

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

SUESLEY LOVATO RIBEIRO

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

CURITIBA
2014
SUESLEY LOVATO RIBEIRO

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização da Escola da Magistratura do Paraná.

Orientador: Prof^ª. Renata Estorilho Baganha

CURITIBA
2014
TERMO DE APROVAÇÃO

SUESLEY LOVATO RIBEIRO

DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____

Prof^a. Renata Estorilho Baganha

Avaliador: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2014.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que sempre esteve ao meu lado, dando-me força e coragem para eu nunca desistir dos meus sonhos.

Agradeço aos meus pais e à minha irmã que batalharam arduamente para minha formação, fazendo sacrifícios e grandes esforços para esta grande vitória.

Agradeço à minha família e a Sheila, meu grande amor, pelo carinho, atenção e paciência.

Agradeço, ainda, aos meus amigos que me apoiaram, deram incentivo e força necessária para vencer, ajudando a concluir esta etapa.

Agradeço à professora Renata pela orientação e auxílio no desenvolvimento deste trabalho, e por me fazer despertar o interesse neste tema.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a distribuição dinâmica do ônus probatório e a possibilidade de sua aplicação do direito brasileiro, uma vez que a regra clássica do ônus da prova, prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil, deixou de ser um instrumento hábil para o aplicador do direito investigar a realidade concretamente vivida diante da especificidade do direito material que gravita o litígio, protegendo, em algumas situações, o litigante processual que teria melhores condições de produzir determinada prova, o que acaba, por conseguinte, inviabilizando o reconhecimento do direito postulado e levando a resultados injustos.

Palavras-chave: Prova. Ônus da Prova. Regra do ônus da prova no processo civil brasileiro. Distribuição dinâmica do ônus probatório.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – NOÇÕES PRELIMINARES DA PROVA	10
1 CONCEITO DE PROVA	10
2 A PROVA COMO BUSCA DA VERDADE E OS OBJETOS SUSCETÍVEIS DE PROVA	12
3 DO DIREITO À PROVA E OS MEIOS DE PROVA	16
CAPÍTULO II – DO ÔNUS DA PROVA	20
1 CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA	20
2 A REGRA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	24
CAPÍTULO III - DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO	29
1 ORIGEM E FUNDAMENTOS	29
1.1 A Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas e as Regras Clássicas de Distribuição do Ônus da Prova.....	32
1.2 A Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas e a Inversão do Ônus da Prova	35
2 APLICABILIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	37
3 A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	43
CONCLUSÃO	46
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49

INTRODUÇÃO

A maior parte dos litígios importa necessariamente no julgamento de questões fáticas, ou seja, as partes trazem ao Poder Judiciário versões contraditórias dos fatos que deram origem a sua respectiva pretensão, cabendo ao órgão julgador averiguar a verdade dos acontecimentos para a aplicação das normas jurídicas ao caso concreto. Por esta razão, é que a prova ocupa posição de extrema importância no resultado do processo, pois em nada adianta afirmar a existência de um direito em juízo e pretender extrair consequências jurídicas dos acontecimentos, se a parte não consegue convencer o magistrado acerca da veracidade dos fatos alegados.

A despeito disso, surge no processo a questão das regras relativas ao ônus da prova, que consiste em saber qual das partes compete à tarefa destinada a obter a convicção do julgador a respeito da verdade das alegações sobre os quais gravita o litígio, pois se não houver provas suficientes nos autos para demonstrar os fatos, o juiz decidirá desfavoravelmente àquele que não se desincumbiu do seu encargo probatório.

Para tanto, o artigo 333 do Código de Processo Civil dispõe que incumbe ao autor a prova relativa aos fatos constitutivos de seu alegado direito (inciso I) e ao réu, a dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (inciso II). Pode-se dizer que o referido dispositivo, estabelece um critério estático ou fixo para distribuir o ônus probatório entre os litigantes, uma vez que leva em consideração a posição em que as partes ocupam no processo (autor ou réu) e a natureza dos fatos que fundam as suas pretensões ou exceções (fatos constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos).

Ocorre que há casos em que a disciplina de repartição do encargo probatório prevista na lei processual, tem-se revelada insatisfatória e incompatível com a concretização do direito fundamental de acesso a justiça, porquanto deixa de ser um instrumento hábil para o aplicador do direito investigar a realidade concretamente vivida diante da especificidade do direito material em jogo, protegendo, em algumas situações, o litigante processual que teria melhores condições econômicas ou técnicas para demonstrar a realidade fática em juízo, o que acaba, por conseguinte, inviabilizando o reconhecimento do direito postulado e levando a resultados injustos.

Vale dizer, a estrutura rígida e invariável do artigo 333 do Código de Processo Civil, muitas vezes submete o autor a uma prova excessivamente onerosa de difícil ou quase impossível de ser produzida, consistente na demonstração do fato constitutivo do seu direito, ao passo que seria muito mais fácil para a outra parte a sua produção, independentemente desta figurar no polo passivo ou ativo da relação jurídica processual e da natureza dos fatos (constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos).

Diante de tal realidade, a doutrina contemporânea tem defendido a necessidade de flexibilidade das regras atinentes à distribuição dos encargos probatórios, nas hipóteses em que o juiz se depara com evidente desequilíbrio da capacidade probatória entre as partes, a fim garantir o acesso à Justiça e à obtenção de uma decisão justa e adequada.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo analisar uma nova visão de adequação das regras de distribuição do ônus da prova a partir das especificidades do caso concreto, que é distribuição dinâmica do ônus probatório ou originalmente chamada de teoria das cargas probatórias dinâmicas.

Para essa teoria, o ônus da prova, diante de determinadas circunstâncias do caso concreto, deve ser atribuído a parte que se encontra em melhores condições de produzir a prova, superando o modelo clássico de distribuição do encargo probatório, quando este não se revelar condizente com os fins a que se destina o processo, principalmente no que tange a adequada e efetiva tutela dos direitos e à justa pacificação social.

Assim, na primeira parte deste trabalho, será feita uma abordagem panorâmica da prova e suas peculiaridades, delineando, para tanto, o conceito de prova, sua utilização como busca da verdade e os objetos a ela suscetíveis, expondo, ainda, o direito da parte na produção probatória e as modalidades pelas quais a constatação dos fatos podem chegar ao conhecimento do juiz.

No segundo capítulo, analisará o conceito de ônus da prova, diferenciando esse instituto da obrigação e do dever, bem como os aspectos subjetivos e objetivos da regra de distribuição do encargo probatório. Verificará, também, a regra de distribuição do ônus da prova previsto no artigo 333 do Código de Processo Civil.

Por fim, definindo o objetivo deste estudo, avaliará a teoria das cargas probatórias dinâmicas, a partir de sua origem e fundamentos, confrontando-a com a regra clássica de distribuição e com a inversão do ônus da prova. Examinará a

aplicabilidade da distribuição dinâmica do ônus probatório no ordenamento jurídico brasileiro e sua previsão no projeto do novo Código de Processo Civil.

A intenção deste trabalho visa, maiormente, demonstrar uma nova visão de adequação das regras de distribuição do ônus da prova a partir das especificidades caso concreto, de modo que na hipótese do magistrado não se convencer quanto à existência dos fatos submetidos a sua apreciação, valorar qual das partes dispõe de melhores condições para produzir determinada prova, com vistas ao melhor desenvolvimento processual, sobretudo à igualdade dos litigantes.

Pode-se afirmar, ainda, que a distribuição dinâmica do ônus probatório representa um aprimoramento do sistema clássico de distribuição do ônus da prova, pois ao levar em consideração a disponibilidade e a facilidade que cada parte litigante tem na produção probatória, contribui para que o processo alcance seus fins, oferecendo uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e justa.

Todavia, ressalta-se que por ser o tema demasiadamente extenso, não pretende esgotar exhaustivamente o assunto, mas sim contribuir para propagação da sua aplicação.

CAPÍTULO I – NOÇÕES PRELIMINARES DA PROVA

1 CONCEITO DE PROVA

Inicialmente, é bom deixar claro, que não se pretende esgotar o assunto ou mesmo aprofundá-lo, apenas busca-se trazer um referencial teórico para o desenvolvimento e compreensão deste trabalho.

Com efeito, na linguagem corrente, costuma-se dizer que a prova procura demonstrar a verdade de uma proposição, de algo que foi afirmado cuja exatidão pretende-se verificar. Nesse sentido, MOACYR AMARAL SANTOS leciona:

O vocábulo *prova* vem do latim *probatio*– prova, ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e se deriva do verbo *probare* (*probo, as, are*) – provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém a fazer alguma coisa, demonstrar.¹

Ocorre que o conceito de prova não é, nem pode ser encontrado exclusivamente no ramo do Direito, trata-se de noção comum a todos os ramos da ciência, como elemento para a validação dos processos empíricos². Todavia, a prova assume no Direito algumas características especiais que permitem sua análise particularizada.

Isso porque, é através da prova que o magistrado apura os fatos que fundamentam as alegações das partes no processo, e com base no resultado dessa investigação, estando ele convencido sobre a existência ou inexistência dos fatos arguidos, aplica a lei no caso concreto e profere a tutela jurisdicional perseguida.

A propósito, confira-se o escólio de JOSÉ FREDERICO MARQUES:

Prova constitui o meio e o modo de que usam os litigantes para convencer o juiz da verdade da afirmação de um fato, bem como o meio e o modo de que se serve o juiz para formar sua convicção sobre os fatos que constituem a base empírica da lide.³

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 351.

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

³ MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Editora Bookseller, 1997, p. 207.

Por sua vez, GIUSEPPE CHIOVENDA esclarece que provar significa o ato pelo qual se forma “a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo.”⁴

BRUNO GARCIA REDONDO, compartilhando do mesmo entendimento, assevera que “a prova consiste no principal elemento de que as partes dispõem para influenciar na convicção do magistrado relativamente à tutela do direito violado ou ameaçado de lesão.”⁵

Assim, tem-se que o exercício das partes quanto à prova é de fundamental importância na resolução do litígio, pois para obterem a pretensão jurídica desejada não basta somente afirmarem em juízo que os fatos existem, mas, também, demonstrar ao juiz a sua real existência.

Desta feita, costuma-se analisar a prova sob dois aspectos: o objetivo e o subjetivo. No sentido objetivo, figura como o meio (instrumento) pelo qual se procura obter a verdade dos fatos em um processo. No plano subjetivo, como a certeza formada pela atividade cognitiva estabelecida pelo julgador, de modo a se auferir se os fatos alegados no processo existem ou não.

Corroborando com o exposto, HUMBERTO THEODORO JUNIOR prescreve:

Há, por isso, dois sentidos em que se pode conceituar prova no processo:
a) um *objetivo*, isto é, como o instrumento ou meio hábil para demonstrar a existência de um fato (os documentos, as testemunhas, a perícia, etc;
b) o outro *subjetivo*, que é a certeza (estado psíquico) originada quanto ao fato, em virtude da produção do instrumento probatório. Aparece a prova, assim, como a convicção formada no espírito do julgador em torno do fato demonstrado.⁶

Já OVÍDIO ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA e FÁBIO GOMES afirmam que há três planos significativos para a prova, quais sejam, a prova como atividade (que os sujeitos realizam para demonstrar a existência dos fatos); a prova como instrumento (por meio do qual essa verificação se faz), ou ainda, a prova como resultado (convencimento do juiz adquirido a respeito da existência dos fatos), pois, assim, consignam:

⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Volume 2. Campinas: Editora Bookseller, 2000, p. 322.

⁵ REDONDO, Bruno Garcia. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova: Breves Apontamentos**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 93, São Paulo, dez. 2010, p. 14.

⁶ THEODORO JUNIOR, HUMBERTO. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 456.

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 de seus direitos, quanto o instrumento por meio do qual essa verificação se faz. No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, faz chegar ao Juiz alguma circunstância que possa convencê-lo da veracidade de sua afirmação. No segundo, sentido, a palavra *prova* é empregada para significar, não mais a ação de provar, mas o próprio instrumento, ou o meio com que a prova se faz. (...). Pode-se empregar o mesmo vocábulo *prova* para significar o convencimento que se adquire a respeito da existência de um determinado fato.⁷

Destarte, não obstante o posicionamento adotado, extrai-se que o conceito de prova converge para o sentido de ser um o ato praticado pelas partes do processo para convencer o julgador quanto à existência dos fatos submetidos a sua apreciação, viabilizando a aplicação do direito e a solução do litígio.

2 A PROVA COMO BUSCA DA VERDADE E OS OBJETOS SUSCETÍVEIS DE PROVA

Como já exposto, a prova, em sentido objetivo, consiste como uma forma de se procurar obter a verdade dos fatos. Tanto é que o próprio artigo 332 do Código de Processo Civil dispõe que “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

A veracidade das afirmações das partes depende de uma apreciação dos fatos. Fala-se comumente em verdade processual, já que nem sempre há como apreciar se as questões que foram discutidas em juízo coincidem com a verdade real, ou seja, da maneira em que efetivamente se sucederam.

Como nem sempre é possível discernir a verdade real dos fatos, o magistrado, na prática, funda-se na verossimilhança dos fatos para por fim a controvérsia, haja vista ter sempre a necessidade de proferir uma decisão. Consiste no chamado princípio da verdade formal.

Vislumbra-se, ainda, que no campo dos direitos disponíveis, na maioria dos casos, o juiz irá se satisfazer com a verdade formal dos fatos, ou seja, cingir-se-á a

⁷SILVA, Ovídio Araújo Baptista da e GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.293/294.

acolher o que as partes conduziram ao processo, podendo, inclusive, rejeitar um pedido na demanda pela falta de elementos probatórios.

Por isso, parte da doutrina chega a defender a tese de que a finalidade da instrução probatória não seria propriamente a obtenção da verdade, eis que, em regra, o juiz declara o direito, ao proferir uma decisão, sem possuir o exato conhecimento dos fatos, mas sim meras conjecturas, de modo a formar a convicção com base na verdade formal.

A demonstração de um fato não se confunde em firmar uma certeza propriamente, já que a prova, a teor, produz apenas uma representação da verdade. Nesse sentido, basta que o juiz firme seu convencimento, independentemente do meio de prova utilizado.

Para tanto, JEANCARLOS DIAS explica:

A instrução probatória, ao contrário do que expressa o sentido literal da Lei, não se destina a busca da verdade, simplesmente porque esta é inalcançável por meio do processo, nem tampouco busca a certeza (convencimento pleno) do juiz, sendo sua função oferecer uma probabilidade dos fatos.⁸

E acrescenta:

Na atividade reconstitutiva que ocorre no processo não há a integral representação do fato. Há uma representação apenas parcial, na medida em que é impossível reproduzir historicamente todas as condições físicas, psicológicas, econômicas e outras, que se verificavam no momento da ocorrência.

Mesmo as informações que podem ser trazidas pela instrução probatória ao processo, não retratam o fato em si, mas apenas e tão somente partes do fato, sendo, assim, fragmentárias.⁹

Para ilustrar este posicionamento basta constatar que pela fotografia de um rio não há como se abstrair a totalidade de suas características, uma vez que estar-se-á representando apenas uma imagem, despida de todos os seus aspectos.

Por isso costuma-se dizer que o processo busca estabilizar as situações de conflito, mas não coincidindo a realidade histórica (construção dos fatos) com a realidade processual, uma vez que esta última é uma certeza apenas jurídica. E a

⁸ DIAS, Jean Carlos. **O problema dos limites da prova e sua valoração no moderno estudo do Processo Civil**. Disponível: em <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso: em 28 de fevereiro de 2014.

⁹ DIAS, Jean Carlos. **O problema dos limites da prova e sua valoração no moderno estudo do Processo Civil**. Disponível: em <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso: em 28 de fevereiro de 2014.

verdade revelada na via judicial é sempre reconstruída na dependência das atitudes das partes e da própria convicção do juiz.

No intuito de descobrir a verdade material é que o sistema processual civil brasileiro adotou o *princípio da apreciação livre e racional da prova*, também conhecido como *princípio do livre convencimento motivado*¹⁰. De acordo com este princípio, o juiz confere valor a prova da maneira que bem lhe aprouver, dentro do critério da razoabilidade, tendo inclusive o poder de determinar a realização de diligências *ex officio* no intuito de completar a instrução probatória e melhor firmar o seu convencimento.

Corroborando com o exposto, NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY lecionam:

No direito processual civil brasileiro vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz (CPC, art. 131), mas sempre com o objetivo de buscar a verdade real. Contudo, o sistema processual civil admite, para o julgamento, a verdade formal, salvo os casos de direito indisponível, como já se disse, ou daqueles em que se exige prova legal, cuja valoração o legislador prefixa.¹¹

Cabe ao juiz, portanto, de livre arbítrio, decidir qual prova é mais convincente na análise de um fato. Todavia, ao mesmo tempo que o ordenamento confere essa liberdade, há uma obrigação constitucional (artigo 93, inciso XI da Carta Magna¹²) de expor os motivos da sua decisão, fundamentando-a. Tal incumbência é justificável, até mesmo para evitar arbitrariedades.

Importante destacar, ainda, que nesse contexto do livre convencimento motivado, a prova muitas vezes gera um estado de espírito de incerteza, daí porque o convencimento pode se pautar na probabilidade, na verossimilhança, e não propriamente na certeza, sendo que tal certeza também pode não corresponder a verdade objetiva quando se trata de convencimento próprio.

¹⁰ Tal princípio está disciplinado no artigo 131 do Código de Processo Civil, que dispõe que 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.

¹¹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 720.

¹² CF, Art. 93, 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.”

A despeito desta regra do livre convencimento motivado, há casos em que para a validade do negócio jurídico a lei exige forma especial, ou seja, só pode ser feita pela exibição de documento exigido pela lei (artigo 366 do Código do Processo Civil)¹³.

Em regra, apenas os fatos é que são provados. A doutrina aponta que os fatos objetos de prova devem ser os controvertidos, ou seja, afirmado por uma parte e replicado por outra de modo específico. É o que se extrai da lição FRANCESCO CARNELUTTI:

Entre os fatos não afirmados por nenhuma das partes, fatos que não existem para o juiz, e os fatos afirmados por todas as parte, que para ele simplesmente existem, encontra-se a área neutra dos fatos afirmados tão somente por uma ou alguma das partes, ou seja, fatos afirmados porém não admitidos, que podem existir ou não. São chamados fatos controvertidos, que constituem a regra em matéria de prova. O juiz encontra-se aqui frente a afirmação de uma parte e a negação da outra, ou seja, diante da discussão de um fato: é necessário proporcionalmente o meio ou indicar-lhe a via para resolver a discussão, ou seja, para determinar na sentença o fato não determinado pelas partes.¹⁴

Configurar-se-á como controvertido, pois, um fato afirmado por uma parte e contestado, de modo específico, por outra. Sendo incontroversos, condição esta verificada na ausência de debate entre os litigantes, observa-se o teor do artigo 334, inciso III, do Código de Processo Civil¹⁵, independentemente, pois, de prova, assim como fatos notórios (de conhecimento pleno de certo grupo social), fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária (confissão), e fatos com o condão de presunção legal de existência ou de veracidade*, consoante demais incisos do mesmo dispositivo.

Não basta, no entanto, que o fato seja controvertido para que incorra na necessidade de prova, como bem destaca NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

¹³ CPC, Art. 366. Quando a lei exigir, como substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

¹⁴ CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Tradução da 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2001, p. 42.

¹⁵ CPC, Art. 334. 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 veracidade. Saliente-se que esta presunção pode ser relativa (*iuris tantum*), a qual admite prova ao contrário, e absoluta (*iuris et de iure*), em que não se admite prova ao contrário.

Existindo fatos controvertidos, a necessidade de prova a respeito deles exigem ainda que sejam eles pertinentes e relevantes. *Fato pertinente* é o que diz respeito à causa, o que não lhe é estranho. *Fato relevante* é aquele que, sendo pertinente, é também capaz de influir na decisão da causa. Se o fato, apesar de controvertido (questão de fato), não é pertinente, é irrelevante, a necessidade de produção de prova a respeito dele inexistente.¹⁶

Nesse sentido, fatos inconsequentes, que não auxiliem ao deslinde da lide também não é objeto de prova. Pelo artigo 451 do Código de Processo Civil¹⁷, compete ao juiz determinar, no momento da audiência, os fatos a serem provados, de sorte que lhe incumbe afastar fatos impertinentes e meramente protelatórios.

A prova de direito, em regra, não é necessária, pois o juiz conhece ou tem acesso à lei, que é de conhecimento obrigatório, de forma que este constitui um de seus deveres: as partes trazem os fatos nos autos e o magistrado aplica o direito. No entanto, como exceção a esta regra, as fontes diversas de Lei Federal (abrangendo-se também Decreto Lei e Medida Provisória), bem como Legislação municipal, estadual, estrangeira ou consuetudinária podem ser trazida ao processo em assim determinando o juiz¹⁸.

3 DO DIREITO À PROVA E OS MEIOS DE PROVA

É irrefutável que o direito à prova trata-se de um direito fundamental para a concretização das garantias constitucionais da ação, da defesa e do contraditório encampados no artigo 5º, incisos XXXV e LV da Lei Maior, pois assegura a cada parte a possibilidade de contradizer os argumentos da parte adversa, mediante a produção de todos os elementos necessários para influir no convencimento do juiz.

A propósito, é o escólio de EDUARDO CAMBI:

O direito à prova, no Brasil, está implicitamente incorporado ao elenco dos direitos fundamentais, seja pelo alcance das garantias constitucionais do devido processo legal, da ação, da defesa e do contraditório (perspectiva interna), seja pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que permite a integração, ao direito constitucional pátrio, de tratados internacionais que o prevêm especificamente (perspectiva externa). A Constituição Federal de 1988, dessa forma, não adotou o princípio da tipicidade dos direitos fundamentais, possibilitando a consagração de outros direitos, não

¹⁶NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.721.

¹⁷Art. 451. Ao iniciar a instrução, o juiz, ouvida as partes, fixará os pontos controvertidos sobre que incidirá a prova.

¹⁸CPC, Art. 337. "A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz."

necessariamente expressos, tal como o direito à prova. A consagração ao direito à prova como direito fundamental significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível (efetividade) a ser atribuída ao mecanismo probatório, assegurando as partes do processo todos os meios considerados úteis e idôneos para que possam influenciar no convencimento do juiz.¹⁹

Na mesma esteira, LUIZ GUILHERME MARINONI leciona:

O direito à prova é resultado da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo. Como demonstra VIGORRITI, a estreita conexão entre as alegações dos fatos, com que se exercem os direitos de ação e de defesa, e a possibilidade de submeter ao juiz os elementos necessários para demonstrar os fundamentos das próprias alegações tornou clara a influência das normas em torno de prova sobre os direitos garantidos pelo *due process of law*. A mesma conexão impõe o reconhecimento, em nível constitucional, de um verdadeiro e próprio direito à prova (*right to evidence*) em favor daqueles que têm o direito de agir ou de se defender em juízo.²⁰

FLÁVIA DE ALMEIDA MONTINGELLI ZANFERDINI e ALEXANDRE GIR GOMES arrematam:

No estudo do regramento das provas, pela Constituição Federal, vê-se que o direito à prova, no Brasil, é decorrência lógica das garantias constitucionais que compõem o denominado modelo constitucional de processo, notadamente a ampla defesa e o contraditório, intrínsecos ao devido processo legal. Haja vista que nada valeriam tais postulados fundamentais se a parte não gozasse de oportunidades processuais para provar e fundamentar suas alegações. (...). Vê-se, pois, que o direito à prova tem relevância suficiente para estar consagrado no rol das garantias constitucionais fundamentais. E assim deve ser, pois, todo direito, direta ou indiretamente, tem origem em fatos e, por isso, a necessidade de provar é umbilicalmente vinculada ao pedido ou à defesa, não sendo possível vislumbrar processo efetivo sem prova alguma.²¹

Assim, além de garantir a efetiva participação das partes para o alcance de uma tutela jurisdicional justa, tendo em vista que é por meio de seu exercício que o julgador terá condições de conhecer as circunstâncias do caso concreto e, por conseguinte, de formular sua convicção sobre a lide, sua inobservância caracteriza cerceamento de defesa, pois inviabiliza o pleno exercício do contraditório, causando prejuízo para a defesa dos interesses e alegações do litigante em juízo.

¹⁹ CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.200/201.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 258.

²¹ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. **Cargas Probatórias Dinâmicas no Processo Civil Brasileiro**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 69, São Paulo, dez. 2008, p. 20

Ocorre que o direito à prova se realiza efetivamente no processo pela produção probatória, a qual se dá pelos meios de prova, que na lição de VICENTE GRECO FILHO são “instrumentos pessoais ou materiais trazidos ao processo para revelar a verdade de um fato”.²²

Na mesma esteira, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREA DE ALMEIDA E EDUARDO TALAMINI consideram os meios de prova como “as diversas modalidades pelas quais a constatação sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos chega até ao juiz”²³.

O Código de Processo Civil especifica os seguintes meios de prova: o depoimento pessoal²⁴ (artigos 342 a 347), a confissão²⁵ (artigos 348 a 354), a exibição de documento ou coisa (artigos 355 a 363), a prova documental²⁶ (artigos 364 a 399), a prova testemunhal²⁷ (artigos 400 a 419), a prova pericial²⁸ (artigos 420 a 439) e a inspeção judicial²⁹ (artigos 440 a 443).

Existem, ainda, os meios atípicos, os quais embora não estejam previstos em lei, podem ser perfeitamente admitidos desde que moralmente legítimos, conforme destaca CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

A leitura sistemática do que está escrito no art. 332 do Código de Processo Civil e no art. 32 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis revela que eles contêm duas disposições intimamente interligadas, mas distintas: a) admitem-se meios probatórios úteis a comprovação de fatos relevantes para o processo, quer a lei os tipifique, quer não o faça; b) exclui-se a

²² GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 185.

²³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correa de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 392.

²⁴ O depoimento pessoal ou depoimento da parte consiste na declaração prestada pelo autor ou réu perante o juiz, sobre os fatos objeto do litígio. Trata-se de meio de prova que se vale da parte como fonte de prova.

²⁵ É a admissão da verdade de um fato que é contrário ao seu interesse e favorável ao do seu adversário. Valer dizer, trata-se de reconhecimento (expresso ou presumido) de serem verdadeiros os fatos narrados pela parte adversa.

²⁶ É toda coisa na qual estejam inseridos letras, palavras e frases, algarismos e números, imagens, sons gravados e registros magnéticos em geral, que tenham aptidão para transmitir ideias ou demonstrar a ocorrência de fatos.

²⁷ Trata-se do relato daquilo que foi percebido por pessoa distinta de um dos sujeitos processuais.

²⁸ Destina-se a informar ao juiz através de um exame procedido por um especialista (o perito) sobre os aspectos técnicos, científicos ou artísticos necessários para a correta avaliação dos fatos que envolvem a lide.

²⁹ A inspeção judicial é o meio de prova auferido diretamente pelo juiz. Ocorre quando o magistrado entender necessário para melhor verificação ou compreensão dos fatos; ou quando a coisa que deva ser examinada não puder ser apresentada em juízo sem seu perecimento.

admissibilidade de um meio de prova, ainda quando tipificado em lei, sempre que seja destituído do requisito da moralidade.³⁰

LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO ARENHART, também discorrendo sobre os meios de prova, adverte que estes devem ser moralmente legítimos, sob pena de ser sua produção tida como ineficaz, visto que as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo (artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal):

A razão de ser da proibição inserida no art. 5º, LVI, da CF está na insuficiência de sancionar a prova ilícita apenas no plano do direito material. Para uma maior proteção, é preciso negar eficácia a tais prova no processo. Essa constatação, embora simples, é extremamente importante para a a compreensão do tema das provas ilícitas. O art. 5º, LVI, da CF não vedou a violação ao direito material para a obtenção de prova – pois isso já está proibido por outras normas -, mas proibiu que tais provas tenham eficácia no processo.³¹

A despeito disso, sobreleva destacar que não existe uma hierarquia entre os meios de prova, pois como já exposto anteriormente o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento motivado do juiz, segundo o qual o juiz pode chegar á solução da lide com base nesta ou naquela prova, independentemente do meio probatório utilizado pela parte, desde que fundamente sua decisão³².

Feita essas considerações sobre a noção geral da prova e suas peculiaridades, fundamental para a compreensão e desenvolvimento deste trabalho, passa-se a estudar brevemente o instituto jurídico do ônus da prova.

³⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.94.

³¹MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 6ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.387.

³²Se houver dispositivo legal que determine a prevalência de determinado meio de prova sobre o outro, deve assim ser seguido, como por exemplo, o que estabelece o artigo 400 do Código de Processo Civil: A prova testemunhal é sempre admissível, não dispendo a lei de modo diverso. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte; II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

CAPÍTULO II – DO ÔNUS DA PROVA

1 CONCEITO DE ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova corresponde à incumbência de quem deve produzir a prova e conduzi-la ao processo para firmar suas alegações, já que estas, por si só, não firmam o convencimento do juiz. Ou seja, “consiste na conduta processual exigida da parte para que a verdade dos fatos por ela arrolados seja admitida pelo juiz”.³³

Todavia, cumpre destacar que tal ônus não está relacionado com a ideia de obrigação ou dever legal, mas sim na conduta que se espera da parte para que a verdade dos fatos alegados seja admitida pelo juiz e possa ele extrair daí as consequências jurídicas pertinentes ao caso.³⁴

Nessa esteira, ARRUDA ALVIM aponta a diferença entre os termos:

A distinção que nos parece primordial é de que a obrigação pode uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro pólo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente. Outra distinção importante que cabe fazer entre ônus e obrigação é a circunstância de esta última ter um valor e poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus. Há, ainda, uma terceira figura, a do dever (*strito sensu*). Além de não ser conversível em pecúnia, tem como característica básica a perpetuidade, ao contrário do ônus e da obrigação que se esgota com seu cumprimento.³⁵

Compartilhando do mesmo entendimento, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO LUIZ RENATO DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI explicam:

O ônus difere de dever, pois este pressupõe sanção. Melhor dizendo, sempre que a norma jurídica impõe um dever a alguém, em verdade está obrigando ao cumprimento, o que gera ao polo oposto da relação jurídica o direito – correlato e em sentido contrário – de exigir o comportamento do obrigado. Nada disso ocorre com o ônus, que implica tão somente, no caso de descumprimento, em uma consequência processual. Há interesse no cumprimento do ônus da prova. Com “interesse” se quer dizer que a prática

³³THEODORO JUNIOR, HUMBERTO. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.456.

³⁴ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Do Ônus da Prova**. Revista de Processo, São Paulo, ano 18, nº 71. 1993, p. 48

³⁵ ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.432.

do ato processual favorece à parte. Há interesse em praticá-lo porque se tirará algum proveito processual com a atividade.³⁶

Com isso, depreende-se que, em matéria de prova, a demonstração das afirmações aduzidas no litígio corresponde a um encargo e não a uma exigência legal. A parte é livre para fazer aquilo que está descrito na norma jurídica, mas se deixar de produzir a prova que lhe competia, conforme as regras que tratam da distribuição do ônus probatório, assume o risco de efeitos desfavoráveis, ou seja, de o magistrado decidir contrariamente a seus interesses.³⁷

Note-se, ainda, que o ônus probatório não é um comportamento necessário para o julgamento favorável da demanda, uma vez que a parte onerada pode obter um resultado favorável mesmo sem cumprir o seu ônus, isto é, sem produzir prova, pois nada impede que o julgamento favorável a sua pretensão se funde em provas produzidas pela parte adversa.

Na verdade, o ônus da prova indica que “a parte que não produzir a prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável, ou seja, o descumprimento do ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas o aumento do risco de um julgamento contrário”³⁸ a sua vontade.

Desta feita, as regras relativas ao ônus da prova estatuem qual das partes deve assumir os riscos da prova faltante ou insuficiente que impossibilite ao magistrado a formação de seu convencimento acerca da verdade do fato sobre os quais gravita o litígio.

Noutra perspectiva, insta salientar que o ônus da prova tem importância quando o juiz não se convence da verdade dos fatos, uma vez que ele é obrigado a proferir uma decisão ainda que sem a convicção dos fatos alegados pelas partes, porquanto é inadmissível, no ordenamento jurídico pátrio, a recusa de julgamento por falta de certeza quanto ao conjunto fático (vedado o *non liquet*³⁹). Caso contrário,

³⁶WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correa de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 397.

³⁷AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 22.

³⁸MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART. Sérgio Cruz. **Prova**. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 179.

³⁹CPC, Art. 126. “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.”

se os fatos foram convincentemente demonstrados, desnecessário levantar a questão do ônus da prova.

Assim, fala-se que o ônus da prova apresenta-se sob dois sentidos: Um subjetivo e outro objetivo. No primeiro deles constitui uma regra de conduta dirigida às partes, que indica quais fatos a cada uma incumbe provar, e o segundo, constitui uma regra de julgamento dirigida ao juiz, que indica que parte deverá suportar com os riscos advindos da deficiência da atividade probatória⁴⁰.

Sobre o assunto, GRAZIELLA AMBROSIO expõe:

O ônus subjetivo distribui entre o autor e o réu o encargo de produzir as provas dos fatos indispensáveis ao deslinde da causa, representando, assim, uma regra de conduta que deve ser adotada pelos litigantes na instrução processual. Se as provas não forem produzidas e, em decorrência, o magistrado não tiver condições de apreender verdade dos fatos para a formação de seu convencimento, entra em atuação o aspecto objetivo do ônus da prova, pois ao juiz não é dada a possibilidade de não proferir a decisão, abstendo-se de solucionar o conflito, ainda que faltem ou inexistam provas nos autos ou ainda que não tenha certeza acerca dos fatos discutidos no processo.

A regra de distribuição do ônus da prova, sob a perspectiva objetiva, estabelecem uma regra de julgamento por meio da qual se estabelece que a sentença será desfavorável àquela parte a quem competia o ônus da prova dos fatos alegados, mas dele não se desincumbiu.⁴¹

Igualmente, BRUNO GARCIA REDONDO enfatiza:

O ônus *subjetivo* da prova consiste em regra de conduta, relacionando-se à distribuição do *onus probandi* entre as partes durante o curso do procedimento, com o objetivo de identificar a quem compete a prova de determinada alegação.

O ônus *objetivo* da prova, por seu turno, revela-se como regra de julgamento aplicável no momento em que o magistrado profere seu juízo de valor sobre a pretensão do autor. Por força do princípio da comunhão das provas, o juiz deve, primeiramente, analisar as provas produzidas sem verificar qual parte produziu cada uma das provas constantes nos autos.

Se todas as alegações formuladas estiverem devidamente comprovadas, deve o magistrado decidir sem analisar as regras de distribuição (*subjetiva*) do ônus da prova. (...). Entretanto, se nem todas as alegações das partes estiverem comprovadas haverá um estado de *dúvida*. A despeito de indefinição, o juiz é obrigado a julgar o pedido, já que o sistema processual brasileiro veda o *non liquet* (art. 126 do CPC). Nesse passo, cabe ao juiz avaliar o ônus (*subjetivo*) da prova – para verificar qual parte que não se desincumbiu do ônus de provar a alegação relativa a determinado fato – e, como resultado da produção de seus efeitos, resolver o mérito.⁴²

⁴⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova no Direito Processual Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 131.

⁴¹ AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 25.

⁴² REDONDO, Bruno Garcia. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova: Breves Apontamentos**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 93, São Paulo, dez. 2010, p. 15.

Não obstante seja comumente assim estruturada, parte da doutrina questiona a dicotomia formada em torno do ônus da prova, atribuindo maior relevância ao seu aspecto objetivo. Isso porque, argumenta-se que no curso do processo pouco importa quem efetivamente produziu a prova. O problema do *onus probandi* só surge quando as provas não foram satisfatoriamente produzidas (seja pela sua falta ou insuficiência) para convencer o magistrado quanto à veracidade dos fatos alegados pelas partes, e chegando o momento de decidir, o juiz deve atribuir esta deficiência a um dos litigantes.

É o que se extrai da lição de FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA:

Na realidade, ao julgador é suficiente que verifique se o resultado da instrução foi completo ou não. Se completo, irrelevante é quem foi o responsável pela produção da prova. O magistrado não deve se ater ao aspecto subjetivo o ônus probatório, não importando quem foi o responsável pela produção da prova – se o titular do ônus de produzi-la, ou, eventualmente, a contraparte. Uma vez trazida a prova ao feito ela se desgarrar daquela que a produziu, passando a fazer parte do processo - é o que dispõe o princípio da aquisição processual ou da comunhão das provas. Mas se incompleto (o resultado da instrução), deverá ater-se ao caráter objetivo do ônus probatório, investigando qual das partes foi responsável pela sua incompletude, para que suporte os prejuízos da inexactidão fática que permaneceu nos autos.⁴³

A despeito do entendimento segundo o qual o ônus da prova constitui, essencialmente, uma regra de julgamento (aspecto objetivo), EDUARDO CAMBI afirma que a noção de ônus da prova não pode prescindir de um componente subjetivo, porque é uma categoria jurídica que não pode ser concebida sem um titular. A falta de certeza que determina ao juiz aplicar o ônus da prova em sentido objetivo é inseparável do risco que pesa sobre a parte que não produz as provas de suas alegações⁴⁴. Logo, “o aspecto objetivo do ônus da prova está ligado, intrinsecamente, ao subjetivo, não podendo ser desprezado”.⁴⁵

⁴³DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 74.

⁴⁴CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.318.

⁴⁵ CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.318.

LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, também defende que o aspecto subjetivo do ônus não resta anulado, pois “embora a regra de julgamento constitua essência do fenômeno, os riscos da insuficiência de provas para a formação de convicção judicial projetam-se sobre as partes, estimulando-as à produção.”⁴⁶

Em termos conclusivos, pode-se dizer que os dois aspectos do ônus da prova devem ser considerados, visto que na hipótese de ausência ou insuficiência de provas, mesmo que somente se admita o aspecto objetivo do ônus da prova, quando o juiz decide onerar uma das partes, imputando a esta as consequências do não esclarecimento dos fatos, inevitavelmente, estará recorrendo ao aspecto subjetivo do ônus probatório.

2 A REGRA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O Código de Processo Civil contém somente uma disposição de caráter genérico que trata do tema do ônus da prova. Tal previsão está estabelecida no seu artigo 333, e é destinado a fixar as regras de distribuição desse encargo atribuído a cada uma das partes, sendo oportuno transcrevê-lo:

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.

Da leitura do referido dispositivo, verifica-se que a norma legal estabeleceu o critério estático ou fixo para distribuir o ônus probatório entre os litigantes, uma vez que leva em consideração a posição das partes no processo (autor ou réu) e a natureza dos fatos que fundam as suas pretensões ou exceções (fatos constitutivos, extintivos, modificativos e impeditivos).

Corroborando com o exposto, PEDRO HENRIQUE PEDROSA NOGUEIRA leciona:

O CPC estabeleceu, expressamente, como regra geral, uma distribuição estática do ônus da prova, atribuindo ao demandante o encargo de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto ao demandado tocava a

⁴⁶ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova no Direito Processual Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 142.

prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. (...).

A regra geral se diz estática porque, a princípio, desconsidera qualquer particularidade da situação *in concreto*. Os encargos probatórios são predispostos em função daquilo que é afirmado pelas partes em seus atos postulatórios e de suas posições no processo.⁴⁷

No mesmo sentido, MARCELO PACHECO MACHADO ensina:

Os ônus estáticos da prova são a forma mais tradicional de adoção dessa técnica processual, pelos mais variados ordenamentos jurídicos. Têm como peculiaridade a fixação de um critério rígido de distribuição; o ordenamento positivo, desde logo, diz qual sujeito deverá sofrer sentença desfavorável na hipótese de ausência de provas. (...).

O art. 333 do CPC é o mais fiel retrato desse sistema, especificando em abstrato as hipóteses em que a falta de provas prejudicará o autor e as hipóteses em que prejudicará o réu. Se não restarem provados os fatos constitutivos do direito do autor, deverá ser proferida sentença de improcedência (inc.I), se não restarem provados os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, alegados pelo réu, a sentença deverá ser de procedência do pedido (inc. II).⁴⁸

Para CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a distribuição do ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil advêm do interesse das partes em provar suas pretensões em juízo:

A síntese dessas disposições consiste na regra de que o *ônus da prova incumbe a parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado* (Chiovenda), ou seja, àquela que se beneficie desse reconhecimento, essa fórmula coloca adequadamente o tema *ônus da prova*; no quadro do interesse como mola propulsora da efetiva participação dos litigantes, segundo o empenho de cada um em obter vitória. O *princípio do interesse* é que leva a lei a distribuir o ônus da prova pelo modo que está no art. 333 do Código de Processo Civil, porque o reconhecimento dos fatos constitutivos aproveitará ao autor e os demais, ao réu; sem prova daqueles, a demanda inicial é julgada improcedente e, sem a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos, provavelmente a defesa do réu não obterá sucesso.⁴⁹

Deste modo, é evidente que as partes têm o encargo de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda que seja reconhecido pelo juiz na solução do litígio instaurado.

⁴⁷NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor como Técnica de Distribuição Dinâmica da Carga Probatória**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 75, São Paulo, jun.2009, p.106/107.

⁴⁸MACHADO, Marcelo Pacheco. **Ônus Estático, Ônus Dinâmico e Inversão do Ônus da Prova: Análise Crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.37, nº 208, jun. 2012, p.300/301.

⁴⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.73.

Ocorre que a legislação brasileira não definiu o que seriam os fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, cabendo à doutrina a tarefa de distingui-los. Assim, oportuna a lição sintetizada de FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA:

O fato constitutivo é o fato gerador do direito afirmado pelo autor em juízo. Compõe um suporte fático que, enquadrado em dada hipótese normativa, constitui uma determinada situação jurídica, de que o autor afirma ser titular. (...). O fato extintivo é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminado o direito do autor e a pretensão de vê-lo satisfeito. (...). O Fato impeditivo é aquele cuja existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos e o direito, dali, nasça. (...). O fato modificativo, a seu turno, é aquele que, tendo por certa a existência do direito, busca, tão somente, alterá-lo tal.⁵⁰

Com efeito, tem-se que constitutivos são os fatos que compõe o substrato fático da norma que gera o efeito jurídico buscado pelo autor, como por exemplo, o autor afirma que emprestou ao réu determinada quantia em dinheiro e o prazo para pagamento expirou, logo, o autor incumbirá ônus de provar a existência do contrato e a expiração do prazo que revelam seu direito. Por outro lado, entende-se por fato extintivo o que acarreta o fim da relação jurídica instituída, tal como o pagamento, a compensação, a prescrição, a decadência, etc.. Já o fato impeditivo é o que obsta as consequências jurídicas pretendidas pelo autor, ou seja, impede os efeitos que normalmente decorreriam da relação jurídica, tornando a pretensão do autor ineficaz e sem qualquer efeito jurídico ao seu favor, como na hipótese de incapacidade dos contratantes e na ilicitude do objeto do contrato. Por fim, fato modificativo é o que altera as condições iniciais do gozo do direito pretendido, como por exemplo, a moratória concedida ao devedor.

Como quer que seja, a regra de distribuição do ônus da prova baseada na posição processual que a parte assume na lide (autor e réu) e na natureza dos fatos articulados nos autos (constitutivos, impeditivos modificativos e extintivos), tal como previsto no artigo 333 do Código de Processo Civil, tem sido alvo de severas críticas por parte da doutrina contemporânea, por ser, em muitos casos, extremamente difícil ou praticamente impossível o exercício do direito à prova, além de não contribuir para uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

⁵⁰DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 76/78.

É o que se extrai do escólio de FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA:

Nosso CPC acolheu a *teoria estática* do ônus da prova (teoria clássica), distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório, nos seguintes termos: ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 333, CPC). (...) Sucede que nem sempre autor e réu tem condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído – em muitos casos, por exemplo, vêem-se diante de *prova diabólica*. E não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir uma decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento). É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus da prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação inflexível pode conduzir a julgamentos injustos.⁵¹

GRAZIELLA AMBROSIO, igualmente defende:

A visão estática do ônus da prova, prevista no art. 333 do CPC, em muitas situações dificulta o exercício probatório da parte interessada, pois há casos em que o direito material alegado é de difícil, quiçá impossível, demonstração pela parte. As regras emanadas do referido artigo são objetivas e fixas, distribuídas de forma imutável pelo legislador. No entanto, essa estrutura rígida e invariável muitas vezes submete o autor a uma prova excessivamente onerosa consistente na demonstração do fato constitutivo do seu direito, ao passo que se verifica ser muito mais fácil para a outra parte a produção de determinada prova que possibilite ao juiz buscar a verdade para a solução do litígio.⁵²

Destarte, verifica-se que, a regra estática da distribuição do ônus da prova, em algumas situações, é inflexível e rigidamente aplicada *a priori* sem a observância das peculiaridades do caso concreto, o que acaba, por conseguinte, inviabilizar o reconhecimento do direito postulado, levando a resultados injustos.

Vale dizer, o regramento estático do ônus da prova, tem-se revelado insatisfatório e artificial, porquanto deixa de ser um instrumento hábil para o aplicador do direito investigar a realidade concretamente vivida diante da especificidade do direito material em jogo⁵³, protegendo, em algumas vezes, o

⁵¹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p.89/90.

⁵² AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.33.

⁵³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p.78.

litigante processual que teria melhores condições econômicas e técnicas para demonstrar a realidade fática em juízo.

Na acepção de THAÍS BAZZANEZE, “o ônus da prova, nesse contexto, evidencia uma restrição oculta de acesso à Justiça, pois inutiliza o processo ao impedir o direito de prova ao litigante.”⁵⁴

Diante de tal realidade, a doutrina contemporânea tem defendido a necessidade de relativização da inflexibilidade das regras atinentes à distribuição dos encargos probatórios, nas hipóteses em que o juiz se depara com evidente desequilíbrio da capacidade probatória de produção de provas entre as partes⁵⁵, a fim garantir o acesso à Justiça e à obtenção de uma decisão justa e adequada.

Nesse toar, JOÃO BATISTA LOPES consigna que “em muitos casos, evidencia-se a necessidade de flexibilização das regras legais sobre o ônus da prova, cuja aplicação fria pode acarretar sacrifício excessivo a uma das partes e, às vezes, até mesmo iniquidade.”⁵⁶

É consoante essa nova visão de adequação das regras de distribuição do ônus da prova ao caso concreto que vem ganhando prestígio a chamada distribuição dinâmica do ônus probatório, a qual é objeto do presente estudo e que será logo examinada.

⁵⁴BAZZANEZE, Thaís. **Distribuição Dinâmica do ônus probatório: análise à luz do devido processo legal e do acesso à Justiça**. Revista de Processo, ano 37, nº 205. São Paulo, mar. 2012, p.64.

⁵⁵AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.35.

⁵⁶LOPES, João Batista. **Ônus da Prova e Teoria das Cargas Dinâmicas no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, v.37, nº 204, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2012, p. 235.

CAPÍTULO III - DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

1 ORIGEM E FUNDAMENTOS

A teoria da distribuição dinâmica do ônus probatório, inicialmente chamada de *doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, tem como o principal precursor o jurista argentino Jorge Walter Peyrano⁵⁷, o qual passou a defender a necessidade de se levar em consideração as peculiaridades do caso em concreto para se aferir qual das partes revela melhores condições de produzir determinada prova, uma vez que a regra estática do ônus da prova, que impõe o encargo da prova pela posição processual que a parte assume na lide e pela natureza dos fatos a serem provados, mostrava-se insuficiente, em determinadas situações, para uma avaliação absoluta e justa pelo órgão julgador.

A definição formulada pela Quintas Jornadas Bonaerenses de Direito Civil, Comercial, Processual e Informático celebrado na cidade de Junín, Argentina, em outubro de 1992, bem explica a questão:

A chamada doutrina das cargas probatorias dinâmicas pode e deve ser utilizada pelos tribunais em determinadas situações nas quais não funcionem adequada e valiosamente as previsões legais que, como regra, repartem os encargos probatórios. A mesma importa um deslocamento do *onus probandi*, segundo forem as circunstâncias do caso, em cujo mérito é aquele pode recair, *verbigracia*, na cabeça de quem está em melhores condições técnicas, profissionais ou fáticas para produzi-las, independentemente da condição do autor ou demandado ou tratar-se de fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos.⁵⁸

Compartilhando do mesmo entendimento, ANTONIO JANRYR DALL'AGNOL JUNIOR em análise específica sobre a Distribuição Dinâmica do Ônus Probatório, afirma:

⁵⁷ “A denominada teoria das cargas processuais dinâmicas, se não concebida por Jorge W. Peyrano, ilustre jurista argentino, foi, sem dúvida, por ele desenvolvida em obras que merecem ampla divulgação no meio hispano-americano.” DALL'AGNOL JR, AntonioJanryr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios**. Revista dos Tribunais. vol. 788, São Paulo, jun. 2001, p. 97.

“O jurista argentino Jorge W. Peyrano costuma ser indicado como o principal responsável pela difusão moderna da *teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova* (teoria das *cargas processuais dinâmicas* ou das *cargas probatorias dinâmicas*).” REDONDO, Bruno Garcia. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova: Breves Apontamentos**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 93, São Paulo, dez. 2010, p. 17.

⁵⁸ PEYRANO, Jorge Walter. Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas. In: WHITE, Inês Léporia (coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.19/20 *apud* CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.74/75.

A solução alvitada tem em vista o processo em sua concreta realidade, ignorando por completo a posição nele da parte (se autora ou réu) ou a espécie do fato (se constitutivo, extintivo, modificativo ou impeditivo). Há de demonstrar o fato, pouco revela se alegado pela parte contrária, aquele que se encontra em melhores condições de fazê-lo. (...).

Pela teoria da distribuição dinâmica do ônus probatórios, portanto, a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc.

Releva, isto sim: a) a caso em sua concretude e b) a “natureza” do fato a provar - imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo. (...).

O que ocorre, pelo visto, é uma flexibilização da doutrina tradicional, em homenagem ao princípio da efetividade da tutela jurisdicional, na medida em que essa objetiva, sem sombra de dúvida, garantir o direito a quem realmente o título.⁵⁹

Por sua vez, FERNANDO LUIZ VICENTINI completa:

A teoria difundida por Peyrano procura desatrelar a produção da prova com a posição processual da parte, assim como da natureza dos fatos alegados em juízo. Aquela ideia inflexível de que quem alega deve fazer sempre a prova passa a ser modificada pela ideia que a prova de determinada alegação, quando não for possível ser feita pela distribuição estática do ônus da prova, deve ser feita pela parte que está em melhores de condições de produzi-la.

Com isto procura-se na condução do processo afastar da parte a prova diabólica, qual seja, a prova inexequível, de modo aproximar a sentença de uma decisão justa e não apenas sob a égide da segurança jurídica.⁶⁰

Em apertada síntese, a distribuição dinâmica do ônus da prova consiste na atribuição do *onus probandi* à parte que, em cada caso concreto, revelar-se como titular de melhores condições de produzir a prova sobre determinada alegação⁶¹. A rigor, prova quem pode.

Ou seja, ela parte do pressuposto de que a estrita aplicação das regras rígidas e abstratas sobre o ônus da prova pode levar a uma prestação jurisdicional injusta, nos casos em que a prova for impossível ou muito difícil de ser produzida

⁵⁹DALL’AGNOL JR, Antonio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios**. Revista dos Tribunais. vol. 788, São Paulo, jun. 2001, p. 97.

⁶⁰VICENTINI, Fernando Luiz. **Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Disponível: em <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso: em 12 de março de 2014.

⁶¹ “A essa concepção tem-se denominado dinâmica – pela mobilidade para se adaptar a casos particulares. A denominação se opõe a uma ideia estática, igual para todas as hipóteses, sem atender as circunstâncias especiais. Assim assume relevo a ideia de solidariedade e colaboração das partes na etapa probatória do processo, sem sujeição as regras rígidas, que fazem recair todo o peso num ou noutro demandante.” KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p.138.

pela parte onerada, razão pela qual, nessas hipóteses, tais regras devem ser flexibilizadas de maneira que o encargo probatório recaia sobre a parte que se encontra em melhores condições de produzi-la, sejam elas técnicas, econômicas ou fáticas.

Assim, cabe ao magistrado, diante do caso em concreto e na hipótese de não se convencer quanto à existência dos fatos submetidos a sua apreciação, valorar qual das partes dispõe de melhores condições de suportar o ônus da prova, logo, se a parte que o juiz impôs o *onus probandi* não produzir a prova ou a fizer de forma deficitária, as regras do ônus da prova recairão sobre ela em razão de não ter cumprido o encargo determinado judicialmente, tal como estabelecido em lei.

Nesse sentido, GRAZIELLA AMBROSIO destaca que a distribuição dinâmica do ônus da prova transfere a “atividade do Poder Legislativo (estabelecimento de regras sobre a distribuição do ônus da prova) ao Poder Judiciário, atuando o magistrado como um adequador das regras clássicas ao caso concreto, com vistas ao melhor desenvolvimento processual, sobretudo à igualdade dos litigantes.”⁶²

Desta feita, pode-se afirmar que a distribuição dinâmica do ônus probatório representa um aprimoramento do sistema clássico de distribuição do ônus da prova, pois ao levar em consideração a disponibilidade e a facilidade que cada parte litigante tem na produção probatória, contribui para que o processo alcance seus fins, oferecendo uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e justa.

Frente às linhas gerais da presente teoria, cumpre ressaltar que esta surge, fundamentalmente, no dever de cooperação, de lealdade, de probidade, de solidariedade e de boa-fé das partes com um processo justo. Busca-se o equilíbrio entre os litigantes, segundo o critério da equidade na relação processual e o dever de colaboração com o esclarecimento da verdade.

Nessa perspectiva e dimensão, INÉS LÉPORI WHITE assevera:

O acesso ao Poder judiciário resta prejudicado se a parte fica à mercê do outro litigante porque não está ao alcance de suas possibilidades materiais a prova do fato alegado em juízo. Ademais, toda vez que alguém se atribui o caráter de parte processual não é apenas para fazer uso de seus direitos, mas também assume determinados deveres, como o de proceder com lealdade, probidade e boa-fé. Por fim, compete ao magistrado buscar a verdade, adotando todas as medidas que entender necessárias para o esclarecimento dos fatos. A essência da magistratura é impedir que o mais

⁶²AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.54.

forte, o que tem uma posição mais vantajosa, seja econômica, social ou jurídica, tanto em relação material ou processual, tire proveito do processo em detrimento do mais débil.⁶³

BRUNO GARCIA REDONDO, na mesma esteira, afirma que a técnica processual de repartição dinâmica das cargas probatórias funda-se da visão cooperatária e publicista do processo civil, o qual deve ser entendido como instrumento de Direito Público, destinado à pacificação social e a correta prestação jurisdicional; da busca pela verdade substancial (material ou real); do princípio da comunhão das provas e do princípio da adequação e da adaptabilidade do procedimento.⁶⁴

Diante da tal quadro, extrai-se que a distribuição dinâmica ônus probatório fundamenta-se na busca pela promoção da *igualdade* das partes em sentido substancial (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades) para que nenhuma parte fique com um ônus demasiadamente severo em relação ao da outra; na garantia de *acesso a justiça* para que a prestação jurisdicional se desenvolva mediante processo justo (evitar que uma das partes se mantenha inerte porque a dificuldade na produção da prova a beneficia); e na *efetividade* da tutela jurisdicional (garantir o direito material a quem realmente o titule).

1.1 A Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas e as Regras Clássicas de Distribuição do Ônus da Prova

A teoria das cargas probatórias dinâmicas não desconhece das regras clássicas de distribuição do ônus da prova, baseada na posição processual das partes (autor e réu) e na natureza dos fatos a serem provados (constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos), tal como disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, mas sim complemente e aperfeiçoa o encargo de provar, flexibilizando sua aplicação quando a regra tradicional impossibilita a parte de produzir a prova em juízo.

⁶³ PEYRANO, Jorge Walter (dir.); WHITE, Inês Léporia (coord.). Cargas probatórias dinâmicas. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p.19/20 *apud* AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.57/58.

⁶⁴ REDONDO, Bruno Garcia. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova: Breves Apontamentos**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 93, São Paulo, dez. 2010, p.19.

Assim, JORGE WALTER PEYRANO afirma que teoria das *cargas probatorias dinâmicas* representa um deslocamento excepcional do ônus da prova, segundo as circunstâncias do caso em concreto, para aquele que esteja em melhores condições técnicas, profissionais, econômicas ou fáticas de produzi-las. A invocação do ônus dinâmico somente ganha espaço quando a aplicação da regra clássica de repartição do encargo probatório conduza à chamada *probatio diabólica*, entendida como a prova extremamente difícil ou impossível de ser produzida. A aplicação da teoria em comento é procedente somente em casos extremos, vale dizer, quando a utilização das regras clássicas sobre a distribuição do ônus da prova gera consequências claramente inconvenientes e inócuas.⁶⁵

DANILO KNIJNIK discorrendo sobre o tema, também consigna que:

“A ideia de um ônus dinâmico nas afasta, *de per si*, as regras legais a esse respeito fixadas pelo legislador: ao contrário persistiria o enfoque estático, devendo os sujeitos processuais, na generalidade dos casos, examinar a sintaxe das normas e a natureza dos fatos alegados segundo sua posição funcional. A invocação do ônus dinâmico entraria em jogo quando a aplicação daquelas regras iniciais conduzisse a uma *probatio diabólica*, vindo a inutilizar a ação judiciária e o acesso útil ao Estado-Jurisdição.”⁶⁶

Por sua vez, MIGUEL KFOURI NETO argumenta que a teoria da carga probatória dinâmica “constitui uma exceção à norma legal da distribuição do ônus da prova, utilizável apenas quando as regras legais que disciplinam o encargo

⁶⁵ “Constituye doctrina ya recibida la de las cargas probatorias dinámicas. La misma importa un apartamiento excepcional de las normas legales sobre la distribución de la carga de la prueba, a la que resulta procedente recurrir sólo cuando la aplicación de aquéllas arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Dicho apartamiento se traduce em nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria ceñidas a las circunstancias Del caso y renuentes a enfoques apriorísticos (tipo de hecho a probar, rol de actor o demandado, etc.). Entre las referidas nuevas reglas se destaca aquella consistente en hacer recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fáticas para producir la prueba respectiva. Se debe ser especialmente cuidadoso y estricto a la hora de valorar la prueba allegada por la parte que se encuentre em mejor situación para producirla porque, normalmente, la misma también está en condiciones de desvirtuarla o desnaturalizarla en su propio beneficio. (...) A renglón seguida, se há buscado destacar que su aplicación es procedente sólo in extremis; vale decir, cuando la utilización del reparto legalmente previsto del *onus probandi* genera consecuencias inconvenientes e inócuas.” PEYRANO, Jorge Walter (dir). **Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas**. In: WHITE, Inês Léporia (coord). *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 21.

⁶⁶ KNIJNIK, Danilo. **As perigosíssimas doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso a Justiça e superar a *probatio diabólica***. In: Fux, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 946.

probatório se mostrarem manifestamente inadequadas ao estabelecimento da verdade.”⁶⁷

Desta feita, imperioso reconhecer que a distribuição dinâmica do ônus probatório trata-se de uma teoria excepcional e residual que tem por escopo básico facilitar a produção da prova, quando verificada a não efetividade da regra clássica de repartição do ônus da prova diante da particularidade do caso concreto, atribuindo o encargo probatório àquele que se encontra em melhores condições de produzi-lo.

Insta salientar, ainda, que diferentemente do que ocorre com o modelo clássico do ônus da prova (regras de julgamento), a distribuição dinâmica das cargas probatórias são consideradas regras de atividade ou de procedimento, devendo sua aplicação ocorrer antes de iniciada a instrução processual, como forma de dar ampla ciência às partes e viabilizar a sua produção pela nova parte onerada, pois do contrário, está seria pega de surpresa e, por conseguinte, restaria cerceado seu direito de defesa, como bem adverte GRAZIELLA AMBROSIO:

A aplicação da teoria das cargas probatórias dinâmica no momento da prolação da sentença causaria surpresa às partes, retirando-lhes, em muitas situações, a oportunidade real de produção da prova, pois seguindo o modelo clássico de repartição do ônus da prova, o litigante poderia permanecer inerte sem saber que estava correndo os riscos das consequências desvantajosas da sua inatividade processual. Essa aplicação traduz-se em violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e de acesso ao Poder Judiciário. As regras de distribuição do ônus da prova são regras de julgamento, mas também são regras de conduta a orientar os litigantes, os quais têm o direito de saber, de antemão, qual a postura processual esperada de cada parte em matéria de produção de prova.⁶⁸

Sobre o momento oportuno para a distribuição dinâmica do ônus da prova, FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA asseveram:

Esse repartição casuística e dinâmica do ônus da prova dever ser feita pelo magistrado antes da fase instrutória, em tempo de a parte onerada desincumbir-se do encargo, sob pena de se comprometer a segurança

⁶⁷ KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**: perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002, p. 138.

⁶⁸ AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 66/67.

jurídica das partes e o seu direito fundamental à prova. (...). Trata-se de regra de atividade e, não, de julgamento.⁶⁹

Compartilhando do mesmo entendimento BRUNO GARCIA REDONDO prescreve:

A distribuição dinâmica da carga probatória em sede de qualquer demanda processual civil não deve ser considerada *regra de julgamento*, mas inegável *regra de instrução* (de *processamento* ou de *procedimento*), realizada até o instante inicial da fase instrutória, isto é, até o momento da prolação da decisão declaratória de saneamento (arts. 331 e 278, parágrafo 2º do CPC), jamais na fase decisória (prolação da sentença).

Assim, se houver a distribuição dinâmica do ônus probatório no caso concreto, está deve ser evidentemente realizada antes da prolação da sentença, mas, além disso, é essencial que tal repartição ocorre em tempo hábil para que a parte onerada possa produzir a prova. Por isso, que momento processual mais adequado para a sua aplicação é no despacho saneador, quando o juiz verifica os pontos controvertidos, indicando os fatos que deverão ser objeto de prova, voltando-se sua produção pela parte a quem compete o ônus de comprovar determinada alegação controvertida.

Todavia, nada impede que a flexibilização das regras clássicas do ônus da prova ocorra quando já iniciada a instrução probatória ou mesmo diante da introdução de novos fatos à lide, desde que constatado pelo magistrado a aptidão probatória de cada parte e sua postura na colaboração do processo e na busca da verdade, assegurando-se, por óbvio, o contraditório à parte dinamicamente onerada.

Ora, seja qual for o momento da aplicação da distribuição dinâmica do ônus probatório, o juiz sempre deverá fundamentar sua decisão, advertindo a parte para a qual o ônus foi redistribuído das consequências de seu encargo.

1.2 A Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas e a Inversão do Ônus da Prova

Com efeito, num primeiro momento, pode-se observar que as ideias de ônus dinâmico e de inversão do ônus da prova se justificam por finalidades muito próximas, visto que, em ambos os casos, pretender-se evitar que dificuldades

⁶⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 95.

econômicas ou conjunturais de uma das partes, em produzir determinada prova, façam com que esta receba uma sentença injusta. No entanto, as técnicas retratadas não podem ser confundidas, porquanto a teoria das cargas probatórias dinâmicas não se baseia em uma distribuição prévia e abstrata do ônus da prova, como ocorre com a inversão do ônus probatório.

Vale dizer, presentes os requisitos legais, a inversão do ônus se impõe, ao passo que a teoria das cargas probatórias dinâmicas é mais abrangente, cabendo ao juiz sopesar a repartição do encargo probatório caso a caso, em que se apresente mais fácil a uma das partes produzi-lo.

Sobre a diferença entre a distribuição dinâmica e a inversão do ônus da prova, FLÁVIA DE ALMEIDA MONTINGELLI ZANFERDINI e ALEXANDRE GIR GOMES comentam:

Somente se pode cogitar de inversão se o ônus for estabelecido prévia e abstratamente. Na teoria da distribuição dinâmica, o magistrado, avaliando as peculiaridades do caso concreto, estabelecerá quais fatos devem ser provados pelo autor e pelo réu. Em suma, não se estabelece casuística e aprioristicamente quando será aplicada.⁷⁰

Ora, é sabido que a inversão do ônus da prova, tal como previsto no artigo 6º, inciso do VIII do Código de Defesa do Consumidor, exige a satisfação de um dos seguintes pressupostos, quais sejam, verossimilhanças das alegações ou hipossuficiência do consumidor. Ao contrário desse instituto, a teoria das cargas probatórias dinâmicas não se fundamenta em fato verossímil, mas apenas na aptidão probatória dos litigantes. Por outro lado, ainda que essa aptidão possa se aproximar do outro requisito (a hipossuficiência, o qual também abarca a hipossuficiência probatória), a teoria das cargas probatórias dinâmicas é mais abrangente e maleável, na medida em que pode beneficiar inclusive aquele que não se apresenta hipossuficiente na relação material, mas apenas debilitado em sua capacidade probatória num determinado litígio.⁷¹

Nessa perspectiva infere EDUARDO CAMBI:

⁷⁰ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. **Cargas Probatórias Dinâmicas no Processo Civil Brasileiro**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 69, São Paulo, dez. 2008, p. 28.

⁷¹ AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 65/66.

Com efeito, não há na distribuição dinâmica do ônus da prova uma inversão, nos moldes previstos no art. 6º, inc. VIII, do CDC, porque só poderia falar em inversão caso o ônus fosse estabelecido prévia e abstratamente. Não é o que acontece com a técnica da distribuição dinâmica, quando o magistrado, avaliando as particularidades do caso concreto, com base em máximas de experiência (art. 335 do CPC), irá determinar quais fatos devem ser provados pelo demandante e pelo demandado.⁷²

À vista do exposto, vislumbra-se que a distribuição dinâmica do ônus da prova não se confunde com a simples inversão do ônus probatório, visto que a dinamização do encargo probatório é mais ampla e não parte de um critério apriorístico para determinar a flexibilização das regras clássicas quando os elementos probatórios para a formação de convicção do magistrado apresentarem-se de forma inadequada ou insuficiente para a solução do litígio com igualdade e justiça.

2 APLICABILIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A distribuição dinâmica do ônus da prova, embora ainda não positivada expressamente no Código de Processo Civil Brasileiro, já vem sendo amplamente acolhida pela doutrina e aplicada pelos nossos Tribunais em situações que a distribuição estática do ônus da prova (artigo 333 do Código de Processo Civil), mostra-se insatisfatória na busca da veracidade dos fatos que gravita o litígio e via, de consequência, para um julgamento justo e efetivo.

É possível elencar os casos mais frequentes em que a teoria é aplicada, como na responsabilidade civil por erro médico⁷³; nos serviços técnicos

⁷² CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 341.

⁷³ EMBARGOS INFRINGENTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. TEORIA DA CARGA PROBATÓRIA DINÂMICA. APLICABILIDADE DIANTE DO PECULIAR E ESCASSO MATERIAL PROBATÓRIO. 1. A utilização da técnica de distribuição dinâmica da prova, que se vale de atribuir maior carga àquele litigante que reúne melhores condições para oferecer o meio de prova ao destinatário que é o juiz, não se limita, no caso, apenas às questões documentais, como prontuários e exames, que se alega pertencem ao hospital, mas à prova do fato como um conjunto, ou seja, não se duvida que ao médico é muito mais fácil de comprovar que não agiu negligentemente ou com imperícia, porque aplicou a técnica adequada, do que ao leigo demonstrar que esta mesma técnica não foi convenientemente observada. 2. Quando a aplicação dos contornos tradicionais do ônus probatório na legislação processual civil não socorre a formação de um juízo de convencimento sobre a formação da culpa do médico, a teoria da carga dinâmica da prova, importada da Alemanha e da Argentina, prevê a possibilidade de atribuir ao médico a prova da sua não-culpa, isto é, não incumbe à vítima demonstrar a imperícia, a imprudência ou a negligência do profissional, mas a este,

especializados⁷⁴, nas reparações por danos materiais ou morais⁷⁵; nos títulos de crédito⁷⁶; no Direito Processual Civil⁷⁷; e no Direito Administrativo⁷⁸.

diante das peculiaridades casuísticas, a sua diligência profissional e o emprego da técnica aprovada pela literatura médica. Destarte, a aplicação de dita teoria não corresponde a uma inversão do ônus da prova, mas avaliação sobre o ônus que competia a cada uma das partes. Incumbe, pois, ao médico especialista o ônus de reconstituir o procedimento adotado, para evidenciar que não deu causa ao ocorrido. 3. No caso dos autos, não se encontra justificativa razoável para uma fratura no braço culminar com a sua amputação, a não ser a culpa do médico que nada fez a respeito, a despeito dos sintomas indicativos da falta de melhora do autor ao longo da via crucis percorrida até descobrir, em Porto Alegre, que a dificuldade de circulação do sangue, devido à má colocação do gesso, conduziria à perda do membro. O resultado da omissão médica possui maior peso, constituindo-se, dentro desse quadro, em evidência suficiente para sua condenação, não se concebendo, sem explicação plausível, que uma fratura sem gravidade venha a causar a perda de um membro. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA DE VOTOS. (TJRS, Embargos Infringentes n.º 70017662487, 5º Grupo de Câmaras Cíveis, Relator Des. ODONE SANGUINÉ, DJ 31/08/2007).

⁷⁴ Agravo de instrumento. Decisão de 1º grau que determina a apresentação pela ré de fita de gravação de teletendimento feito pela empresa de telefonia ao autor. Relação de consumo. Caracterizada a verossimilhança das alegações do autor e sua hipossuficiência técnica tem o juiz o dever de determinar a inversão do ônus da prova. Comando legal do art. 6º VIII CDC. Prova judicial que ademais está hoje norteadada pela teoria da carga dinâmica, devendo ser apresentada por quem tem a melhor possibilidade de fazê-lo, de molde a permitir ao juiz analisar a questão com base na verdade real. Ônus processual (art. 14 §3º CDC e art. 333 II CPC) que cabe à ré mas do qual pode optar por não se desincumbir, arcando em decorrência com a presunção de veracidade do que se pretendia provar. Agravo a que se nega seguimento, na forma do art. 557, caput CPC. (TJRJ, AI n.º 0011824-05.2010.8.19.0000, 5ª C. Cível, Relatora Desª. CRISTINA TEREZA GAULIA, DJ 19/03/2010).

⁷⁵ AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - SUPOSTO ERRO MÉDICO - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL LIBERAL - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - POSSIBILIDADE - HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA - ACESSO AOS DOCUMENTOS - TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DAS CARGAS PROBATÓRIAS. DECISÃO MANTIDA. 1. A necessidade de se perquirir acerca da culpa, em relação ao profissional liberal, não descaracteriza a relação como sendo de consumo, nem afasta a aplicação das demais disposições do Código Consumista. 2. A inversão do ônus da prova se impõe nas relações de consumo, quando verificada a existência de hipossuficiência técnica dos Autores. 3. De acordo com a teoria da distribuição dinâmica das cargas probatórias, o ônus da prova incumbe a quem, pelas circunstâncias do caso concreto, se encontra em melhores condições para produzir a prova, visando a garantir maior efetividade à tutela jurisdicional. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR, AI n.º 525566-9, 9ª C. Cível, Relatora Desª. ROSANA AMARA GIRARDI FACHIN, DJ 12/02/2009).

⁷⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - NÃO CABIMENTO - AUSÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA - PLEITO DO AUTOR, CONTUDO, EMBASADO NA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO NEGOCIAL - INEXIGIBILIDADE DE PROVA DE FATO NEGATIVO - TEORIA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DA PROVA - ÔNUS DA AGRAVADA DE COMPROVAR A EXISTÊNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO FIRMADO COM O AUTOR QUE DEU ORIGEM À DUPLICATA, CUJO NÃO PAGAMENTO LEVOU À INSCRIÇÃO DE SEU NOME EM ROL DE INADIMPLENTES - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR, AI n.º 784004-2, 10ª C. Cível, Relator Des. DOMINGOS JOSÉ PERFETTO, DJ 15/09/2011).

⁷⁷ PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. DEPÓSITOS EM CONTAS CORRENTES. NATUREZA SALARIAL. IMPENHORABILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE CABE AO TITULAR. 1. Sendo direito do exequente a penhora preferencialmente em dinheiro (art. 655, inciso I, do CPC), a impenhorabilidade dos depósitos em contas correntes, ao argumento de tratar-se de verba salarial, consubstancia fato impeditivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), recaindo sobre o réu o ônus de prová-lo. 2. Ademais, à luz da teoria da carga dinâmica da prova, não se concebe distribuir o ônus probatório de modo a retirar tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente e atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. 3. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (REsp 619148/MG, 4ª. Turma, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJ 20/05/2010)

Atualmente é o artigo 130 do Código de Processo Civil⁷⁹ que serve de principal fundamento legal para a aplicação da teoria da carga probatória dinâmica, uma vez que tal dispositivo revela o ativismo judicial no campo probatório, no qual o magistrado interfere na fase instrutória do processo dinamizando a produção de provas, a fim de buscar subsídios para proferir uma decisão judicial mais justa, em maior proximidade com a verdade que norteia o direito material postulado.

Nesse toar, GRAZIELLA AMBROSIO leciona:

O fortalecimento dos poderes instrutórios do juiz representa forte argumento para a adoção definitiva da teoria das cargas probatórias dinâmicas pelo Direito Brasileiro. Afinal, quem pode mais, certamente pode menos, em outras palavras, se o magistrado pode produzir prova, pode flexibilizar as regras de distribuição do ônus da prova. Se o legislador permitiu ao juiz participar ativamente na busca dos fatos, produzindo provas, não se pode negar que o magistrado tenha poderes para dinamizar o ônus da prova, na busca de uma solução mais justa a caso concreto.⁸⁰

DANILO KNIJNIK assevera que há muito tempo o direito brasileiro reconhece ao juiz iniciativas probatórias para garantir a igualdade substancial, material ou dinâmica entre os litigantes, “não havendo porque essa mesma igualdade não se refletir no plano do ônus probatório.”⁸¹

Vale destacar, que a atividade probatória do juiz não compromete sua imparcialidade, como bem explica JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE:

⁷⁸ APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. LICENÇA-PRÊMIO NÃO GOZADA. CONVERSÃO EM PECÚNIA. POSSIBILIDADE. ART. 87 DA LEI N.º 8.112/90. TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O cerne da controvérsia gira em torno da discussão acerca da possibilidade do reconhecimento do direito à conversão em pecúnia dos períodos de licença-prêmio, adquiridos e não gozados, acrescidos de juros e correção monetária. 2. A eventual inexistência de documentos, que conduza à impossibilidade de produção da prova, pode ser decidida pelo juízo mediante a utilização das regras ordinárias do processo civil, inclusive com a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, conforme o caso. 3. Na espécie, deve-se partir do pressuposto que não ocorreu nenhum fato impeditivo para que a servidora recebesse as licenças-prêmios, já que a União não apresentou provas desses impedimentos.– 4. Não tendo a servidora gozado os períodos de licença-prêmio a que faz jus, nem tendo sido eles utilizados para fins de aposentadoria, tem ela direito à conversão em pecúnia, sob pena de enriquecimento ilícito da Administração. Precedentes do STJ. (...). 7. Apelação parcialmente provida. (TRF 2º Região, AC n.º 201151180004331, 6ª Turma Especializada, Relator Des. Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, DJ 13/02/2012).

⁷⁹ CPC. Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias a instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias

⁸⁰ AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 80.

⁸¹ KNIJNIK, Danilo. **As perigosíssimas doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso a Justiça e superar a *probatio diabólica***. In: Fux, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 947.

A participação do juiz na formação da do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes, de forma alguma afeta a imparcialidade. Agindo assim, demonstra o magistrado estar atento aos fins sociais do processo. A visão publicista deste exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material. Isto é, o juiz pode, a qualquer momento e de ofício determinar que sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa. Não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo. Principalmente quando se trata do exercício de poderes que a lei lhe confere de maneira inequívoca.⁸²

Tem-se daí, que o juiz pode e deve interferir na fase instrutória do processo quando as provas trazidas pelas partes encontrarem-se insuficientes ou deficientes para a formação de um juízo de convicção legítimo e eficaz, pois do contrário poder-se-ia ter um julgamento injusto e distorcido do que requer o ordenamento jurídico.⁸³

Outrossim, a aptidão ativa do magistrado no campo probatório se dá pela necessidade de assegurar a igualdade das partes no processo (artigo 125, inciso I do Código de Processo Civil), bem como encontra amparo no dever de lealdade e veracidade imposto às partes (artigos 14, 16, 17, 18 e 125, inciso III do Código de Processo Civil); no de cooperação com o Poder Judiciário (artigo 339 do Código de Processo Civil) e na necessidade de serem criadas condições próprias para a realização do encargo de provar.

Ora, ainda que o referido diploma legal não seja invocado, a distribuição dinâmica do ônus probatório pode ser aplicada a partir de uma interpretação sistemática do Direito Processual Civil com os valores e princípios previstos na Constituição Federal, os quais funcionam como condicionantes de validade de todo o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA e RAFAEL OLIVEIRA sustentam que a dinamização do ônus da prova seria uma decorrência dos seguintes princípios⁸⁴:

⁸² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994, p. 81/82.

⁸³ BAZZANEZE, Thaís. **Distribuição Dinâmica do ônus probatório: análise à luz do devido processo legal e do acesso à Justiça**. Revista de Processo, ano 37, nº 205. São Paulo, mar. 2012, p.74.

⁸⁴ Para CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO “princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e

- a) *princípio da igualdade* (art. 5º, *caput*, CF e art. 125, I, CPC), uma vez que deve haver paridade real de armas das partes no processo, promovendo-se um equilíbrio substancial entre elas, o que só será possível se atribuído o ônus da prova àquela que tem meios para satisfazê-lo;
- b) *princípio da lealdade, boa-fé e veracidade* (art. 14, 16, 17, 18, e 125, III, CPC), pois nosso sistema não admite que a parte aja ou se omita, de forma ardilosa, no intuito deliberado de prejudicar a contraparte, na se valendo de alegações de fato e provas esclarecedoras;
- c) *princípio da solidariedade* com o órgão judicial (arts. 339, 340, 342, 345, 355, CPC), pois todos têm o dever de ajudar o magistrado a descortinar a verdade dos fatos;
- d) *princípio do devido processo legal* (art. 5º, XIV, CF), pois um processo devido é aquele que produz resultados justos e equânimes;
- e) *princípio do acesso à justiça* (art. 5º, XXXV, CF), que garante a obtenção de tutela jurisdicional justa e efetiva.⁸⁵

Já ROBSON RENAULT GODINHO defende que a distribuição dinâmica do ônus da prova é uma questão vinculada aos direitos fundamentais, não necessitando, para tanto, de uma interpretação legislativa para sua flexibilização:

Se o cumprimento do ônus probatório pode significar a tutela do direito reclamado em juízo, parece-nos intuitivo que as regras que disciplinam sua distribuição afetam diretamente a garantia do acesso à justiça. Se a distribuição do ônus da prova se der de uma forma que seja impossível que o interessado dele se desincumba, em última análise, estará sendo-lhe negado o acesso à tutela jurisdicional. (...). Como a necessidade de inversão do ônus da prova decorre diretamente da Constituição, não há necessidade de integração legislativa, que, contudo, poderá existir e possuirá um caráter pedagógico e simbólico que facilitará o acesso a justiça.⁸⁶

THAÍS BEZZANEZE também afirma que “admitir imprescindibilidade de norma específica para a distribuição dinâmica do ônus da prova significa consentir

inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67/2010. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 54.

⁸⁵ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 92/93.

⁸⁶ GODINHO, Robson Renault. **A distribuição do ônus da prova na perspectiva dos direitos fundamentais**. Leituras complementares de constitucional: direitos fundamentais. Marcelo Novelino Camargo (org.). Salvador: Juspodivm, 2006, p.182/183 e 194.

com a violação direta ou reflexa do direito fundamental de acesso a ordem jurídica justa.”⁸⁷

De fato, percebe-se que o artigo 333 do Código de Processo Civil não pode ser lido isoladamente, mas à luz dos princípios que norteiam a processualística civil. Logo, em que pese inexistir norma legal específica e geral da teoria das cargas probatórias dinâmicas no ordenamento jurídico brasileiro, esta pode ser perfeitamente aplicada com fundamento numa interpretação sistemática do texto constitucional com o próprio Estatuto Processual Civil.

BRUNO GARCIA REDONDO simplifica a compreensão:

A carga probatória dinâmica atende ao comando constitucional, sendo decorrente das garantias fundamentais da *isonomia substancial* (*caput* do art. 5º da CRFB), do *acesso pleno* à Justiça e a ordem jurídica justa (inciso XXXV do art. 5º), do *devido processo legal* (inciso LIV do art. 5º), do *contraditório* e da *ampla defesa* (inciso LV do art. 5º) e da *efetividade* da tutela jurisdicional (inciso LXXVIII do art. 5º).

Além dos fundamentos constitucionais, outros institutos justificam a aplicação da carga probatória dinâmica, tais como a *amplitude dos poderes instrutórios* do juiz (art. 130 do CPC), vedação ao *non liquet* (art. 126), as demais regras relacionadas ao *direito probatório* (especialmente os arts. 355, 358 e 359) e os deveres de *lealdade*, *solidariedade*, *colaboração*, *cooperação* e *boa-fé objetiva* das partes, dos terceiros e de todos aqueles que participam do processo (arts. 14, 17, 125, 339, 340 e 341).⁸⁸

Assim, como forma de preservar a boa-fé, a lealdade, a igualdade, a solidariedade, o devido processo legal e o acesso à Justiça, o juiz pode, dependendo do caso concreto, abrandar as regras de distribuição do ônus probatório, impondo-se a produção da prova à parte que se encontre em melhores condições de produzi-la, independentemente de sua condição de autor ou réu.

Ademais, cumpre registrar, que quanto maior a possibilidade das partes se valerem dos meios de prova ou se utilizarem de mecanismos de flexibilização das regras de repartição do ônus probatório, sempre com vistas a aumentar as oportunidades para a demonstração dos fatos que fundamentam seu direito, maiores são as chances de obtenção de uma tutela jurisdicional adequada e justa.

⁸⁷ BAZZANEZE, Thaís. **Distribuição Dinâmica do ônus probatório: análise à luz do devido processo legal e do acesso à Justiça**. Revista de Processo, ano 37, nº 205. São Paulo, mar. 2012, p.76.

⁸⁸ REDONDO, Bruno Garcia. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova: Breves Apontamentos**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 93, São Paulo, dez. 2010, p. 18.

Portanto, devem ser superados quaisquer obstáculos ou omissões legislativas desconectados com a realidade fática dos litigantes, que torne muito difícil, quando não impossível, o exercício do direito à prova.⁸⁹

3 A DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A possibilidade de aplicação da distribuição dinâmica do ônus da prova já se encontra expressamente prevista no Projeto do Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei do Senado nº 166/2010), pois, assim, dispõe o artigo 262:

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

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

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

Com efeito, da atenta leitura do referido dispositivo, é possível perceber a tentativa, pelo legislador brasileiro, de consagração da teoria das cargas probatórias dinâmicas no ordenamento jurídico, criando-se um permissivo legal para a distribuição dinâmica do encargo probatório de acordo com as particularidades do caso concreto.

JOÃO BATISTA LOPES ao comentar o artigo, assevera que “a orientação adotada merece encômios, seja porque escorada em autorizada doutrina, seja por atender aos escopos do modelo constitucional de processo, notadamente preocupada com a efetividade e com o princípio do contraditório.”⁹⁰

De uma simples análise da redação sugerida pelo projeto, podemos extrair quatro aspectos importantes. Em primeiro lugar, a existência de duas regras gerais distintas, independentes e de igual hierarquia, de distribuição do ônus da prova, na

⁸⁹ AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 75.

⁹⁰ LOPES, João Batista. **Ônus da Prova e Teoria das Cargas Dinâmicas no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, v.37, nº 204, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2012, p. 238.

medida em que o artigo 261⁹¹, de redação análoga ao vigente artigo 333 do Código de Processo Civil, estabelece o ônus estático e o artigo 261 do PLS nº 166/2010 o ônus dinâmico. Assim, pela nova técnica, o juiz terá duas regras gerais à sua disposição, cabendo-lhe optar, em cada caso, pela distribuição dinâmica ou pela carga estática, privilegiando sempre aquela que se demonstrar a mais propícia à obtenção de um resultado justo. Logo, diferentemente do exposto anteriormente, a distribuição dinâmica do ônus probatório deixa de ser mera exceção, passando a ser a própria regra geral, ou, melhor dizendo, uns dos regramentos gerais.⁹²

O segundo aspecto de destaque refere-se ao requisito exigido para a distribuição dinâmica, qual seja, *melhores condições de uma parte em produzir a prova*, que poderá ser aferida pela avaliação das *circunstâncias da causa* ou das *peculiaridades do fato a ser provado*. Lembrando, é claro, da imperiosa observância das garantias constitucionais do contraditório e da fundamentação da decisão judicial, consubstanciados no inciso LV do artigo 5º e no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal.

O terceiro ponto relevante é a constatação da distribuição dinâmica como regra de instrução e não como regra de julgamento (aplicação do ônus clássico), pois o parágrafo 1º do artigo 262 exige que a distribuição dinâmica do ônus da prova ocorra durante o curso do processo, de preferência em etapa processual na qual ainda seja possível a produção da prova pela parte à qual for imputado o ônus sobre determinada alegação, sendo vedado sua imposição na sentença.

Por fim, o quarto aspecto curioso é a utilização, no parágrafo 2º do dispositivo em comento, da expressão *inversão* do ônus da prova, que nos remeta à ideia inicial de que a distribuição dinâmica seria uma excepcionalidade da regra geral. Todavia, nos parece que a presença desse termo deve ser considerada como mero deslize redacional, já que tanto o *caput* do artigo 261 quanto o seu parágrafo 1º fazem menção à palavra *distribuição*, mantendo-se, portanto, a conclusão de que a distribuição dinâmica também será regra geral.

⁹¹ PLS nº 166/2010. Art. 261. O ônus da prova, ressalvados os poderes do juiz, 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.

⁹² REDONDO, Bruno Garcia. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova: Breves Apontamentos**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 93, São Paulo, dez. 2010, p. 22

Sem embargo das questões levantadas, uma vez que o referido projeto não está imune a críticas⁹³, a proposta do novo código é de possibilitar a igualdade substancial e a paridade de armas entre as partes litigantes de modo a estabelecer a exata congruência entre a prova e a condição da parte de produzi-la, independente da sua posição processual ou da natureza do fato alegado em juízo.

Essa nova diretriz em matéria probatória visa assegurar um sistema processual mais harmonizado com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, na medida em que concede ao magistrado mecanismos para proferir uma decisão mais próxima a realidade fática subjacente à causa, e, portanto, garantir o acesso pleno à Justiça a partir de uma decisão mais justa e efetiva.⁹⁴

⁹³ Marcelo Pacheco Machado questiona que “a norma prevista no anteprojeto, com efeito, padece de relevantes impropriedades técnicas ao não manifestar uma opção clara em relação a qual sistema pretende adotar, ou, o que é pior, ao não indicar, com clareza necessária, quando o ônus estanque deve ser aplicado e quando a inversão/ônus dinâmico deve ser aplicado.” (MACHADO, Marcelo Pacheco. **Ônus Estático, Ônus Dinâmico e Inversão do Ônus da Prova: Análise Crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, v.37, nº 208, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2012, p. 308).

Igualmente, Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa aduz que quatro alterações importantes devem ser feitas no dispositivo em análise. A primeira é condicionar a dinamização do encargo probatório ao prévio requerimento da parte interessada, de modo a vedar a redistribuição do ônus da prova *ex officio* pelo juiz, pois se produzir a prova necessária a um julgamento favorável é ônus da parte, pleitear a alteração desse ônus também não pode deixar de ser um ônus. A segunda, é condicionar a redistribuição do ônus da prova a verossimilhança do fato alegado pelo autor ou pelo réu, evitando, assim, o absurdo de ser reputada provada alegação inverossímil, isto é, que não aparenta ser verdadeira. A terceira, é afastar expressamente a possibilidade de distribuição dinâmica do encargo probatório se a contraprova for ou se tornar no curso do processo impossível também para a parte contrária (prova bilateralmente diabólica). Por derradeiro, a quarta alteração é excluir expressamente a possibilidade de distribuição dinâmica se a dificuldade ou impossibilidade de produção da prova tiver sido causada pela parte que dele busca se beneficiar. YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Revista de Processo, ano 37, nº 205. São Paulo, mar. 2012, p.150/154.

⁹⁴ AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p. 91.

CONCLUSÃO

É indiscutível que a atividade probatória das partes está diretamente vinculada ao resultado do processo, pois em nada adianta afirmar a existência de um direito em juízo, se não conseguir convencer o magistrado acerca da veracidade dos fatos alegados.

Ocorre que em determinados casos, as partes não conseguem comprovar suas alegações, surgindo um estado de dúvida do julgador quanto à situação de direito material que gravita o litígio. A despeito dessa indefinição, o juiz deve aplicar a regra do ônus da prova, ou seja, qual das partes deve assumir o risco pela não produção de determinada prova, já que é vedado o não julgamento da causa pelo *non liquet*.

Com efeito, o artigo 333 do Código de Processo Civil dispõe que o ônus da prova incumbe ao autor quanto aos fatos constitutivos de seu alegado direito (inciso I) e ao réu, a dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (inciso II). Todavia, tal repartição do encargo probatório tem-se revelado, em algumas situações, insatisfatória e incompatível com a concretização de uma ordem jurídica justa, porquanto deixa de considerar as particularidades do caso concreto, submetendo a parte a uma prova excessivamente onerosa de difícil ou quase impossível de ser produzida, e que acaba, por conseguinte, inviabilizando o reconhecimento do direito postulado e levando a resultados injustos.

Desse modo, é imperioso reconhecer a necessidade de flexibilização das regras atinentes à distribuição dos encargos probatórios, nas hipóteses em que o juiz se depara com evidente desequilíbrio da capacidade probatória entre as partes, a fim garantir o acesso à Justiça e à obtenção de uma decisão justa e adequada.

Para tanto, a distribuição dinâmica do ônus probatório (*ou teoria das cargas probatórias dinâmicas*) supera a regra estática e tradicional do ônus da prova, atribuindo o encargo probatório à parte que se encontra em melhores condições de produzi-lo, independentemente da posição que esta ocupa no processo (autor ou réu) e da natureza do fato invocado em juízo (constitutivo, modificativo, impeditivo ou extintivo).

Diz-se dinâmica, porque as regras clássicas de distribuição do ônus da prova deixam de ser uniformes e se adaptam ao caso concreto, cabendo ao magistrado valorar de forma prudente as circunstâncias fáticas de cada situação posta em juízo,

determinado quem se encontra em condição mais cômoda para demonstrar os fatos que envolvem o litígio.

Nesse contexto, a teoria das cargas probatórias dinâmicas aumenta as possibilidades concretas de elucidação dos fatos e a conseqüente busca pela verdade, na medida em que impõe o *onus probandi* à parte que se encontra em melhores circunstâncias de produzi-lo, bem como afasta a postura de sonegação das informações pelo litigante em vantagem de condições perante seu adversário, tendo em vista que a prova é um elemento essencial à entrega de uma prestação jurisdicional condizendo com o que requer a ordem jurídica.

Para definir qual dos litigantes se encontra em melhores condições de produzir a prova, o magistrado deve fazer uma análise criteriosa do caso concreto, verificando algumas questões, como as obrigações legais ou contratuais impostas a cada uma das partes; a participação de cada litigante no fato gerador da controvérsia; a posse efetiva das provas discutidas no processo; e a facilidade para a produção probatória segundo razões técnicas, profissionais, jurídicas ou econômicas, dentre outras.

É claro, que a decisão que determina a distribuição dinâmica do ônus probatória deve ser sempre fundamentada cabendo ao julgador indicar a razão pela qual considerou, naquele caso concreto, uma das partes como dotada de melhores condições para a produção da prova de determinado fato, bem como deve ocorrer em momento processual hábil para que os litigantes não sejam surpreendidos com a sua aplicação, de forma a dar ampla ciência as partes e viabilizar a produção probatória pela nova parte onerada.

Ora, não obstante a ausência de previsão legal expressa, a dinamização do ônus probatória é perfeitamente aplicável ao Direito Brasileiro, uma vez que constitui decorrência dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, da igualdade e do acesso à Justiça, bem como pode ser extraído conjuntamente ou supletivamente a partir de uma interpretação sistemática da legislação processual civil, fundamentando-se no dever de lealdade, de probidade, de solidariedade, de boa-fé e de cooperação ou colaboração dos litigantes com um processo justo.

Vale destacar, ainda, que a teoria das cargas probatórias dinâmicas não revoga as regras legais de distribuição do ônus da prova, mas completa e aperfeiçoa a repartição do encargo probatório naquelas hipóteses nas quais aquele a quem

competia provar, segundo as regras tradicionais, encontra-se com dificuldade ou mesmo impossibilidade de fazê-lo por motivos alheios a sua vontade.

Trata-se de uma teoria excepcional que tem por finalidade a promoção de igualdade entre os litigantes e a facilidade para a produção da prova, por isso não deve ser aplicada de forma indiscriminada, mas apenas e tão somente naqueles casos nos quais, segundo o bom-senso e o prudente arbítrio do juiz, diante das peculiaridades do caso concreto, for necessário o abrandamento da repartição do ônus da prova na busca pela verdade dos fatos e por uma prestação jurisdicional adequada, efetiva e justa.

Pode-se, afirmar que a distribuição dinâmica do ônus probatório é resultado de uma visão mais moderna do processo, pois representa uma técnica que se preocupa com a justiça do caso concreto, com a verdadeira aptidão probatória de cada parte e, principalmente, com a concretização do direito material em jogo e dos valores axiológicos previstos na Constituição Federal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Do Ônus da Prova**. Revista de Processo, São Paulo, ano 18, nº 71. 1993.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

AMBROSIO, Graziella. **A Distribuição Dinâmica da Prova no Processo no Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

BAZZANEZE, Thaís. **Distribuição Dinâmica do ônus probatório: análise à luz do devido processo legal e do acesso à Justiça**. Revista de Processo, ano 37, nº 205. São Paulo, mar. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 2ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 1994.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAMBI, Eduardo. **A Prova Civil: Admissibilidade e Relevância**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Tradução da 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2001.

CARPES, Artur, **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2ª ed. Volume 2. Campinas: Editora Bookseller, 2000.

DALL'AGNOL JR, Antonio Janyr. **Distribuição Dinâmica dos Ônus Probatórios**. Revista dos Tribunais. vol. 788, São Paulo, jun. 2001.

DIAS, Jean Carlos. **O problema dos limites da prova e sua valoração no moderno estudo do Processo Civil**. Disponível: em <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso: em 28 de fevereiro de 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação de sentença e coisa julgada**. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 16ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova: perda de uma chance, cargas probatórias dinâmicas, inversão do ônus probatório e consentimento informado**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

KNIJNIK, Danilo. **As perigosíssimas doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso a Justiça e superar a *probatio diabólica***. In: Fux, Luiz; NERY JUNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, João Batista. **Ônus da Prova e Teoria das Cargas Dinâmicas no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, v.37, nº 204, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2012.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Ônus Estático, Ônus Dinâmico e Inversão do Ônus da Prova: Análise Crítica do Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, v.37, nº 208, São Paulo: Revista dos Tribunais, jun. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas de Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART. Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 6ª ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. Campinas: Editora Bookseller, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67/2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **A Inversão do Ônus da Prova no Código de Defesa do Consumidor como Técnica de Distribuição Dinâmica da Carga Probatória**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 75, São Paulo, jun.2009.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O Ônus da Prova no Direito Processual Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PEYRANO, Jorge Walter (dir). **Nuevos lineamentos de las cargas probatorias dinámicas**. In: WHITE, Inês Léporia (coord). **Cargas probatórias dinámicas**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

REDONDO, Bruno Garcia. **Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova: Breves Apontamentos**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 93, São Paulo, dez. 2010.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da e GOMES, Fábio. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JUNIOR, HUMBERTO. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 44ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VICENTINI, Fernando Luiz. **Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Disponível: em <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso: em 12 de março de 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correa de; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 8ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. **Considerações sobre a Teoria da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova**. Revista de Processo, ano 37, nº 205. São Paulo, mar. 2012.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli; GOMES, Alexandre Gir. **Cargas Probatórias Dinâmicas no Processo Civil Brasileiro**. Revista Dialética de Direito Processual, nº 69, São Paulo, dez. 2008.