribuidos a las normas del Derecho. Las reglas jurídicas, positivas o ideales, no son ni verdaderas ni falsas. Las reglas jurídicas no pueden ser juzgadas desde el punto de vista de la verdad o falsedad. [...] Las reglas del Derecho son instrumentos prácticos, elaborados y contruidos por los hombres, para que, mediante su manejo, produzcan en la realidad social unos ciertos efectos, precisamente el cumplimiento de los propósitos concebidos. [...] el Derecho no es un ensayo de conocimientos, ni vulgares ni científicos”. RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973. p. 277.

²⁴ “En el tratamiento y en la solución de los problemas humanos, y entre ellos de los problemas jurídicos, no se puede conseguir nunca una exactitud, ni una evidencia inequívoca. [...] La mayoría de los problemas humanos de conducta práctica, que han de ser tratados, buscados y decididos de acuerdo con el logos de lo razonable, implican relaciones sociales y, entre tales relaciones, nos encontramos con conflictos de intereses entre diversas personas y diversos grupos”. RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973. p. 279, 281 e 282.

²⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 262.

para referenciar a finalidade do processo, e não menos importante, o papel das provas no processo.

Darci Guimarães Ribeiro, por sua vez, corrobora com o exposto, ao dizer que: “Não existe verdade nas ciências humanas, conseqüentemente também não haverá nas ciências jurídicas”, desse modo, a teoria de que a prova é tida “[...] como um ônus de se provar a verdade de uma alegação feita sobre um fato [...]” resta mitigada, porquanto deve ser entendida “[...] como uma técnica de argumentação que se vale de premissas encontradas dentro do ordenamento jurídico, não podendo ser certa nem errada, mas provável ou improvável”.²⁶

Oportuna a lição de Leo Rosenberg: “Pode ocorrer, em cada processo, que a exposição das partes a respeito do desenvolvimento real dos fatos, não chegue a produzir no juiz, a convicção de certeza [...]”, acrescentando que isso se dá “[...] em razão da falibilidade do nosso conhecimento médio e dos limites da nossa capacidade de entendimento”,²⁷ (tradução nossa), lição da qual fica evidente o utópico escopo de atingir a verdade real no processo, conforme tem se defendido até então.

Artur Thompsen Carpes²⁸ assevera a importância do diálogo das partes para a formação do juízo de fato, sendo que este, é instrumento substancial para tornar “[...] possível aproximar ao máximo da verdade, que deixa de ser buscada em termos absolutos para retomar sua natureza provável, face à consciência acerca da falibilidade do homem na reconstrução processual dos fatos”.

Hermes Zaneti Júnior²⁹ reafirma: “No processo visto como procedimento em contraditório, o juiz participa ativamente e sobre ele também recaem os ônus (entendidos como deveres-poderes) do diálogo judicial”.

²⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 138.

²⁷ “Puede suceder en cada litigio que la exposición de las partes con respecto al desarrollo real de las cosas, no llegue a producir en el juez la convicción de la certeza, en vista de la insuficiencia de nuestros medios conocimiento y los límites de nuestra fuerza de entendimiento”. ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Traducción Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956. p. 1.

²⁸ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 145.

²⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 4, p. 171-212, out. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widGetshomepage?area-of-interest=w/brHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

Ainda, Luis Recaséns Siches³⁰ ensina que “A produção do Direito – o mesmo das regras gerais das decisões jurisdicionais – deve estar inspirada na lógica da razoabilidade”. (tradução nossa). A partir disso, o doutrinador explica que:

O processo de produção do Direito continua no trabalho do órgão jurisdicional (juiz ou funcionário administrativo), que, em vez de avaliar, em termos gerais, tipos de situações, deve avaliar e fazê-lo, nos termos concretos das situações particulares. Para isso, ele deve avaliar as provas, avaliar os fatos do caso, entender seu significado em particular; qualificando-o juridicamente e julgando qual é a regra pertinente. O conjunto dessas operações, vinculadas reciprocamente e indissoluvelmente entre si, é o projeto de solução mais justa dentro do ordenamento jurídico positivo. É claro que, embora o legislador tenha um escopo relativamente amplo de liberdade para escolher os propósitos ou finalidades, ao contrário, o juiz deve obedecer aos critérios adotados pela lei formalmente válida e em vigor.³¹ (tradução nossa).

Em outras palavras, o doutrinador em referência quer dizer que, embora o julgador tenha a tarefa de interpretar o direito a partir dos fatos e provas trazidas pelas partes, deve fazê-la a partir da análise do caso em concreto, atento às suas particularidades, e concluir pela solução mais adequada à situação sob análise, dentro do que permite o ordenamento jurídico positivo, sob pena de ultrapassar os limites dos poderes que lhe são conferidos por este.

Corroborando com o exposto, Jeremy Bentham³² assevera: “[...] o dever do juiz é a obtenção das provas de uma e de outra parte, e da melhor forma possível, compará-las e decidir segundo a sua força probante”. (tradução nossa).

³⁰ “La producción del Derecho – lo mismo de reglas generales que de decisiones jurisdiccionales – debe estar inspirada en la lógica de lo razonable”. RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973. p. 288.

³¹ “El proceso de producción del Derecho continúa en la obra del órgano jurisdiccional (Juez o funcionario administrativo), el cual, en lugar de valorar, en términos generales, tipos de situaciones, tiene que valorar, debe hacerlo, en términos concretos de situaciones particulares. Para eso, tiene que valorar la prueba, valorar los hechos del caso planteado, comprendiendo su especial sentido, calificándolos juridicamente, y juzgando cuál se ala regla pertinente. El conjunto de esas operaciones, ligadas recíproca e indisolublemente entre sí, es el proyecto de solución más justa dentro del orden jurídico positivo”. RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973. p. 288-289.

³² “[...] el deber del juez es el obtener las pruebas de una y otra parte, en la mejor forma posible, compararlas, y decidir, segun su fuerza comprobante”. BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Paris: Bossangé Frères, 1825. t. 1, p. 4. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.udea.edu.co/dspace/handle/10495/2089>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

Oportuno salientar que o art. 5º, inc. LVI da CF/1988, bem como o art. 369 do CPC³³ vedam a admissão das provas ilícitas, e este especifica que as partes podem empregar todos os *meios legais* e os *moralmente legítimos*.

Em síntese, as provas obtidas através de meios não permitidos em lei, não podem ser admitidas pelo julgador, ou seja, “[...] os fatos alegados pelas partes só poderão ser considerados legitimamente provados, se a demonstração da veracidade desses for obtida por meios admitidos ou impostos pela lei”.³⁴

Entretanto, o Enunciado nº 301 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC)³⁵ dispõe que “Aplicam-se ao processo civil, por analogia, as exceções previstas nos §§1º e 2º do art. 157 do Código de Processo Penal (CPP), afastando a ilicitude da prova”.³⁶ Darci Guimarães Ribeiro, adverte que prova ilícita não deve ser confundida com prova ilegítima, sendo que aquela refere-se à afronta de “[...] norma de direito material, isto é, quando a ofensa é pertinente à obtenção da prova [...]”, enquanto esta refere-se à ofensa de “[...] norma de direito processual, v.g., utilizar a prova testemunhal no mandado de segurança”.³⁷

Além disso, o Enunciado nº 636 do FPPC³⁸ também dispõe sobre a admissão das conversas através de mensagens instantâneas e redes sociais, as quais independem de ata notarial para sua admissão, sendo consideradas provas atípicas no processo.

³³ “Art. 5º [...]. LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 maio 2018. “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

³⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 65.

³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 233.

³⁶ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”. BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

³⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 66.

³⁸ “Enunciado n. 636 do FPPC: As conversas registradas por aplicativos de mensagens instantâneas e redes sociais podem ser admitidas no processo como prova, independentemente de ata notarial”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 233.

Pelo exposto, dada a importância das provas no processo, o presente estudo analisará a regra de distribuição do ônus da prova, em especial, a sua dinamização, de modo a demonstrar a importância da necessidade de distribuição do ônus probatório entre as partes no processo. Antes, porém, tratar-se-á, de forma breve, sobre as hipóteses legais que independem de prova, vez que se faz necessária para a compreensão holística da distribuição dos ônus probatórios.

As hipóteses legais que independem de prova já haviam sido delimitadas ao tempo do CPC/1973, em seu art. 334 e incisos,³⁹ o qual elencava: os fatos notórios, os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os fatos admitidos no processo como incontroversos e os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Com o advento da Lei nº 13.105/2015,⁴⁰ a regra acima exposta foi mantida, ao que se verifica do art. 374 e incisos do referido diploma:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:
I - notórios;
II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;
III - admitidos no processo como incontroversos;
IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Michele Taruffo⁴¹ diz que: “Como regra, os fatos podem embasar a decisão final somente quando demonstrados por meios de prova adequadamente apresentados”.

Segundo o doutrinador supra, “[...] um princípio geral existente em todos os sistemas processuais estabelece que o juiz não pode considerar qualquer fato que tenha conhecido privadamente e que não tenha sido devidamente provado”.

Entretanto, a previsão legal contida no art. 374 e incisos do CPC, trata-se de verdadeira exceção à regra, já que, em dadas situações, é lícito ao juiz considerar alegações de fato não provadas e, ou mesmo, obter os fatos através da sua cultura pessoal.⁴²

³⁹ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁴¹ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 140.

⁴² TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 140.

A título de compreensão, explicar-se-á cada uma das hipóteses mencionadas, sem, contudo, maiores divagações, porquanto não se trata do objetivo principal do presente estudo.

Dos fatos notórios, oportuno mencionar que há debates em torno de sua definição no processo civil, tendo em vista que o julgador deverá dizer se determinado fato levado ao processo é considerado *notório* ou não. A discussão parte dos questionamentos acerca da abrangência da chamada notoriedade, pois alguns fatos podem ser notórios para a população de uma pequena cidade do interior do País (*v.g.*), ao passo que outros fatos são notórios no mundo inteiro. A questão é, por que o fato ocorrido na pequena cidade do interior do País não poderia ser considerado notório, de acordo com as suas dimensões de espaço?

Piero Calamandrei,⁴³ após analisar esses aspectos, dentre outros, sobre os fatos notórios, parece concluir por uma definição suficientemente adequada ao conceito de notoriedade, a saber: “Consideram-se notórios os fatos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de um determinado círculo social no tempo em que é proferida a decisão”.

A partir dessa definição, o doutrinador parece considerar que o fato ocorrido em uma pequena cidade do interior do País, conhecido por sua população local, deve ser apreciado como fato notório, se levado a juízo.

Araken de Assis⁴⁴ reafirma essa tese quando diz: “[...] e não se revela necessário, absolutamente, que o fato seja de conhecimento de todos”.

Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos⁴⁵ explica a notoriedade dos fatos, de acordo com Goldschmidt e demais códigos de outros países:

São notórios ao tribunal tanto os fatos de notoriedade geral como os de notoriedade oficial, uns e outros não necessitando de prova. Os primeiros são os seguramente conhecidos pela generalidade das pessoas ou por um grande círculo de pessoas, ou ainda por uma certa porção da população (não, todavia, por um simples grupo profissional, adverte Goldschmidt), ou porque se trate de fatos

⁴³ CALAMANDREI, Piero. Definindo o fato notório. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 33, p. 427-452, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=w/brHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

⁴⁴ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 116.

⁴⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova dos fatos notórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 776, p. 743-754, jun. 2000. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=w/brHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

geralmente perceptíveis - por exemplo, a existência de uma cidade, a distância desta a uma montanha, etc. – ou porque se trate de fatos proclamados pela história como verdadeiros, ou ainda, de fatos cuja existência haja sido amplamente difundida, inclusive pela imprensa diária. São os segundos notórios apenas aos membros do tribunal, em razão do exercício de suas funções, por seu caráter oficial.

Para Luiz Guilherme Marinoni,⁴⁶ “O fato notório não depende de prova. Mas, para tanto, deve ser aceito com essa qualidade. Se o réu contesta a notoriedade do fato, o autor pode provar o fato afirmado notório ou apenas a sua notoriedade”.

Ovídio Araújo Baptista da Silva⁴⁷ ensina que “Na verdade, os fatos notórios e os que venham a ser admitidos como verdadeiros apenas dispensam o procedimento probatório precisamente por serem notórios ou não controvertidos”.

Ampliando o âmbito do conceito de notório, atribui-se o fenômeno da relatividade a este, em razão das mais variadas situações e contextos em que a notoriedade pode subsistir. Moacyr Amaral Santos⁴⁸ afirma o conceito de notório exposto por Piero Calamandrei ao dizer que: “Por isso mesmo que o conceito de notoriedade é relativo, a circunstância de ser conhecido de maior ou menor número de membros da mesma esfera social não retira ao fato aquela qualidade”.

Em suma, “[...] bastará, para que sejam considerados notórios, a circunstância de normalmente o serem ao tipo médio de homem pertencente a uma certa esfera social”.⁴⁹ Michele Taruffo,⁵⁰ por sua vez, ensina que os fatos notórios “[...] pertencem à cultura média comum existente ao tempo e no local do julgamento, ou que podem ser descobertos por qualquer um através dos meios ordinários de conhecimento”.

Além disso, os fatos notórios podem ser todos aqueles que:

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 285.

⁴⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 265.

⁴⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova dos fatos notórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 776, p. 743-754, jun. 2000. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

⁴⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova dos fatos notórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 776, p. 743-754, jun. 2000. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

⁵⁰ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 141.

[...] se repetem - como as eleições à presidência dos Estados Unidos da América do Norte, como a época da colheita de café - ou acontecidos uma só vez - o terremoto de Lisboa, a proclamação da República no Brasil - ou fatos únicos - Santos é pôrto de mar, Portugal fica à beira do Atlântico - enfim fatos que, normalmente, fazem parte integrante do patrimônio cultural do indivíduo de cultura média numa dada esfera social.⁵¹

Nesse sentido, Michele Taruffo⁵² menciona, a exemplo dos chamados *fatos legislativos*, que no sistema da *civil law*, aqueles “[...] não são considerados matéria de prova porque se supõe que o tribunal conheça o direito” (*jura novit curia*).

Araken de Assis⁵³ classifica os fatos notórios em: “[...] ocasionais (v.g., o incêndio) ou permanentes (v.g., a eficácia do medicamento), sem que esta ou aquela condição interfira na sua caracterização”.

Cumprido destacar em que se difere o fato notório das regras de experiência. “Estas têm caráter geral e abstrato, não a evento e conduta particulares, e resultam do acúmulo reiterado de acontecimentos similares que autorizam, por inferência, a convicção de que se reproduzirá, no futuro, em condições similares”.⁵⁴ No CPC, o art. 375 trata da aplicação das regras de experiência.⁵⁵

Outro ponto importante a ser abordado neste tópico, é a situação na qual há fato notório no processo, todavia, não foi alegado por nenhuma das partes. Nesse contexto, o julgador poderia, de ofício, utilizar-se da notoriedade do fato em sua sentença? Ou deverá ignorar a presença do fato notório, uma vez que não arguido pelas partes?

Nesse sentido, Moacyr Amaral Santos⁵⁶ menciona a existência de duas correntes doutrinárias, a saber:

⁵¹ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova dos fatos notórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 776, p. 743-754, jun. 2000. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

⁵² TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 141.

⁵³ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 115-116.

⁵⁴ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 117.

⁵⁵ “Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁵⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova dos fatos notórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 776, p. 743-754, jun. 2000. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

Uma corrente é formada no sentido de que, como o fato notório não foi alegado pelas partes, ao juiz não cabe tomá-lo como base na sentença, isto é, ao juiz não cabe trazê-lo como argumento para a sua decisão. Outra, porém, à frente da qual pode indicar-se Chiovenda, se manifesta em sentido oposto, isto é, de que ainda que a notoriedade não seja argüida pelos litigantes, cumpre ao juiz considerá-la no processo. É certo - escreve o insigne processualista - que o juiz pode sempre servir-se do conhecimento dos fatos notórios que possui, porque está na lide não como autômato, mas sim como órgão ativo, que não pode esquecer o complexo de conhecimentos comuns a todos os homens, ou a um tão grande número de homens de forma que a verdade do seu conhecimento seja facilmente conferível pelas partes ou por estas presumida (não se pode pretender que êle ignore, por exemplo, os dias do calendário).

A partir disso, parece mais apropriada a segunda corrente doutrinária mencionada, tendo em vista a ampliação dos poderes do juiz conferida pelo ordenamento processual, de forma a se tornar sujeito ativo no processo, sendo que, no caso dos fatos notórios, seria razoável considerar a notoriedade do fato ao proferir a sentença, mesmo que não tenha sido alegado pelas partes, desde que *submetida ao contraditório*.⁵⁷

Dos fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, conforme o art. 374, inc. II do CPC,⁵⁸ antes transcrito, estes também não dependem de prova. Araken de Assis⁵⁹ afirma que:

Ela não opera quando, ao seu respeito, não for admissível a confissão, a teor do 374, I. Ora, a lei pré-exclui a confissão perante direitos indisponíveis litigiosos. Logo, somente os fatos relativos a direitos disponíveis se submetem ao art. 374, II.

A partir disso, o autor em referência cita como exemplo os casos de revelia, conforme dispõe o art. 348 do CPC:⁶⁰ “Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando a inocorrência do efeito da revelia previsto no art. 344, ordenará que o autor especifique as provas que pretenda produzir, se ainda não as tiver indicado”.

⁵⁷ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 118.

⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 29 mar. 2018.

⁵⁹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 108-109.

⁶⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Assim, de acordo com o art. 389 do CPC,⁶¹ “[...] há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário”.

Luiz Guilherme Marinoni⁶² divide a confissão em efetiva e ficta, extrajudicial e judicial e, espontânea e provocada (art. 390 do CPC⁶³). O autor diferencia a confissão efetiva e a ficta, esclarecendo a primeira como uma conduta positiva da parte e que efetivamente ocorreu no mundo fático.⁶⁴ A segunda consiste em “[...] mera ficção jurídica – imposição do legislador –, sendo de somenos relevância se reflete ou não o efetivamente ocorrido”.⁶⁵

Ovídio Araújo Baptista da Silva⁶⁶ cita o art. 319 e o art. 343, §2º do CPC/1973⁶⁷ a título de exemplos de confissão ficta.

Quanto à confissão extrajudicial, como o próprio nome diz, seria aquela ocorrida fora do mundo processual, sendo que, de regra, produz os mesmos efeitos da judicial,⁶⁸ todavia, segundo o art. 394 do CPC, “[...] quando feita oralmente, só terá eficácia nos casos em que a lei não exija prova literal”.⁶⁹

⁶¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 286.

⁶³ “Art. 390 do CPC: A confissão judicial pode ser espontânea ou provocada”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 286.

⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 286.

⁶⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 288.

⁶⁷ Correspondentes do CPC/2015, art. 344 e art. 385, §1º, respectivamente. “Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”. “Art. 385. [...] § 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 286.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

Quanto à confissão espontânea e provocada, disposta no art. 390, transcrito acima, segundo Luiz Guilherme Marinoni,⁷⁰ consiste em:

A confissão provocada ocorre quando a parte, em seu depoimento pessoal, acaba por confessar fatos contrários ao seu interesse e favoráveis ao adversário. Enquanto isso, a confissão espontânea pode se dar em qualquer momento do processo, no caso em que a parte nele comparece pessoalmente, ou através de advogado munido de poderes específicos, admitindo como verdadeiros fatos contrários ao seu interesse e favoráveis ao seu adversário.

De acordo com o autor em comento, “Em relação ao fato confessado, o juiz pode, ainda que excepcionalmente, formar uma convicção distinta”, em que pese a confissão enseje a dispensa de prova sobre o fato confessado.⁷¹

Ovídio Araújo Baptista da Silva adverte que “[...] nem toda aceitação de veracidade de algum fato que a parte porventura faça deve ser considerada como uma verdadeira confissão [...]”, esclarecendo que a não vinculação do julgador em acolher o reconhecimento que a parte faça da existência de um direito, por exemplo, é muito importante para diferenciar *admissão* (da veracidade do fundamento da demanda, fenômeno processual que importa no reconhecimento do pedido) de *confissão* (fato admitido que independe de prova e deve ser tido como verdadeiro pelo julgador).⁷²

Importante destacar que a confissão não implica em reconhecimento jurídico do pedido, necessariamente. Essa se diferencia daquela, pois diz respeito ao pedido jurídico em si, enquanto que aquela diz respeito somente ao reconhecimento dos fatos como verdadeiros, o que não quer dizer que os fatos confessados trarão os efeitos jurídicos pretendidos pela parte que os alegou inicialmente.⁷³

⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 286.

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 287.

⁷² SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 283-284.

⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 288.

Quanto aos fatos admitidos no processo como incontroversos, segundo o art. 341 do CPC,⁷⁴ deve o réu manifestar-se sobre todas as alegações da inicial, sendo que as não impugnadas serão presumidas como verdadeiras, salvo as exceções elencadas no artigo em questão.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, todavia, o fato não contestado não quer dizer que o fato está provado e sim, que apenas está dispensado de prova, segundo o texto do art. 341 do CPC; e acrescenta, “A norma do art. 341, em outras palavras, não tem por escopo fornecer ao juiz elemento de convicção, mas reduzir a massa dos fatos controversos, visando tornar mais eficiente a prestação jurisdicional”.⁷⁵

Araken de Assis⁷⁶ exemplifica que os “[...] fatos indefinidos, imprecisos ou impossíveis, apesar de não impugnados diretamente, não se revestem da presunção de veracidade”.

Além disso, Luiz Guilherme Marinoni ensina que não basta a simples não contestação do fato para que este seja presumido verdadeiro, é preciso depreender da leitura da defesa do réu se o fato não contestado foi tido como incontroverso. “É apenas a partir da análise da defesa na sua totalidade que se pode dizer que um fato não contestado deve ser considerado incontroverso”.⁷⁷

Araken de Assis⁷⁸ diz que:

Os fatos são incontroversos no processo, para os fins instrumentais da formulação da regra jurídica; fora do processo, o evento e a conduta integrantes da *causa petendi* podem continuar a provocar celeuma pública, suscitando os mais diversos palpites. (grifo do autor).

⁷⁴ “Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 289.

⁷⁶ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 109.

⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 291.

⁷⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 108.

A partir disso, de acordo com a redação do art. 341 do CPC, tais fatos presumem-se verdadeiros, ante o que “O autor não necessita prová-los; a produção de prova a seu respeito passa a ser interdita; e, não havendo prova a produzir-se sobre outros fatos controversos, o órgão judiciário passará à etapa decisória”.⁷⁹

A exceção dos fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade está prevista no inciso IV do art. 374. Aqui as presunções são absolutas, as quais não dependem de prova. Ou seja, a prova é irrelevante para estas, independentemente se reforçaria a conclusão a que se chegou ou mesmo provaria que a presunção partiu de uma premissa falsa. Isso porque, as conclusões hipotéticas lançadas na lei vinculam o julgador.⁸⁰

Luiz Guilherme Marinoni⁸¹ explica: “O fato secundário (ou fato indiciário) do fato principal é o próprio fato principal, ao qual o legislador atribui um determinado efeito jurídico, relegando o fato que seria o principal ao nível de motivo ou de *ratio*”. (grifo do autor).

Em outras palavras, o autor em comento explica que “[...] a presunção abstrai-se totalmente da razão da sua existência e a lógica que subsidiou a sua previsão não tem qualquer relevância em juízo”.⁸²

Conforme Araken de Assis,⁸³ “A falta de impugnação das alegações de fato gera presunção de veracidade. Ocorre na revelia do réu (art. 344) e do descumprimento do ônus de impugnação específica (art. 341, *caput*, 2ª parte)”.

A diferença reside no fato de que as presunções relativas admitem prova em contrário, podendo até mesmo afastar a conclusão da presunção, o que não ocorre com as presunções absolutas, as quais estão abrangidas nessa seção, independentemente de prova.⁸⁴

⁷⁹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 108.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 292.

⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 292.

⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 292.

⁸³ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 52.

⁸⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 292.

Apresentadas as provas em seus aspectos gerais, bem como apontadas as hipóteses legais que independem de prova, tendo em vista se tratar de considerações necessárias para a compreensão holística da distribuição dos ônus probatórios, passar-se-á às breves considerações sobre a regra estática do ônus da prova e sua distribuição entre as partes no processo.

3 REGRA GERAL DO ÔNUS DA PROVA DE ACORDO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Antes de adentrar no tema principal do presente estudo, é imperioso analisar a regra estática do ônus da prova, conforme o atual CPC.

Estabelece o art. 373, incisos I e II do CPC⁸⁵ que, via de regra, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Tal dispositivo determina a quem cabe o ônus probatório durante a tramitação processual.

Ovídio Araújo Baptista da Silva,⁸⁶ esclarece que:

Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato para dele derivar a existência de algum direito incumbe o ônus de demonstrar sua existência.

Luiz Guilherme Marinoni⁸⁷ traduz o dispositivo citado da seguinte forma:

Essa regra, ao distribuir o ônus da prova, funda-se na lógica de que o autor deve provar os fatos que constituem o direito que afirma, mas não a não existência daqueles que impedem a sua constituição ou determinam a sua modificação ou a sua extinção. Não há racionalidade em exigir que alguém que afirma um direito deva ser obrigado a se referir a fatos que impedem a sua tutela. Isso deve ser feito por aquele que pretende que a tutela do direito não seja concedida, isto é, pelo réu. Ainda, funda-se na lógica de que quem alega tem o ônus de provar, partindo do pressuposto de que normalmente quem alega um fato está mais próximo da sua fonte de prova.

Araken de Assis⁸⁸ diz que “A regra específica decorre da lei e não deixa à discricção do juiz a imputação do ônus”. Ainda diz: “A distribuição do ônus da prova

⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

⁸⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 267.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 1 v. p. 372-373.

⁸⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 196.

na decisão de saneamento e organização do processo (art. 357, III), contrabalança os riscos, norteados a atividade das partes na instrução das causas”.⁸⁹

Marcelo Ribeiro⁹⁰ assevera:

O ônus subjetivo demonstra qual das partes deve assumir uma postura ativa, a fim de apresentar uma versão sobre fatos controvertidos e lhes emprestar validade, ao final do procedimento. Assim, se o autor afirma ser titular de um direito de crédito em face do réu, deve convencer as partes da relação processual sobre a validade desta afirmação. O réu, por sua vez, deve negar a ocorrência do fato, o que se convencionou chamar de contraprova, ou, uma vez admitida a situação fática deduzida na inicial, observar o ônus da prova sobre fatos extintivos, impeditivos ou modificativos.

No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni⁹¹ esclarece a regra do ônus da prova, em seu artigo apresentado na Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC):

Afirma-se que a regra do ônus da prova se destina a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre como os fatos se passaram. Nesse sentido, a regra do ônus da prova é um indicativo para o juiz se livrar do estado de dúvida e, assim, definir o mérito. Tal dúvida deve ser paga pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre o fato constitutivo, essa deve ser suportada pelo autor, ocorrendo o contrário em relação aos demais fatos.

Em outras palavras, a produção probatória deve ser suficiente para formação da convicção do julgador, de acordo com o art. 369 do CPC.⁹² Araken de Assis⁹³ diz que “As provas reconstituem o que se passou em algum momento anterior para formar o convencimento do juiz”.

⁸⁹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 207.

⁹⁰ RIBEIRO, Marcelo. **Curso de processo civil teoria geral e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Método, 2015. v. 1. Livro eletrônico, não paginado.

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Porto Alegre, [2018?]. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(15)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁹² “Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

⁹³ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 66.

Luiz Guilherme Marinoni⁹⁴ admite a regra do ônus da prova para a formação do convencimento judicial e, partindo dessa premissa, entende que há possibilidade de atenuar ou inverter o ônus da prova no momento de prolação da sentença.

Todavia, embora o artigo e o ensinamento supramencionados direcionem as provas à *convicção do juiz*, têm-se que o objetivo trazido pelo CPC/2015 é de que as provas sejam produzidas para qualquer parte interessada do processo, como um todo, e não direcionando apenas à figura do julgador. Por isso, de acordo com Luiz Guilherme Marinoni, incidente a *regra da comunhão ou aquisição da prova*, a qual refere que, havendo pedido de produção da prova, “[...] esta adquire autonomia em relação à parte que pediu sua produção, passando a importar ao juízo”. Partindo dessa premissa, “[...] o juiz, ao analisar o conjunto probatório, pode valorar a prova em desfavor da parte que pediu a sua produção, ainda que essa não tivesse o ônus de produzi-la”.⁹⁵

Angélica Arruda Alvim⁹⁶ assim explica: “[...] a versão do processo é dialógica e cooperativa e o destinatário das provas não se concentra mais apenas na pessoa do magistrado, porém sobre todos que estão para o processo”.

No mesmo sentido, o Enunciado nº 50 do FPPC⁹⁷ dispõe: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”.

Oportuno citar Teresa Arruda Alvim Wambier⁹⁸ que assevera harmoniosamente com o exposto:

O juiz, nesse contexto, seria parcial se assistisse inerte, como espectador de um duelo, ao massacre de uma das partes, ou seja, se deixasse de interferir para tornar iguais partes que são desiguais. A interferência do juiz na fase probatória, vista sob este ângulo, não o torna parcial. Ao contrário, pois tem ele a função de impedir que uma das partes se torne vencedora na ação, não por causa do direito

⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Porto Alegre, [2018?]. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(15)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 1 v. p. 374.

⁹⁶ ALVIM, Angélica Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico. p. 487.

⁹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil: anotado com dispositivos normativos e enunciados**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 234.

⁹⁸ WAMBIER apud ALVIM, Angélica Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico, p. 488.

que assevera ter, mas porque, por exemplo, é economicamente mais favorecida que a outra. A circunstância de uma delas ser hipossuficiente pode fazer com que não consiga demonstrar e provar o direito que efetivamente tem. O processo foi concebido para declarar *lato sensu* o direito da parte que a ela faz jus e não para dela retirá-lo, dando-o a quem não o possuía. Em função desse parâmetro, pois, devem ser concebidas todas as regras do processo, inclusive e principalmente as que dizem respeito ao ônus da prova.

O juiz, portanto, poderá apreciar e valorar as provas produzidas no processo, a fim de formar a sua convicção, não estando adstrito a uma ou outra prova produzida. Exemplo disso é a produção de prova técnica, ou pericial, não estando o julgador vinculado a acolher o laudo pericial, conforme se depreende dos artigos 371 c/c art. 479, ambos do CPC.⁹⁹ Cumpre-lhe, entretanto, fundamentar a decisão na forma do art. 489 do CPC e art. 93, inc. IX, da CF/1988 e, ainda, explicitar as provas às partes, se necessário, na forma do art. 357 do CPC,¹⁰⁰ que trata do saneamento e organização do processo. Além disso, no CPC/2015, o juiz não é mais o destinatário exclusivo da prova, sendo que estas pertencem ao processo e são destinadas a todos os sujeitos nele envolvidos, conforme já exposto.

Nas palavras de Araken de Assis,¹⁰¹ “[...] o art. 93, inc. IX da CF/1988 nutre a expectativa que o vencido se convença do acerto da resolução”. Luiz Guilherme Marinoni diz que independente da finalidade da prova que seja adotada, “[...] é evidente que o fundamental será sempre a avaliação crítica da argumentação apresentada pelo juiz para fundamentar suas conclusões”, acrescentando ainda que, “[...] as regras sobre prova funcionam, para o processo, como instrumentos de facilitação da argumentação do juiz”.¹⁰²

No mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara¹⁰³ ensina:

⁹⁹ “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. [...]. Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

¹⁰⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

¹⁰¹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume I, Parte Geral**: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 442.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 259.

¹⁰³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1. p. 393.

No processo de conhecimento, para que o juiz possa formar seu convencimento e decidir o objeto do processo, faz-se fundamental a colheita das provas que se façam necessárias, e que serão o material com base em que o juiz formará seu juízo de valor acerca dos fatos da causa.

Araken de Assis¹⁰⁴ ensina que “O juiz considerará o disposto no art. 373 basicamente na oportunidade do julgamento. O dispositivo só incide na falta ou insuficiência de prova”, e acrescenta ainda que:

Para essa finalidade, materialmente, o juiz cotejará as afirmações das partes, relativamente aos fatos relevantes – e, portanto, descartará os irrelevantes -, com a prova produzida, avaliando as provas trazidas ao processo independentemente da origem (princípio da comunhão da prova).¹⁰⁵

Leo Rosenberg diz que a regra do ônus da prova deve somente ser aplicada, “[...] quando uma questão de fato controvertida restar sem esclarecimento, tratando-se de uma questão que seja importante para a existência da relação jurídica processual ou para a aplicação do conceito jurídico em questão”, demonstrando “[...] a importância do ônus da prova para a prolação da sentença em caso de incerteza sobre os fatos”, todavia, sinalando que “[...] esse ônus também tem importância para o procedimento anterior à sentença”, ou seja, o saneamento e a instrução processual.¹⁰⁶ (tradução nossa).

Para Luiz Guilherme Marinoni, a *regra da valoração da prova* pelo juiz é característica que compõe o que o autor chama de *estatuto constitucional do direito à prova*, sendo reconhecido pelo CPC que a sua valoração não está vinculada legalmente, tendo em vista que, de acordo com o art. 371 do CPC, é atribuição do juiz a sua apreciação.¹⁰⁷

¹⁰⁴ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, t. 2. 2 v. p. 193.

¹⁰⁵ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume I, Parte Geral**: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 441.

¹⁰⁶ “[...] cuando una circunstancia de hecho discutida ha quedado sin aclarar, tratándose de una circunstancia que es importante para la existencia de la relación jurídica litigiosa o para la aplicación del concepto jurídico em cuestión”. “[...] la importancia de la carga de la prueba para el dictado de la sentencia en caso de incertidumbre sobre la situación de hecho”. “[...] esta carga también tiene importancia para el procedimiento que precede a la sentencia”. ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Traducción Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956. p. 8, 56 e 65.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 1 v. p. 514.

Há situações, por outro lado, em que o réu poderá postular produção de provas das quais o ônus não é seu, por exemplo, para provar a inexistência do fato constitutivo alegado pelo autor. Nesses casos, Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁸ ensina que tal pedido do réu “[...] não significa um desejo de assumir o ônus da prova que grava o autor, mas sim a vontade de influir sobre o convencimento do juiz para demonstrar que o fato constitutivo não existe”, logo, não importa em inversão do ônus da prova, ou seja, o ônus de provar o fato constitutivo ainda incumbe ao autor, mesmo que o resultado da produção da prova postulada pelo réu, venha a ser-lhe desfavorável posteriormente. Em síntese do exposto, Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁹ esclarece:

O ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável. Ou seja, o descumprimento desse ônus não implica, necessariamente, resultado desfavorável, mas no aumento do risco de um julgamento contrário.

Ressalta-se, portanto, que a inércia ou impossibilidade na sua produção não enseja, por si só, a improcedência dos pedidos formulados na exordial ou a improcedência da contestação. Entretanto, a ausência de prova torna difícil o processo de formação da convicção do julgador, o que poderá ensejar resultados indesejáveis ao autor ou ao réu, ante a ausência de prova e seguros elementos de convicção acerca das suas alegações.

Nesse sentido, Araken de Assis¹¹⁰ aduz que “Embora a parte se desincumba do ônus de alegação dos fatos, que é área do seu exclusivo domínio, e descumpra o ônus de prová-la, nem sempre sucumbirá fatalmente no processo”.

Haroldo Lourenço¹¹¹ corrobora com tal afirmativa:

O ônus da prova indica que a parte que não a produzir se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável. Provar não é um dever jurídico. No caso do dever e da obrigação não há uma sujeição

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 1 v. p. 375.

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 1 v. p. 374.

¹¹⁰ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 179.

¹¹¹ LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Método, 2015. Livro eletrônico, não paginado.

jurídica, sim uma ordem, que descumprida importará em sanções. O ônus, por outro lado, traz apenas possíveis prejuízos a quem tem o ônus e não o faz.

Além disso, Araken de Assis¹¹² assevera que “A regra do ônus da prova tem importância capital para as partes. Ela torna previsível o julgamento no caso de instrução incompleta”. Outrossim, o autor em referência aduz que a iniciativa oficial concedida ao julgador pelo art. 370 do CPC, também é alternativa que dá suporte à insuficiência probatória, isso porque, “[...] o acervo probatório talvez se mostre, ao final das contas, insuficiente”.¹¹³

Ovídio Araújo Baptista da Silva,¹¹⁴ por sua vez, ensina que:

A necessidade que o sistema processual tem de regular minuciosamente o ônus da prova decorre de um princípio geral vigente no direito moderno, segundo o qual ao juiz, mesmo em caso de dúvida invencível, decorrente de contradição ou insuficiência das provas existentes nos autos, não é lícito eximir-se do dever de decidir a causa. Se ele julgar igualmente sobre a existência de fatos a respeito dos quais não haja formado convicção segura, é necessário que a lei prescreva qual das partes haverá de sofrer as consequências de tal insuficiência probatória.

No trecho transcrito supra, o autor ressalta a vedação do *non liquet*, assim como a regra existente no art. 373, incisos I e II do CPC, para fins de julgamento.¹¹⁵

Entretanto, há situações em que ante as peculiaridades da causa ensejando a impossibilidade e/ou excessiva dificuldade de produzir a prova pretendida, tendo a outra parte maior facilidade de produzi-la, poderá o julgador incumbi-la de fazê-lo, distribuindo o ônus da prova dinamicamente, o que se verá adiante.

No mesmo sentido, ensina Haroldo Lourenço:¹¹⁶

O direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao jurisdicionado a adequada participação no processo, sendo este o instrumento de alcance da tutela jurisdicional justa. Nessa esteira,

¹¹² ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 185.

¹¹³ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 185.

¹¹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 267.

¹¹⁵ No mesmo sentido: Leo Rosenberg (ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Traducción Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956. p. 8 e 56).

¹¹⁶ LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Método, 2015. Livro eletrônico, não paginado.

não poucas vezes, a clássica divisão do ônus probatório gera inúmeros obstáculos a um provimento jurisdicional equânime.

Ainda, Alexandre Freitas Câmara¹¹⁷ ensina que “A preocupação do processualista deve ser descobrir meios capazes de garantir uma prestação jurisdicional efetiva”. Nas lições de Araken de Assis,¹¹⁸ a efetividade do processo assim se conceitua:

Esse mecanismo há de ser minimamente eficiente para atingir os fins que lhe são próprios, ou seja, para realizar o direito objetivo no sentido mais largo dessa expressão, compreendendo, em primeiro lugar, os direitos fundamentais consagrados na CF/1988.

Finalmente, Ada Pellegrini Grinover¹¹⁹ consigna de forma aclarada:

E não é em vão, que se salienta o direito à prova no quadro das garantias da ação e da defesa. Já se notou que a atividade probatória representa indubitavelmente o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional.

Portanto, embora haja uma regra para o *onus probandi*, o julgador pode se utilizar de exceção à regra processual, distribuindo o ônus da prova, de forma dinâmica e subsidiária, como se verá no capítulo 5, como forma de alcançar, ou ao menos aproximar-se, da prestação jurisdicional efetiva. Dessa forma, delineada a regra estática do ônus da prova e seus desdobramentos, passar-se-á às breves considerações sobre a hipótese de inversão do ônus da prova nas relações de consumo.

¹¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1. p. 37.

¹¹⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume I, Parte Geral**: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 90.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. **Doutrinas essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 4, p. 1071-1086, out. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

4 ÔNUS DA PROVA NA PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Araken de Assis¹²⁰ ensina que “[...] em determinadas situações, a lei distribui o ônus de modo distinto ao da regra geral. Esse fenômeno se designa de inversão do ônus da prova”. O autor não a trata como técnica, pois nem sempre ocorre, mas sim como *modalidade especial de distribuição estática*.¹²¹ (grifo nosso).

Assim, passando-se à análise do ônus da prova na perspectiva do CDC (Lei nº 8.078/1990), tem-se que a regra aplicável às relações de consumo está prevista em seu art. 6º, inc. VIII, sendo que ela se insere como exceção à regra estática do art. 373, incisos I e II do CPC.¹²²

De acordo com Artur Thompsen Carpes, “O art. 6º, VIII, do CDC vem a impor ao juiz verdadeiro dever de conformação constitucional do procedimento probatório”. Isso porque, essa previsão legal impõe a relativização à regra estática do ônus probatório, anteriormente citada, e conforme o doutrinador, “[...] constitui o primeiro passo no sentido da conformação constitucional da disciplina dos ônus probatórios no processo civil brasileiro”.¹²³

Araken de Assis¹²⁴ afirma que “[...] somente o art. 6.º, VIII, da Lei 8.078/1990, autorizava, *expressis verbis*, a distribuição *ope iudicis* do ônus da prova no direito”. (grifo do autor). Isso se dá em razão de que, à época do advento do CDC, a regra existente até então era apenas a regra estática do ônus da prova, prevista no CPC/1973, sendo que a dinamização deste ônus recém começava a ser adotada como teoria¹²⁵ no âmbito processual civil (assunto que será abordado no subcapítulo 5.1). Somente com o advento da Lei nº 13.105/2015 é que a dinamização do ônus probatório passou a ter previsão legal expressa no CPC.

¹²⁰ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 196.

¹²¹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 196.

¹²² “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...]. VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

¹²³ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73.

¹²⁴ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 206.

¹²⁵ Nesse sentido: CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73.

Ernane Fidelis dos Santos¹²⁶ diz que,

A distribuição do encargo probatório advém da realidade prática, de acordo com os princípios da normalidade dos fatos e das situações específicas, não se deferindo à parte senão por condições ditadas pela máxima de experiência, pela observação do que comumente pode ocorrer.

Araken de Assis¹²⁷ entende que na relação de consumo, há a possibilidade de inversão do ônus da prova, porém, se trata de instituto que não admite convenção das partes, ou seja, não há cabimento para aplicação do art. 373, §3º do CPC¹²⁸ nas relações consumeristas. Acrescenta ainda que “[...] por identidade de motivos, nos contratos de adesão, em geral, opera o veto legal. O juiz conhecerá desse assunto de ofício”, sendo que fora das relações de consumo, ou seja, nas relações processuais civis, a validade do negócio realizado deverá ser analisada a partir do caso em concreto.¹²⁹ Além do que, isso se dá, por afigurar-se “[...] inadmissível distribuição que, convencional ou não, aumente os encargos probatórios do consumidor”,¹³⁰ a exemplo do art. 51, inc. VI do CDC, em atenção aos princípios gerais assegurados pelo CDC.¹³¹

Da leitura do art. 6º, inc. VIII do CDC acima referido, depreende-se que o juiz deverá inverter o ônus da prova em favor do consumidor, quando verificar a presença da verossimilhança nas alegações ou quando restar caracterizada sua hipossuficiência na relação de consumo.¹³²

¹²⁶ SANTOS, Ernane Fidelis dos. O ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, DF, v. 47, p. 269-279, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&cru mb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

¹²⁷ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 201.

¹²⁸ “[...]. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: [...]”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

¹²⁹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 201.

¹³⁰ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 208.

¹³¹ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]. VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; [...]”. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

¹³² BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Todavia, Araken de Assis entende que os requisitos são cumulativos, embora haja ideia de alternatividade no dispositivo, pois afirma que não há que se falar em hipossuficiência do consumidor para inversão do ônus probatório, sem falar em verossimilhança nas suas alegações.¹³³

Cíntia Rosa Pereira de Lima,¹³⁴ em relação ao princípio da vulnerabilidade, diz: “[...] o Código de Defesa do Consumidor, em vários momentos, trata de maneira ‘desigual’ consumidor e fornecedor, devido ao desequilíbrio e à desvantagem técnica e econômica que o consumidor ocupa na relação de consumo”, (grifo do autor), razão pela qual, o consumidor seria a parte vulnerável na relação de consumo. Todavia, difere este princípio do critério da hipossuficiência, ao dizer que:

A vulnerabilidade, como foi dito, é uma presunção iure et de iure, portanto independe de qualquer atividade jurisdicional, enquanto, a hipossuficiência pressupõe a utilização do critério da razoabilidade, segundo o qual, o juiz ao analisar o caso concreto, verificará, segundo as regras ordinárias de experiência se o consumidor é ou não hipossuficiente. Em sendo afirmativa a análise, o juiz inverterá o ônus da prova em favor do consumidor hipossuficiente.
[...] o juiz, para inverter ou não o ônus da prova, deve-se nortear pelo critério de oportunidade, na medida em que aquele que tenha maior facilidade na produção da prova que o faça.¹³⁵

Ernane Fidelis dos Santos,¹³⁶ por sua vez, diz que:

A hipossuficiência não pode ter outra informação senão jurídica processual, mesmo porque, não há como negar que, em determinado momento, hipossuficiente poderá ser o fornecedor, levando-se em conta a maior facilidade de produção da prova pelo próprio consumidor.

¹³³ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 208.

¹³⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 47, p. 200-231, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

¹³⁵ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 47, p. 200-231, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

¹³⁶ SANTOS, Ernane Fidelis dos. O ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, DF, v. 47, p. 269-279, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

O art. 47 do CDC¹³⁷ estabelece que “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Luiz Guilherme Marinoni¹³⁸ assevera que “Os critérios para a inversão devem ser pensados a partir dos pressupostos contidos na lei, ao contrário do que ocorre quando nos ocupamos dos critérios para a modificação do ônus da prova fora do CDC”. O autor em referência ainda discorre que:

Se, porém, a hipótese é de inversão, é imprescindível que o juiz indique às partes previamente a alteração do ônus da prova, respeitando o direito à segurança jurídica, o direito ao contraditório e o direito à prova da parte onerada pela inversão.¹³⁹

Além disso, aplica-se a hipótese do art. 373, §2º do CPC também às relações de consumo, já que não se configura plausível obrigar o fornecedor a produzir prova dos vícios do produto, o que resultaria na vedada *probatio diabolica*, a que se refere o §2º do art. 373 em comento.¹⁴⁰

Cíntia Rosa Pereira de Lima¹⁴¹ afirma que uma das condições para a inversão do ônus da prova é a verificação da “[...] possibilidade de sua produção pelo fornecedor, caso contrário afrontaria o princípio constitucional da isonomia, e neste caso a inversão do ônus da prova seria ilegítima”.

Nesse sentido, Artur Thompsen Carpes¹⁴² diz que:

Com efeito, se a transferência do ônus da prova for implicar *probatio diabolica* ao fornecedor, desaparece sua própria razão de existir, na medida em que não haveria falar, propriamente, em *hipossuficiência*, no caso. Não é possível determinar qualquer modificação na distribuição do onus probandi se isso vier a significar encargo insuportável ou impossível de ser cumprido pela parte que passará a

¹³⁷ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

¹³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 277.

¹³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 278.

¹⁴⁰ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 209.

¹⁴¹ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 47, p. 200-231, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

¹⁴² CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 91.

ser onerada. Caso ambas as partes estejam em situação de excessiva dificuldade em produzir determinada prova, certamente não será o caso de lançar mão da técnica da inversão [...]. (grifos do autor).

Todavia, o autor em referência acrescenta que, embora haja relação de consumo entre as partes, “[...] não necessariamente haverá a ‘inversão’ dos ônus probatórios, pois pode escapar à situação concreta os requisitos versados no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor”.¹⁴³ (grifo do autor). No mesmo sentido, Cíntia Rosa Pereira de Lima¹⁴⁴ diz:

[...] ela poderá ou não ser aplicada, portanto, nos casos em que não é aplicado o instituto, por não estarem presentes seus requisitos legais, deverá ser observada a já referida regra de distribuição do ônus da prova constante do art. 333.

Ernane Fidelis dos Santos¹⁴⁵ se posiciona, sobre o tema, da seguinte forma:

No entendimento de que a lei é protetiva, com finalidade de estabelecer equilíbrio entre as partes, há certa orientação de que a inversão do ônus da prova, conforme consagrada na Lei de Consumo, é benefício quase absoluto ao consumidor, pelo simples fato de consumidor ser, tudo ficando ao arbítrio do juiz que sempre, sem que nem por que, poderia declará-la. A inversão, porém, não é causa, senão consequência de outro fator básico, que consiste exatamente nas regras de experiência, ou máximas de experiência, que devem ser utilizadas dentro de rigorosa cautela, pois, conforme boa lembrança de João Bonumá, ‘(...) julgar pela verossimilhança ou aparência das coisas é, em última análise, decidir o juiz pela sua livre e íntima convicção, sob o cimento de alegações altamente verossímeis, mas não provadas’.

Quanto à discricionariedade do julgador na inversão do ônus da prova, Tereza Arruda Alvim Wambier¹⁴⁶ se manifesta da seguinte forma:

¹⁴³ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 133.

¹⁴⁴ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 47, p. 200-231, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

¹⁴⁵ SANTOS, Ernane Fidelis dos. O ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, DF, v. 47, p. 269-279, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

¹⁴⁶ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 76, p. 141-145, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

Finalmente, cumpre ressaltar, ainda que de passagem, que, quando o juiz avalia a situação das partes, para saber se deve ou não aplicar este dispositivo, em que se recomenda que se inverta o ônus da prova, não exerce poder alguma que nem de longe se assemelhe ao poder discricionário, exercido pelo administrador público.

Além disso, se trata de possibilidade que o julgador deve aplicar de ofício. De acordo com Rizzatto Nunes, “As normas do CDC são de ordem pública e de interesse social [...]”, e, por conseguinte, “[...] a inversão do ônus da prova a favor do consumidor hipossuficiente é uma das hipóteses de aplicação de ofício, mesmo que o próprio consumidor não tenha requerido”.¹⁴⁷

Nelson Nery Junior¹⁴⁸ diz que: “As normas do Código de Defesa do Consumidor são ex vi legis de ordem pública, de sorte que o juiz deve apreciar de ofício qualquer questão relativa às relações de consumo [...]”.

No mesmo sentido, Artur Thompsen Carpes¹⁴⁹ diz ser prescindível o requerimento das partes para que seja proferida decisão de inversão do ônus da prova, tendo em vista que o julgador deve determiná-la, até mesmo de ofício. Além disso, entende que a inversão do ônus da prova prevista no CDC se diferencia da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no CPC, no seguinte aspecto:

[...] no CDC, a inversão não fica a critério do juiz, pois a lei vincula a atuação judicial, impondo a inversão, caso o juiz afira os requisitos contidos no inciso VIII do art. 6º, quais sejam, a verossimilhança e a hipossuficiência. Portanto, se o juiz afere que estão preenchidos os requisitos, a inversão é imposição legal: deve ser, pelo juiz, cumprida. Muito embora não se negue a existência de trabalho do órgão judicial no quando da aferição dos pressupostos para a inversão, a constatação quanto à sua existência vincula a aplicação da regra, determinando a transferência dos ônus probatórios do consumidor para o fornecedor. Vale dizer: se a lei dá o roteiro a ser seguido uma vez preenchidos os pressupostos da aplicação da norma, ao juiz caberá verificar existentes os pressupostos e aplicar a inversão.

Isso porque, diferente da distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no art. 373, §1º do CPC, não há imposição legal ao julgador a proceder na sua

¹⁴⁷ NUNES, Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Livro eletrônico. p. 506.

¹⁴⁸ NERY JUNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 18, p. 218-298, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 07 maio 2018.

¹⁴⁹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 74 e 133.

aplicação, uma vez que, entendendo por aplicar a regra subsidiária da distribuição dinâmica ante as peculiaridades do caso concreto, o juiz deverá primeiramente verificar a presença dos pressupostos legais de sua admissão (assunto que será abordado no subcapítulo 5.3), porém, a dinamização serve como uma possibilidade ao julgador e não como imposição legal, como ocorre nas relações de consumo pelo instituto da inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, Rizzatto Nunes¹⁵⁰ entende que a inversão do ônus da prova do CDC e a distribuição do ônus da prova do CPC, como regra geral, se diferenciam da seguinte forma: “É que as partes que litigam no processo civil fora da relação de consumo têm clareza da distribuição do ônus. Ou melhor dizendo, os advogados das partes sabem de antemão a quem compete o ônus da produção da prova”. Em análise do art. 373, incisos I e II do CPC (art. 333, incisos I e II, correspondente anterior do CPC/1973), o autor em referência conclui que:

É, portanto, distribuição legal do ônus que se faz sem sombra de dúvida. E, claro, nesse caso não precisa o juiz fazer qualquer declaração a respeito da distribuição do gravame. Basta levá-lo em consideração no momento de julgar a demanda. Não haverá, na hipótese, qualquer surpresa para as partes, posto que elas sempre souberam a quem competia a desincumbência da produção da prova. Ora, não é essa certeza que se verifica no sistema da lei consumerista, aplicável, repita-se, ao presente caso.

Quanto ao momento de aplicação da inversão do ônus da prova na relação consumerista, Rizzatto Nunes¹⁵¹ entende que se no CDC houvesse previsão expressa distribuindo, de antemão, o ônus probatório (à exceção do art. 38 do CDC¹⁵²), tal como é no art. 373, incisos I e II do CPC, não haveria dúvida que o momento de sua aplicação seria no julgamento, como regra de julgamento. Todavia, sobre o assunto, o autor manifesta-se da seguinte forma:

Mas acontece que não é isso que determina o CDC: a inversão não é automática! Como visto antes, a inversão se dá por decisão do juiz diante de alternativas postas pela norma: ele inverterá o ônus se for

¹⁵⁰ NUNES, Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Livro eletrônico. p. 501.

¹⁵¹ NUNES, Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Livro eletrônico. p. 501.

¹⁵² “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

verossímil a alegação ou se for hipossuficiente o consumidor. Logo, o momento processual mais adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova é o situado entre o pedido inicial e o saneador.

Humberto Theodoro Júnior¹⁵³ assim entende quanto ao momento de inversão do ônus da prova nas relações de consumo:

Há quem admita possa o juiz decretar a inversão do ônus da prova já no despacho da petição inicial, outros que a consideram realizável no momento de proferir a sentença. As duas posições me parecem extremadas e injustificáveis. Antes da contestação, nem mesmo se sabe quais fatos serão controvertidos e terão, por isso, de se submeter a prova. Torna-se, então, prematuro o expediente do art. 6.º, VIII, do CDC. No momento da sentença, a inversão seria medida tardia porque já encerrada a atividade instrutória.

Ao contrário da previsão contida no art. 818, §2º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), incluído pela Lei 13.467/2017, e o Enunciado nº 302 do FPPC,¹⁵⁴ que tratam do momento para distribuição dinâmica do ônus da prova, o CDC não estabelece o momento adequado para inversão do ônus da prova nas relações de consumo, resultando em posicionamentos variados e divergência doutrinária, conforme exposto.

Embora haja entendimentos divergentes quanto ao momento de aplicação da inversão do ônus da prova nas relações consumeristas, entende-se que o momento adequado seria na fase de saneamento, de ofício ou a requerimento das partes, ocasião em que são delineados os pontos controvertidos e determinadas as provas

¹⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova - Princípio da verdade real - Poderes do Juiz - Ônus da prova e sua eventual inversão - Provas ilícitas - Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, p. 9-28, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://revistadistribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 07 maio 2018.

¹⁵⁴ O art. 818, §2º da CLT assim estabelece: “A decisão referida no §1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido”. BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em: 10 maio 2018. “Enunciado n. 302 do FPPC: Aplica-se o art. 373, §§1º e 2º, ao processo do trabalho, autorizando a distribuição dinâmica do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o seu encargo probatório, ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. O juiz poderá, assim, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que de forma fundamentada, preferencialmente antes da instrução e necessariamente antes da sentença, permitindo à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 236.

cabíveis para o deslinde do feito, em aplicação subsidiária do art. 357, inc. III do CPC.

Contudo, nada impede que a inversão ocorra no início do processo, quando da determinação de citação do réu, caso o julgador verifique desde logo a presença dos pressupostos legais para inversão; ou ainda, que ocorra na fase de julgamento, ressalvada a hipótese de reabertura da instrução processual e garantia do contraditório, em atenção à vedação de decisão surpresa, bem como, a hipótese de que, não sendo invertido o ônus da prova e havendo dúvida sobre o esclarecimento dos fatos, em atenção à vedação ao *non liquet*, deve o julgador aplicar a regra do ônus da prova do art. 373, incisos I e II do CPC, conforme dito anteriormente.

Nesse sentido, Ernane Fidelis dos Santos¹⁵⁵ aduz que:

Certo é que, ao juiz, antes da sentença final, poderá, a bem da instrução, desde que se respeite o contraditório, determinar diligências e, até mesmo, atender a renovação de provas, solicitada pelas partes, mas não há nenhuma norma de obrigatoriedade, nem mesmo de recomendação, que force o juiz a fazer juízo de antecipação cominatória, em autêntico julgamento prévio condicionado.

Todavia, em qualquer caso, deve ser observada a hipótese do art. 373, §2º do CPC,¹⁵⁶ em que a inversão do ônus da prova não incorra em *probatio diabolica* (prova impossível ou excessivamente difícil de produzir), conforme antes exposto.

Ainda, Cíntia Rosa Pereira de Lima¹⁵⁷ diz que:

Em síntese, o instituto em tela serve como meio de alcançar um provimento jurisdicional justo, na medida em que, a inversão do ônus da prova dá-se em favor do consumidor, que é a parte mais fraca na relação de consumo, e não exclui o direito à prova do fornecedor, que tem um ônus-poder de fazer prova cabal e capaz de ilidir as alegações do consumidor, para não sofrer os eventuais prejuízos de sua inércia.

¹⁵⁵ SANTOS, Ernane Fidelis dos. O ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, DF, v. 47, p. 269-279, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

¹⁵⁶ “[...]. § 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”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

¹⁵⁷ LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 47, p. 200-231, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

Nesse sentido, oportuno esclarecer que a inversão do ônus da prova atribui o ônus de produzir a prova ao fornecedor, por isso se chamar *inversão*, sendo que este arcará com as consequências de sua inércia. Por outro lado, tal situação não ocorre na distribuição dinâmica do ônus da prova nas relações processuais civis, através da qual há apenas uma dinamização do ônus probatório para a parte que se encontra em posição vantajosa para produzir a prova, servindo como meio de facilitar a sua produção para solução da controvérsia. Isso se dá em razão de que, a parte para a qual foi transferido o ônus, não arca com as consequências de não ter produzido a prova, podendo até mesmo se desincumbir desse encargo conforme o art. 373, §1º do CPC, uma vez que quem arcará com as consequências ante a ausência de prova, será aquela parte que possuía o ônus de provar inicialmente, conforme a regra do art. 373, incisos I e II do CPC.

Estabelecidas as principais características e pressupostos da inversão do ônus da prova na perspectiva do CDC, adentrar-se-á no tema principal deste estudo, qual seja, a distribuição dinâmica do ônus da prova, apresentando-se seus desdobramentos a partir da sua previsão legal contida no CPC/2015.

5 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A distribuição dinâmica do ônus da prova se trata de instituto expressamente previsto no CPC/2015, sendo que, ao tempo do CPC/1973, já existiam noções acerca desse instituto, porém, era tratado como uma teoria, dada a ausência de previsão legal.

A distribuição dinâmica do ônus da prova está fortemente/diretamente vinculada à fase instrutória, momento em que as partes produzirão todas as provas que entenderem pertinentes ao deslinde do feito, de modo a provar as alegações de fato e direito que aduzem.

Denota-se, portanto, uma incansável busca pela cooperação das partes no processo, estabilidade das decisões e efetividade jurisdicional, em atenção aos princípios constitucionalmente assegurados, de forma a criar estreitos laços entre o processo e a CF/1988.¹⁵⁸

Luiz Guilherme Marinoni¹⁵⁹ diz que:

As normas presentes no Código de Processo Civil que impõem algum *dever de colaboração probatória* nada mais são do que o desdobramento infraconstitucional de imposições que já são, antes, abraçados pela própria Constituição Federal. (grifo do autor).

Araken de Assis¹⁶⁰ afirma que “A influência dos direitos fundamentais processuais no processo inspirou a correta identificação de um modelo constitucional para o processo”.

A respeito, Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁶¹ esclarece que:

Quando se fala, no domínio do direito, em princípios fundamentais, faz-se alusão a princípios norteadores da compreensão do fenômeno

¹⁵⁸ Nesse sentido: Araken de Assis (ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume I, Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 305); Fredie Didier Junior (DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 1. p. 47); Miguel do Nascimento Costa (COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material**. Estudos de direito em homenagem ao prof. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. v. 2. p. 105 e 113).

¹⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 261.

¹⁶⁰ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume I, Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 305.

¹⁶¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 266.

jurídico, como simples instrumentos de referência para a solução de um problema jurídico qualquer.

Segundo Fredie Didier Júnior, embora o art. 1º do CPC¹⁶² pareça um tanto quanto óbvio, parece conveniente *relembrar* o destinatário da norma de que o CPC deve ser lido à luz da Constituição, necessariamente, em atenção ao que ele chama de *reconhecimento da força normativa da Constituição*.¹⁶³ (grifo nosso).

Ainda nesse sentido, Fredie Didier Júnior¹⁶⁴ ensina que “[...] não basta afirmar que o processo é uma relação jurídica [...]”, além do que, é imperioso ter em mente “[...] que se trata de uma relação jurídica cujo conteúdo será determinado, primeiramente, pela Constituição e, em seguida, pelas demais normas processuais que devem observância àquela”.

Das lições de Alexandre Freitas Câmara,¹⁶⁵ extrai-se a seguinte passagem, que trata de modo particular acerca da prestação jurisdicional e do acesso à justiça:

Entre os direitos humanos, reconhecidos por diversas declarações nacionais e internacionais, está o direito de acesso à justiça. Este não deve ser visto como mero direito de acesso ao Poder Judiciário. Ao se falar em *acesso à justiça*, está-se a falar em *acesso à ordem jurídica justa*. Assim sendo, só haverá pleno acesso à justiça quando for possível a toda a sociedade alcançar uma situação de justiça. (grifos do autor).

Ademais, Ovídio Araújo Baptista da Silva¹⁶⁶ destaca a importância da *função instrumental do processo*, a qual deve ser interpretada observando-se a finalidade essencial da norma quando da prática processual.

Ainda, Alexandre Freitas Câmara¹⁶⁷ destaca dois pontos de suma importância, que possuem estreita relação com a distribuição dinâmica do ônus da prova, quais sejam, a *celeridade e a segurança processual*, dos quais discorre:

¹⁶² “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

¹⁶³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 1. p. 47.

¹⁶⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 1. p. 33.

¹⁶⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Escritos de direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 6.

¹⁶⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 148-149.

¹⁶⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Escritos de direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 45.

É sabido que a demora na entrega da prestação jurisdicional é um elemento capaz de afastar qualquer esperança de efetividade do processo. [...]. Assim é que, na busca por uma maior efetividade no processo, impende estabelecer meios de agilização da entrega da prestação jurisdicional. [...]. Há que se buscar de equilibrar a balança, garantindo-se um processo que, tão rápido quanto possível, estabeleça a maior segurança que se possa obter através dos provimentos jurisdicionais.

A partir desses pressupostos, surge a distribuição dinâmica do ônus da prova como instituto essencial para a prestação jurisdicional efetiva, na perspectiva do amplo acesso à justiça e do contraditório, dinamizando, inclusive, as funções das partes e o dever de cooperar entre si e com o juízo, de forma a obter com êxito as finalidades para as quais se destina.

Segundo Araken de Assis,¹⁶⁸ o CPC/2015 concedeu poderes de instrução ao juiz, dentre eles, o poder de distribuir o ônus da prova dinamicamente, observada a possibilidade das partes e a complexidade da causa.

Tal distribuição surge como uma possibilidade legalmente prevista, alcançada pelo CPC, em que o julgador pode (re)distribuir o ônus da prova à parte que mais tem condições, naquele momento processual, de produzir a prova para o deslinde da lide, servindo como exceção à regra geral de que o ônus da prova é de quem alega os fatos constitutivos, ou os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito alegado.

Conforme ensina Michele Taruffo,¹⁶⁹ “[...] a verificação da verdade dos fatos é condição necessária para a justiça da decisão”, lição da qual se extrai a evidente necessidade de o julgador apreciar as versões trazidas pelas partes ao processo, de forma que a decisão seja, tanto quanto possível, justa ao final. Todavia, essa apreciação das versões que são trazidas ao processo só se torna efetiva quando o julgador faz uso dos poderes que lhe são conferidos legalmente, cooperando com o esclarecimento dos fatos, sendo que, nesse contexto, a distribuição dinâmica do ônus da prova adota um papel fundamental.

De acordo com Luiz Guilherme Marinoni:¹⁷⁰

¹⁶⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume I, Parte Geral**: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 457.

¹⁶⁹ TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 36.

¹⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 1 v. p. 376.

Para que o processo seja capaz de viabilizar uma tutela jurisdicional adequada às partes, atendendo tanto ao direito de ação como ao direito de defesa, é preciso ter presente que o direito material evidenciado pelo caso concreto, as dificuldades probatórias superáveis e as dificuldades probatórias insuperáveis influenciam a conformação da distribuição do ônus da prova no processo.

Em outras palavras, o juiz poderá distribuir dinamicamente o ônus da prova à parte que tem mais condições, ou mesmo, a possibilidade de produzi-la, devendo observar, para tanto, que a modificação do ônus não acarrete na impossibilidade de produção da prova pela parte incumbida. Nesse contexto, “[...] o que se vê é uma distribuição do ônus probatório que não se pauta por uma regra rígida, estática, predeterminada”,¹⁷¹ e sim pela observância do direito material e do caso em concreto, permitindo a *dinamização* do ônus probatório.

O doutrinador em referência classifica a adequada distribuição do ônus da prova no processo como parte do *perfil constitucional do direito à prova* e estabelece que as normas sobre o ônus da prova possuem dupla função:

[...] são regras de instrução, na medida em que visam a informar as partes quem suporta o risco de ausência de esclarecimento das alegações de fato no processo e, [...] são regras de julgamento, já que visam a possibilitar ao juiz decidir quando em estado de dúvida quanto à veracidade das alegações fáticas.¹⁷²

Desse modo, Araken de Assis¹⁷³ pontua as hipóteses de admissão da distribuição dinâmica do ônus da prova:

[...] prevê, nas demais causas, a modificação do critério estático nos casos em que a parte originalmente onerada deparar-se com (a) impossibilidade e (b) excessivamente dificuldade em provar ou a parte contrária (c) encontrar-se em posição mais fácil de provar o fato contrário.

¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 1 v. p. 377.

¹⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 1 v. p. 513.

¹⁷³ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume I, Parte Geral**: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 466.

Angélica Arruda Alvim,¹⁷⁴ por sua vez, sinala as seguintes hipóteses para admissão da distribuição dinâmica do ônus da prova:

Portanto, pela teoria das cargas probatórias dinâmicas, o ônus da prova de determinado fato recai sobre a parte que encontra melhores condições fáticas, econômicas, técnicas, jurídicas etc. de demonstrá-lo no caso concreto. Logo, não importa o lugar que o litigante ocupa no processo (demandante ou demandado), nem qual é a natureza dos fatos (constitutivos, extintivos, impeditivos ou modificativos), nem tampouco quais dos litigantes alega os fatos como fundamento de sua pretensão, defesa ou exceção.

Luiz Guilherme Marinoni¹⁷⁵ discorre que “A modificação do ônus da prova é imperativo de bom senso quando ao autor é impossível, ou muito difícil, provar o fato constitutivo, mas ao réu é viável, ou muito mais fácil, provar a sua inexistência”, e vice-versa. O processo civil contemporâneo deve preservar, ao máximo, as garantias das partes, também como forma de equilibrar os poderes do juiz.¹⁷⁶

Danilo Knijnik,¹⁷⁷ por sua vez, aduz:

Note-se que o ônus dinâmico não fica autorizado pela só gravidade dos danos reclamados, tampouco implica o estabelecimento de presunções de circunstâncias ou fatos. O que se objetiva é apenas sua redistribuição fundamentada e racional, segundo a posição dos litigantes na relação de direito material e no episódio fático, à luz de eventuais transgressões aos deveres de colaboração ou, ainda, em face da inviabilização culposa da prova em detrimento da parte onerada.

Araken de Assis¹⁷⁸ esclarece que “A distribuição do ônus das partes institui regra de conduta para as partes e, no caso de instrução infrutífera, regra de julgamento para o juiz”. No mesmo sentido, Daniel Mitidiero¹⁷⁹ sinala que:

¹⁷⁴ ALVIM, Angélica Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico. p. 489.

¹⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 274.

¹⁷⁶ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume I, Parte Geral: fundamentos e distribuição de conflitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1 v. p. 467.

¹⁷⁷ KNIJNIK, Danilo. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre, [2018?]. Disponível em: <http://www.knijnik.ad.v.br/upload/artigos/arquivo_13419320784ffc422e8c4cd.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

¹⁷⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 202.

¹⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista TST**, Brasília, DF, ano 1, v. 78, p. 67-77, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2012/n%201/Processo%20Justo,%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20e%20%C3%B4nus%20da%20prova.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2018.

[...] ao lado da caracterização clássica do ônus da prova como regra de julgamento, cujo objetivo central está no evitar-se o arbítrio no processo, tem ganhado renovado fôlego a caracterização do ônus da prova como regra de instrução, o que se leva a efeito com o fito declarado de forrar-se o processo com todos os elementos necessários à formação da convicção judicial. Dupla função, portanto, que se acomete ao ônus da prova no processo de corte cooperativo.

Outrossim, o autor em referência destaca que o ônus da prova como norma de instrução, propicia que as partes melhor instruem o processo pelo fato de já possuírem ciência da distribuição dos ônus probatórios, ou como diz o doutrinador, “[...] têm as partes de se encontrar bem avisadas de seus encargos no processo, a fim de evitarem-se eventuais surpresas no quando da decisão da causa”. Nesse sentido, o momento adequado para distribuição dos ônus probatórios, inclusive, da distribuição dinâmica do ônus da prova,¹⁸⁰

[...] é que essa organização prospectiva do processo em tema de prova se dê no quando da audiência preliminar (art. 331 do CPC¹⁸¹), oralmente, em regime de diálogo entre as pessoas do juízo, ou, por escrito, à semelhante altura do processo.

No mesmo sentido, Elio Fazzalari¹⁸² diz que o juiz deverá julgar,

[...] segundo a regra do ‘ônus da prova’, que é ao mesmo tempo regra de conduta que põe a cargo da parte a prova de qualquer fato (à exceção do ‘fato notório’) que ela tenha interesse, e regra de juízo que impõe ao juiz expungir da realidade de que ela seja causa (*‘quod non est in actis non est de hoc mundo’*) o fato não suficientemente provado (ou não provado de nenhuma maneira). (grifos do autor).

Cassio Scarpinella Bueno¹⁸³ assevera que:

É importante entender que a modificação do ônus da prova referida nos dispositivos aqui analisados interfere no próprio procedimento. Tanto assim que o inciso III do art. 357, que trata do saneamento e da organização do processo, é expresso quanto à alteração ocorrer

¹⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista TST**, Brasília, DF, ano 1, v. 78, p. 67-77, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2012/n%201/Processo%20Justo,%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20e%20%C3%B4nus%20da%20prova.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2018.

¹⁸¹ O autor refere-se ao CPC/1973, cujo correspondente no CPC/2015 se trata do artigo 334.

¹⁸² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 462.

¹⁸³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico. p. 351.

naquele instante por decisão que antecede, portanto, o início da fase instrutória e, mais especificamente, a produção daquela prova. O CPC de 2015 consagra o tema, destarte, como regra de procedimento, e não, como pensam alguns no âmbito do CPC de 1973, como regra de julgamento. É mais um caso em que o modelo de processo cooperativo é concretizado por regra do próprio CPC de 2015.

Artur Thompsen Carpes,¹⁸⁴ por sua vez, ao tempo de vigência do CPC/1973, entende que o momento adequado para dinamização do ônus da prova seria na audiência de conciliação prévia, ao aduzir que:

[...] a comunicação prévia da dinamização proporciona colheita mais vigorosa das provas, na medida em que, conhecendo as partes suas respectivas necessidades, reunirão todas as suas forças a fim de evitar a insuficiência de provas [...].

O mesmo autor, acrescenta, ato contínuo, que dinamizando o ônus previamente, “[...] enriquece-se o diálogo e torna-se mais eficaz a produção das provas necessárias à formação do convencimento judicial”.¹⁸⁵

Darci Guimarães Ribeiro, por sua vez, diz que a modificação do ônus da prova deverá ocorrer no saneamento, tendo em vista que o critério utilizado para modificação do ônus da prova é judicial, e conclui que “[...] não seria justo solapar a oportunidade, constitucional, conferida às partes para, adequadamente, apresentarem suas provas”.¹⁸⁶

Salvo melhor juízo, entende-se, portanto, que a distribuição dinâmica do ônus da prova, deverá ocorrer, preferencialmente, “[...] no início da instrução, precisamente na decisão de saneamento e de organização do processo”, em atenção à regra prevista pelo CPC em seu art. 357, inc. III. Além disso, sua dinamização no julgamento poderia configurar verdadeira decisão surpresa, razão pela qual a regra geral (art. 373, inc. I e II, CPC) é a que deverá incidir como regra de julgamento.¹⁸⁷

Entretanto, nada impede que a distribuição dinâmica do ônus da prova ocorra na fase postulatória, caso o julgador evidencie desde logo os pressupostos legais para distribuição dos ônus de modo diverso; ou ainda, na fase de julgamento,

¹⁸⁴ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 138.

¹⁸⁵ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 138.

¹⁸⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 57.

¹⁸⁷ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 209.

ocasião em que entendendo ser caso de dinamização, o juiz deverá, por seu turno, reabrir a instrução processual e dar vista às partes, para que a parte incumbida do ônus possa se manifestar, nos termos do art. 373, §1º do CPC, em atenção à vedação de decisão surpresa.

Araken de Assis ainda narra que “O poder de iniciativa oficial interfere, quiçá decisivamente, em tal seara, diminuindo o risco da parte onerada [...]”, acrescentando que “[...] por fim, os temperamentos oriundos de regras especiais funcionam como elementos de equilíbrio e isonomia”.¹⁸⁸

Todavia, o doutrinador supra faz uma crítica a esse instituto, ao asseverar que, “[...] atribuir o ônus à contraparte não elimina a dificuldade, porque intrínseca à alegação de fato. A atribuição do ônus à parte contrária da originariamente agravada aumentaria a injustiça da decisão em desacordo com os valores constitucionais”.¹⁸⁹

Além disso, assevera que “[...] em realidade, a distribuição dinâmica constitui um enorme perigo ao processo garantista”,¹⁹⁰ e faz uma observação a respeito da vedação à prova contra si próprio ao dizer que “[...] há de ser preservado o direito de não produzir prova contra si própria. Ora, a distribuição dinâmica do ônus da prova implica, na prática, justamente o que art. 379, caput, proíbe terminantemente”.¹⁹¹

O *perigo* da distribuição dinâmica do ônus da prova residiria também na sua generalização, uma vez que “Em determinados casos, não é o risco da falta de prova que a distribuição *ope iudicis* atribui à parte, mas responsabilidade no plano material fundada no risco e sem a menor demonstração da pertinência subjetiva”.¹⁹² (grifo do autor). Porém, Artur Thompsen Carpes sinala que “A funcionalidade da dinamização extrai-se dos benefícios que provoca para a formação do juízo de fato, na medida em que promove a otimização de esforços na busca pelo material probatório”, acrescentando, por conseguinte, que os resultados dessa *funcionalidade* acarretam no “[...] alcance dos fins primordiais do processo: a tutela dos direitos, a realização da justiça e a pacificação social”.¹⁹³

¹⁸⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 203.

¹⁸⁹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 205.

¹⁹⁰ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 204.

¹⁹¹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 204-205.

¹⁹² ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 212.

¹⁹³ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 145.

Nesse passo, a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova “[...] pressupõe casos excepcionais e a atenção aos limites impostos pela Constituição que, ao final, são os mesmos que balizam sua funcionalidade no processo civil”. A distribuição dinâmica do ônus da prova perderia sua razão de existir se apenas transferisse o ônus da prova de uma parte para outra, mantendo o desequilíbrio que inicialmente já se apresentava, ou até mesmo, resultasse em prova diabólica para a parte incumbida do ônus.¹⁹⁴

Pelo exposto, verifica-se também ligação intrínseca da (re)distribuição do ônus da prova também ao princípio da adequação jurisdicional do processo com fim de tutelar o direito material, como se refere Fredie Didier Júnior,¹⁹⁵ pois, “[...] nada impede que se possa previamente conferir ao magistrado, como diretor do processo, poderes para conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto [...]”.

Contudo, em atenção à vedação da decisão surpresa, a adequação jurisdicional do processo deve oportunizar vista às partes, a fim de preservar o contraditório e propiciar a cooperação entre estas no processo (assunto que será abordado no capítulo 6).¹⁹⁶ A seguir, a dinamização do ônus da prova será brevemente analisada no ordenamento processual civil ao tempo da vigência do CPC/1973.

5.1 A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Ordenamento Processual Civil ao Tempo de Vigência do Código de Processo Civil de 1973

A regra geral do ônus da prova era prevista, ao tempo do CPC/1973,¹⁹⁷ em seu art. 333:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

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

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

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

I - recair sobre direito indisponível da parte;

¹⁹⁴ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146.

¹⁹⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 1. p. 119.

¹⁹⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 1. p. 79 e 119.

¹⁹⁷ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

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

Note-se que a regra geral (regra estática) já era evidente à época. Todavia, Artur Thompsen Carpes¹⁹⁸ aduz que “A intenção do legislador de 1973 foi primar pela segurança jurídica e pela igualdade puramente formal entre as partes, caracterizando, assim, visão puramente liberal do fenômeno”.

Nesse sentido, verifica-se a existência de crítica à técnica do art. 333 do CPC/1973, pelo que Artur Thompsen Carpes¹⁹⁹ assevera:

O caráter fechado da regra prevista no art. 333 do CPC deixa o juiz sem margem para construir outra disciplina que não aquela positivada na lei, imaginando-se que esta pudesse continuar tendo a virtude de prever toda e qualquer situação conflituosa apresentada em juízo.

Em outras palavras, o legislador de 1973 sobrelevou a segurança jurídica, em detrimento da análise individual e peculiar de cada caso em concreto, o que de pronto apresenta certa fragilidade por não haver qualquer possibilidade de modificação do ônus probatório para adequação ao caso concreto, tendo em vista que cada caso tem suas particularidades, devendo ser analisado individualmente.

Por essa razão, conveniente é a crítica em relação ao chamado *caráter fechado* do art. 333 do CPC/1973, já que este estabelecia que o julgador ficasse adstrito tão somente à regra estática de distribuição.²⁰⁰ Considerando que é sabido que o Direito passa por constantes mudanças, não é por acaso que Luis Recaséns Siches, em sua obra de 1973, fala da variedade de *componentes heterogêneos* que afetam as condutas humanas, especialmente as relações sociais, caracterizando, sobretudo, uma conjuntura social e histórica,²⁰¹ (tradução nossa) (grifo nosso), não deixando espaço para o caráter fechado e absoluto da regra do ônus da prova. Asseverando com essa lição, oportuno mencionar Dalton Sausen:²⁰² “[...] inarredável, o direito é movimento, a vida é embebida pela alteridade, e a mutabilidade é condição do mundo em que estamos lançados”.

¹⁹⁸ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

¹⁹⁹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

²⁰⁰ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

²⁰¹ “Esto es imposible, precisamente por virtud del hecho de la enorme y complicadísima multitud de componentes heterogêneos que intervienen en la conducta humana, y muy especialmente en los problemas de inter-relaciones humanas”. RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973. p. 282.

²⁰² SAUSEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 72.

Verifica-se, portanto, o caráter estático da distribuição do ônus da prova ao tempo do CPC/1973, art. 333, uma vez que restringe a distribuição à posição da parte no processo e ao fato que deve ser provado, sem qualquer possibilidade de dinamização.²⁰³

Angélica Arruda Alvim²⁰⁴ também parece fazer crítica quanto ao modelo individualista e patrimonialista pensado no CPC/1973:

Essa distribuição, por mostrar-se diabólica, pode inviabilizar a tutela dos direitos lesados ou ameaçados, especialmente aqueles de natureza extrapatrimonial (como os direitos fundamentais sociais e à higidez do meio ambiente), os quais não foram adequadamente pensados pelo modelo liberal (individualista e patrimonialista) desenvolvido pelo Código de Processo Civil de 1973. Afinal, como expõe Francesco Carnelutti, o direito substancial pode realizar-se mediante o processo somente se é 'vestido pela prova'. (grifo do autor).

Artur Thompsen Carpes²⁰⁵ também apresenta crítica em relação à regra estática dos ônus probatórios, por não haver qualquer margem de modificação: “Embora seja apta para regular um grande contingente de casos – a grande maioria deles, pode-se dizer –, não tem pretensão de generalidade absoluta”, e destaca que:

Naquelas situações em que haja manifesto desequilíbrio nos esforços probatórios, bem como excessiva dificuldade no exercício do direito à prova, nada justifica a manutenção da repartição de ônus probatórios disciplinada pela regra legal. [...]. Dinamiza-se a disposição estática, ajustando-se o procedimento probatório à realidade da vida, cumprindo-se, assim, a promessa constitucional de efetiva e adequada tutela jurisdicional dos direitos.

Assim, a possibilidade de inversão do ônus da prova existente até então, se tratava da hipótese prevista legalmente no CDC, a qual possibilita a inversão observados os requisitos legais (assunto abordado previamente no capítulo 4).

Dessa forma, quanto à teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, Araken de Assis²⁰⁶ diz que “Na vigência do CPC de 1973, buscou-se arrimo no poder

²⁰³ ALVIM, Angélica Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico. p. 489.

²⁰⁴ ALVIM, Angélica Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico. p. 490.

²⁰⁵ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 123 e 128.

²⁰⁶ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 205.

de instrução oficial para sustentar a admissibilidade da distribuição casuística, *ope iudicis*, do ônus da prova” (grifo do autor), acrescentando que “[...] o CPC de 1973 não agasalhava dispositivo prevendo diretamente julgamento desse teor, limitando-se a ministrar regra de atribuição ao ônus da prova, em princípio estática”.²⁰⁷

Ou seja, a distribuição dinâmica do ônus da prova que importa ao presente estudo, não tinha previsão legal à época do CPC/1973, existente apenas em forma de teoria, chamada de teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou, teoria da dinamização dos ônus probatórios, dentre outras nomenclaturas.

Ante a necessidade de mudanças e a existência de critérios flexíveis, Araken de Assis²⁰⁸ narra que “[...] essas atenuações, fundadas na facilitação da prova e na proximidade da parte com a fonte da prova, inspiraram a perigosa distribuição dinâmica [...]”, porquanto essa teoria surgiu como forma de relativização da regra estática e rígida até então vigente.

Araken de Assis²⁰⁹ aduz que “[...] esta teoria apresenta a gravíssima dificuldade de tornar imprevisível a regra de julgamento, a priori, fixada que é segundo as inclinações momentâneas do órgão judiciário”, o que, por sua vez, acarreta em discricionariedade (assunto que será abordado no subcapítulo 5.3).

Além disso, Artur Thompsen Carpes diz que “A lei também se revela importante para conter o arbítrio do órgão judicial, evitando que sua atuação ultrapasse limites predeterminados pela ordem legal [...]”, por essa razão, acrescenta que “Toda e qualquer teoria que se dedique a propor a relativização da lei – como é o caso da teoria da dinamização dos ônus probatórios – normalmente tende a ser observada com certa desconfiança [...]”, ao passo que, alerta que o referido *perigo* decorre da má utilização da técnica chamada de *dinamização*.²¹⁰ (grifo nosso).

Todavia, de antemão, entende-se que a distribuição dinâmica não tornaria imprevisível a regra de julgamento, tendo em vista que, primeiramente, pressupõe casos excepcionais, além do que, desde a vigência do CPC/2015, possui previsão legal expressa, conforme será abordado no subcapítulo seguinte. Além disso, a

²⁰⁷ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 187.

²⁰⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 192.

²⁰⁹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 192.

²¹⁰ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 128-129 e 146.

natureza discricionária dos poderes do julgador restaria controlada, desde que observados os pressupostos legais para admissão da dinamização dos ônus da prova (conforme será abordado adiante no subcapítulo 5.3).

5.2 A Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova no Código de Processo Civil de 2015

A seção IV do CPC²¹¹ que dispõe sobre o saneamento e a organização do processo, prevê legalmente a distribuição do ônus da prova, em seu art. 357, inc. III, como forma de sanear e organizar o processo, observadas as especificidades do art. 373.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...]
III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; [...].

Dessa forma, a distribuição dinâmica do ônus da prova encontra previsão legal no art. 373, §1º do CPC,²¹² que assim estabelece:

§ 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. (grifos nossos).

Importante mencionar o art. 12, §§1º, 2º e 3º do Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP)²¹³ que também dispõe sobre a possibilidade de dinamização dos ônus probatórios:

Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

²¹¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

²¹² BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

²¹³ BRASIL. **Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual**. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2018.

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

Par. 2º – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, *o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.*

Par. 3º - O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório. (grifos nossos).

Além disso, o Enunciado nº 632 do FPPC²¹⁴ também dispõe sobre a dinamização do ônus probatório: “A redistribuição de ofício do ônus de prova deve ser precedida de contraditório”.

Desse modo, verifica-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova se trata de inovação no CPC/2015 e de instituto de grande relevância, inclusive, no que tange à asseguaração das garantias constitucionais. Tanto é que o legislador positivou o que antes, ao tempo do CPC/1973, era tratado apenas como teoria: a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Da leitura do art. 373, §1º do CPC, verifica-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser compreendida em conjunto de outras previsões legais, asseguradas pela CF/1988 e pela própria legislação processual.

Dito de outro modo, deve ser aplicada a partir da conjugação do art. 373, §1º, art. 489 e incisos, art. 11, todos do CPC, e art. 93, inc. IX da CF/1988, no que diz respeito à fundamentação e motivação das decisões judiciais (terceira parte do §1º, art. 373). Além disso, a dinamização deve ser aplicada também a partir da conjugação do art. 373, §1º do CPC, combinado com os artigos 7º, 8º, 9º e 10, todos do CPC, e art. 5º, inc. LV da CF/1988, no que diz respeito ao contraditório das partes, presente na quarta parte do §1º, art. 373 (assuntos que serão abordados no subcapítulo 5.3).

²¹⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 236.

Diversos enunciados do FPPC também dispõem sobre a dinamização do ônus da prova, dentre eles, os enunciados nº 379 e 514 (contraditório); enunciado nº 516 (fundamentação das decisões judiciais); enunciados nº 373 e 375 (cooperação no processo), inclusive o enunciado nº 632, acima transcrito, que trata especificamente da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Em caso de dinamização do ônus da prova, o julgador também deverá ater-se ao art. 373, §2º do CPC, para que a decisão que modifique o ônus da prova, não gere “[...] situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”,²¹⁵ em atenção à vedação da prova diabólica.

Outrossim, a distribuição dinâmica do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, observadas as ressalvas previstas no art. 373, §3º, incisos I e II do CPC (assunto que será abordado no subcapítulo 5.4).

Oportuno salientar que, a decisão que distribui o ônus da prova de modo diverso se trata de decisão interlocutória, recorrível pela via do agravo de instrumento, conforme dispõe o art. 1.015, inc. XI, do CPC:²¹⁶ “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, §1º; [...]”.

A distribuição dinâmica do ônus da prova também encontra aplicabilidade no âmbito processual trabalhista, de acordo com o art. 818, §2º da CLT e Enunciado nº 302 do FPPC.²¹⁷

Pelo exposto, conclui-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova está intimamente imbricada na ideia de cooperação das partes no processo, conforme preveem os artigos 6º, 378, 379 e 380 do CPC (assunto que será abordado no capítulo 6).

Assinaladas as previsões legais que servem de base para aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, imprescindível a delimitação dos

²¹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

²¹⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 19 mar. 2018.

²¹⁷ “Enunciado n. 302 do FPPC: Aplica-se o art. 373, §§1º e 2º, ao processo do trabalho, autorizando a distribuição dinâmica do ônus da prova diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade da parte de cumprir o seu encargo probatório, ou, ainda, à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. O juiz poderá, assim, atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que de forma fundamentada, preferencialmente antes da instrução e necessariamente antes da sentença, permitindo à parte se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 236.

pressupostos legais do instituto em questão, conforme ver-se-á no capítulo subsequente.

5.3 Pressupostos Legais da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

Para Luiz Guilherme Marinoni,²¹⁸ um dos pressupostos legais para aplicação da regra do art. 373, seria o estado de dúvida em que se encontra o julgador, afirmando que “[...] para inverter o ônus da prova com base em hipossuficiência, deve concluir que o fato constitutivo é insuscetível de elucidação”.

Além disso, o autor supra afirma que “[...] para inverter o ônus da prova com base em verossimilhança, ou ainda para se fundar na ideia de verossimilhança preponderante, deve formar ao menos uma convicção de verossimilhança”.²¹⁹

Ou seja, a dúvida, a inesclarecibilidade e a convicção de verossimilhança são pressupostos para o juiz decidir pela (re)distribuição do ônus da prova, todavia, “[...] apenas podem ser demonstradas na motivação da sentença, ocasião em que o juiz justifica a decisão”.²²⁰

Para Luiz Guilherme Marinoni, a separação entre convicção, decisão e motivação se faz presente no seguinte contexto: “A decisão que inverte o ônus da prova somente será legítima quando a sua motivação racionalizar adequadamente tal convicção e os elementos que a determinaram”.²²¹

Para Araken de Assis,²²² “[...] a construção de uma possibilidade mais geral de distribuição do ônus da prova, *ope iudicis*, assenta em outras bases” (grifo do autor), o que, segundo o autor, teria base similar no art. 373, §1º do CPC, prevista em três hipóteses, a saber: “[...] (a) impossibilidade de a parte desincumbir-se do ônus da

²¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 283.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 283.

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 283.

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 283.

²²² ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 206.

prova nos termos do art. 373, I e II; (b) excessiva dificuldade em cumprir o encargo nesses termos; (c) maior facilidade em obter prova do fato em contrário”.²²³

Nesse contexto, o art. 373, §1º do CPC constituiria requisito mais amplo, ao abranger as demais relações processuais civis (e não apenas relações de consumo), sendo defesa sua aplicação nas hipóteses elencadas no art. 373, §3º, I e II do CPC.²²⁴ Dessa forma,

Existindo motivo concreto, prévio e perfeitamente delimitado no processo – e, não, a automática inversão em proveito do vulnerável, do cliente bancário, do trabalhador, e assim por diante -, perante o qual a aplicação da distribuição estática do art. 373, I e II, atribuiria prova de produção difícil ou impossível a uma das partes (*probatio diabolica*), mas a contraparte se encontraria posição mais vantajosa, cabe a distribuição *ope judicis* no direito brasileiro. (grifos do autor).

Em síntese, incidente *motivo concreto, prévio e delimitado*, a aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova se torna possível, atenta aos direitos fundamentais processuais, harmonizando a relação processual existente entre as partes e o juízo.²²⁵

Por outro lado, para Artur Thompsen Carpes, a dinamização dos ônus probatórios encontra assento nos casos de: (1) desigualdade; e (2) excessiva dificuldade no exercício do direito à prova; devendo ser observados de forma concomitante.²²⁶

Daniel Mitidiero explica que, pontualmente, a regra geral do ônus da prova pode não ser adequada ao caso concreto, em afronta ao princípio fundamental à prova, razão pela qual, existente a exceção à regra, a saber, a distribuição dinâmica, que por sua vez, tornará equilibrada a relação antes desigual. Todavia, o autor referenciado adverte da imperiosa necessidade de condicionantes materiais e processuais, para que o julgador possa se utilizar do instituto da dinâmica da prova. Primeiramente, das condicionantes materiais, “[...] deve se apontar no processo para que se dê a dinamização do ônus da prova é a não incidência, por inadequação, do

²²³ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 206.

²²⁴ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 206.

²²⁵ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 206-207.

²²⁶ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146.

art. 333 do CPC”,²²⁷ e em seguida, necessária a verificação se a parte contrária “[...] terá maior facilidade em produzir a prova [...]”, observada a hipótese de a dinamização resultar em prova diabólica para a parte para a qual foi transferido o ônus, ocasião em que a dinâmica da prova perde seu sentido, conforme já exposto anteriormente. Das condicionantes processuais, devem estar presentes a motivação da decisão em que o julgador deve indicar porque não se aplica a regra geral do art. 373, incisos I e II do CPC; e ato contínuo, “[...] os motivos que levaram o órgão julgador a considerar que a parte a princípio desonerada da prova tem maior facilidade probatória diante do caso concreto”.²²⁸

Para Danilo Knijnik:²²⁹

São pressupostos para sua aplicação que a incidência do ônus estático redunde em probatio diabolica, estando o litigante estaticamente não-onerado em posição privilegiada quanto ao episódio controvertido, seja por deter conhecimento especial, seja por deter as provas relevantes. Ainda, a dinamização poderá ter lugar se a prova tornar-se inacessível à parte estaticamente onerada, seja por força de conduta culposa, seja por violação dos deveres de colaboração pela parte adversa. [...].

Em conclusão, a doutrina do ônus dinâmico é legítima perante o direito brasileiro, nos casos em que a aplicação estática do art. 333, incisos I e II do CPC,²³⁰ se revele desconforme à Constituição Federal, acarretando a inutilidade da ação judiciária e a vedação oculta de acesso efetivo ao Poder Judiciário. [...].

Independente da adoção de quaisquer dos pressupostos defendidos pela doutrina, verifica-se, de todo modo, indispensável a necessidade do contraditório,²³¹ também tido como pressuposto legal da distribuição dinâmica do ônus da prova, pois “O processo constitucionalmente justo e equilibrado exige a plena oportunidade de

²²⁷ O autor refere-se ao CPC/1973, cujo correspondente no CPC/2015 se trata do artigo 373.

²²⁸ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista TST**, Brasília, DF, ano 1, v. 78, p. 67-77, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2012/n%201/Processo%20Justo,%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20e%20%C3%B4nus%20da%20prova.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2018.

²²⁹ KNIJNIK, Danilo. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre, [2018?]. Disponível em: <http://www.knijnik.adv.br/upload/artigos/arquivo_13419320784ffc422e8c4cd.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

²³⁰ O autor refere-se ao CPC/1973, cujo correspondente no CPC/2015 se trata do artigo 373.

²³¹ No mesmo sentido: “Enunciado n. 632 do FPPC: A redistribuição de ofício do ônus de prova deve ser precedida de contraditório”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 236.

as partes conhecerem a prova do adversário, debatê-la, sublinhando para o juiz seus pontos favoráveis, e impugná-la, apontando-lhe as fraquezas”.²³²

Elio Fazzalari²³³ ensina que o contraditório faz parte da “[...] estrutura dialética do procedimento [...]”, explicando-a da seguinte forma:

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa, – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.

Para o autor em referência, o processo só existirá quando houver o que ele chama de *estrutura e desenvolvimento dialético*, conforme trecho acima. Em outras palavras: “[...] na ausência de tal estrutura, é vão indagar acerca de um atual ou eventual conflito de interesses: onde é ausente o contraditório – isto é, onde inexista a possibilidade, prevista pela norma, de que ele se realize – não existe processo”.²³⁴

O Enunciado nº 379 do FPPC²³⁵ também sinala a importância do contraditório no exercício dos poderes do juiz.

Ada Pellegrini Grinover²³⁶ ensina que:

Não pode ficar imune a tais garantias o direito à prova, que nada mais é do que uma resultante do contraditório: o direito de contradizer provando. E assim como o contraditório representa o momento de verificação concreta e de síntese dos valores expressos pelo sistema de garantias constitucionais, o modelo processual informado nos princípios inspiradores da Constituição não pode abrir mão de um procedimento probatório que se desenvolva no pleno respeito do contraditório.

²³² ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 252.

²³³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 119-120.

²³⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 120-121.

²³⁵ “Enunciado n. 379 do FPPC: O exercício dos poderes de direção do processo pelo juiz deve observar a paridade de armas das partes”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 25.

²³⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. **Doutrinas essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 4, p. 1071-1086, out. 2011. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?a_rea-of-interest=w/brHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>. Acesso em: 11 mar. 2018.

Darci Guimarães Ribeiro²³⁷ ensina que:

O referido princípio caracteriza-se pelo fato de o juiz, tendo o dever de ser imparcial, não poder julgar a demanda sem que tenha ouvido autor e réu, ou seja, deverá conceder às partes a possibilidade de exporem suas razões, mediante a prova e conforme o seu direito [...]. Apesar de certos princípios processuais poderem, em certas circunstâncias, admitir exceções, o do contraditório é absoluto e não admite exceção, devendo sempre ser respeitado, sob pena de nulidade do processo, inclusive no âmbito administrativo, conforme determinação da própria CF, art. 5.º, LV.

A partir do exposto, chega-se a um debate particular acerca da discricionariedade dos poderes do juiz, a fim de não incorrer em ativismo judicial. Desse debate, surge o questionamento: Onde os poderes conferidos ao julgador encontram limites?

Irrefragavelmente, os poderes do julgador encontram limites no art. 93, inc. IX da CF/1988,²³⁸ por meio da fundamentação das decisões judiciais, a qual assume papel fundamental como forma de assegurar as garantias fundamentais e processuais, e principalmente, assegurar a prestação jurisdicional efetiva, a fim de evitar qualquer discricionariedade do julgador, sob pena de nulidade da decisão.

Quanto à norma processual, em consonância com as garantias fundamentais, dispõe sobre a fundamentação das decisões, em seus artigos 11 e 489, incisos I, II e III e §§1º a 3º do CPC.²³⁹

Todavia, ante as críticas à *fundamentação prévia* das decisões, em que os processos acabam sendo colocados na fila da quantidade, face à morosidade do

²³⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 13-35, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadostrubais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 04 maio 2018.

²³⁸ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]. IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituiacaocompilado.htm>. Acesso em: 03 maio 2018.

²³⁹ “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

sistema judiciário, ao invés de prezar-se pela qualidade,²⁴⁰ em atenção aos fatos em concreto e suas particularidades, como já citado anteriormente por Luis Recaséns Siches, o doutrinador Dalton Sausen²⁴¹ ensina uma importante lição:

A par disso, a resolução dos processos, nos quais estão inseridos os direitos fundamentais dos cidadãos, não pode ter como premissa a ‘filosofia’ de que é possível julgar um sem-número de casos como se todos fossem ‘idênticos’, ou, ainda, em proibir os juizes de decidir de forma contrária às teses dos Tribunais Superiores, pois, como decorre do que foi antes explicitado, a vida naturalmente não é igual, e ela se desenvolve a partir da alteridade e da faticidade. (grifos do autor).

Alexandre Freitas Câmara²⁴² corrobora com tal lição: “Fundamentação adequada: isto é o que exige o nosso ordenamento constitucional, isto é o que se revela adequado e conforme os pilares do Estado Democrático de Direito”. Miguel do Nascimento Costa,²⁴³ destaca consonantemente: “E aí reside, justamente, a tarefa básica de uma teoria jurídica adequada sob o ponto de vista constitucional: concretizar direitos e evitar arbitrariedades, decisionismos e discricionariedades”. Artur Thompsen Carpes²⁴⁴ diz que “Em outras palavras, o juiz tem o dever de evidenciar que, à luz das circunstâncias do caso concreto, está-se diante de violação do direito fundamental à igualdade, bem como do direito fundamental à prova”.

Elio Fazzalari²⁴⁵ assim define:

O âmbito da ‘discricionariedade do juiz’ é exíguo em relação ao da administração pública (pela qual a noção foi especialmente empregada e estudada): isso se explica considerando que o juiz atua em uma estrutura processual (isto é, com contraditório) e que grande parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes. A discricionariedade do juiz diz respeito a alguns momentos existência processual: pensa-se, a título de exemplo, na chamada causa de terceiro; na disposição de provas *ex officio*; na fixação de audiências sucessivas; na suspensão do processo de execução. [...].

²⁴⁰ Nesse sentido: Dalton Sausen (SAUSEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 44).

²⁴¹ SAUSEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 44.

²⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1. p. 57.

²⁴³ COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material**. Estudos de direito em homenagem ao prof. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. v. 2. p. 65.

²⁴⁴ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 130.

²⁴⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 418-419.

[...] A norma mune o sujeito de discricionariedade na hipótese em que os pressupostos da conduta possam variar nos casos concretos exigindo uma flexibilidade moldada de acordo com a finalidade a ser atingida. A ‘discricionariedade’ consiste na correlação entre o escopo assinalado e a situação concreta em presença da qual ele é obtido. (grifos do autor).

Miguel do Nascimento Costa²⁴⁶ destaca:

E é daí que exsurge a necessidade de negação à discricionariedade judicial frente ao constitucionalismo contemporâneo, seja por que o direito não é (e jamais foi) somente um conjunto de regras, seja por que o julgador não pode e não deve decidir conforme a sua consciência e subjetividade. [...]. A existência da Constituição exige a definição dos deveres substanciais dos poderes públicos que vão além do constitucionalismo liberal-burguês.

Cassio Scarpinella Bueno, por seu turno, diz que “[...] não há, propriamente, liberdade para o magistrado do Estado Constitucional”. Esclarece, por consequência, que “[...] o exercício de sua função – sua ‘vontade funcional’ – é todo regrado a partir dos elementos componentes do ‘modelo constitucional do direito processual civil’ (arts. 8º e 140)” (grifos do autor). O autor em referência diz que dentre esses componentes, sobressai o “[...] dever de fundamentação (art. 93, IX, da CF, e art. 489, §§ 1º e 2º, do CPC de 2015) [...]”, aduzindo: “Não é por outra razão, aliás, que o art. 371 impõe ao magistrado que indique ‘na decisão as razões da formação de seu convencimento’, a exemplo do que já o fazia o referido art. 131”,²⁴⁷ (grifos do autor).

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁴⁸ conclui: “Nesse difícil, mas necessário equilíbrio, em que exerce papel fundamental o dever de motivação adequada do ato judicial, habita a força e a legitimação da justiça perante a sociedade civil”.

No contexto probatório, o art. 370 e seu parágrafo único do CPC²⁴⁹, assim estabelece: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as

²⁴⁶ COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material**. Estudos de direito em homenagem ao prof. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. v. 2. p. 166.

²⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico. p. 348.

²⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 26, p. 59-88, dez. 2006. Disponível em: <www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>. Acesso em: 11 maio 2018.

²⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

A partir da leitura do dispositivo transcrito, verifica tratar-se de dever do juiz, “[...] quando os fatos ainda não lhe parecerem esclarecidos [...]”, e em caso de persistência de dúvida, deverá “[...] julgar com base na regra do ônus da prova”.²⁵⁰

Elio Fazzalari²⁵¹ diz que: “De um lado, o juiz não tem, no reconstruir o fato, margem de escolha para oportunidade, portanto, de discricionariedade em sentido próprio”, acrescentando ainda que,

Na nossa atual experiência qualquer intérprete e qualquer juiz que exorbita do seu dever de apreender a norma e vem arrogando-se aquele de formação das mesmas (no mínimo vem se utilizando, ao ato de interpretação, de elementos axiológicos e teleológicos encontrados fora do contexto dos valores positivos) é fenômeno que se coloca de fora e contra o nosso ordenamento constitucional.²⁵²

De acordo com Araken de Assis:²⁵³

Segundo a concepção ‘social’ do processo, o valioso instrumento de composição do litígio não interessa somente às partes, mas à sociedade, razão por que a respectiva marcha não pode ser confiada à volúvel vontade dos litigantes. É o chamado poder de direção formal do processo, através do qual o juiz promove o andamento do processo. (grifo do autor).

Ato contínuo, o autor em comentário explica que: “[...] evoluiu o poder de direção, inicialmente formal, ou seja, atinente à condução da causa, para o poder de direção ‘material’” (grifo do autor), esse último, referente a determinação de produção de provas pelo juiz, de ofício, a exemplo do art. 370 do CPC. Dessa forma, o doutrinador em referência afirma que “No processo civil brasileiro, vigora o princípio inquisitório, corolário do poder material de direção do juiz”.²⁵⁴

²⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 294.

²⁵¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 461.

²⁵² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 481. O autor faz uma observação (nota 823 da obra) de que, em ordenamentos como a “common law”, é confiado ao juiz um dever, ao que ele chama de mais “criativo”, em razão da liberdade que estes têm para decidir.

²⁵³ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 69.

²⁵⁴ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 69.

Ovídio Araújo Baptista da Silva diz que “[...] uma decorrência do sistema de persuasão racional é a faculdade de iniciativa probatória que se reconhece, com bastante largueza, ao julgador em sistemas modernos”, exemplificando, por conseguinte, que “[...] nosso Código²⁵⁵ contém inúmeros dispositivos facultando ao juiz a determinação *ex officio* de meios de prova”,²⁵⁶ (grifo do autor), a exemplo dos artigos 342, 343, 355, 418 do CPC/1973,²⁵⁷ dentre outros.

Assim, Araken de Assis²⁵⁸ levanta um questionamento acerca do art. 370 do CPC, ao dizer que “O juiz que abandona a posição de terceiro para investigar os fatos invadiria área reservada à parte e, na prática, toma partido, rompendo a promessa estatal de um processo equilibrado e justo”. Todavia, dessa crítica, entende que “[...] não se afigura razoável negar-lhe o direito de se informar a respeito desses fatos, lançando mão dos meios legalmente admissíveis, hipótese em que a atividade do juiz não substitui a da parte, mas releva-se própria do seu ofício”.²⁵⁹

Luiz Guilherme Marinoni também entende que não há razão para impedir que o juiz determine produção de provas de ofício, uma vez que o seu dever é esclarecer os fatos trazidos ao processo, além do que, impedir essa prática seria o mesmo que manter a figura clássica do julgador como *mero espectador*, dessa forma “[...] deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que bem possa cumprir a sua tarefa” e para a efetividade do processo.²⁶⁰

Humberto Theodoro Júnior²⁶¹ acrescenta que, nessas circunstâncias,

²⁵⁵ O Código ao qual o autor se refere é o CPC/1973, em vigência na época, sendo que os dispositivos mencionados a título de exemplo de iniciativa probatória do julgador, foram mantidos no CPC/2015, com as seguintes correspondências: art. 342 CPC/73 e art. 139, inc. VIII CPC/15; art. 343 CPC/73 e art. 385 CPC/15; art. 355 CPC/73 e art. 396 CPC/15; art. 418, incs. I e II CPC/73 e art. 461, incs. I e II CPC/15.

²⁵⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 272.

²⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

²⁵⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 73.

²⁵⁹ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 73-74.

²⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 294.

²⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova - Princípio da verdade real - Poderes do Juiz - Ônus da prova e sua eventual inversão - Provas ilícitas - Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, p. 9-28, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=w/brHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 07 maio 2018.

O juiz, portanto, enquanto determina a produção dos elementos probatórios, não está fazendo prova para uma das partes, está apenas procurando chegar à prova efetiva, que é o seu convencimento acerca dos fatos que interessam à justa solução do litígio.

Nesse mesmo sentido, Alexandre Freitas Câmara²⁶² diz que:

É preciso reconhecer que quando o juiz determinar, de ofício, a produção de alguma prova, o faz no exercício de sua função de julgador, já que busca, com tal determinação, preparar-se para proferir decisão que esteja de acordo com a verdade e, pois, seja capaz de atender às finalidades do processo.

José Carlos Barbosa Moreira²⁶³ aduz que:

O exercício de poderes instrutórios pelo órgão judicial perfeitamente se compadece com a preservação das garantias processuais das partes. Pressupondo-se que, como cumpre, elas sejam devidamente cientificadas das iniciativas oficiais, e que se lhes abra a possibilidade de participar das diligências, de impugná-las, caso lhes pareçam descabidas, e de manifestar-se sobre os respectivos resultados, não se descobre que garantia terá sido desrespeitada.

Acrescenta ainda o jurista em referência, reafirmando os poderes instrutórios do juiz, sendo que se deve:

[...] submeter a atividade do juiz à observância do princípio do contraditório, em impor ao juiz o dever de realizar a atividade de instrução sob a égide do contraditório, e proibi-lo de levar em conta na sua decisão qualquer elemento probatório colhido sem que as partes tivessem a oportunidade de participar, tanto quanto possível, da colheita, ou pelo menos, de manifestar-se sobre os resultados obtidos. E também, e principalmente, o dever da motivação.²⁶⁴

Por sua vez, Michele Taruffo diz que “a função ‘ativa’ do juiz referente à produção das provas configura-se claramente como complementar e suplementar à

²⁶² CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 153, p. 33-46, nov. 2007. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 07 maio 2018.

²⁶³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 122, p. 9-21, abr. 2005. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

²⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, p. 178-184, jul./set. 1984. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

atividade probatória das partes” (grifo do autor), pois este está “[...] inserido em um contexto processual no qual são asseguradas as garantias das partes no âmbito de um sistema político democrático”.²⁶⁵ Todavia, o doutrinador em referência afirma que a utilização de tais poderes não pode violar as garantias fundamentais, asseguradas pela CF/1988, a exemplo do contraditório, devido processo legal e ampla defesa, devendo, às partes, ser concedida sempre a oportunidade de conhecer os fatos judiciais e manifestarem-se sobre estes, assim como a necessidade do julgador “[...] oferecer uma motivação analítica e completa, bem como racionalmente estruturada, da decisão sobre os fatos”.²⁶⁶

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, estão assegurados pela CF/1988, em seu art. 5º, incisos LIV e LV.²⁶⁷ Além disso, o modelo cooperativo de processo, estruturado na CF/1988 (assunto que será abordado no capítulo 6), enfatiza os princípios fundamentais no Capítulo I do Livro I da Parte Geral do CPC,²⁶⁸ dentre eles, o contraditório, mais precisamente em seus artigos 7º, 8º e 9º.

Quanto ao art. 9º do CPC, Darci Guimarães Ribeiro²⁶⁹ afirma:

A função precípua da redação contida neste artigo é evitar que o juiz possa proferir qualquer decisão-surpresa. Com isso, impõe-se, ao magistrado, uma obediência quase cega ao contraditório, na medida em que ele deverá sempre comunicar a parte contra quem pretende decidir uma questão, seja qual for a natureza da mesma, processual ou material, preliminar ou mérito, em primeiro ou segundo grau de jurisdição, interlocutória ou sentença etc.

²⁶⁵ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 198-199.

²⁶⁶ Nesse sentido: TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 142 e 209.

²⁶⁷ “Art. 5º [...]. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 maio 2018.

²⁶⁸ “Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida [...]”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

²⁶⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 13-35, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadostrubris.com.br/maf/api/widGetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 04 maio 2018.

A partir dos dispositivos transcritos, percebe-se o enaltecimento ao contraditório, como garantia fundamental no processo, para que as partes possam litigar, se assim pode-se dizer, de forma *paritária* no processo, configurando-se, inclusive, como pressuposto legal para os mais diversos atos do juiz, servindo como limitador da natureza discricionária dos seus poderes.

Darci Guimarães Ribeiro²⁷⁰ corrobora com o exposto:

Sem lugar a dúvidas, o princípio processual constitucional mais valorizado dentro do projeto do novo CPC foi o contraditório. Ele aparece expressamente declarado já nas normas fundamentais do processo civil e em mais de um artigo, vale dizer, dos doze (12) artigos que compõe o Capítulo I, Título Único, do Livro I, da Parte Geral, três (3) referem-se explicitamente ao princípio do contraditório. Estes três artigos contidos nas normas fundamentais do processo civil se projetam inexoravelmente ao longo de todo o projeto do novo CPC. É, definitivamente, a consagração do contraditório na sua expressão real e efetiva, consubstanciada na amplitude constitucional do princípio.

Além disso, verifica-se que o princípio do contraditório está diretamente ligado ao princípio da decisão não surpresa, elencado no art. 10 do CPC,²⁷¹ o qual estabelece que: “[...] o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, a exemplo da prescrição. Darci Guimarães Ribeiro diz que “Este artigo está indissolúvelmente vinculado ao anterior [...]”, explicando ainda que, a função deste é “[...] acima de tudo didático-pedagógica, justamente porque se trata da introdução, dentro de um sistema normativo, de novo referencial, a exigir do juiz uma conduta democrática, com observância ao contraditório como influência”.²⁷²

O Enunciado nº 514 do FPPC²⁷³ também dispõe que “O juiz não poderá revogar a decisão que determinou a produção de prova de ofício sem que consulte

²⁷⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 13-35, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadostrubnais.com.br/maf/api/widGetshomepage?area-of-interest=w/brHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 04 maio 2018.

²⁷¹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

²⁷² RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 13-35, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadostrubnais.com.br/maf/api/widGetshomepage?area-of-interest=w/brHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 04 maio 2018.

²⁷³ DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 234.

as partes a respeito”, o qual se trata de típico exemplo de vedação à decisão surpresa.

Elio Fazzalari²⁷⁴ diz que:

Deve ser observado que ao limite concernente à escolha por parte do sujeito, e constituído pela correspondência do escopo assinalado pela lei ao ato discricionário [...] se acrescem os outros impostos a qualquer sujeito na determinação do conteúdo da própria conduta: referimo-nos à conformidade, à moral, ao bom costume e à ordem pública.

Dessa forma, identifica-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova, além de estar intimamente ligada ao princípio da colaboração das partes (assunto que será abordado no capítulo 6), está também fortemente ligada ao princípio do contraditório, como pressuposto legal, ocasião em que toda decisão judicial que abranger nova questão jurídica ou nova questão de fato no processo (salvo exceções previstas na legislação), deverá o julgador previamente intimar as partes para manifestação a respeito, em expressa observância da vedação de decisão surpresa no processo, a qual ensejaria sua nulidade, por violação ao princípio do contraditório.

Explica-se. Se o julgador entender pela distribuição dinâmica do ônus da prova, poderá fazê-lo desde que faça por decisão fundamentada, devendo oportunizar a parte de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, em atenção ao princípio do contraditório, conforme redação do art. 373, § 1º do CPC,²⁷⁵ já transcrito em capítulo anterior.

Nesse sentido, Artur Thompsen Carpes²⁷⁶ reafirma o exposto:

A decisão que determina a dinamização dos ônus probatórios, assim, deve estar devidamente fundamentada (art. 93, IX, da Constituição), especialmente em face do significado que se reveste a atuação do órgão judicial no sentido de afastar a aplicação da regra prevista na lei para aplicar princípios aderentes ao direito fundamental da igualdade e do amplo exercício na produção da prova.

²⁷⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 418-419.

²⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

²⁷⁶ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 147.

Oportuno mencionar o Enunciado nº 516 do FPPC,²⁷⁷ o qual corrobora com a relevância da fundamentação das decisões judiciais, ao dispor que: “Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada”.

A partir disso, convém debater sobre a anterior redação do art. 131 do CPC/1973,²⁷⁸ a qual dispunha: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Todavia, com o advento da Lei 13.105/2015 que instituiu o atual CPC, a expressão *livremente* foi suprimida do texto, demonstrando o intuito de evitar qualquer arbitrariedade por parte do julgador.

Ada Pellegrini Grinover²⁷⁹ diz que:

De extrema relevância é o problema do contraditório, entendido como participação das partes e do juiz no momento da produção das provas. Trata-se, agora, das atividades dirigidas à constituição do material probatório que vai ser utilizado pelo órgão jurisdicional na formação de seu convencimento.

Ovídio Araújo Baptista da Silva já dizia ao tempo do CPC/1973, que o sistema da persuasão racional, é o mais adequado à avaliação das provas (dentre os sistemas da prova legal e da livre apreciação da prova), e que, “[...] embora aceite em geral a tese do livre convencimento, impõe certas restrições à legitimidade da formação do convencimento judicial”, isso porque, seria ilegítima uma convicção do juiz obtida com fundamento exclusivo em sua intuição privada, “[...] incapaz de ser justificada segundo regras lógicas e de senso comum”.²⁸⁰

Elio Fazzalari²⁸¹ diz que ao julgador cabe,

[...] individuar e interpretar a norma jurídica substancial – a que a lei processual remete como medida de juízo –, aplicá-la aos fatos

²⁷⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 233.

²⁷⁸ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

²⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. **Doutrinas essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 4, p. 1071-1086, out. 2011. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wibrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

²⁸⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1. p. 271.

²⁸¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 462-463.

verificados e deduzir as consequências (no processo de cognição civil: existência ou inexistência do direito, do dever, etc.). É esse – como se disse – o chamado *juízo de direito*. (grifo do autor).

Ao comentar sobre o posicionamento do Ministro Luiz Fux, de que os juízes não podem decidir livremente cada caso, pois devem respeitar os precedentes de modo a não proferir decisões contrárias à decisão dos Tribunais superiores, Dalton Sausen²⁸² sinala que:

Os juízes, ao contrário do aduzido pelo Ministro Luiz Fux, devem decidir livremente, tendo como limite a Constituição da República e a legislação a partir dela concebida e recepcionada via processo democrático, respeitando, por óbvio, a tradição, a coerência e integridade do direito, e não discursos de fundamentação prévia, representados por súmulas e um manancial de topoi de precedentes.

Nesse contexto, o contraditório assume um papel fundamental, como forma de controle da discricionariedade dos poderes do juiz, arbitrariedade e ativismo judicial, evitando abusos de poder pelo julgador, conforme se discorreu até então.

Elio Fazzalari²⁸³ ensina da seguinte forma:

Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os ‘interessados’, em contraditório, colhemos a essência do ‘processo’: que é, exatamente, um procedimento ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os ‘interessados’, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato. [...]. As combinações mais ou menos equilibradas entre poderes das partes e os poderes (*rectius*: deveres) do juiz, bem como a disciplina mais ou menos severa do exercício dos poderes pelas partes são elementos distintivos de um processo jurisdicional.²⁸⁴ (grifos do autor).

Segundo Luiz Guilherme Marinoni,²⁸⁵ “[...] o juiz é responsável pela *condução do processo* (art. 139) e pelo *juízo da causa* (art. 141) no processo civil” (grifos do autor). Além disso, o doutrinador em comento diz que:

²⁸² SAUSEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos**: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 38 e 40.

²⁸³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 33.

²⁸⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 174.

²⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 82.

O juiz tem deveres de *esclarecimento*, de *diálogo*, de *prevenção* e de *auxílio* para com os litigantes – a fim de que o processo possa de fato dar tutela aos direitos e refletir em seu resultado não um desfecho apenas formal, que extinga o processo sem resolução de mérito (art. 488), mas um fim que efetivamente enfrente o litígio existente entre as partes (art. 490), extinguindo o processo ou uma de suas fases com resolução do mérito da causa (art. 487). (grifos do autor).

O julgador deve, ainda, conduzir o processo e julgar a causa:²⁸⁶

Respeitando os *limites fático-jurídicos* estabelecidos pelas partes (por força do chamado princípio da demanda, arts. 141 e 490, ressalvada a possibilidade de aplicação do brocardo *Iura Novit Curia*, desde que observado o contraditório, arts. 9.º e 10), o juiz tem o dever de decidir conforme o direito (arts. 140 e seu parágrafo único), justificando as suas decisões observando a *lógica* (justificação interna) e a *argumentação* apoiada na Constituição e na legislação (art. 489) [...]. (grifos do autor).

De acordo com Elio Fazzalari,²⁸⁷ “[...] a controvérsia é muito frequente no concreto: é ela que torna completa a ideia do contraditório, do ‘dizer e do contradizer’ [...]” (grifos do autor), aduzindo que, “[...] a estrutura processual fica marcada pela posição de paridade dos interessados no contraditório [...]” e acrescenta ainda:

A própria essência do contraditório exige que dele participem ao menos dois sujeitos, um ‘interessado’ e um ‘contra-interessado’, sobre um dos quais o ato final é destinado a desenvolver efeitos favoráveis e, sobre o outro, efeitos prejudiciais.²⁸⁸ (grifos do autor).

O autor em referência explica que o contraditório se manifesta nos mais variados tipos de processo a partir de diferentes normas, as quais não são necessariamente “[...] iguais em conteúdo e número, que ao contrário pode, de vez em quando, ser predisposto pela lei em formas qualitativa e quantitativamente diversas [...]”, entretanto, conclui que “[...] o processo é reconhecível cada vez que, mesmo sendo reduzidos os poderes dos ‘contraditores’, são realizadas entre eles posições simetricamente iguais” (grifo do autor), como já dito anteriormente.²⁸⁹

²⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 83-84.

²⁸⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 122 e 125.

²⁸⁸ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 124.

²⁸⁹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 124.

Assim, pelo exposto, a atividade probatória pelo julgador encontra limites nos pressupostos legais expostos para aplicação da dinâmica do ônus da prova, com substancial atenção ao contraditório, além – é claro – de possuir limites na CF/1988 e na legislação processual, de modo que não resulte em discricionariedade e ativismo judicial, pois, conforme lição de Dalton Sausen,²⁹⁰ aplicável ao presente estudo, isso implicaria que “[...] o direito passa a ser aquilo que é dito por eles, com restrições formais e materiais em relação ao acesso à justiça, suplantando, de certo modo, a legislação produzida democraticamente”.

5.4 Hipóteses Legais de Não Admissão da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova

O art. 373, §3º e §4º, do CPC²⁹¹ admite a distribuição dinâmica do ônus da prova por meio de convenção entre as partes, que pode se dar antes ou durante o processo.

Todavia, há hipóteses legais em que a distribuição dinâmica do ônus da prova não poderá ocorrer de forma convencional, quais sejam, as hipóteses dos incisos I e II do art. 373, §3º acima referido: quando recair sobre direito indisponível da parte e/ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Observadas essas hipóteses, deverá o juiz aceitar ou rejeitar a convenção. O Enunciado nº 6 do FPPC²⁹² orienta que “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação”.

A título de exemplo, o art. 190, parágrafo único, do CPC dispendo sobre convenção das partes acerca dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, acrescenta ainda as seguintes hipóteses: contrato de adesão com inserção de

²⁹⁰ SAUSEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos**: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 124.

²⁹¹ “Art. 373 [...]. § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁹² DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 140.

cláusula abusiva; quando alguma parte estiver em manifesta situação de vulnerabilidade e/ou nos demais casos de nulidade.²⁹³

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni²⁹⁴ afirma que “[...] sempre que a modificação convencional do ônus probatório repercutir em prejuízo a pessoa vulnerável, é de se considerar esse acordo ilegal, recusando a ele qualquer valor”.

Elio Fazzalari²⁹⁵ diz que “[...] não são atos processuais quando carecem totalmente de um dos elementos constitutivos indicados pelo modelo normativo”.

Sobre nulidades, Ada Pellegrini Grinover²⁹⁶ ensina que:

Toda vez que houver infringência a princípio ou norma constitucional-processual que desempenhe função de garantia - caracterizando a denominada atipicidade constitucional - a consequência será a ineficácia do ato praticado em violação à Lei Maior. E essa sanção poderá surgir diretamente da Constituição - como ocorre com a obrigação de motivar a decisão judiciária, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF (LGL\1988\3)) - ou dos princípios gerais do ordenamento.

Dessa forma, a convenção entre as partes que estabeleça quaisquer das hipóteses elencadas retro não poderá ser admitida pelo julgador, sob pena de violar garantias das partes, passível de nulidade ou anulabilidade.

A seguir, adentrar-se-á no último capítulo desse estudo, com a análise da correlação do instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova e do princípio da colaboração das partes.

²⁹³ “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 abr. 2018.

²⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 281.

²⁹⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 519.

²⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. **Doutrinas essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 4, p. 1071-1086, out. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=w/brHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

6 DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA E O PRINCÍPIO DA COLABORAÇÃO DAS PARTES

Segundo Fredie Didier Júnior, o princípio da cooperação surgiu a partir da combinação dos princípios do devido processo legal, boa-fé processual e contraditório, sendo que o resultado desse arranjo indica a forma como o processo civil deve se sustentar.²⁹⁷

Darci Guimarães Ribeiro afirma que “As sociedades modernas e o Estado, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados em que o processo seja eficaz, reto, prestigiado e útil ao seu elevado desígnio [...]”, não se admitindo que as partes faltem com o dever de verdade, “[...] agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos”, acrescentando, ato contínuo, ser daí que decorre “[...] a preocupação das leis processuais em assentar o comportamento das pessoas envolvidas com o processo sobre os princípios da boa-fé e lealdade”.²⁹⁸

O CPC²⁹⁹ prevê o princípio da cooperação em seu art. 6º, que assim o define: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Como referido em capítulo anterior, o processo é visto sob uma nova perspectiva, a qual adota o modelo cooperativo se estruturando numa espécie de modelo constitucional de processo, o qual gera deveres para as partes, inclusive, para o julgador.

Ovídio Araújo Baptista da Silva³⁰⁰ diz que “Partes serão aqueles que, depois de provocar a atividade jurisdicional, em razão deste agir, tornam-se partes”. Para Alexandre Freitas Câmara,³⁰¹ partes do processo é “[...] conceito mais amplo, que inclui todos aqueles que participam do contraditório formado no processo, incluindo portanto, autor, réu, Ministério Público e terceiros intervenientes”. Leo Rosenberg,³⁰²

²⁹⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 1. p. 124-125.

²⁹⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 120.

²⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

³⁰⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1**: do processo de conhecimento, arts. 1.º a 100. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 31.

³⁰¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Escritos de direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 76.

³⁰² “Partes en el proceso civil son aquellas personas que solicitan y contra las que se solicita, em nombre propio, la tutela jurídica estatal, [...]”. ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Introducción, Libro primero: Teoría General. Traducción Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955. t. 1. p. 211.

por sua vez, diz que “Partes no processo civil são aquelas pessoas que postulam e contra as quais se é postulado, em nome próprio, a tutela jurídica estatal [...]”. (tradução nossa).

Dessa forma, quanto à cooperação, Cassio Scarpinella Bueno³⁰³ diz que:

[...] deve ser praticada por todos os sujeitos do processo. Não se trata, portanto, de envolvimento apenas entre as partes (autor e réu) e de seus procuradores, aí compreendidos também os membros da advocacia pública e da defensoria pública, mas também de eventuais terceiros intervenientes (em qualquer uma das diversas modalidades de intervenção de terceiros), do próprio magistrado, de auxiliares da Justiça e, evidentemente, do próprio Ministério Público quando atuar na qualidade de fiscal da ordem jurídica.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁰⁴ diz que é possível,

[...] extrair do próprio direito fundamental de participação a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo (serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas, etc.), devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade.

A partir disso, o doutrinador em referência ressalta a importância de haver “[...] recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo”. Partindo dessa ideia, o diálogo e a cooperação sobreporiam a concepção de *oposição* e *confronto* no processo, na medida em que haveria participação dos sujeitos nas atividades processuais, “[...] com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa”. Desse modo, contempla-se a “[...] percepção de uma democracia mais participativa, com um conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive de natureza processual”.³⁰⁵

³⁰³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico. p. 96.

³⁰⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 26, p. 59-88, dez. 2006. Disponível em: <www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>. Acesso em: 11 maio 2018.

³⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 26, p. 59-88, dez. 2006. Disponível em: <www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>. Acesso em: 11 maio 2018.

Cândido Rangel Dinamarco³⁰⁶ reafirma a importância da “[...] predisposição do direito processual moderno à efetiva realização da justiça, pacificando os litigantes”. Dessa forma, o autor em comento diz que a prestação jurisdicional efetiva, nesse contexto, “[...] não se obtém com a simples emissão de provimentos jurisdicionais, mas com a cabal influência na vida das pessoas”.

Humberto Theodoro Júnior destaca a importância da associação do contraditório a um princípio moderno e relevante, que ele chama de *cooperação* ou *colaboração*, com o fim de “[...] harmonizar e equilibrar os papéis que cabem a todos os sujeitos do processo, implantando um regime de paridade entre eles e impedindo conduta preponderante do juiz na preparação do provimento jurisdicional”,³⁰⁷ acrescentando ainda:

[...] princípio que reforça a importância do contraditório como técnica de concretização da dialética do processo, impondo um alto grau de comprometimento do juiz para com as partes, e destas em relação àquele, de modo a propiciar que o fruto da atividade desenvolvida no processo pelo julgador seja capaz de resolver adequadamente o litígio que lhe foi submetido.

Sobre o tema, Michele Taruffo diz: “Outro princípio geral e fundamental aplicado em todos os sistemas probatórios modernos é o da ‘participação das partes’ na produção das provas” (grifo do autor), afirmando em seguida que, “[...] esse princípio é geralmente concebido como um aspecto essencial da garantia do devido processo legal na jurisdição civil”.³⁰⁸

De acordo com Fredie Didier Júnior, esse modelo cooperativo faz com que as partes não ajam de forma individualizada, mas sim que do processo participem contribuindo entre si ao seu bom andamento.³⁰⁹ Tal afirmativa, resta corroborada a seguir: “O modelo cooperativo de processo caracteriza-se exatamente por articular

³⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 1, p. 907, out. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=w/brHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 07 maio 2018.

³⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 48, v. 190, p. 237-263, abr./jun. 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242896/000923119.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

³⁰⁸ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 120.

³⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 1. p. 126.

os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado”.³¹⁰

Miguel do Nascimento Costa³¹¹ aduz que:

O processo civil, no Estado Democrático de Direito contemporâneo, não se resume a regular o acesso à justiça em sentido formal. Sua missão, na ordem dos direitos fundamentais, é proporcionar a todos uma tutela procedimental e substancial justa, adequada e efetiva. Daí falar-se, modernamente, em garantia de um processo justo informado pelos direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet³¹² ensina que a colaboração processual das partes é “[...] um *modelo* que visa a organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho*, em que se privilegia o *trabalho processual em conjunto* do juiz e das partes” (grifos do autor), acrescentando ainda, resumidamente, que: “A colaboração visa a organizar a participação do juiz e das partes no processo de forma equilibrada”.³¹³

Ada Pellegrini Grinover³¹⁴ assevera o modelo cooperativo de processo:

A participação dos sujeitos no processo não permite apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição. Para cima e para além das intenções egoísticas das partes, a estrutura dialética do processo, própria do procedimento em contraditório e de estrutura cooperatória, existe para reverter em benefício da boa qualidade da prestação jurisdicional e da perfeita aderência da sentença à situação de direito material subjacente.

Daniel Mitidiero, por sua vez, esclarece que a distribuição dinâmica do ônus da prova surge com o intuito de adequar o caso em concreto no processo, possibilitando o que ele chama de *corte cooperativo* do processo. O autor entende ser instrumento “[...] perigosíssimo quando manejado de maneira inadequada”,

³¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 1. p. 133.

³¹¹ COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material**. Estudos de direito em homenagem ao prof. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. v. 2. p. 104-105.

³¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 623-624.

³¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 626.

³¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. **Doutrinas essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 4, p. 1071-1086, out. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=w/brHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

todavia, acrescenta que a distribuição dinâmica dos ônus probatórios “[...] encontra-se em total consonância com a ideia de processo civil pautado pela colaboração, pressupondo, mesmo para sua aplicação, um modelo de processo cooperativo”.³¹⁵

Daniel Mitidiero ainda sinala que:

Seu fundamento está na necessidade de velar-se por uma efetiva igualdade entre as partes no processo e por uma escorreita observação dos deveres de cooperação nos domínios do Direito Processual Civil, notadamente do dever de auxílio do órgão jurisdicional para com as partes. [...].

Especialmente no que tange às normas do ônus da prova, a colaboração implica dever de compreendê-la em sua dupla dimensão: como norma de instrução e como norma de julgamento.³¹⁶

O próprio capítulo das provas do CPC reforça o reconhecimento desse modelo cooperativo, conforme se verifica do seu art. 378: “Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”. Nesse sentido, é o art. 77, inc. I, CPC: “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: [...] expor os fatos em juízo conforme a verdade; [...]”.³¹⁷

Araken de Assis,³¹⁸ quanto ao dispositivo supra, diz que “Outro é, entretanto, o alcance do art. 378, ao utilizar o pronome ‘ninguém’, mirando as partes e terceiros, porque situa o Poder Judiciário como destinatário da colaboração compulsória”. (grifo do autor).

Nesse sentido, o Enunciado nº 375 do FPPC³¹⁹ dispõe que “O órgão jurisdicional também deve comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva”, reafirmando o dever de cooperação inclusive deste.

Conforme as lições de Alexandre Freitas Câmara, “O juiz que o moderno processo exige deve ser um juiz participativo, que atua efetivamente na direção do

³¹⁵ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista TST**, Brasília, DF, ano 1, v. 78, p. 67-77, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2012/n%201/Processo%20Justo,%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20e%20%C3%B4nus%20da%20prova.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2018.

³¹⁶ MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista TST**, Brasília, DF, ano 1, v. 78, p. 67-77, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2012/n%201/Processo%20Justo,%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20e%20%C3%B4nus%20da%20prova.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2018.

³¹⁷ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

³¹⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. v. p. 255.

³¹⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 23.

processo, buscando a melhor solução para a causa [...]”, não obstante a ressalva de que “[...] juiz imparcial, todavia, não quer dizer juiz passivo”.³²⁰

Destarte, Ingo Wolfgang Sarlet³²¹ também afirma:

O modelo de processo pautado pela colaboração visa a outorgar *nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo*. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. *Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão*. (grifos do autor).

O autor supra acrescenta, ato contínuo, que “A colaboração no processo, devida no Estado Constitucional, é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração ‘entre’ as partes” (grifos do autor), advertindo, por conseguinte, que “As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio”,³²² porém, devem colaborar com o processo, para o seu bom andamento.

Nesse passo, o art. 357, incisos II e III do CPC,³²³ constituiriam o dever de cooperação do juiz para com as partes, “[...] orientando a atividade probatória, ao fixar o tema da prova e distribuir o ônus da prova”.³²⁴ O art. 380 do CPC,³²⁵ por sua vez, constituiria o dever de cooperação de terceiros com o processo, podendo o juiz determinar multas ou outras medidas coercitivas, em caso de descumprimento.

Pode-se dizer que o art. 5º do CPC³²⁶ também está imbricado na ideia de colaboração das partes: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Em relação a isso, analisando o art. 14 do CPC/1973, correspondente ao art. 77 do CPC/2015, Ovídio Araújo Baptista da

³²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Escritos de direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 75.

³²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 626.

³²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 626.

³²³ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

³²⁴ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 256.

³²⁵ “Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa: I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento; II - exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder. Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

³²⁶ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 31 mar. 2018.

Silva³²⁷ dispõe que: “O preceito contido no art. 14 do CPC³²⁸ é uma manifestação do princípio geral de *boa-fé objetiva*, de que já se disse constituir, mais do que um princípio, o verdadeiro oxigênio sem o qual a vida do Direito seria impossível”. (grifo do autor).

Além disso, ainda de acordo com as lições de Ovídio Araújo Baptista da Silva, o princípio contido no art. 14 do CPC/1973 (atuais art. 5º e art. 77 e incisos do CPC/2015), “[...] relaciona-se, de certo modo, com a disciplina do ônus da prova, segundo a qual cabe à parte que alegar, em defesa de seu direito, a existência de um determinado fato o ônus de demonstrá-lo em juízo”.³²⁹

Destarte, Miguel do Nascimento Costa³³⁰ destaca que:

[...] a noção de equilíbrio da posição e funções das partes e do juiz decorre do modelo colaborativo ou participativo de organização do processo faz, especialmente, partindo-se do pressuposto de que a participação das partes no processo deve ser pautada pela boa-fé objetiva.

O Enunciado nº 373 do FPPC, assim como o art. 379 do CPC,³³¹ constituem o dever de cooperação das partes para o processo.

Observe-se que o artigo suprarreferido faz uma ressalva quanto ao direito de *não produzir prova contra si próprio*. Quanto à esse ponto, conveniente citar o Enunciado nº 51 do FPPC,³³² que dispõe que: “A compatibilização do disposto nestes

³²⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1:** do processo de conhecimento, arts. 1.º a 100. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 103.

³²⁸ O Código ao qual o autor se refere é o CPC/1973, em vigência na época, sendo que o dispositivo mencionado como princípio geral de boa-fé objetiva, foi mantido no CPC/2015, porém, desmembrado em mais de um artigo, contando com as seguintes correspondências: art. 5º do CPC/15 quanto à boa-fé; e art. 77, incisos I ao VI, §§1º ao 8º do CPC/15 quanto às demais disposições do art. 14 do CPC/73.

³²⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1:** do processo de conhecimento, arts. 1.º a 100. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 104.

³³⁰ COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material.** Estudos de direito em homenagem ao prof. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. v. 2. p. 113.

³³¹ “Enunciado n. 373 do FPPC: As partes devem cooperar entre si; devem atuar com ética e lealdade, agindo de modo a evitar a ocorrência de vícios que extingam o processo sem resolução do mérito e cumprindo com deveres mútuos de esclarecimento e transparência”. DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil:** anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 24. “Art. 379. Preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte: I - comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado; II - colaborar com o juízo na realização de inspeção judicial que for considerada necessária; III - praticar o ato que lhe for determinado”. BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

³³² DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil:** anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017. p. 237.

dispositivos c/c o art. 5º, LXIII, da CF/1988, assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal”.

Todavia, Luiz Guilherme Marinoni³³³ critica a redação do art. 379 do CPC ao dizer que “[...] da parte inicial do art. 379 praticamente cria um direito ‘fundamental’ à não colaboração e, assim, um direito também ‘fundamental’ a esconder a verdade no processo civil” (grifos do autor). Contudo, o mesmo autor chama a ressalva em comento de *privilégio*, como exceção ao dever de prova, devendo compreender-se pela garantia constitucionalmente assegurada, ou seja, a garantia contra a autoincriminação, também no processo civil.³³⁴

Em contrapartida, Araken de Assis sinaliza que a própria confissão (art. 389 do CPC), “[...] é exemplo claro de prova contra si mesmo”, ou até mesmo, seriam exemplos de produção de prova contra si próprio:

[...] a juntada de documento que, analisado atentamente, contraria a alegação de fato da parte que produziu; a conclusão de perito ir de encontro à alegação da parte que a requereu; e a testemunha desmentir os fatos alegados por quem a arrolou.³³⁵

Ovídio Araújo Baptista da Silva,³³⁶ por sua vez, ensina que deve ser investigado o limite do *dever de veracidade*, e este “[...] terá de conciliar-se com o princípio segundo o qual ninguém deve ser obrigado a produzir prova contra si, [...] tendo em conta a estreita relação existente entre este e o princípio dispositivo”. Esclarecidamente acrescenta ainda que, o próprio inc. IV do art. 14 (atual art. 77, inc. III do CPC/2015),

[...] proíbe que as partes produzam provas *desnecessárias à defesa do direito*, a sugerir a supremacia do interesse individual do litigante na própria vitória sobre a desinteressada busca da verdade material. Nada poderia ser mais *desnecessário à defesa do direito* do que a produção de uma prova que o destrua. É natural que assim seja,

³³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 264.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 265.

³³⁵ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 257.

³³⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1: do processo de conhecimento, arts. 1.º a 100**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 103.

afinal nosso processo é dominado pelo princípio dispositivo.³³⁷ (grifos do autor).

Dessa forma, a lealdade processual e a boa-fé, como formas de cooperação das partes no processo, certamente são “[...] princípios que devem nortear qualquer sistema processual, mas é necessário inseri-los no contexto do sistema, harmonizando-os com os demais princípios, sem pretender absolutizá-los”,³³⁸ a exemplo do citado art. 77, inc. III do CPC, como forma de preservação do direito de não produzir prova contra si próprio, assunto em comento.

Diz Artur Thompsen Carpes,³³⁹ “Afinal, se o processo cumpre a função pública de pacificar com justiça, constitui dever de todos os sujeitos processuais, bem como de terceiros eventualmente, colaborar para que tais escopos sejam atingidos”. Afirma ainda que “[...] no que se refere à distribuição dos ônus probatórios, não há como afastar sua íntima relação com a ideia de um processo cooperativo”,³⁴⁰ destacando que a efetividade na atividade probatória só é possível a partir dos participantes do processo, “[...] especialmente das partes, como ocorre, naturalmente, com a técnica da dinamização dos ônus probatórios”.³⁴¹ O autor em referência reafirma o elo existente entre os dois tópicos, conforme se verifica da lição a seguir:

Os deveres de cooperação e a técnica da dinamização situam-se, por assim dizer, em uma via de duas mãos: enquanto a dinamização do ônus prestigia os deveres de cooperação, estes servem de fundamento, justamente, para a utilização da técnica da dinamização.³⁴²

Luiz Guilherme Marinoni,³⁴³ quanto ao texto do art. 378 do CPC, se manifesta no seguinte sentido:

Não se trata, como é fácil perceber da simples leitura do texto, de uma consideração apenas retórica ou de regra abstrata, sem

³³⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1:** do processo de conhecimento, arts. 1.º a 100. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 107.

³³⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1:** do processo de conhecimento, arts. 1.º a 100. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 1. p. 107-108.

³³⁹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62.

³⁴⁰ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 64.

³⁴¹ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 89.

³⁴² CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 65.

³⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil:** tutela dos direitos mediante procedimento comum. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 2 v. p. 262.

qualquer consequência concreta. Bem ao contrário, trata-se de verdadeira imposição geral de colaboração – assentada, como já se disse, no próprio texto constitucional – em matéria de prova. Tampouco se trata de simples recomendação ou de mera faculdade; o preceito é claro ao fixar aí um *dever* geral, de modo que todos estão subordinados a essa colaboração. (grifo do autor).

Nesse sentido, Daniel Francisco Mitidiero³⁴⁴ aduz que: “O Estado Constitucional revela aqui a sua face democrática, fundando o seu direito processual civil no valor participação, traduzido normativamente no contraditório”. Oportunamente, Darci Guimarães Ribeiro³⁴⁵ ensina a seguinte lição:

O contraditório é condição de validade das provas, porque toda e qualquer atividade instrutória há de ser produzida em contraditório, razão pela qual sobreleva o princípio da imediação [...]. E essa imediação se dá, tanto das partes em relação ao juiz, como do juiz em relação às partes.

Sobre a ideia de coexistência da distribuição dinâmica do ônus da prova e o princípio da colaboração das partes, Ada Pellegrini Grinover assim se manifesta:

[...] as garantias constitucionais do *devido processo legal* convertem-se, de garantias exclusivas das partes, em garantias da jurisdição e transformam o procedimento em um processo jurisdicional de estrutura cooperatória, em que a garantia da imparcialidade da jurisdição brota da colaboração entre partes e juiz. A participação dos sujeitos no processo não possibilita apenas a cada qual aumentar as possibilidades de obter uma decisão favorável, mas significa cooperação no exercício da jurisdição.³⁴⁶ [...]. (grifo do autor).

Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade, etc., constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício dos litigantes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes

³⁴⁴ MITIDIÉRO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. 2007. 147 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

³⁴⁵ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 13-35, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widGetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 04 maio 2018.

³⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 02-03.

e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.³⁴⁷

Cabe acrescentar, por oportuno, que na doutrina de Araken de Assis, “A colaboração das partes na investigação da verdade para formar as bases do convencimento do juiz a respeito do tema da prova constitui dever, e, não, ônus”.³⁴⁸

Eduardo Kochenborger Scarparo³⁴⁹ diz que, inicialmente, não cabia ao processo, no século XX, pensar e construir entendimentos diversos, sendo sua função reproduzir a lei tão somente, “Por isso, a dinâmica da cooperação entre as partes e o juiz, por meio do princípio do contraditório desenvolveu-se somente mediante outras estruturas culturais”. Segundo o autor, atualmente, cada vez mais se busca a integração cultural, econômica, social e política, razão pela qual, esclarece que a “[...] conseqüência no processo dessa nova visão de mundo é a integração entre partes e juiz a fim de conjuntamente construírem a decisão, o que se chamou de contraditório cooperativo”.

Partindo dessas lições, percebe-se que não há como falar de distribuição dinâmica do ônus da prova, sem falar em cooperação das partes no processo, a qual representa uma das garantias fundamentais asseguradas pela CF/1988.

Embora o presente estudo tenha enfoque no direito probatório e na cooperação das partes, holisticamente considerando, não há como falar em cooperação das partes no processo, prestação jurisdicional efetiva e processo justo, sem adentrar no campo do contraditório, devido processo legal, princípio da oralidade, celeridade processual, fundamentação das decisões judiciais, etc., em consonância com a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁵⁰ que, pertinentemente, ensina: “Revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação”.

³⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. **Doutrinas essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 4, p. 1071-1086, out. 2011. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=w/brHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

³⁴⁸ ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral: institutos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v. p. 268.

³⁴⁹ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Contribuição ao estudo das relações entre processo civil e cultura. **Revista da AJURIS**: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 34, v. 107, p. 111-121, set. 2007. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/12e5a/12ec3/132c7?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_AJURIS107PG111>. Acesso em 04 maio 2018.

³⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 26, p. 59-88, dez. 2006. Disponível em: <www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>. Acesso em: 11 maio 2018.

Essas garantias fundamentais e processuais estão intimamente ligadas como forma de atingir o escopo para o qual a atividade jurisdicional se destina, pois segundo a lição de Darci Guimarães Ribeiro,³⁵¹ essa conjugação de garantias nada mais é que “[...] a processualização das garantias fundamentais do processo insculpidas no art. 5.º da CF/1988”.

³⁵¹ RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 13-35, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widGetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 04 maio 2018.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo foi possível concluir, em face das ilações doutrinárias colacionadas no decorrer dos capítulos, que as provas possuem um papel essencial no processo, senão o mais importante, possuindo estreita ligação com a busca pela obtenção de uma prestação jurisdicional efetiva.

Além disso, observou-se que parte da doutrina, cite-se a exemplo Michele Taruffo, trata as provas como meios essenciais à busca da *verdade real* e do *processo justo*, sob a premissa de que não há como alcançar uma decisão justa, sem que tenha sido obtida a verdade dos fatos durante o processo, conforme visto anteriormente.

Entretanto, adotou-se o tratamento conferido às provas pela doutrina contrária à supramencionada, e cite-se a exemplo, Ovídio Araújo Baptista da Silva, doutrina a qual incumbe às provas a função de influir na convicção do juiz no momento do julgamento. Ou seja, atribuir à prova conceitos de *verdadeiro* ou *falso* não se mostra apropriado face às peculiaridades das ciências jurídicas, além da imperfeição humana, que torna inviável a reconstituição fidedigna dos fatos no processo.

Em razão disso, concluiu-se que a verdade real e absoluta no processo se apresenta como uma busca fantasiosa, porquanto não se tem a plena convicção de que o processo encontrará a verdade real dos fatos, ou a atingirá em algum momento, razão pela qual, revelou-se apropriado para este estudo, portanto, adotar a terminologia *versões do processo*. Dito de outro modo, é adequado partir do pressuposto de que as partes oferecem versões ao processo, as quais ficarão à apreciação do julgador que decidirá, conforme as provas produzidas, por aquela versão que se mostra mais compatível aos fatos e convincente ao juízo decisório, a partir da *lógica do razoável*.

A partir dessa análise, a regra estática do ônus da prova se mostrou extremamente necessária para a compreensão do tema, a qual está prevista no art. 373, incisos I e II do CPC, dispondo que incumbe provar a parte que alega os fatos constitutivos do direito, ou seja, o autor; e ao réu ao alegar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor, observadas aquelas hipóteses legais do art. 374 do CPC, a qual dispõe que independem de prova os fatos: notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, incontroversos e aqueles com presunção legal de existência ou de veracidade.

Dessa forma, concluiu-se que a previsão legal da regra estática do ônus da prova demonstra a importância e pertinência da distribuição do ônus da prova, tendo em vista que não deixa à margem da discricionariedade do julgador a sua distribuição. Além disso, no CPC/2015, o juiz não é mais o destinatário exclusivo das provas, sendo que estas pertencem ao processo e são destinadas a todos os sujeitos nele envolvidos. O juiz, entretanto, poderá apreciar e valorar as provas produzidas no processo a fim de formar a sua convicção, observada a vedação à admissão de prova ilícita, não estando adstrito a uma ou outra prova produzida; todavia, cumpre-lhe fundamentar a decisão na forma do art. 489 do CPC e do art. 93, inc. IX, da CF/1988.

Outrossim, foi possível verificar que a regra estática do ônus da prova, via de regra, deverá ser aplicada como regra de julgamento em caso de insuficiência de prova, tendo em vista a vedação do *non liquet*, em que o julgador não poderá eximir-se de prolatar decisão em caso de ausência de esclarecimento dos fatos.

Todavia, é pertinente salientar que, embora a regra estática sirva como regra de julgamento, a Seção IV do CPC que trata do saneamento e organização do processo, em seu art. 357, dispõe que o juiz deverá distribuir o ônus da prova, observando-se as especificidades do art. 373, e explicitar as provas às partes, se necessário, caracterizando, assim, também uma regra de procedimento.

Por outro lado, a inércia ou impossibilidade na produção da prova não enseja, por si só, a improcedência dos pedidos formulados na exordial ou a improcedência da contestação, entretanto, a ausência de prova de ambas as partes torna difícil o processo de formação da convicção do julgador, razão pela qual a lei estabelece qual das partes arcará com os resultados da falta de provas, através da distribuição dos ônus probatórios. Logo, os poderes conferidos ao julgador no contexto probatório, também é um meio de suprir eventual falta de esclarecimento dos fatos, tendo em vista que poderá determinar, *ex officio*, a produção de provas que entender cabíveis à elucidação dos fatos, conforme prevê o art. 370 do CPC.

A partir das conclusões expostas, observou-se que a possibilidade de inversão do ônus da prova nas relações de consumo, se insere como exceção à regra estática do art. 373, incisos I e II do CPC, ou como alguns doutrinadores preferem chamar, de *modalidade especial de distribuição estática*. A inversão do ônus da prova na perspectiva do CDC era a única possibilidade existente à vigência do CPC/1973, sendo que essa inversão tem aplicação somente nas relações

consumeristas. Deve ser ressaltado também que a inversão do ônus da prova não é automática, sendo que o juiz deve indicar às partes a modificação do ônus, porém, adverte-se que se trata de imposição legal, uma vez que evidenciados os pressupostos da lei consumerista, deve o julgador inverter o ônus da prova, até mesmo de ofício, independentemente de requerimento das partes.

Nesse passo, da análise do art. 6º, inc. VIII, da Lei nº 8.078/1990 (CDC), foi possível concluir que o julgador deverá inverter o ônus da prova, em favor do consumidor, quando verificar presentes os requisitos da hipossuficiência na relação de consumo e a verossimilhança das alegações. Todavia, nem sempre haverá a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, uma vez que os pressupostos para sua inversão nem sempre estarão presentes no caso concreto. Há parte da doutrina que sustenta que é necessária a presença dos dois requisitos para que possa se dar a inversão, uma vez que não há que se falar em hipossuficiência na relação de consumo sem a verossimilhança das alegações, e vice-versa. Entretanto, esse é um assunto que gera debates em razão da alternatividade contida no art. 6º, inc. VIII do CDC e da realidade do caso concreto. A própria jurisprudência diverge sobre esse tema, ao se observar que há decisões que, ora entendem necessária a presença de ambos os requisitos (ao dizer que há relação de consumo, porém a parte autora não trouxe um mínimo de prova capaz de demonstrar a existência de verossimilhança nas alegações), ora entendem que basta a presença de um dos requisitos para inversão do ônus da prova.

Em que pese as divergências doutrinárias e jurisprudenciais, concluiu-se no presente estudo, ser necessária a presença de ambos os requisitos, tendo em vista que, em dada situação, pode haver a verossimilhança nas alegações, mas não haver a hipossuficiência do consumidor, uma vez que este pode estar em situação vantajosa em relação à produção da prova, não havendo que se falar em hipossuficiência; e vice versa (nos casos de o consumidor deixar de fazer prova mínima que demonstre a existência de verossimilhança nas alegações).

Concluiu-se também que o momento adequado para sua inversão deve se dar na fase de saneamento do processo, ocasião em que se organiza a instrução processual, porém, nada impede que ocorra na fase postulatória, quando determinada a citação do réu, ou mesmo, na fase de julgamento, ressalvada a reabertura da instrução processual e garantia do contraditório, em atenção à vedação de decisão surpresa, bem como, a hipótese de que, não sendo invertido o

ônus da prova e havendo dúvida sobre o esclarecimento dos fatos, em atenção à vedação ao *non liquet*, deve o julgador aplicar a regra do ônus da prova do art. 373, incisos I e II do CPC. Além disso, foi possível concluir que a inversão do ônus da prova atribui o ônus de produzir a prova ao fornecedor, por isso se chamar *inversão*, sendo que este arcará com as consequências de sua inércia, em caso de ausência de provas quando do julgamento.

Encaminhando-se para a proposta principal desse estudo, há que se fazer as considerações finais da distribuição dinâmica do ônus da prova, a partir de sua previsão legal contida de forma expressa, no art. 373, §1º do CPC vigente. Sinala-se que já existiam noções acerca do instituto à época do CPC/1973, porém, era tratado apenas como teoria, dada a ausência de previsão legal. No CPC/2015, a distribuição dinâmica do ônus da prova se mostra diretamente vinculada à fase instrutória, momento em que as partes produzirão todas as provas que entenderem pertinentes ao deslinde do feito, de modo a provar as alegações de fato e direito que aduzem. Dessa forma, concluiu-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova é instituto essencial para a prestação jurisdicional efetiva, na perspectiva do amplo acesso à justiça e do contraditório, na medida em que dinamiza as funções das partes e o dever de cooperar entre si e com o juízo.

Além disso, verificou-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova poderá ocorrer quando presentes os pressupostos do art. 373, §1º do CPC, quais sejam:

- a) impossibilidade em cumprir o encargo da regra geral (prova diabólica);
- b) excessiva dificuldade em cumprir o encargo da regra geral (prova diabólica);
- c) maior facilidade da parte adversa na produção da prova do fato contrário; sendo dever do julgador observar, em qualquer caso, que a modificação do ônus não acarrete na impossibilidade ou excessiva dificuldade para a parte, de desincumbir-se do encargo ou de produzir a prova.

Isso porque, concluiu-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova perderia seu propósito se apenas transferisse o ônus da prova de uma parte para outra, mantendo o desequilíbrio que inicialmente já se apresentava, ou até mesmo, resultasse em prova diabólica para a parte incumbida do ônus.

Independente da adoção de quaisquer dos pressupostos elencados supra, concluiu-se, de todo modo, indispensável a necessidade do contraditório, também tido como pressuposto legal da distribuição dinâmica do ônus da prova por estar

diretamente imbricado na *estrutura dialética do processo*, a qual não subsiste sem contraditório. Dessa forma, ao pensar em processo que assegura as garantias constitucionais, verifica-se a imprescindibilidade das partes nele manifestarem-se, oportunizando que estejam cientes das provas produzidas e as contestem, querendo, com o escopo de influir no convencimento do julgador.

A partir desse contexto, surgiu o questionamento de onde os poderes conferidos ao julgador encontrariam limites. Concluiu-se, irrefragavelmente, que os poderes do julgador encontram limites no art. 93, inc. IX da CF/1988 e no art. 489, incisos I a III e §§1º a 3º do CPC, por meio da fundamentação das decisões judiciais, a qual assume papel fundamental como forma de assegurar as garantias fundamentais e processuais, e principalmente, assegurar a prestação jurisdicional efetiva, a fim de evitar qualquer discricionariedade, arbitrariedade, decisionismos, ou mesmo, ativismo judicial, por parte do julgador, sob pena de nulidade da decisão.

Além disso, o próprio art. 370 do CPC confere amplos poderes ao julgador, no contexto probatório. Nesse ponto, também há divergências doutrinárias, sendo que uma corrente sustenta que o juiz perde a imparcialidade quando determina provas de ofício, e outra afasta qualquer possibilidade de parcialidade, por se tratar de atribuição do julgador esclarecer os fatos para solução da controvérsia. Concluiu-se, portanto, pela segunda corrente doutrinária, que sustenta ser inerente à tarefa do julgador a determinação de provas *ex officio* em atenção ao dever de esclarecimento, superando a sua imagem passiva de *mero espectador*, pois conforme já exposto, é na Constituição Federal, na fundamentação das decisões judiciais e na garantia do contraditório que os poderes do juiz, inclusive, os probatórios, encontram limites. O próprio §1º do art. 373 do CPC que dispõe sobre a dinamização do ônus probatório, impõe ao juiz, além de observar os pressupostos legais elencados supra, que a faça por decisão fundamentada, se entender por aplicá-la, devendo oportunizar a parte de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, demonstrando mais uma vez, a imposição de limites aos poderes do julgador de modo a evitar qualquer discricionariedade.

Cabe acrescentar ainda, que a doutrina é divergente quanto ao momento de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova, sendo que alguns sustentam que deveria se dar no julgamento, outros sustentam que deveria se dar ainda na fase de conhecimento ou na fase de julgamento, e outros ainda, que deveria se dar na fase de saneamento. Contudo, salvo melhor juízo, concluiu-se, portanto, que a

distribuição dinâmica do ônus da prova, deverá ocorrer, preferencialmente, na fase de saneamento, momento em que se dá a organização do processo, de acordo com a regra disposta no art. 357, inc. III do CPC, tendo em vista que nada mais efetivo do que dar clareza à produção das provas desde o início da instrução processual, preservando às partes estar em paridade de armas para que colaborem para o processo buscando uma prestação jurisdicional efetiva.

Entretanto, nada impede que a dinamização do ônus probatório ocorra na fase postulatória, caso o julgador evidencie desde logo os pressupostos legais para distribuição dos ônus de modo diverso; ou ainda, na fase de julgamento, ocasião em que entendendo ser caso de dinamização, deverá, por seu turno, reabrir a instrução processual e dar vista às partes, para que a parte incumbida do ônus possa manifestar-se, nos termos do art. 373, §1º do CPC, em atenção à vedação de decisão surpresa e da prova diabólica.

Em face da previsão expressa de possibilidade de desincumbência do ônus, concluiu-se que, a parte para a qual foi transferido o ônus não arca com as consequências de não ter produzido a prova, uma vez que apenas houve uma dinamização do ônus probatório para a parte que se encontra em posição vantajosa para produzir a prova naquele momento processual, servindo como meio de facilitar a obtenção desta para solução da controvérsia. Ou seja, não houve uma inversão integral do ônus probatório, na qual o fornecedor arca com as consequências de sua inércia, como ocorre nas relações de consumo. Na dinamização do ônus probatório, quem arcará com as consequências de eventual ausência de provas quando do julgamento, será aquela parte que possuía o ônus de provar inicialmente, conforme a regra do art. 373, incisos I e II do CPC.

Ao tempo do CPC/1973, a regra estática estava prevista no art. 333, incisos I e II do CPC, sendo que havia noções da distribuição dinâmica do ônus da prova apenas em forma de teoria, conforme dito, tendo adquirido previsão expressa no CPC/2015, como forma de relativização da regra estática e rígida até então vigente. Isso porque, a regra estática sofreu críticas em relação ao seu caráter fechado, pois esta não permitia qualquer tipo de modificação do ônus probatório, uma vez que a única possibilidade de modificação era a inversão do ônus da prova específica para as relações de consumo e de conceito distinto da dinamização. Além disso, a crítica se dava no sentido de que a regra estática, por si só, não é capaz de prever toda e qualquer situação trazida ao processo civil, e considerando que o Direito deve se

moldar ao seu contexto social e histórico vigente, resta evidenciada a essencialidade e pertinência da distribuição dinâmica do ônus da prova. Desse modo, verifica-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova se trata de inovação no CPC/2015 e instituto de grande relevância, inclusive, no que tange à asseguaração das garantias constitucionais. Tanto é que o legislador positivou o que antes, ao tempo do CPC/1973, era tratado apenas como teoria.

Importante acrescentar que se observou que a distribuição dinâmica do ônus da prova pode ocorrer por meio de convenção entre as partes e pode se dar antes ou durante o processo, de acordo com o art. 373, §3º e §4º do CPC. Todavia, há hipóteses legais em que a distribuição dinâmica do ônus da prova não poderá ocorrer de forma convencional, a saber: quando recair sobre direito indisponível da parte e/ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, elencadas nos incisos I e II do art. 373, §3º do CPC. Nesses casos, a convenção entre as partes que estabeleça quaisquer das hipóteses expostas não poderá ser admitida pelo julgador, sob pena de violar garantias das partes, passível de nulidade ou anulabilidade.

Ante o exposto, concluiu-se, finalmente, que o processo é visto sob uma nova perspectiva, a qual adota o modelo cooperativo se estruturando numa espécie de modelo constitucional de processo, o qual gera deveres para as partes, inclusive, para o julgador, caracterizando o princípio da colaboração das partes no processo, de modo que haja uma *comunidade de trabalho* processual, a qual, ao fim, caminha em direção da efetividade da prestação jurisdicional.

Parte da doutrina trata a distribuição dinâmica do ônus da prova como instrumento *perigoso* ao processo civil, sob a premissa de que tornaria imprevisível a regra de julgamento e decorrente de má utilização da técnica. Todavia, por certo, a distribuição dinâmica do ônus probatório pressupõe aplicação em casos excepcionais e observância expressa dos limites impostos pela CF/1988, além dos pressupostos legais já expostos previamente.

Concluiu-se, portanto, que o instituto da distribuição dinâmica do ônus da prova encontra-se intimamente vinculado com o princípio da colaboração das partes, devendo ser compreendido em conjunto de outras previsões legais, asseguradas pela CF/1988 e pela própria legislação processual, além de ser abordado por diversos enunciados do FPPC. Dito de outro modo, não há como falar de distribuição dinâmica do ônus da prova, sem falar em cooperação das partes no

processo, a qual representa uma das garantias fundamentais asseguradas pela CF/1988.

Embora o presente estudo tenha abordado o direito probatório, com enfoque na distribuição dinâmica do ônus da prova e no princípio da cooperação das partes, concluiu-se ainda que, as garantias fundamentais e processuais do contraditório, devido processo legal, princípio da oralidade, celeridade processual, fundamentação das decisões judiciais, etc., estão intimamente ligadas para que o escopo da atividade jurisdicional seja atingido, tendo em vista que, holisticamente considerando, não há como falar em cooperação das partes no processo, prestação jurisdicional efetiva e processo justo, sem adentrar, ainda que momentaneamente, no campo das demais garantias fundamentais asseguradas pela CF/1988.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. Revisão e Apresentação Adriano Correia. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume I, Parte Geral**: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. 1 v.

ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro Volume II, Parte Geral**: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. t. 2. 2 v.

BENTHAM, Jeremy. **Tratado de las pruebas judiciales**. Paris: Bossangé Frères, 1825. t. 1, p. 4. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.udea.edu.co/dspace/handle/10495/2089>>. Acesso em: 25 mar. 2018.

BRASIL. **Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual**. Disponível em: <http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_portugues_final_28_2_2005.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impresao.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 17 abr. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro eletrônico.

CALAMANDREI, Piero. Definindo o fato notório. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 33, p. 427-452, jan./jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 153, p. 33-46, nov. 2007. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 07 maio 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Escritos de direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1.

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. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

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

COSTA, Miguel do Nascimento. **Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material**. Estudos de direito em homenagem ao prof. Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. v. 2.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015. v. 1.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil**: anotado com dispositivos normativos e enunciados. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 1, p. 907, out. 2011. Disponível em:

<<http://revistadotribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 07 maio 2018.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Prova Emprestada. **Doutrinas essenciais de Processo Civil**, São Paulo, v. 4, p. 1071-1086, out. 2011. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

KNIJNIK, Danilo. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre, [2018?]. Disponível em: <http://www.knijnik.adv.br/upload/artigos/arquivo_13419320784ffc422e8c4cd.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2018.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 47, p. 200-231, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

LOURENÇO, Haroldo. **Teoria dinâmica do ônus da prova no Novo CPC**. Rio de Janeiro: Método, 2015. Livro eletrônico, não paginado.

MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**, Porto Alegre, [2018?]. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(15)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 1 v.

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

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. 2007. 147 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/13221>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. **Revista TST**, Brasília, DF, ano 1, v. 78, p. 67-77, jan./mar. 2012. Disponível em: <<https://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Revista%20do%20Tribunal%20Superior%20do%20Trabalho/2012/n%201/Processo%20Justo,%20colabora%C3%A7%C3%A3o%20e%20%C3%B4nus%20da%20prova.pdf>>. Acesso em: 07 maio 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 35, p. 178-184, jul./set. 1984. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 122, p. 9-21, abr. 2005. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. A defesa do consumidor no Brasil. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 18, p. 218-298, abr./jun. 2004. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 07 maio 2018.

NUNES, Rizzatto. **O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Livro eletrônico.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 26, p. 59-88, dez. 2006. Disponível em: <www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/74203/41899>. Acesso em: 11 maio 2018.

RECASÉNS SICHES, Luis. **Nueva filosofía de la interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 232, p. 13-35, jun. 2014. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widGetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 04 maio 2018.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Marcelo. **Curso de processo civil teoria geral e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Método, 2015. v. 1. Livro eletrônico, não paginado.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Traducción Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1956.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Introducción, Libro primero: Teoría General. Traducción Angela Romera Vera. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955. t. 1.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. O ônus da prova no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Brasília, DF, v. 47, p. 269-279, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova dos fatos notórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 776, p. 743-754, jun. 2000. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SAUSEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos**: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Contribuição ao estudo das relações entre processo civil e cultura. **Revista da AJURIS**: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, ano 34, v. 107, p. 111-121, set. 2007. Disponível em: <http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/12e5a/12ec3/132c7?f=templates&fn=document-frame.htm&2.0#JD_AJURIS107PG111>. Acesso em 04 maio 2018.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1**: do processo de conhecimento, arts. 1.º a 100. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. 1. v. 1.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução João Gabriel Couto. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, DF, ano 48, v. 190, p. 237-263, abr./jun. 2011. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242896/000923119.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova - Princípio da verdade real - Poderes do Juiz - Ônus da prova e sua eventual inversão - Provas ilícitas - Prova e coisa julgada nas ações relativas à paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 17, p. 9-28, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 07 maio 2018.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Reflexões sobre o ônus da prova. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 76, p. 141-145, out./dez. 1994. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widgetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 4, p. 171-212, out. 2011. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/maf/api/widGetshomepage?area-of-interest=wlbrHome&stnew=true&default-home-label=Home&crumb-action=/api/widgetshomepage&default-label=Home>>. Acesso em: 19 abr. 2018.